Медиация: регулирование «снизу» или «сверху»

Как известно, примирительные процедуры, в том числе посредничество (медиация), — это **институты саморегулирования гражданского общества** или способы альтернативного разрешения споров (способы АРС), использование (применение) которых определяется автономией воли сторон, выраженной в согласованной форме — договоре сторон. Следовательно, *соглашение сторон* ***о выборе*** *способа АРС* — это **центральное звено**, которое обязательно должно учитываться при построении любой модели законодательного регулирования способов АРС.

Вполне логично, что идея разработки и принятия в России закона о примирительных процедурах изначально генерировалась «снизу» — представителями гражданского общества (учеными, практиками, объединениями предпринимателей и др.). Решение о подготовке законопроекта и создании рабочей группы было принято в 2005 г. Торгово–промышленной палатой РФ.

Другой вопрос, что инициатива гражданского общества, оформленная в виде законопроекта «О примирительной процедуре с участием посредника (медиации)» и находящаяся с конца 2006 г. в Госдуме РФ, так и не нашла поддержки у законодательной власти.

В этой связи достаточно парадоксально звучит мнение одного из ведущих отечественных медиаторов А. Д. Карпенко, что «настоящее состоит в том, что инициатива АРС снизу из гражданского общества без согласия или инициативы сверху (от власти) невозможна»[1]. И все же снижать роль гражданского общества в развитии АРС в России, на наш взгляд, не совсем оправданно, поскольку именно общественная консолидация позволила привлечь внимание к необходимости активного развития способов АРС как важных социальных институтов.

Весть о внесении Президентом РФ в Госдуму 11 марта 2010 года двух новых законопроектов произвела сильное впечатление. Наибольший эффект вызвал субъект законодательной инициативы, поскольку ранее о таком уровне поддержки развития способов АРС в нашей стране стоило только мечтать. И все–таки общую эйфорию в связи с началом *нового этапа в развитии примирительных процедур в России* слегка охлаждало одно обстоятельство — тексты законопроектов до внесения в Госдуму фактически не были представлены отечественным экспертам в области АРС. Видимо, единственным осведомленным лицом, имевшим возможность направить свои наработки (предложения и рекомендации) разработчикам законопроекта стал «Научно–методический центр медиации и права», о чем его руководитель — Ц. А. Шамликашвили — заявила лично[2].

Редакция «ТС» хоть и постфактум, но все же решила нивелировать это обстоятельство. Результатом стала подготовка **специального выпуска**, посвященного *законопроектам* **«Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»** и **«О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в связи**

[1] Карпенко А. Д. Есть ли у АРС будущее? // Третейский суд. 2009. № 3. С. 101.

[2] Интернет–интервью Ц. А. Шамликашвили компании «Консультант Плюс» см.: http://www.consultant.ru/law/interview/shamlikashvili.html; дата посещения — 12.04.2010.

с принятием Федерального закона "Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)"». Текст законопроектов и пояснительные записки к ним опубликованы в этом выпуске «ТС».

С целью представления развернутой характеристики законопроектов мы обратились к нашим уважаемым экспертам — известным российским ученым (Е. И. Носыревой, Д. Л. Давыденко, В. В. Лисицыну, А. Н. Кузбагарову и др.), и наиболее авторитетным практикующим медиаторам страны, представителям отечественной школы медиации — преподавателям, имеющим целую плеяду воспитанников (А. Д. Карпенко, О. В. Аллахвердовой, Е. Н. Ивановой и др.). Тем самым, полагаем, удалось осуществить **развернутую общественную экспертизу законопроектов** и представить самые разнообразные взгляды на их содержание.

Возможно, что к моменту выхода номера законопроекты уже будут приняты в первом чтении Госдумой РФ, однако, считаем, что мнение специалистов гражданского общества, выраженное в форме заключений на законопроекты либо научных публикаций (статей) должно быть принято во внимание и *служить основой* при подготовке поправок в тексты законопроектов для второго чтения.

В самом общем виде мнения о законопроекте о медиации и связанных с ним изменениях в законодательстве выражают следующие оценки и подходы:

1) закон своевременный и необходимый;

2) лишь бы закон был, и не важно, какого он качества (чаще мнение медиаторов–практиков);

3) в таком виде закон вряд ли нужен (в основном мнение юристов — специалистов в сфере АРС);

4) чрезмерное нормативное регулирование медиации (юридизация);

5) возможность установления монополии по подготовке медиаторов;

6) дискуссионность положений о СРО медиаторов;

7) превращение медиации из института гражданского общества в «полугосударственную процедуру»;

8) необходимость установления в законопроекте о медиации возможности применения более широкого спектра примирительных процедур.

Редакция **благодарит всех**, кто откликнулся и стал участником общественного обсуждения законопроектов о медиации, уверена в его полезности и возможной продуктивности, надеется получить новые отклики для продолжения данной дискуссии на страницах «ТС».

Главный редактор ***Г. В. СЕВАСТЬЯНОВ***

Специфика законотворчества в сфере альтернативного разрешения споров

Г. В. СЕВАСТЬЯНОВ, сертифицированный посредник, член Коллегии посредников по проведению примирительных процедур при ТПП РФ, преподаватель СПбГУ

Доминантой и одновременно основным камнем преткновения современного этапа развития альтернативного разрешения споров (АРС) в России стало формирование законодательства о примирительных процедурах. Начало этому затянувшемуся по времени процессу было положено в 2005 г., когда Торгово–промышленная палата создала рабочую группу по подготовке законопроекта о посредничестве, в состав которой вошли известные отечественные специалисты в сфере АРС.[1] Наработки этой первой законодательной инициативы, которой, в принципе, уже тогда было вполне достаточно для начала ее рассмотрения Государственной Думой РФ, затем стали отрывочно включаться в другие — альтернативные законопроекты, предопределив значительную степень комплементарности последующих законодательных инициатив. Тем самым, подготовка новых законопроектов о посредничестве (медиации) по сути меняла только разработчиков и субъектов законодательной инициативы, но не оказывала существенного влияния на качество законопроектных работ. Как итог — значительная потеря во времени.

В этой связи безусловной актуальностью обладает вопрос о том, **что должны содержать в себе законопроекты в сфере АРС, а чего в них быть не должно во избежание чрезмерной юридизации нормативного регулирования способов АРС**.

Нормы, регулирующие способы АРС

Формирование законодательства в сфере АРС, на наш взгляд, подчиняется общим принципам, отступление от которых в значительной степени снижает эффективность и «работоспособность» принятого нормативного акта.

Для комплексного представления об отношениях, складывающихся в результате применения способов АРС (третейского разбирательства, международного коммерческого арбитража, посредничества (медиации), переговоров и др.) нормы, регулирующие правоотношения в сфере АРС, могут быть условно сведены в пять основных групп:

1) внесудебное (внеюрисдикционное) применение способов АРС;

2) досудебное применение (доюрисдикционное) применение способов АРС;

3) судебное (юрисдикционное) применение способов АРС;

4) содействие применению способов АРС со стороны компетентных органов государства;

[1] См.: Савранский М. Ю. О подготовке проекта Федерального закона «О примирительных процедурах с участием посредника (посредничестве)» // Третейский суд. 2005. № 4. С. 5.

5) контроль над применением способов АРС, который может быть как государственным (например, судебным), так и общественным (уровень саморегулируемых сообществ АРС–специалистов).

Таким образом, первые три группы норм показывают, как способы АРС соотносятся с юрисдикционными (государственными) способами разрешения споров (например, судопроизводством в государственных судах), четвертая предопределяет меры государственной поддержки их развития, а пятая выполняет своеобразную контрольно–защитную функцию от злоупотреблений в сфере АРС.

Для создания нормативных актов (законодательства) в сфере АРС знания этого общего деления (классификации) норм в области АРС явно недостаточно, — это всего лишь общий ориентир для нормотворческой деятельности в данной сфере.

Основная цель законодательства в сфере АРС

Следующий уровень — это определяющая конкретика, т. е. предмет законопроекта или то, что собственно должно подвергнуться частичной нормативной регламентации, — именно частичной, поскольку **основным источником способов АРС является не закон, а соглашение сторон**[2]. Связано это с тем, что способы — это **институты саморегулирования (самоопределения) гражданского общества**, которые создаются и используются без участия властных структур государства. С правовой точки зрения они могут быть охарактеризованы как институты частного процессуального права.[3]

Зададимся вопросом, существовали бы способы АРС без принятия соответствующего законодательства о них? Ответ, на наш взгляд, должен быть утвердительным, поскольку вся мировая история развития способов АРС говорит нам именно об этом. Так, например, примирительные процедуры, в том числе и медиация (в ее классическом варианте) и сейчас достаточно активно применяется ведущими российскими специалистами.

Другой вопрос, на каком бы уровне «развития» способы АРС находились: низком или более высоком? Тем самым, **основная цель и функция законодательства в сфере АРС** — поддержка более активного развития (применения) способов АРС и, тем самым, реализация заложенных в них важных социальных целей. Происходит это в основном за счет создания правовых условий (мер и гарантий) для более эффективной реализации базовых принципов АРС.

Порядок применения способов АРС и место норм, регулирующих способы АРС, в структуре отраслей законодательства. Согласование законодательства

В дальнейшей детализации законопроектных работ важно определить уровень взаимодействия с государственным разрешением споров или, говоря

[2] Отмечается это также на уровне международных правовых документов. Так, например, Типовой закон ЮНСИТРАЛ «О международной коммерческой согласительной процедуре» 2002 г. в ст. 3 специально акцентирует внимании на возможности отступления от любых положений закона на основе договоренностей сторон, за исключением тех, которыми определены требования к толкованию и принципы проведения согласительных процедур. В п. 11 Руководства по принятию и применению Типового закона ЮНСИТРАЛ также отмечается, что «разработка факультативных законодательных положений, которые могут применяться в случае взаимного желания сторон..., может принести пользу согласительному процессу».

[3] См.: Севастьянов Г. В. Теоретические основы альтернативного разрешения споров: концепция частного процессуального права // Хрестоматия альтернативного разрешения споров: Учебно–методические материалы и практические рекомендации. СПб., 2009. С. 91.

проще, **порядок применения способа АРС**, который, как говорилось выше, может быть **трехуровневым**: во–первых, внеюрисдикционным (или внесудебным); во–вторых, доюрисдикционным (или досудебным); и в–третьих, юрисдикционным (или судебным). Если в первом случае никакой взаимообусловленности между способами АРС и государственными способами разрешения споров не прослеживается, и каждый из них воспринимается как самостоятельный и не взаимосвязанный, то во втором — доюрисдикционном порядке — применение способа АРС может являться условием (основанием) для обращения к соответствующему государственному способу разрешения спора (например, в государственный суд), конечно, в случае неудачной попытки применения способа АРС. Третий вариант применения способа АРС — применение после возбуждения дела в государственном суде, когда последний может «приостановить» процесс судопроизводства и предоставить сторонам возможность обращения к способам АРС, например, в целях урегулирования правового конфликта.

Это достаточно важный элемент законотворческой деятельности в области АРС, поскольку от порядка применения способа АРС зависит форма и содержание законопроекта, а также место соответствующих норм в структуре отраслей законодательства. Внесудебный (внеюрисдикционный) порядок применения говорит о формировании самостоятельного — специального законодательства в области АРС (частного процессуального права). Нормы о досудебном (доюрисдикционном) порядке применения способов АРС, на наш взгляд, должны включаться в материальное законодательство, регулирующее вид правоотношений, по которым вводится досудебный порядок.[4] Судебный (юрисдикционный) порядок применения способов АРС — предмет соответствующего процессуального законодательства (процессуальных кодексов).

Необходимо также отметить, что в структуре отечественного законодательства следует четко определить, где должны находиться нормы по содействию (четвертая группа норм из приведенного выше деления) и контролю за применением способов АРС (пятая группа). Поскольку содействие способам АРС представляет собой меры государственной поддержки более активного их применения, в том числе за счет более эффективной реализации принципов регулируемого законопроектом способа (способов) АРС, а также создания стимулов, то данная группа норм должна содержаться в законодательстве, от которого «зависит» реализация соответствующих мер. **Тем самым, меры государственной поддержки предопределяют не только принятие закона в области АРС, но и показывают необходимость одновременного внесения изменений в действующее законодательство для реализации данных мер. Иначе законы в сфере АРС станут не более чем декларациями информационного содержания.**

Контрольные полномочия компетентных органов государства над применением способов АРС нет необходимости дублировать в законодательстве в сфере АРС (см., например, законодательство о третейских судах), поскольку их реализация — функция государственных юрисдикционных органов, поэтому именно в законодательстве о них эти нормы и должны содержаться.

[4] Чаще всего эти нормы будут носить отсылочный характер, определяя соответствующее публичное либо частное процессуальное законодательство (государственные или негосударственные способы разрешения споров или урегулирования правовых конфликтов в данной сфере).

Важно также отметить, что поскольку нормы о способах АРС, мерах содействия и контроля должны быть согласованы между собой, то соответствующие нормативные акты и возможные изменения законодательства лучше всего принимать единым «пакетом». Прекрасным примером в этом отношении является принятие в 2002 г. Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации» одновременно с Гражданским процессуальным кодексом и Арбитражным процессуальным кодексом. Это также обусловливает **использование общей терминологии в области АРС** во всех нормативных актах законодательства, связанных с использованием способов АРС.

Поскольку даже на уровне международного модельного законодательства и директивных рекомендаций в области примирительных процедур[5] нет однообразной терминологии[6], очень важно именно на уровне национального законодательства закрепить **общий понятийный аппарат, как для внесудебного, так и для досудебного и судебного порядка применения способов АРС**.

О содержании и структуре законопроекта

Дальнейший уровень детализации нормотворческой деятельности в сфере АРС — конкретное содержание законопроекта, которое зависит от регулируемого способа (способов) АРС, а точнее его правовой специфики (базовых принципов) и порядка применения, о разнообразии которых мы говорили выше.

Представляется, что основой для регулирования любых правоотношений должна быть их специфика — правовая природа. Как отмечалось, главный источник отношений в сфере АРС — **соглашение сторон**. Поэтому первый и, на наш взгляд, основной вывод о содержании законопроектов в области АРС состоит в том, что **для предотвращения излишней юридизации вопросы, основанные на добровольном и диспозитивном характере отношений в сфере АРС и определяемые в связи с этим соглашением сторон, не должны включаться в законодательство в сфере АРС, а если включены — иметь диспозитивное регулирование**.

При раскрытии содержания законопроекта следует ориентироваться на базовые критерии (принципы) способов АРС, отражающие их правовую природу:

1) добровольный договорный характер отношений в области АРС и отсутствие отношений власти–подчинения;

---

[5] Так, например, категория «медиация» в международном законодательстве и доктрине альтернативного разрешения споров не имеет общего толкования. Чаще всего данная категория представляется в юридической литературе как терминологический синоним «посредничества». В свою очередь, понятие «посредничество» используется Типовым законом ЮНИСИТРАЛ «О международной коммерческой согласительной процедуре» как аналог любой согласительной процедуры, характеризуемый в законе в качестве широкого (родового) понятия, охватывающей все процедуры, при которых лицо или коллегия лиц оказывает сторонам помощь в их попытке достичь мирного урегулирования споров. «Руководство по принятию и применению Типового закона…» делает лишь одно уточнение, которое состоит в том, что понятие «согласительная процедура» не охватывает такие способы АРС, как переговоры и арбитраж. Директива ЕС от 21 мая 2008 г. относительно некоторых вопросов медиации в гражданских и коммерческих споров придает чрезвычайно широкое толкование термину «медиация» — «любой процесс вне зависимости об его обозначения, в котором две или более стороны прибегают к помощи третьей стороны с целью достижения соглашения об урегулировании их спора, и вне зависимости от того, был ли этот процесс инициирован сторонами, предложен или назначен судом или предписывается законодательством…». Следовательно, понятия «медиация» и «посредничество» на уровне международных документов имеют общее содержание.

[6] Чаще всего это связывают с неясностью и отсутствием общей концепции альтернативного разрешения споров (АРС).

2) самостоятельное, по общему правилу, избрание лиц, содействующих разрешению спора или урегулированию правового конфликта;

3) отсутствие процессуальной формы и почти неограниченная процедурная диспозитивность: стороны являются «хозяевами процесса» (самостоятельное определение сторонами процедурных правил избранного способа АРС в рамках общих и специальных принципов АРС);

4) распространение действия актов применения способов АРС (решения третейского суда, соглашения об урегулировании спора и т. п.) только на стороны спора (правового конфликта);

5) отсутствие принудительности в исполнении актов применения способов АРС (конечно, если это не будет обусловлено мерами государственной поддержки);

6) разрешение споров и урегулирование правовых конфликтов, по общему правилу, в частной сфере (из гражданско–правовых отношений сторон), где стороны имеют возможность распоряжаться своими правомочиями.

Основными структурными единицами законопроектов в сфере АРС, на наш взгляд, должны быть:

1) предмет (способ АРС, регулируемый законопроектом и порядок его применения);

2) источники регулирования способа АРС;

3) отношения, по которым может применяться способ АРС;

4) терминология законопроекта;

5) базовые принципы способа (способов) АРС;

6) соглашение сторон о выборе способа АРС;

7) требования к лицам, содействующим разрешению спора или урегулированию правового конфликта;

8) правовой результат применения способа АРС и его правовые последствия (эффекты);

9) меры государственной поддержки и содействия эффективному применению способа АРС.

Специфика судебного применения способов АРС

Применение способов АРС в судебном (юрисдикционном) порядке, т. е. после возбуждения дела в государственном суде накладывает определенную специфику на подготовку соответствующего законопроекта. Прежде всего, это связано с процессуальной формой судопроизводства, которая строго регламентирована процессуальным законодательством. Поскольку сам процесс судопроизводства сугубо формален и ограничен по срокам, то это должно учитываться в законопроектной работе. Кроме того, начало примирительной процедуры и приостановление (отложение) судопроизводственной деятельности для обращения к способам АРС, а затем, если потребуется ее продолжение, должно «оформляться» соответствующими актами суда.

И все же и в данном случае может быть не один, а несколько вариантов «развития событий». Во–первых, способы АРС (примирительные процедуры) могут быть проведены не только самим судом или его сотрудниками, но и независимыми от суда лицами, *прошедшими аккредитацию или сертификацию при суде*. В этом случае стороны остаются «хозяевами процесса», основное ограничение может быть связано с процессуальными сроками, определенными

в соответствующем виде судопроизводства. Второй вариант — когда суд или должностные лица суда проводят примирительную процедуру самостоятельно, а возможно, даже инициируют ее, т. е. предопределяют наличие обязательной попытки обращения к примирительной процедуре по спорам из определенных видов общественных отношений. В данной модели судебного примирения часть вопросов, которые ранее стороны могли полностью определять своим соглашением, может оказаться под контролем суда, да и сама примирительная процедура может нести в себе определенные черты процессуальной деятельности (например, судебное посредничество). Поэтому разработчики законопроектов о судебном порядке применения способов АРС могут выбрать любой из рассмотренных нами вариантов, например, регулировать только судебное посредничество (как это сделано в законопроекте Белоруссии[7]) или содержать в себе комплексное сочетание моделей урегулирования правовых конфликтов на любой стадии правоприменительной деятельности (законопроект ВАС РФ[8]). Второй вариант представляется более продуктивным, на чем остановимся ниже. Кроме того, есть и третий вариант — примирение непосредственно в процессе судопроизводства, которое основано на собственных дискретных полномочиях судьи, что, однако, не относится к АРС.

Определяющее значение, на наш взгляд, имеет также форма закрепления результата примирительной деятельности в судебном порядке. Основных вариантов, как известно, два: заключение сторонами соглашения об урегулировании спора (конфликта) — гражданско–правового договора — либо заключение мирового соглашения (соглашения, имеющего процессуальный эффект). Казалось бы, мировое соглашение предпочтительнее, т. к. любая из сторон может добиться его принудительного исполнения. Однако, если взглянуть на проблему с другой стороны, это не совсем так.

Как показывает практика, **основным критерием эффективности применения способов АРС является добровольность исполнения сторонами актов применения способов АРС** (например, достигнутого соглашения об урегулировании спора). Только это приводит как к сохранению партнерских отношений, так и к снижению нагрузки на государственные правоприменительные органы. Урегулирование спора в объеме исковых требований и заключение мирового соглашения еще не является свидетельством полного снятия разногласий (урегулирования конфликта) между сторонами, а поскольку они могут оставаться, это может оказать существенное влияние как на достигнутые договоренности сторон, так и предопределить возможность для дальнейшей эскалации конфликта, что, в свою очередь, может привести к новым обращениям в государственный суд. Тем самым, важные социальные цели АРС могут оказаться реализованными лишь частично. В этой связи, полагаем, определяющее значение для повышения уровня добровольного исполнения сторонами достигнутых договоренностей имеет «глубина урегулирования разногласий»: не только урегулирование спора в объеме требований искового заявления, но и возможность урегулирования конфликта, исходя из интересов сторон, а значит, возможность выйти за рамки конкретных исковых требований (чтобы затем

[7] Проект закона «О внесении дополнений и изменений в некоторые законы Республики Беларусь по вопросам совершенствования хозяйственного судопроизводства».

[8] См.: Проект Федерального закона ВАС РФ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием примирительных процедур // Третейский суд. 2009. № 6. С. 16–22.

от них вовсе отказаться), поскольку смысл урегулирования конфликта как раз и состоит в том, что стороны отходят от своих первоначальных требований (позиций) и расширяют поле для примирения за счет возможности согласования своих правомерных интересов. Зачастую это происходит за счет частичного отказа от существующих прав и обращения к определению (установлению) новых правовых отношений сторон. Таким образом, в ходе проведения примирительных процедур в судебном порядке стороны должны иметь возможность заключить не только мировое соглашение, но и соглашение об урегулирование спора (конфликта), что может значительно повысить эффективность применения примирительных процедур в судебном порядке.

Этим обстоятельством определяется потенциально более высокая продуктивность законопроекта Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации над законопроектом Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь.

Общие принципы законотворческой деятельности в сфере АРС

Таким образом, на наш взгляд, можно определить общие принципы законотворческой деятельности в сфере АРС, к которым относятся следующие:

1. Точное определение предмета (концепции) законопроекта (регулируемого способа (способов) АРС и порядка его (их) применения, а также базовых принципов).

2. Общая терминология в сфере АРС во всем массиве национального законодательства.

3. Предотвращение юридизации способа АРС (диспозитивный характер регулирующего законодательства в сфере АРС[9]). Основной регулятор — соглашение сторон.

4. Согласованное принятие законов о внесудебном, досудебном и судебном порядке применения способов АРС.

5. Комплексное изменение действующего законодательства («единым пакетом») в связи с принятием закона в сфере АРС в целях эффективной реализации принципов регулируемого способа АРС и мер государственной поддержки его применению (иначе законопроект будет носить чисто декларативный характер).

6. Наличие в составе соответствующих отраслей законодательств**а** норм, характеризующих порядок применения способа АРС, меры государственной поддержки и контроля над применением способа АРС.

7. Отсутствие необходимости дублировать в законодательстве в сфере АРС контрольных полномочия компетентных органов государства над применением способов АРС, поскольку они должны содержаться в законодательстве о компетентных (контролирующих) органах.

О реализации принципов законотворческой деятельности в сфере АРС в текущей законопроектной работе

Перейдем к анализу соответствия последних законодательных инициатив обозначенной выше специфике нормативного регулирования способов АРС.

[9] Существенное преобладание диспозитивных отношений над императивными — определяющая характеристика способов АРС. Императивными требованиями может определяться содержание базовых принципов способа АРС, а также возможные меры государственного содействия и контроля над применением способов АРС.

И, прежде всего, остановимся на **внесенных в Госдуму РФ 11 марта 2010 г. законопроектах** «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» (далее — законопроект о медиации) и «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона "Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)"» (далее — законопроект о внесении изменений).

Предмет законопроектов. Законопроекты призваны создать правовые условия для осуществления в Российской Федерации альтернативной процедуры урегулирования споров (медиации), а также предполагают решить ряд вопросов, касающихся порядка применения процедуры медиации в отношении споров, находящихся на разрешении в суде общей юрисдикции, арбитражном суде или третейском суде, а также установить процессуальные гарантии конфиденциальности процедуры медиации. Тем самым, законопроекты предполагают **комплексное регулирование применения медиации**, как во внесудебном, так и судебном порядке, что само по себе совершенно оправданно. И все же, как известно, ВАС РФ разработан законопроект, уже содержащий регулирование проведение примирительных процедур в судебном порядке.[10] Новая законодательная инициатива входит в явное противоречие с законопроектом ВАС РФ, который, с нашей точки зрения, должен быть взят за основу при разработке регулирования применения примирительных процедур в судебном порядке, как наиболее проработанный.

Текст законопроектов дает много «пищи» для размышлений. Безусловно, разработчики ориентировались не только на подготовленные ранее и находящиеся в Госдуме РФ законопроекты о медиации, но и на международные правовые документы: Типовой закон ЮНИСИТРАЛ «О международной коммерческой согласительной процедуре» 2002 г. (далее — Типовой закон) и Директиву Европейского парламента и Совета Европейского союза от 21 мая 2008 г. относительно некоторых вопросов медиации в гражданских и коммерческих спорах (далее — Директива ЕС). Отдельные формулировки законопроекта о медиации почти дословно воспроизводят подходы данных международных актов. Так, например, содержание ст. 4 «Использование процедуры медиации при рассмотрении спора судом или третейским судом» законопроекта о медиации продолжает традиции ст. 13 «Обращение к арбитражному или судебному разбирательству» Типового закона. Формулировка понятия «соглашение о проведении примирительной процедуры» (п. 6 ч. 2 законопроекта о медиации) согласована с ч. 1 ст. 4 Типового закона. При этом важно учитывать, что Типовой закон был снабжен специальным Руководством по его принятию и применению, где его нормы тщательно анализировались и толковались.

Типовой закон и Директива ЕС, хотя и имеют одинаковое число статей (по 14) и общий предмет — регулирование примирительных процедур, сами по себе значительно отличаются в терминологии и подходах к возможному регулированию примирительных процедур. Директива ЕС, по сути, определяет **«медиацию» как родовое понятие для всех примирительных процедур**, что не предполагалось в Типовом законе, использующим для обозначения широкого

[10] См.: Проект Федерального закона ВАС РФ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием примирительных процедур // Третейский суд. 2009. № 6. С. 16–22.

подхода в обозначении всех примирительных процедур термин «согласительные процедуры» или «посредничество», а также другие аналогичные термины. Понятие «медиация» в Типовом законе не используется.

В ст. 1 законопроекта о медиации говорится, что законопроектом «регулируются отношения, связанные с использованием **процедуры медиации**». Сама процедура медиации — **способ урегулирования споров** при содействии медиатора на основе добровольного согласия сторон в целях достижения сторонами взаимоприемлемого результата (ч. 2 ст. 2). Тем самым, в законопроекте идет речь об одном способе АРС.

По смыслу законопроекта о медиации предполагается использование (видимо, одного из вариантов) так называемой классической модели медиации, чем, считаем, существенно ограничиваются возможности использования других[11] примирительных процедур. Таким образом, полагаем, что сужение предмета законопроекта до одной единственной примирительной процедуры — классической модели медиации, — в значительной степени сокращает поле потенциального урегулирования правовых конфликтов.[12]

Терминология законопроектов. Кроме того, в действующем процессуальном законодательстве используются термины «примирительные процедуры» и «посредник», а не понятие «медиация». Поэтому появление нового термина войдет в противоречие с действующей терминологией в сфере АРС. Видимо, в целях «сглаживания острых углов» разработчиками законопроекта предложены не всегда стилистически выверенные и соответствующие правовой природе способов АРС формулировки и уточнения в действующее законодательство, как–то: «посредники, (…) в том числе медиаторы», «достижение сторонами взаимоприемлемого решения», «выработке сторонами решения по существу спора», «соглашение о проведении процедуры медиации», «медиативное соглашение», «оказание услуг по проведению процедуры медиации», «назначение медиатора» и другие.

Отсутствие четкости в рассматриваемых формулировках может быть следствием поверхностного отношения к проблематике АРС, поскольку трудно представить, что участники примирительной процедуры вместо того, чтобы достигнуть «соглашения об урегулировании спора» станут «вырабатывать решение по существу спора», т. е. заниматься правоприменительной деятельностью, как это делают государственные или третейские судьи.

Введение в законопроекте о медиации нового — **второго соглашения о медиации** — института «соглашения о проведении примирительной процедуры», существенные условия которого по форме больше напоминают исковое заявление, а не соглашение о медиации, может быть обосновано *только* с точки зрения необходимости установления точного срока начала примирительной процедуры, что становится важным *исключительно* для исчисления процессуальных сроков при судебном порядке применения способов АРС и прерывания (или приостановления) течения срока исковой давности. Таким образом, данное **дополнительное соглашение** играет лишь вспомогательную (служебную) роль, поскольку стороны уже пришли к соглашению, заключив соглашение

[11] Например, прямых переговоров, примирения, консилиации, фасилитации и др.

[12] Предыдущий законопроект о медиации, который носит название «О примирительной процедуре с участием посредника (медиации)» и также находится в Госдуме, подразумевает возможность использования любой примирительной процедуры для урегулирования разногласий сторон.

«о применении процедуры медиации» (также в письменной форме!). Конструкция «дополнительного соглашения» взята разработчиками законопроекта из Типового закона ЮНСИТРАЛ, однако, при этом не учитывается, что Типовой закон не предписывал обязательной письменной формы соглашения о применении процедуры медиации, указывая на то, что большинство примирительных процедур проводится неформально (см.: Руководство по применению…). Тем самым, искусственный характер конструкции «дополнительного соглашения» становится почвой для дальнейшей юридизации медиации.

Установление в законопроекте о медиации термина «медиативное соглашение», которое заменяет собой известное ранее и широко применяемое «соглашение об урегулировании спора» (в том числе по контексту многих международных актов) или гражданско–правовую сделку, также не представляется обоснованным. Более точное место термина «медиативное соглашение» в законопроекте, в принципе, могло бы быть определено, если бы оно заменило собой «соглашение о применении процедуры медиации», тогда можно было бы говорить об общей логике законодательства в сфере АРС, поскольку, например, в случае обращения сторон к третейскому разбирательству, которое также является одним из способов АРС, стороны заключают «третейское соглашение», а не громоздкое «соглашение о применении процедуры третейского разбирательства». К тому же, замысел разработчиков законопроекта не отличается последовательностью, т. к. в п. 5 ст. 2 законопроекта о медиации и ст. 3 законопроекта об изменениях прилагательное «медиативной» используется именно в этом значении.

О юридизации медиации. Полагаем наиболее слабым местом законопроекта о медиации именно существенную юридизацию медиации, которая происходит сразу на нескольких уровнях. Во–первых, обычно для обращения к способам АРС достаточно заключения одного соглашения сторон, и поэтому даже не важно, когда оно заключено — до наступления спора либо после него. Единственное исключение в действующем законодательстве связано с возникновением правоотношений из договора присоединения[13], однако, и в этом случае не требуется двух соглашений. Во–вторых, юридизации проявляется в определении существенных условий соглашения о проведении процедуры медиации, а также в обязательности требований письменной формы для соглашений о применении процедуры медиации и соглашения о проведении процедуры медиации.

Следующий уровень юридизации — определение в законопроекте того, что по общему правилу определяется автономией воли сторон и их соглашением: установление сроков действительности предложения об обращении к процедуре медиации (ч. 5 ст. 7) и сроков проведения процедуры медиации (ст. 13); введение института «соглашения о проведении процедуры медиации» (ст. 3 законопроекта о медиации), «положения об оплате услуг медиатора» (ст. 10), введение четких установок, что должны содержать правила процедуры, утверждаемые организацией, занимающейся оказанием услуг по проведению процедуры медиации (п. 3 ст. 11).

Далее, юридизация медиации определяется установлением возрастного ценза фигуры медиатора (от 18 лет для непрофессионального и от 25 лет для профессионального), а также разделением всех медиаторов на подвиды

[13] См.: п. 3 ст. 5 ФЗ «О третейский судах в Российской Федерации».

(профессиональных и непрофессиональных). Данные законопроектные новеллы совершенно не отражают правовую природу правоотношений в сфере АРС. Подобных требований нет даже для третейского разбирательства и международного коммерческого арбитража. Явно прослеживается копирование требований к государственным судьям, что совершенно не обосновано. Обоснование присутствия в законопроекте данных требований к фигуре медиатора Ц. А. Шамликашвили видит в возможности дискредитации института медиации неподготовленными медиаторами.[14] Трудно согласиться с данным утверждением, поскольку медиатор не государственный судья, которого стороны не выбирают и который несет персональную ответственность за выносимое им решение. Ответственность (риск обращения) в случае выбора медиации для урегулирования правового конфликта полностью лежит на сторонах, т. к., во–первых, они сами избрали процедуру медиации для урегулирования возникшего спора или правового конфликта, а, во–вторых, сами выбрали медиатора, который окажет им необходимое содействие в урегулировании. Обращение к медиатору с низким уровнем подготовки не снимает со сторон ответственность за его выбор. Более того, именно стороны должны определять критерии для выбора медиатора. Вряд ли возможно представить, что при избрании медиатора стороны не побеспокоят себя уточнением уровня его профессиональной подготовки и авторитета в сообществе медиаторов.

Другой вопрос, что определенные требования к подготовке медиаторов могут быть установлены в законе (например, количество часов на подготовку), тем самым, закон мог бы служить своеобразным ориентиром, однако, это обстоятельство вряд ли связано с возрастными ограничениями или наличием обязательного высшего образования, а уж тем более с делением медиаторов на «касты». Выбор сторон всегда должен оставаться приоритетным подходом в регулировании способов АРС.

Дискредитация медиации возможна только в случае злоупотребления медиатором своими полномочиями, отступления от принципа равного отношения к сторонам. При этом вопросы злоупотребления следует отделять от вопросов качества профессиональной подготовки. Злоупотребить своим положением теоретически может и высоко подготовленный медиатор. Поэтому случаи злоупотребления полномочиями должны быть в поле внимания саморегулируемых организаций медиаторов, которые должны реагировать на подобные проявления.

Установление определенных критериев для специалистов, занимающихся урегулированием споров, возможно, но эта возможность, полагаем, не может быть установлена законом для всех без исключения примирителей, иначе будет нарушено право на выбор посредника. Введение критериев — это уровень организаций, администрирующих применение примирительных процедур, поскольку от качества подготовки посредников в данном случае будет зависеть авторитет самой примирительной организации. Кроме того, требования к примирителям (скорее всего, в форме аккредитации) могут быть установлены и для судебного порядка применения способов АРС, например, судебного посредничества, т. к. в данном случае выбор сторон может быть в значительной степени предопределен.

[14] Из интервью Ц. А. Шамликашвили. См.: Арбитражная практика. 2010. № 4.

В этой связи также вызывает непонимание требования законопроекта об утверждении программ подготовки профессиональных медиаторов Правительством Российской Федерации (ч. 1 ст. 16). Если медиация — институт саморегулирования гражданского общества, то, видимо, само гражданское общество и должно определять, что будет содержаться в программах подготовки лиц, которые захотят стать медиаторами. Причем число программ подготовки медиаторов может быть неограниченным, поскольку даже в настоящее время в России существует несколько медиативных школ, что создает конкурентную среду и, следовательно, повышает эффективность развития способов АРС в России. Как отмечалось ранее, требования к подготовке судебных посредников должны устанавливаться органами судейского сообщества (судебной системы), поскольку именно они (как профессионалы в своем деле) должны определять судебный порядок применения способов АРС.

Еще один уровень юридизации — избыточное перечисление требований к саморегулированию деятельности медиаторов (ст. 18 и ст. 19). Так, например, положения о возможной дисциплинарной ответственности медиаторов продублированы в законопроекте целых три раза. Закон почти на треть становится уставом СРО медиаторов. Полагаем, что вполне достаточно было перечислить базовые требования, содержащиеся в ч. 1 и 3 ст. 18 законопроекта.

Неконструктивность юридизации медиации «поддерживает» противоположный подход — включение в законопроект откровенно декларативных норм: об ответственности медиаторов и организаций… (ст. 17 законопроекта о медиации); о публичных интересах и интересах третьих лиц при проведении медиации (ч. 4 ст. 1); ч. 4 ст. 15; п. 2 ст. 3 законопроекта об изменениях в части изменения п. 1. ст. 6 ФЗ «О третейский судах в Российской Федерации».

Отдельные нормы откровенно противоречат друг другу: ч. 3 ст. 7 законопроекта о медиации не стыкуется с п. 1. ст. 3 законопроекта об изменениях; ч. 3 ст. 15 не соотносится с понятием «организации…» данным в п. 4 ст. 2 законопроекта о медиации.

Кое–что, наоборот, упущено: нет источников медиации; в п. 3. ст. 1 законопроекта о медиации нет ссылки на третейское разбирательство, что необходимо по смыслу законопроекта. В целом нужна очень подробная инструкция, чтобы понять замысел авторов, т. к. текстов пояснительных записок явно не достаточно. Положительные моменты законопроекта в сравнении с предыдущей версией, находящейся в Госдуме РФ, фактически нивелированы значительной юридизацией проблематики законопроекта.

Кратко остановимся на содержании законопроекта о внесении изменений. В ст. 1 речь идет об изменениях в Гражданский кодекс РФ. Предполагается, что участие в медиации будет **прерывать** течения срока исковой давности. Полагаем, что течение срока исковой данности должно не прерываться, а **приостанавливаться**, иначе обращение к медиации может служить лишь поводом для его продления. Кроме того, на наш взгляд, в ГК РФ должно быть также зафиксировано **право на обращение к любым примирительным процедурам** (не только к медиации) для урегулирования разногласий сторон (правовых споров или конфликтов), т. е. служить тезисом, расширяющим возможные варианты снятия правовой неопределенности в отношениях сторон (ст. 11 ГК РФ).

Как отмечалось ранее, ст. 2 законопроекта об изменениях должна быть основана на уже проработанной законодательной инициативе ВАС РФ.

Пункт 1 ст. 3 звучит почти абсурдно, т. к. при обращении в третейский суд стороны предварительно заключают третейское соглашение; если оно заключено, следовательно, они отказались от обращения к примирительной процедуре, в данном случае к медиации, а если в договоре сторон есть и третейская, и медиативная оговорка, то это может свидетельствовать о принятом сторонами договора решении о поэтапном разрешении споров или урегулировании конфликтов на основе многоуровневого соглашения об этом. В данной статье, да и в законопроекте о медиации, не совсем точно отражена правовая природа третейского разбирательства — она, по сути, приравнена к государственному судопроизводству, что недопустимо по определению. Третейское разбирательство — один из способов альтернативного разрешения споров, которые равнозначны между собой, поскольку обращение к ним определяется соглашением сторон (третейским соглашением, медиативным и т. п.). Поэтому, полагаем, что способы АРС, по определению, не могут друг другу препятствовать.

Статья 4 определяет изменения в Гражданский процессуальный кодекс РФ. Замечания здесь аналогичны замечаниям к ст. 2 законопроекта об изменениях.

И уж совсем не понятно, по какому поводу в законопроекте об изменениях рассматриваются изменения к Федеральному закону «О рекламе» (ст. 5).

По большей части эти изменения ограничивают гражданскую инициативу по представлению информации о себе любым медиатором, и, тем самым, создают условия для монополизации данной сферы.

В отношении рекламы «преимуществ» медиации над другими способами АРС и государственным разрешением споров, о невозможности рекламирования которых говорится в законопроекте, представляется, что тут вообще нет почвы для существования проблемы, а уж тем более для закрепления на законодательном уровне этих положений, поскольку каждый выбирает для себя тот вариант снятия правовой неопределенности (разрешения споров или урегулирования правовых конфликтов), который наиболее эффективен в конкретной ситуации.

Скорее, следовало подумать об изменениях в Налоговый кодекс для определения стимулирующих мер по обращению к примирительным процедурам, как это предложено в законопроекте ВАС РФ. Также считаем, что изменения, направленные на более активное использование примирительных процедур, должны содержаться и в Уголовном процессуальном кодексе РФ[15].

Подведем общий итог рассуждениям по содержанию законопроектов. Выводы, на наш взгляд, могут быть следующими:

1. Для расширения спектра примирительных возможностей предмет законопроекта о медиации следует расширить за счет указания на возможность применения для урегулирования споров (конфликтов) сторон любых примирительных процедур, а не только одной классической модели медиации, тогда можно будет в значительной степени увеличить эффективность и работоспособность законопроекта. Либо определить в законопроекте, что понятие «посредничество (медиация)» является родовым для всех примирительных процедур.

2. Следует исключить из законопроекта нормы, прямым образом затрагивающие судебный порядок применения примирительных процедур. Так будет

[15] См., напр.: Пахомова С. Ю. Правовые и социальные предпосылки примирительных процедур (в том числе медиации) в уголовном процессе России // Третейский суд. 2010. № 1. С. 143.

проще согласовать и принять общий (рамочный) закон о примирительных процедурах. Законопроект должен быть посвящен только внесудебным примирительным процедурам. Законопроекты о судебном порядке применения в гражданском, арбитражном, уголовном процессах лучше всего готовить параллельно соответствующими субъектами законодательной инициативы.

3. Следует исключить из законопроекта положения, приводящие к значительной юридизации примирительных процедур, а сам законопроект согласовать с инициативой ВАС РФ. В этих целях желательно рассматривать законопроекты о внесудебном и судебном порядке применения примирительных процедур «единым пакетом».

4. Необходимо отказаться от терминов и положений законопроекта, не отражающих правовую природу способов АРС, и определить общую терминологию в сфере АРС либо перейти к рассмотрению в Госдуме другого законопроекта — «О примирительной процедуре с участием посредника (медиации)».

5. Имеет смысл определить меры стимулирующего характера для обращения к примирительным процедурам.

Законопроект о медиации был призван повысить активность обращения к медиации, а также снизить нагрузку на государственную судебную систему, однако, его значительная юридизация указывает на необходимость его собственной «разгрузки».

G. V. Sevastianov

Specific character of lawmaking in the sphere of alternative dispute resolution

Summary: *In the first part of the article possible approaches to preparation of bills in the sphere of alternative dispute resolution (ADR) are presented. The author thinks, that taking these approaches into account will let increase the efficiency and "functionality" of legislation, and also decrease to a considerable rate the excessive normative regulation of the ADR ways. The second part of the article is devoted to realization of principles of lawmaking activity in the sphere of alternative dispute resolution in the current bill drafting work, with the bills, introduced in the State Duma of the Russian Federation on March,11, 2010, being characterized.*

Keywords: *alternative dispute resolution, lawmaking in the sphere of ADR, order of application of the ADR ways, law on mediation, conciliatory procedures, judicial mediation, terminology in the sphere of ADR, excessive normative regulation of the ADR ways.*

В отзывах и комментариях специалистов — ученых и практиков анализируются проекты Федерального закона «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедура медиации)» и «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона "Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)"», внесенные Президентом РФ 11 марта 2010 года в Государственную Думу Российской Федерации, а также законопроект «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием примирительных процедур», подготовленный Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации.

Ключевые слова: *законопроект, альтернативное разрешение споров, альтернативная процедура урегулирования споров, медиация, посредничество, посредник, правовое регулирование, медиативное соглашение, саморегулируемые организации.*

Специальное правовое регулирование посредничества (анализ законопроекта)

Е. И. НОСЫРЕВА, заведующая кафедрой гражданского права и процесса Воронежского государственного университета, профессор, доктор юридических наук

11 марта 2010 г. Президентом РФ в Государственную Думу РФ был внесен проект федерального закона «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)». Это событие было ожидаемо со стороны специалистов в области альтернативного разрешения споров и является закономерным, т. к. потребность в правовом регулировании этой примирительной процедуры назрела давно.

Однако вызывает сожаление, что данный законопроект не был предварительно опубликован для обсуждения. Он во многом нуждается в доработке и мог бы быть исправлен до внесения в законодательный орган.

Нельзя не отметить, что первоначально концепция посредничества была сформулирована в разработанном под эгидой Торгово–промышленной палаты РФ проекте «О примирительной процедуре с участием посредника (медиации)[1]», который находится на рассмотрении в Государственной Думе РФ с 2008 г. Многие его положения (определение терминов, принципы процедуры, конфиденциальность урегулирования, порядок назначения посредника, утверждение достигнутого соглашения судом (третейским судом) и другие) также получили обоснованное закрепление в представленном проекте. В то же время, были внесены изменения и дополнения, которые не всегда удачны.

[1] В первоначальном варианте в скобках указывалось слово «посредничество».

Остановимся на анализе отдельных положений.

Прежде всего, трудно согласиться с названием закона, включающим термин «альтернативная процедура». Урегулирование спора с участием посредника само по себе является альтернативной процедурой, причем альтернативной по отношению к рассмотрению дела в суде. В контексте предлагаемого названия получается, что речь идет об альтернативе альтернативной процедуры. Кроме того, данный термин не несет смысловой нагрузки и не отражает сути урегулирования споров с помощью посредника (а это особенно важно для потенциальных пользователей процедуры). Указание в скобках на «процедуру медиации», которым вроде бы разъясняется название, также нельзя признать корректным, т. к. медиация — это и есть процедура.

При выборе названия законопроекта следует учитывать «Методические рекомендации по юридико–техническому оформлению законопроектов»[2], в которых указано, что наименование должно быть точным, четким и максимально информационно насыщенным, правильно отражать предмет правового регулирования, с тем расчетом, чтобы исполнители могли по наименованию законодательного акта определить его основное содержание, легко запомнить, при необходимости быстро отыскать. Законодательные акты со сложными и неоправданно длинными наименованиями загромождают законодательство, затрудняют систематизацию и понимание законодательных актов.

В связи с этим необходимо поддержать название первого проекта, которое раскрывает целенаправленность процедуры, а также соответствует устоявшейся в доктрине, практике и законодательстве терминологии. В частности, АПК РФ содержит термин «примирительные процедуры» (глава 15), посредничество рассматривается как одна из них, но не единственная. Поэтому проект следует рассматривать как специальное правовое регулирование посредничества, и его название должно отражать это.

Предполагается, что данный законопроект будет работать как в отношении внесудебного урегулирования споров с помощью посредника, так и в отношении применения данной процедуры в рамках государственного судопроизводства. Следовательно, его нельзя рассматривать в отрыве от недавно подготовленного Высшим Арбитражным Судом РФ законопроекта «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием примирительных процедур», в котором также осуществлена регламентация посредничества.

В определенной мере содержит противоречивые положения ст. 4 проекта. В п. 1 указывается на то, что стороны по договоренности могут отказаться от обращения в суд или третейский суд в течение срока проведения медиации, и такое соглашение обязательно для суда. Однако, в чем состоит эта обязательность, непонятно. Процессуальные действия судьи должны быть четко регламентированы в данном случае (судья принимает исковое заявление или оставляет его без движения или возвращает исковое заявление). Это тем более непонятно, что далее в п. 1 в качестве исключения из этого правила называются случаи, когда одной из сторон необходимо, по ее мнению, защитить свои права в суде. Данная формулировка с точки зрения процессуальных последствий полностью перечеркивает предыдущую. В п. 2 ст. 4 предусматривается, что

[2] Утверждены письмом Аппарата Государственной Думы Федерального Собрания РФ от 11 ноября 2003 г. // СПС «Консультант Плюс».

процедура медиации может быть использована в любой момент до принятия судом решения. Следует уточнить, что примирение сторон, как в гражданском, так и в арбитражном процессе, возможно на любой стадии, в том числе и в исполнительном производстве. Поэтому урегулирование спора с помощью посредника не должно ограничиваться моментом принятия судебного решения. Также в этом пункте содержится фраза «отложение рассмотрения дела о споре», тогда как процессуальные кодексы предусматривают известную формулировку «отложение судебного разбирательства».

В любом случае указанные вопросы относятся к сфере процессуального права. Они должны найти отражение в процессуальных кодексах (на это направлен уже упоминавшийся законопроект ВАС РФ). По мере возможности, если это только не обусловлено сутью самой процедуры медиации (когда, например, речь идет о ее конфиденциальности), они не должны включаться в специальный закон о посредничестве. А если все–таки включаются, то, повторимся, должны быть четко согласованы с процессуальным законодательством. В связи с этим представляется целесообразным обсуждение и разработка (доработка) законопроектов, касающихся как внесудебного, так и досудебного посредничества, осуществлять параллельно.

Авторы остановились на законодательном использовании иностранных слов «медиация» и «медиатор», а также на производных от них «медиативное соглашение» и «медиативная оговорка».[3] В литературе уже не раз указывалось на необходимость использования на законодательном уровне русскоязычных терминов. Это не пожелание специалистов, а требование закона. В соответствии с федеральным законом РФ «О государственном языке Российской Федерации» от 1 июня 2005 г.[4] при использовании русского языка как государственного языка Российской Федерации не допускается использование слов и выражений, не соответствующих нормам современного русского литературного языка, за исключением иностранных слов, не имеющих общеупотребительных аналогов в русском языке (ст. 6). Отсюда следует, что иностранные слова не должны применяться при наличии соответствующего русскоязычного аналога. Таким аналогом и являются «посредник» и «посредничество». При этом термин «посредник» уже давно закреплен в АПК РФ. На его дальнейшее распространение, а также на легализацию термина «посредничество» направлен новый законопроект ВАС РФ. Такое терминологическое различие в двух законодательных разработках еще раз свидетельствует о потребности их согласованного обсуждения. Одно и то же явление не может обозначаться по–разному в федеральных нормативных актах.

В качестве концептуального замечания необходимо отметить стремление разработчиков регламентировать на уровне федерального закона те вопросы, которые, исходя из сути внесудебного посредничества, должны отдаваться на усмотрение сторон, посредника или организации, оказывающей услуги в проведении процедуры.

Например, в ст. 10 устанавливается, что «*услуги* организаций, осуществляющих оказание *услуг* по проведению процедуры медиации, оказываются

[3] Неблагозвучие последних словосочетаний с точки зрения русского языка не идет ни в какое сравнение с приятными для слуха соответствующими англоязычными юридическими терминами «mediation agreement» и «mediation clause».

[4] Российская газета. 07.06.2005. С. 10.

на платной основе» (курсив наш — Авт.). Помимо того, что обращает на себя внимание лингвистическая некорректность формулировки, данное законодательное решение в принципе является недопустимым. Это означает полную коммерциализацию услуг по урегулированию споров. Разве организация не может сама определить, на какой основе она будет оказывать эти услуги? И почему заранее исключается возможность этой деятельности *pro bono*? Если учесть, что принятие проекта открывает в перспективе возможности урегулирования споров с участием граждан, то бесплатное проведение посредничества для них в целом или по каким–то критериям может стать одним из направлений деятельности организации. Зарубежный опыт показывает, что на начальных этапах развития альтернативных процедур урегулирования споров они зачастую осуществлялись безвозмездно.

Сомнительным является установление предельных сроков проведения посредничества. В лучшем случае стороны должны уложиться в 60–дневный срок. В целом срок не должен превышать 180 дней; если спор находится на рассмотрении в суде или третейском суде — 60 дней. Увеличение этих сроков возможно только в исключительных случаях (ст. 13). Представляется, что такое обязательное предписание противоречит правовой природе медиации. Это гибкая процедура, основанная на соглашении сторон. Ограничивать сроки урегулирования спора рамками закона неправильно. Нельзя не отметить, что такие сроки не установлены законом даже для третейского разбирательства, которое является более формальным, чем посредничество. По общему правилу применительно к внесудебному посредничеству стороны совместно с посредником вправе решать, сколько потребуется времени. Практика знает случаи урегулирования частноправовых конфликтов в течение нескольких лет. Это дело участников конфликта. С другой стороны, никто не мешает устанавливать такие сроки в правилах проведения посредничества организациями, оказывающими эту услугу. И если стороны обращаются в данную организацию и не договариваются об ином, установленные сроки становятся для них обязательными. Что касается посредничества, которое проводится после возбуждения дела в суде, то сроки должны устанавливаться процессуальным законодательством. Это как раз сделано в проекте ВАС РФ, где предусматривается, что примирительные процедуры должны быть завершены в срок, не превышающий месяца со дня вынесения определения о проведении примирительной процедуры. По ходатайству сторон указанный срок может быть продлен арбитражным судом не более, чем на один месяц (ст.138^1).

Также, на наш взгляд, в законе не может в императивном порядке устанавливаться содержание правил проведения процедуры медиации, утверждаемых организациями, оказывающими услуги по проведению посредничества (ст. 11). Как закреплено в проекте, в этих правилах «*должны быть указаны…*» и далее перечисляются обязательные положения, в том числе, например, особенности проведения процедуры медиации в отношении отдельных категорий споров. Представляется, что эти вопросы должны отдаваться на усмотрение организации. Такие правила в настоящее время уже существуют, даже сложились определенные модельные положения, которые, в свою очередь, основаны на известных международных образцах. Можно назвать, в частности, Согласительный регламент Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ и Регламент ТПП РФ по проведению примирительной процедуры

с участием посредника. Регулирование содержания данных правил на уровне закона будет попросту означать вмешательство государства в частноправовые отношения.

Помимо перечисленных общих замечаний к содержанию законопроекта, он нуждается в тщательной постатейной корректировке.

Так, в ст. 1 нет необходимости включать п. 2. Достаточно дополнить п. 1 указанием на иные споры в случаях, предусмотренных федеральным законом.

Пункт 3 ст. 1 сформулирован юридически неграмотно. По предполагаемому смыслу процедура медиации может применяться не «после возникновения споров, рассматриваемых в рамках гражданского судопроизводства и судопроизводства в арбитражных судах», а после возбуждения дела в рамках гражданского судопроизводства и судопроизводства в арбитражных судах.

В ст. 2 раскрываются основные понятия, используемые в законе. Однако в их определении нет четкости и согласованности. Например, в подп. 2 говорится о достижении сторонами взаимоприемлемого решения, а в подп. 3 — о выработке сторонами решения по существу спора.

Вводится понятие «организация, осуществляющая оказание услуг по проведению процедуры медиации», которое определяется как «юридическое лицо, одним из основных видов деятельности которого является оказание по обращению стороны (сторон) услуг по организации проведения процедуры медиации, а также осуществление иных действий, предусмотренных настоящим законом». Вызывает критику как сам термин, так и его понимание в контексте законопроекта. Альтернативное разрешение споров не исчерпывается медиацией, возможно использование других примирительных процедур, а также третейского разбирательства. В настоящее время примирительные процедуры (не только в России, но и во всем мире) зачастую внедряются под эгидой постоянно действующих третейских судов (арбитражей), в том числе в системе торгово–промышленных палат. При этом, безусловно, проведение примирительных процедур не является для них основным видом деятельности. Реализация предлагаемого в проекте понимания «организаций, оказывающих услуги в проведении медиации», подорвет эту деятельность и может свести на нет все усилия, предпринимаемые в настоящее время по внедрению и развитию АРС.

Требуют согласования друг с другом и с текстом законопроекта термины «соглашение о применении процедуры медиации» и «соглашение о проведении процедуры медиации». Например, в ст. 7 указывается, что использование медиации осуществляется на основании *соглашения сторон*. В этих терминах легко запутаться не только участникам конфликта, которым непосредственно адресованы эти понятия, но и специалисту. Например, неясно, что понимается под существенными условиями соглашения о проведении процедуры медиации, которые должны содержаться в предложении об обращении к процедуре медиации (п. 6 ст. 7). Попутно возникает вопрос: что такое «предложение об обращении к процедуре медиации», кем и кому оно адресовано? Далее в ст. 8 перечисляются в императивной форме сведения, которые включаются в соглашение о проведении процедуры медиации. Возможно, что они рассматриваются в качестве существенных условий. Тогда непонятно, как все эти сведения могут включаться заранее в вышеуказанное предложение об обращении к процедуре медиации. Если это не существенные условия, то возникает вопрос

о соотношении содержания предложения об обращении к процедуре медиации с содержанием соглашения о проведении процедуры медиации.

Кроме того, вызывает возражение включение в соглашение о проведении процедуры медиации сведений о порядке проведения процедуры медиации. Во–первых, неясно, что в данном случае понимается под «порядком проведения», учитывая, что сведения о сроке, медиаторе, условиях оплаты услуг указываются отдельно. Во–вторых, это противоречит всем представлениям о функционировании посредничества. Если стороны обращаются в соответствующую организацию, то они, как правило, принимают разработанный ею регламент. Если посредничество осуществляется без обращения в организацию, то порядок определяется посредником вместе со сторонами уже в ходе проведения процедуры.

В абз. 2 п. 1 ст. 7 искажен заложенный в его содержание смысл. В нем указано, что «ссылка в договоре на документ, содержащий *условия урегулирования спора* при содействии медиатора, признается медиативной оговоркой при условии, что договор заключен в письменной форме». Выделенное курсивом выражение несет совершенно иную смысловую нагрузку и предполагает условия примирения сторон. Тогда как авторы имели в виду условие об обращении к медиатору с целью урегулирования спора.

В проекте встречаются неоправданные с точки зрения лингвистики конструкции. Например, в ст. 9 применяется формулировка «в процессе проведения процедуры медиации». Для законодательного языка, который должен отличаться лаконичностью и четкостью, она является слишком громоздкой. Кроме того, содержит слова, которые, по сути, в данном контексте являются синонимами: «процесс», «процедура», «медиация». Эта формулировка вполне может быть заменена короткой фразой «в ходе медиации», если придерживаться терминологии данного законопроекта, либо «в ходе посредничества» или «в ходе урегулирования спора».

Таким образом, внесенный в Государственную Думу РФ законопроект «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» нуждается в значительной доработке. В предлагаемом варианте он вряд ли будет способствовать использованию и распространению посредничества в Российской Федерации.

К вопросу о проекте федерального закона «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»

А. Н. КУЗБАГАРОВ, начальник кафедры гражданского права Санкт–Петербургского университета МВД России, профессор, доктор юридических наук

Статья посвящена авторскому взгляду на проект федерального закона «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации) (далее — Проект об альтернативной процедуре), который вместе с проектом федерального закона «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»»[1] был внесен в Государственную Думу Федерального Собрания РФ 11 марта 2010 г. Из этого следует, что Россия, как дисциплинированный и активный участник международных соглашений, до 1 января 2011 г. имеет четкие намерения выполнить решение, содержащееся в Директиве 2008/52/ЕС Европейского парламента и Совета «О некоторых аспектах медиации в гражданских и торговых делах».

Полагаем, не будет лишним отметить, что Проект об альтернативной процедуре — это уже не первое законотворческое предложение по данному направлению. Так, в 2005 г. был внесен в нижнюю палату Федерального Собрания РФ проект федерального закона «О примирительной процедуре с участием посредника (медиации)»[2] (далее — Проект о примирительной процедуре, первый проект), но затем был снят с рассмотрения и направлен в Комитет по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству на доработку.

В любом случае, предполагается, что заниматься примирением сторон будут специальные посредники (медиаторы), которыми могут быть как частные лица, так и организации. Проектом об альтернативной процедуре определены требования к профессиональному миротворцу: достижение возраста 25 лет, высшее образование, отсутствие судимости, сдача теоретических экзаменов по подготовке посредников. Также в документе должны содержаться нормы о назначении посредников, правилах и сроках проведения примирительной процедуры, заключении соглашения об урегулировании спора, сохранении конфиденциальности.

[1] См.: http://news.kremlin.ru/acts/7080; http://www.pravo.ru/news/view/26128/; дата посещения — 18.04.2010.

[2] См.: http://www.ncci.ru/default.asp?div=26; http://www.taxpravo.ru/legislation/projects/bill1/article13758; дата посещения — 18.04.2010.

Ограничивая себя в объеме публикации, остановимся на принципиальных положениях, которые не способствуют ожидаемому развитию и применению медиативного порядка разрешения споров как до суда, так и при нахождении дела в суде, предлагаемых в Проекте об альтернативной процедуре. В общем плане, данный проект содержит в себе, во–первых, противоречия и, во–вторых, отсутствие обеспечительных факторов его применения.

О противоречиях. Пожалуй, самое важное касается отсутствия единства в тех материальных правоотношениях, в которых предполагается применять Проект об альтернативной процедуре. Надо заметить, что такого недочета не имеет первый проект. Несмотря на то, что составители Проекта об альтернативной процедуре и указали на применение его в урегулировании споров, возникающих из «*трудовых и семейных правоотношений*», далее дело не пошло. Ознакомление с Проектом об альтернативной процедуре показывает, что он не располагает к такому урегулированию. Во–первых, в п. 4 ст. 1 Проекта об альтернативной процедуре указано, что данный закон не применяется, если спор затрагивает интересы третьих лиц. Такие интересы в трудовых спорах, как правило, присутствуют всегда, т. к. выгодоприобретателями работника являются его иждивенцы и члены его семьи. Не далеко от этого уходят и семейные правоотношения. Во–вторых, медиативному соглашению, согласно п. 4 ст. 12 Проекта об альтернативной процедуре придается природа гражданско–правовой сделки. Последняя, согласно п. 3 ст. 2 ГК РФ, не применяться к трудовым правоотношениям, да и спорность вопроса о самостоятельности семейных правоотношений не позволяет утверждать об однозначности применения такой сделки и к данной природе (семейных) правоотношений. Там же в п. 4 ст. 12 приводятся способы прекращения обязательств (закрепленные в гл. 26 ГК РФ), которые также не применяются к спорам, возникающим из трудовых или семейных правоотношений. К тому же непонятно, почему составители данного проекта делают упор на примирение сторон только в обязательственных правоотношениях, ведь есть еще и вещные, и наследственные, и правоотношения в сфере интеллектуальной собственности и другие. Полагаем, что авторы необоснованно сужают этим возможности закрепления результатов медиации в таком соглашении. То же самое можно сказать и о привлечении нарушителя условий медиативного соглашения к гражданско–правовой ответственности (п. 4 ст. 12, ст. 17 Проекта об альтернативной процедуре). Вместе с тем, в трудовом и семейном праве имеются свои санкции и меры ответственности. В–третьих, считаем неверным толкование заключенного соглашения о применении процедуры медиации как обязательства (ст. 4 Проекта об альтернативной процедуре), скорее это лишь обязанность. Природа обязательственного права, закрепленная ст. 307 и иными нормами ГК РФ, не позволяет провести тождество между медиативным соглашением и обязательством.

Об отсутствии обеспечительных факторов применения медиативного порядка урегулирования споров. В публикациях неоднократно указывалось, что активность применения вообще способов альтернативного разрешения споров (далее — АРС) маловероятна, если «власть», которая как никто другой должна быть больше заинтересована в продвижении способов АРС, пользующихся спросом в Европе, Латинской Америке и других странах, не будет вводить обеспечительные меры для их использования. Одной из таких обеспечительных мер являются мотивационно–стимулирующие факторы,

способствующие применению конфликтующими сторонами способов АРС, в том числе медиации.

На сайте Государственной Думы Федерального Собрания РФ по вопросу о затратах из федерального бюджета в связи принятием законопроекта «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона "Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)"» указано, что затрат не имеется. На самом деле вряд ли это так — согласно ч. 3 ст. 18 Проекта об альтернативной процедуре уполномоченный Правительством РФ орган исполнительной власти должен вести реестр СРО. Но речь даже не об этом. По результатам проведенного исследования[3] можно сделать вывод, что без создания условий, которые бы стимулировали применение самими сторонами конфликта медиативного или иного порядка АРС (пусть по конфликтам, имеющим большой общественный резонанс или иное существенное значение для неопределенного круга лиц), ожидание результатов, которые может дать альтернативное разрешение споров, будет длящимся. Следует заметить, что в ст. 3 Проекта об альтернативной процедуре авторы не делают акцент на принципиальный подход о *стимулировании* медиативного порядка разрешения споров в России.

Другое обстоятельство связано с деятельностью медиаторов в саморегулируемых организациях (далее — СРО). В целом эта отечественная конструкция имеет свою каузальность (причинность), но эта конструкция вполне приемлема к медиативному порядку разрешения споров. Одной из причин, которые породили СРО, являлся уход от «чиновничества», когда последнее давало разрешения на осуществление того или иного вида деятельности. К сожалению, составители в ч. 6 ст. 18 Проекта об альтернативной процедуре частично возвращают этот негативный фактор. Допуская необходимость осуществления контроля внутри СРО, что закреплено в абз. 10 ст. 19 указанного проекта, подчеркнем, что, вместе с тем в нем не заложено исключение злоупотреблений таким контролем, которые вполне можно ожидать при жесткой корпоративной этике в СРО.

В заключении отметим, что обозначили только наиболее важные факторы, которые предлагается иметь в виду научной общественности и при доработке пакета законов в связи с принятием Проекта об альтернативной процедуре.

[3] См.: Кузбагаров А. Н. Примирение сторон по частноправовым конфликтам как социально–правовое явление в гражданском и арбитражном процессах. СПб., 2006.

Комментарии на законопроекты, внесенные Президентом РФ

Д. Л. ДАВЫДЕНКО, директор Института международного частного и сравнительного права, юрист коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры», кандидат юридических наук

О проекте федерального закона «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»

Законопроект «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» (далее — Законопроект о медиации) является очень своевременным и отвечающим нуждам правового оборота в России. На наш взгляд, он способствует интеграции медиации в российскую правовую систему и ее постановке на адекватную юридическую основу. Среди достоинств законопроекта отметим то, что он, помимо прочего, содержит положения, которые будут способствовать формированию саморегулируемой профессии медиатора и стандартов проведения процедуры медиации. Кроме того, данный законопроект выгодно отличается от многих иных проектов нормативных актов тем, что он преимущественно написан языком, понятным широкому кругу лиц. Отрадно видеть, что при подготовке Законопроекта о медиации был учтен и использован ряд формулировок из проекта федерального закона № 126244–5 «О примирительной процедуре с участием посредника (медиации)», который был первоначально подготовлен рабочей группой при Торгово–промышленной палате РФ еще в 2005 г. (например, п. 7 ст. 11 Законопроекта о медиации дословно воспроизводит п. 3 ст. 12 законопроекта № 126244–5 (кроме замены слова «*либо*» на «*равно как и*»); п. 5 и 7 ст. 7 Законопроекта о медиации близки по формулировкам и идентичны по смыслу п. 2 и 3 ст. 7 законопроекта № 126244–5; некоторые положения преамбулы также заимствованы из преамбулы законопроекта № 126244–5).

Выскажем несколько замечаний и предложений по содержанию и терминологии законопроекта.

1. Слово «альтернативной» в названии представляется излишним. Также оно неверно с точки зрения юридической техники: в законопроекте нет прямого указания, альтернативной чему является медиация.

2. Пункт 4 ст. 1 следует дополнить фразой: «*если только последние не представлены в ходе медиации уполномоченным лицом*». В противном случае из текста следует, что споры из публично–правовых отношений не могут быть урегулированы в порядке медиации. Такое ограничение, очевидно, не входит в задачи законопроекта, тем более в свете ст. 190 АПК РФ.

3. В п. 2 ст. 2 неудачна формулировка «*добровольного согласия*», т. к. любое согласие всегда подразумевает добровольность. Соответственно, слово «добровольного» следует исключить либо заменить фразу на «*добровольности и согласия*».

4. Слово «*медиативное*» (входящее в состав термина «*медиативное соглашение*»), несомненно, вызовет множество возражений с точки зрения чистоты русского языка, хотя следует признать, что его использование логически вытекает из использования слова «*медиация*». Думаем, стоило бы заменить его на максимально нейтральный термин «*соглашение об урегулировании спора*», тем более что законопроект не предусматривает какого–то особого режима регулирования соглашений, заключенных с участием посредника, по сравнению с иными соглашениями.

5. В абз. 2 ст. 7 Законопроекта о медиации «*условия урегулирования спора при содействии медиатора*» для большей ясности и единообразия следует заменить на «*правила проведения процедуры медиации*», как предусмотрено в п. 2 ст. 11.

6. В п. 4 ст. 12 во фразе «*К такой сделке могут применяться правила гражданского законодательства соответственно об отступном…*» следует вместо слова «*соответственно*» указать «*в том числе*», т. к. в противном случае может создаться впечатление, что к такой сделке применяются только те правила гражданского законодательства, которые прямо перечислены в данной статье.

Также следует дополнить фразу «*несет ответственность в порядке, предусмотренном гражданским законодательством*» словами «*и таким соглашением*», поскольку соглашение об урегулировании спора («*медиативное соглашение*») также может содержать санкции за его неисполнение, что и следует прямо закрепить в законе.

7. Следует предусмотреть в ст. 12 возможность по соглашению сторон нотариального удостоверения соглашения об урегулировании спора («*медиативного соглашения*»), достигаемого в результате медиации, с тем, чтобы обеспечить возможность его принудительного исполнения без обращения в суд.

8. В п. 3 ст. 14 после слова «*нецелесообразности*» следует добавить «*или невозможности*», а после слов «*ее проведения*» — «*в том числе в случае выяснения обстоятельств, указанных в пункте 4 статьи 1 настоящего Федерального закона*». Имеется в виду выяснение того обстоятельства, что спор затрагивает или может затронуть интересы третьих лиц, не участвующих в процедуре медиации, или публичные интересы, не представленные уполномоченным лицом при проведении медиации.

О проекте федерального закона «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона "Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)"»

Предлагаемые в законопроекте «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона "Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)"» (далее — Законопроект о внесении изменений) поправки представляются актуальными и оправданными. Вместе с тем, они должны быть дополнены институтом судебного посредничества (проведение согласительной процедуры при содействии должностного лица суда), предусмотренных в проекте федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи

с совершенствованием примирительных процедур», подготовленного Высшим Арбитражным Судом РФ[1]. Также представляется разумным предусмотреть обязанность арбитражных судов и судов общей юрисдикции вести списки медиаторов и организаций, оказывающих услуги по проведению медиации, и предоставление судами о них информации для всех участников судопроизводства.

Также к положениям Законопроекта о внесении изменений имеются следующие замечания и предложения:

1. В п. 1 ст. 2 представляется нелогичной фраза «*посредники, оказывающие содействие сторонам в урегулировании спора, в том числе медиаторы*», т. к. ни Законопроект о медиации, ни какой–либо действующий нормативный акт не делает различия между (а) посредником, оказывающим содействие в урегулировании спора, и (б) медиатором. Возможно, такое различие стоит сделать и указать в Законопроекте о медиации, что «*медиатор*» — это профессиональный посредник по урегулированию споров.

2. Также предлагаемое в п. 1 ст. 2 Законопроекта о внесении изменений положение следует дополнить фразой «*в том числе после завершения процедуры медиации, если стороны не согласовали иное в письменной форме*».

3. Положение п. 3 ст. 2 представляется излишним. Также оно является логически ошибочным, т. к. по смыслу Законопроекта о медиации, как и вообще согласно здравому смыслу, мировое соглашение может быть заключено в ходе любой примирительной процедуры, в том числе в ходе медиации, а из данного положения следует, что оно является некоей «*другой примирительной процедурой*». В результате данное положение законопроекта усугубляет терминологическую путаницу в ст. 138 АПК РФ. В этой связи предлагаем исключить слово «другие» и использовать следующую формулировку: «*2. Стороны могут урегулировать спор, заключив мировое соглашение и используя примирительные процедуры, в том числе процедуру медиации, если это не противоречит федеральному закону*».

Соответственно, следует иначе сформулировать фразу, предлагаемую в п. 4 ст. 2: вместо «*или использовать процедуру медиации*» написать «*в том числе посредством процедуры медиации*».

4. В ч. 1 ст. 138 АПК РФ следует прямо указать на обязанность арбитражного суда содействовать сторонам в урегулировании споров. Также предлагаем предусмотреть обязанность судьи в соответствующих случаях рекомендовать сторонам урегулировать их спор мировым соглашением, в том числе в порядке процедуры медиации, и обязанность сторон в случае отказа следовать такой рекомендации дать суду объяснения его причин.

5. Положение в п. 1 ст. 3 Законопроекта о внесении изменений следует дополнить фразой «*или соглашения о проведении медиации, до тех пор, пока условия этого обязательства не будут выполнены, за исключением случаев, когда одной из сторон необходимо, по ее мнению, защитить свои права*», аналогично п. 1 ст. 4 Законопроекта о медиации.

6. В п. 2 ст. 3 неправильно сформулированную фразу «суд выносит определение о проведении сторонами процедуры медиации» (п. 3 предлагаемой ст. 6′ Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации») следует

[1] См.: Третейский суд. 2009. № 6. С. 12–20.

уточнить и сформулировать следующим образом: «*суд выносит определение об отложении разбирательства для проведения сторонами процедуры медиации*».

7. В п. 5 той же предлагаемой ст. 6′ Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации» слово «*медиативное*» является излишним и создает тавтологию («*…по результатам проведения процедуры медиации*»).

8. Пункт 3 предлагаемой ст. 30^1 Федерального закона «О рекламе» представляется нелогичным и ничем не оправданным. То обстоятельство, что у медиации есть ряд преимуществ перед судебным и третейским разбирательством (например, содействие развитию партнерских деловых отношений, что указано в преамбуле Законопроекта о медиации в качестве его цели), является общепризнанным в странах, где сложилась практика медиации. Указания на преимущества медиации перед разрешением спора в государственном и третейском суде, в том числе в ходе информирования об услугах медиаторов, является в мире общепринятой практикой и ничьи законные интересы не нарушает. Поэтому следует, напротив, предусмотреть в данном пункте, что такая реклама **может** содержать утверждения о преимуществах медиации.

Следует дополнить п. 6 ст. 2 АПК РФ («Задачи судопроизводства в арбитражных судах») и ст. 2 ГПК РФ «Задачи гражданского судопроизводства») фразой «*оказание содействия примирению сторон*».

9. Представляется, что в ст. 19 АПК РФ следует прямо предусмотреть право арбитражных заседателей по просьбе сторон выступать посредниками при урегулировании экономических споров. Представители общественности с безупречной репутацией, имеющие высшее профессиональное образование и стаж работы в сфере экономической, финансовой, юридической, управленческой или предпринимательской деятельности не менее пяти лет (как предусмотрено п. 1 ст. 2 Федерального закона от 30 мая 2001 г. № 70–ФЗ «Об арбитражных заседателях арбитражных судов субъектов Российской Федерации») при условии доверия к ним сторон спора потенциально могли бы содействовать урегулированию экономических споров (причем более успешно, чем его разрешению).

10. Пункт 2 ч. 1 ст. 135 АПК РФ («Действия по подготовке дела к судебному разбирательству») следует дополнить фразой «*предоставляет сторонам письменную и устную информацию о процедуре медиации и организациях, осуществляющих оказание услуг по проведению процедуры медиации*».

Медиация в России: попытка № 4

В. В. ЛИСИЦЫН, профессор кафедры гражданского права Российской академии правосудия, доцент, кандидат юридических наук

11 марта 2010 года Президент России Д. А. Медведев внес в Государственную Думу РФ проект закона «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»[1]. Напомним, что за последние четыре года это четвертая попытка подвергнуть правовой регламентации отношения с участием медиатора в нашей стране. О трех предыдущих, не увенчавшихся успехом, читатели могли узнать из ряда публикаций[2]. Была предпринята попытка критического осмысления причин, в силу действия которых упомянутые законопроекты о медиации оказались невостребованными[3]. Мы даже попытались спрогнозировать решения, ведущие к исправлению сложившейся ситуации[4], но проза жизни всегда сильнее. И вот в Парламенте страны очередной — четвертый — законопроект!

Уже раздаются восторженные отклики о содержании внесенного Президентом РФ в Государственную Думу документа. Так, президент Научно–методического центра медиации и права Ц. А. Шамликашвили утверждает: «Принятие закона о медиации придаст дополнительный импульс развитию этого института. Закон создаст условия для регулирования медиативной деятельности, интеграции АРС в правовую культуру, совершенствования правовой системы в целом. На этапе подготовки закона мы направляли свои предложения, осознавая, сколь значимую роль будет играть устойчивая правовая база не только для провайдеров медиативных услуг, но и для всего общества в целом»[5].

Ознакомившись с содержанием представленного проекта, нам трудно согласиться с такими оптимистичными оценками упомянутого соавтора–разработчика. Да и сами эти оценки, на наш взгляд, являются несколько преждевременными, за исключением, пожалуй, легитимации деятельности провайдеров медиативных услуг. Какие причины побуждают нас это утверждать? Все предельно просто. Не далее как 25 июня 2009 года на международной

---

[1] См. электронную регистрационную карту на законопроект на сайте Госдумы РФ (http://www.duma.gov.ru/faces/lawsearch/gointra.jsp?c=341071–5; дата посещения — 01.04.2010).

[2] См., напр.: Лисицын В. В. Медиация — важный элемент правовой культуры российского бизнеса // Вестник Арбитражного суда г. Москвы. 2009. № 2; Лисицын В. В. Медиация для предпринимателей России: какой она была и какой ей предстоит быть // Право и экономика. 2009. № 4; Лисицын В. В. Медиация — способ разрешения коммерческих споров в Российской Федерации. Краткий курс лекций. М., 2009.

[3] См.: Лисицын В. В. Медиация — универсальный способ урегулирования коммерческих споров в России. Научный очерк: история и современность. М., 2009.

[4] См.: Лисицын В. Полтора века медиации в России // Медиация и право. 2008. № 2; Лисицын В. В., Лисицын Н. В. Некоторые организационные аспекты разрешения коммерческих споров в России и США (история и современность) // Российское правосудие. 2008. № 8; Лисицын В. Судебная медиация — вектор российских законопроектных работ // Судья РФ. 2010. № 1.

[5] См.: http://www.mediacia.com/newsout (дата посещения — 30.03.2010).

конференции, посвященной юбилею журнала «Третейский суд», обсуждалось «внезапное» появление в Государственной Думе РФ проекта закона «О примирительной процедуре (медиации)», внесенного Законодательным Собранием г. Санкт–Петербурга. Подавляющее большинство собравшихся оказалось едино во мнении, что этот документ является «компилятивной модификацией» двух предыдущих законопроектов о медиации.

Чем же принципиально отличается «четвертая версия» от упомянутой «компилятивной» третьей? Концепцией? Концепция та же — для стран с высокотехнологичной рыночной экономикой, ориентированной, прежде всего, на производственную деятельность, а не на торговлю природными ресурсами, и соответствующим уровнем правосознания. Понятийным аппаратом? Да, но весьма незначительно. Высочайшим уровнем законодательной техники? И опять мы вынуждены дать отрицательный ответ в силу нижеследующих причин. Тогда невольно возникает вопрос: а что тогда разработали авторы для Президента нашей страны: новый законопроект или модифицированную версию того, что давно всем известно, но до сих пор почему–то невостребовано?

Думается, что ответ на обозначенные вопросы в скором времени предстоит дать народным избранникам, а мы пока попытаемся проанализировать содержание документа, о разработке которого также узнали только 11 марта 2010 года.

Начнем с названия. Есть старая морская поговорка: «Как корабль назовешь, так он и ходить будет». Название законопроекту выбрано достаточно оригинальное: «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)». Напомним, что слово «альтернатива» русским языком заимствовано из французского «alternative», своим происхождением обязано древней латыни, где «alter» означает «один из двух». Дословный перевод «alternative»: 1) необходимость выбора между взаимоисключающими возможностями; 2) каждая из исключающих друг друга возможностей[6]. И тогда возникает вопрос разработчикам законопроекта: о какой альтернативе Вы здесь ведете речь, если в проекте говорится об использовании процедуры медиации при рассмотрении спора судом или третейским судом (ст. 4 проекта)?

Между тем, предмет законодательного регулирования все же обнаруживается в Пояснительной записке Государственно–правового управления (очевидно, Администрации Президента РФ): «Проект Федерального закона «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» (далее — законопроект) разработан в целях создания правовых условий для развития в Российской Федерации альтернативных (неюрисдикционных) способов урегулирования споров при участии независимых лиц — медиаторов, осуществляющих свою деятельность в том числе профессионально, а также в целях снижения нагрузки на судебную систему Российской Федерации. Основными задачами законопроекта являются: **1) определение понятия «процедура медиации» как способа урегулирования споров при содействии медиатора на основе добровольного согласия сторон в целях достижения сторонами спора взаимоприемлемого решения. В этом смысле процедура медиации является альтернативой судебному или**

[6] См.: Современный словарь иностранных слов. М., 1993. С. 36.

административному разбирательству (выделено нами — Авт.); 2) определение сферы применения процедуры медиации; 3) установление юридических последствий использования сторонами спора процедуры медиации; 4) создание правовой базы для деятельности медиаторов. Цель законопроекта — предложить удобный и быстрый способ разрешения споров, который должен отличаться гибкостью и гарантировать исполняемость решений, принятых в ходе процедуры медиации, сэкономить судебные издержки».

«Отталкиваясь» от этимологии слова «юрисдикция»[7], неискушенный в юриспруденции обыватель может предположить, что авторы законопроекта инициируют создание в нашем государстве некой «альтернативной системы разбирательства споров». В действительности такие системы в России существуют издревле (например, «толковища», «разборки» или «стрелки»), однако все они функционируют вне рамок правового поля. В то же время разбирательство споров, а точнее их разрешение, о чем пишут авторы Пояснительной записки, относя это разрешение к цели законопроекта, в любом цивилизованном государстве является исключительной компетенцией легитимной власти и именуется правосудием. Альтернативы правосудию в правовом государстве нет и быть не может!

Теперь несколько слов о законодательной технике и понятийном аппарате. Определяя «процедуру медиации» как «способ урегулирования споров» (п. 2 ст. 2 проекта), авторы законопроекта вновь допускают ряд серьезных методологических ошибок. Во–первых, этимология слов «процедура» и «способ» не позволяет их рассматривать в качестве синонимов. Если под процедурой мы понимаем «официальный порядок действий, процесс»[8], то «способ» языковедами определяется как «действие или система действий, применяемые при исполнении какой–нибудь работы»[9]. Таким образом, «способ» всегда указывает на прием (приемы) выполнения поставленной задачи, а «процедура» определяет последовательность (порядок) проведения избранных приемов. Во–вторых, содержание такого правового явления, как медиация, гораздо шире тех рамок, в которые ее пытаются облечь авторы законопроекта. Как уже отмечалось, медиация — уникальный феномен правовой действительности, термин многоплановый, который в зависимости от вкладываемого в него содержания может означать: а) вид профессиональной деятельности; б) способ восстановления (в некоторых случаях — защиты) права; в) процедуру урегулирования спора; г) правовой институт[10].

Далее, об истории развития института медиации и концепции законопроекта. Авторы пояснительной записки пишут: «Методы конструктивного урегулирования конфликтов получили широкое распространение в мире, начиная с 70–х годов XX века». С таким утверждением трудно не согласиться. Между тем, опыт развития примирительного посредничества («медиации по–русски») в нашей стране обнимает собой, в отличие от США, где медиация действительно стала развиваться в 60–70–х годах XX столетия, многовековую

[7] Юрисдикция (лат. Jurisdiction) — судопроизводство, ведение суда. См.: Современный словарь иностранных слов. М., 1993. С. 730.
[8] См.: Ожегов С. И. Словарь русского языка. М., 1988. С. 511.
[9] Там же. С. 618.
[10] См.: Лисицын В. В. Медиация — универсальный способ урегулирования коммерческих споров в России. Научный очерк: история и современность. М., 2009. С. 47–48.

историю. Опыт этот связан, прежде всего, с деятельностью государства и церкви, а не с подвижнической активностью отдельных «провайдеров»[11].

Специфика же «западной модели медиации», которая широко представлена в обсуждаемом законопроекте и пояснительной записке к нему, такова, что «необходимыми условиями проведения процедуры медиации являются добровольное участие в ней всех сторон спора, их готовность включиться в процесс поиска путей его урегулирования, а также отказ от обращения к другим (судебным, административным) способам разрешения споров на время проведения процедуры медиации».

Вот только развитию западной медиации и до разработки этого законопроекта в нашей стране никто не препятствовал. В то же время ни один существующий в России «провайдер» западной медиации не может похвастаться нагрузкой, которая хотя бы отчасти была сравнима с той, что сейчас обрушилась на суды: в настоящее время судьи арбитражных судов рассматривают в месяц до 120 дел. Российская ментальность такова, что, попав в конфликтную ситуацию, гражданин–предприниматель более склонен обратиться за помощью к государству (в арбитражный суд либо к знакомым из силовых структур) нежели к частнопрактикующему медиатору. Именно по этой причине Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации начата широкомасштабная работа (с привлечением судебного корпуса и научной общественности, а не в тиши уютных кабинетов) по подготовке законопроекта, предусматривающего введение в России судебной медиации. Этот законопроект опубликован в средствах массовой информации и уже стал предметом серьезного и взыскательного обсуждения[12]. К сожалению, и здесь мы серьезно отстаем от стран СНГ, в частности, коллег из Республики Беларусь, которые внедрили модель судебной медиации в своей стране в 2008 году и уже успели добиться серьезных успехов[13].

[11] См.: Лисицын В. В. Возникновение и развитие примирительных способов и форм урегулирования имущественных и торговых споров в древнем русском праве // Судья РФ. 2010. № 3.

[12] См.: Третейский суд. 2009. № 6. С. 12–22.

[13] См.: Каменков В. С. Белорусское законодательство о посредничестве на фоне мировых и европейских актов о медиации // Третейский суд. 2009. № 3. С. 146–152; Бельская И. А. О развитии медиации (посредничества) в Беларуси // Третейский суд. 2009. № 3. С. 185–190.

Отзыв на проект Федерального закона «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»

М. Э. МОРОЗОВ, председатель Сибирского третейского суда, старший преподаватель кафедры экономики и права Новосибирского государственного университета

Законопроект «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» (далее — проект), вносимый Президентом РФ, относится к числу законопроектов, в которых отсутствует целостное восприятие регулируемого явления в соотношении с другими правовыми блоками. Такой подход к регулированию игнорирует подходы к медиации как к одному из блоков альтернативного разрешения споров (АРС). Язык написания законопроекта не выдерживает критики, поэтому не видим необходимости анализировать текстуальную часть каждой статьи и сосредоточимся на основных положениях данного проекта.

Как видно из ст. 1 проекта, он призван регулировать отношения по урегулированию споров, возникающих *из гражданских, трудовых и семейных отношений*, при этом процедура медиации применяется после возникновения споров, рассматриваемых в рамках гражданского и арбитражного судопроизводства.

Как мы видим, объект регулирования включает несколько блоков правоотношений, регулируемых разными отраслями права. В то же время в п. 4 ст. 12 проекта установлено, что медиативное соглашение (как результат медиации) — это *гражданско–правовая сделка*. Остается загадкой, как результатом регулирования трудового или семейного спора может выступать гражданско–правовая сделка. А уж данное в ст. 12 определение сделки представляет собой ничем не обоснованный правовой ликбез. Забота авторов проекта о последствиях медиативного соглашения вполне могла бы быть подкреплена, например, приданием ему такого последствия, как избавление сторон от повторного доказывания установленных в нем обстоятельств как признанных сторонами.

Еще большее удивление вызывает п. 3 ст. 1 проекта, устанавливающий, что процедура медиации применяется *после* возникновения споров, рассматриваемых в рамках гражданского и арбитражного судопроизводства, и прямо противоречит п. 1 ст. 4. Таким образом, проект отказывается от регулирования медиации, осуществляемой вне рамок судебного процесса. Учитывая, что в своей основе медиация как раз и направлена на урегулирование конфликта без судебного разбирательства, такое однобокое регулирование пойдет во вред всему явлению медиации. Тогда необходим будет еще один закон, регулирующий медиацию как явление вообще, а не только после возникновения спора. Хотя не трудно заметить, что вся логика проекта свидетельствует, что отношения в рамках медиации будут происходить на всех стадиях правоотношений сторон.

Пункт 3 ст. 7 противоречит п. 1 ст. 4, поскольку один утверждает, что медиативная оговорка не препятствует обращению в суд, другой запрещает такое обращение.

Проект отличается повышенным уровнем «юридизации» медиации. С учетом того, что медиация относится к явлениям, которые традиционно регулируются сторонами самостоятельно, вмешательство государства в такие отношения сторон должно быть оправдано практическими целями и иметь под собой четкое правовое обоснование. Представляются совершенно необоснованными положения проекта, выделяющие соглашение о применении процедуры медиации и соглашение о проведении процедуры медиации и, кроме того, устанавливающие к ним требования об их существенных условиях. Не ясна цель составления двух документов о медиации, хотя даже для передачи спора в третейский суд достаточно одного. Это же относится и к разделению медиации на профессиональную и непрофессиональную (так и не понятно, для чего нужно такое разделение и в чем отличие этих двух видов медиаторов) и введение профессиональных требований к медиатору (ст. 15 и 16). Еще менее ясны последствия нарушения всех этих требований — неужели в случае, если конфликт будет урегулирован с помощью ненадлежащего медиатора или с неверно составленным соглашением о медиации, то и результат лишится силы гражданско–правовой сделки? Исходя из природы медиации, в отличие от третейского суда, медиатор только помогает сторонам **самим** урегулировать конфликт (даже не всегда спор), поэтому думается, что **формализация медиации — это тупиковая ветвь регулирования этого явления**. Блок АРС во всем мире развивается за счет своей гибкости и предоставления сторонам возможности самим произвести регулирование процесса, а не через его формализацию. Развивая порочную логику проекта на исчерпывающее регулирование медиации, стоило бы тогда развить п. 5 ст. 11 и тогда уж закрепить все допустимые приемы работы со сторонами, а не только установить запрет на внесение предложений об урегулировании спора. Складывается ощущение, что это положение, очевидное с точки зрения психолога, без всякого сомнения помещено в юридическую среду, для которой его верность уже не столь очевидна.

Не понятно, почему проект считает допустимой бесплатную медиацию только для отдельных медиаторов и недопустимой для организаций. Видимо, сама возможность бесплатной помощи людям со стороны организаций кажется авторам проекта безнравственной.

Авторы проекта отчетливо взяли курс на модное течение объединения в саморегулируемые организации (СРО) и перенесли его на медиацию. Не отрицая полезности саморегулирования в принципе, стоит отметить, что обязательное саморегулирование вводится, как правило, вместо лицензирования. То есть оно всегда касается деятельности, находящейся под контролем государства, где сам характер деятельности может существенно повлиять на безопасность, здоровье, экономические права и т. д., т. е. обладает высоким социальным эффектом и ответственностью перед обществом. При этом ст. 17 проекта является отчетливо декларативной и не устанавливает ответственности для медиатора, хотя и обозначает ее наличие. Исходя из роли медиатора, не ясно, за что, на основании чего, при каких условиях вообще может наступить эта ответственность. Из проекта не усматривается столь высокой роли медиации в обществе, а потому введение обязательного саморегулирования

должно быть вызвано потребностью самих медиаторов в таком объединении и саморегулировании, а не вводиться законом.

То же самое касается профессиональной подготовки медиаторов. Статьей 16 проекта установлено, что даже программа подготовки утверждается Правительством. Сегодня образовательные стандарты даже для вузов имеют все большую тенденцию к их формированию на уровне самого вуза, и введение такого высокого уровня образовательного стандарта для медиации в корне неверно.

Таким образом, раздел проекта о саморегулировании представляет собой дублирование норм закона «О саморегулируемых организациях в Российской Федерации», преследующее не ясную правовую цель. Во всем мире медиация базируется на самоподготовке медиаторов и соблюдения ими *самими* установленных стандартов, и, соответственно, неэффективный медиатор просто не найдет своего клиента, но не потому, что он не соответствует установленным *государством* стандартам подготовки медиаторов.

В качестве вывода по проекту в целом можно отметить, что под его действие подпадает лишь часть отношений в сфере медиации, нуждающихся в регулировании, отдельные статьи проекта имеют принципиальные противоречия друг другу, проект содержит избыточное регулирование в той части, которая исконно относится к полномочиям сторон. Обществу в целом указанный проект, в случае его принятия, несет мало позитивного и выгоден будет лишь тем лицам, которые встанут во главе новоявленных СРО и центров, обучающих медиаторов. Именно этот аспект регулирования прописан в проекте наиболее четко и последовательно и не допускает никакого стихийного развития медиации, но должен быть под полным контролем.

Можно было бы подумать, что пока такие силы в России отсутствуют; но внушает опасение, что у них уже хватило административного ресурса внести проект в Государственную Думу от имени Президента РФ, аппарат которого нельзя отнести к малограмотным юристам. Принятие уже существующего проекта закона «О примирительной процедуре с участием посредника (медиации)», долго обсуждавшегося юристами, увязло в согласованиях, а новый проект, несмотря на его явную безграмотность и противоречие доктринальным положениям об АРС, напротив, стал продвигаться. Такие рычаги не приводятся в действие на голом энтузиазме, а значит, у России появился еще один шанс получить неполноценный закон.

Иначе зачем нам закон о медиации?

(комментарий к законопроекту о медиации)

А. Д. КАРПЕНКО, медиатор, директор Центра развития переговорного процесса и мирных стратегий Санкт–Петербургского государственного университета

Обращаясь к законопроекту «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)», внесенному 11 марта 2010 г. в Государственную Думу РФ Президентом РФ, хотелось бы поделиться некоторыми соображениями. Проект может иметь разные варианты и детали, важно, чтобы он был направлен на развитие института медиации в России. Согласимся с Ц. А. Шамликашвили, одним из главных разработчиков законопроекта: «К этому надо подходить с большой осторожностью. Медиация является очень хрупким институтом!».

Многое уже говорилось о законопроекте. Обратим внимание на три вопроса: 1) терминология; 2) участие судей в отставке и прокуроров в медиации; 3) обучение медиаторов.

В преамбуле законопроекта говорится, что закон разработан: «…в целях создания правовых условий для осуществления в Российской Федерации альтернативной процедуры урегулирования споров с участием в качестве **посредника** независимого лица — медиатора», а в ст. 2 дается определение медиатора как посредника: «Медиатор (медиаторы) — независимое физическое лицо (физические лица), привлекаемое сторонами в качестве посредника в урегулировании спора для содействия в выработке сторонами решения по существу спора».

Содержание понятия «посредник» гораздо шире, чем понятия «медиатор». Посредник — лицо, оказывающее посреднические услуги (в установлении контактов, экономических и других отношений), которые могут иметь характер совета, осуществления предложения или воздействия в пользу одной стороны или третьей стороны. В этом нас поддерживает Ц. А. Шамликашвили, отметившая: «Это еще одно доказательство того, как важно разграничивать понятия посредничества в целом и медиации. Медиация является одной из форм посредничества. Существуют формы посредничества, где третья сторона, опираясь на большую директивность, авторитарность, предлагает варианты разрешения спора, которые ей кажутся более приемлемыми. Это вовсе не означает, что решение действительно отражает интересы самих сторон». Посреднические же действия медиатора ограничены принципами медиации.

Предлагаем следующее определение: «Медиатор (медиаторы) — независимое физическое лицо (физические лица), привлекаемое сторонами в качестве нейтральной, беспристрастной, независимой и конфиденциальной третьей стороны в урегулировании спора для содействия в выработке сторонами решения по существу спора».

Второй вопрос, который необходимо затронуть, касается судей в отставке и прокуроров. В своем интернет–интервью[1] Ц. А. Шамликашвили раскрыла свое отношение к этому вопросу: «Согласно действующему законодательству о статусе судей судьи в отставке не имеют право вести такую деятельность. Что касается прокуроров, то изначально по роду своей деятельности представители этой юридической специальности являются обвинителями и не могут быть рассмотрены как кандидаты в медиаторы. Медиация исходит из презумпции невиновности обеих сторон».

Считаем, что страх перед судьями в отставке необоснован. Они — колоссальный потенциал для медиации. Да, у них есть проблема профессиональной деформации, но она не больше, чем у множества других людей и специалистов, которые приходят в медиацию. Например, преподаватели (один из проектов — школьная медиация), которые будут «учить», военные, которые будут «командовать», и психологи, которые будут «лечить». Говорить «приходите к нам учиться, мы самые хорошие и мы все у вас исправим, потому что у нас лучшие программы обучения» — это иллюзия! Даже самый хороший центр обучения здесь не поможет.

Более чем десятилетний опыт преподавания в Санкт–Петербургском Центре разрешения конфликтов[2] показывает, что 40% обучающихся имеют затруднения в освоении такой сложной гуманитарной технологии, как медиация. Из них около половины никогда не смогут ее применять. Что же делать? Вводить ценз на работу медиатора? Думаем, что и здесь можно согласиться с Ц. А. Шамликашвили, что «нужно вводить критерии оценки работы медиатора». Механизм применения критериев — саморегулируемые организации. Соответствуешь критериям — иди и работай! Не соответствуешь — извините!

В законопроекте говорится, что это сделает Правительство. Важно другое — как оно будет это делать? И это третий вопрос, требующий внимания. Саморегулируемые организации с прописанными в законопроекте функциями, достаточно крупные, чтобы уйти от принципа саморегулирования «на троих»; они важны и необходимы. Единственное, что они не должны делать, так это «разрабатывать стандарты профессиональной подготовки медиаторов» (ст. 18 и 19 законопроекта). Иначе получится, что сами разрабатываем стандарты качества медиаторов, для себя же разрабатываем стандарты обучения и сами обучаем. Важнее пользоваться единым стандартом критериев профессионализма, который, возможно, задаст Правительство. Кому отдать разработку стандартов профессиональной подготовки специалистов в этой области? Министерству образования и науки РФ или сертифицированным

[1] Интернет–интервью Ц. А. Шамликашвили компании «Консультант Плюс» см.: http://www.consultant.ru/law/interview/shamlikashvili.html; дата посещения — 12.04.2010.

[2] Центр развития переговорного процесса и мирных стратегий Санкт–Петербургского государственного университета основан в 2000 году. Занимается разработкой методов обучения в области переговоров и медиации. Сотрудничает с ведущими организациями Западных стран и стран Востока. Владеет уникальными обучающими программами всех видов медиации и ее разновидностей. В рамках повышения квалификации обучил медиации более 500 человек в России и других странах. Санкт–Петербургские выпускники — медиаторы Центра провели более 1500 медиаций в самых различных областях. На базе 154 медиаций в мировых судах и десятков в Арбитражном суде разработаны учебные программы по организации и применению медиации в судебной системе. По окончании обучения выдаются государственные документы от имени СПбГУ и международный сертификат от Российско–американской программы по конфликтологии, который подписывает один из десятити лучших медиаторов США William F. Lincoln.

государством учебным заведениям. Думаем, что Санкт–Петербургский государственный университет, готовящий медиаторов уже более десяти лет и выпустивший уже более 300 человек в Центре разрешения конфликтов (центре повышения квалификации), постоянно контролируемый Ученым советом университета, дает определенную гарантию качества, в отличие от частных и других организаций, предоставленных сами себе. Если говорить о международной преемственности, то и здесь достаточно опыта и примеров. В Санкт–Петербурге, например, международный сертификат подписывается медиатором, входящим в десять лучших медиаторов США. Это персональная ответственность и высокое доверие учебной программе.

Для начала и у нас в стране есть, на кого опереться: Санкт–Петербургский государственный университет, Московский государственный университет, Высшая школа экономики и права, Ростовский государственный университет и Южный Федеральный университет, Уральская государственная юридическая академия, Новосибирская академия госслужбы, Центр медиации и права.

Таким образом, предлагаем разделить функции и ответственность: специализированным образовательным организациям — обучение; саморегулируемым организациям — выработку критериев и контроль за качеством; некоммерческим юридическим лицам (организациям) — услугу медиации.

В заключение хотелось бы обратить внимание, что дискуссия о развитии медиации только начинается. Она не заканчивается принятием закона. Постановление Правительства, следующее за принятым законом, через критерии и правила обучения будет создавать кадровый потенциал медиаторов; СРО — осуществлять регулирование качества работы и профессионализма; юридические лица, содержащие списки медиаторов, — предоставлять услугу и рекламировать работу медиаторов.

Какой принцип будет положен в развитие? Финансовый? Когда одна организация в России будет монополизировать обучение и предоставление услуги? Лучшей смерти медиации не пожелать! Или будет достаточное разнообразие: российские школы, которые будут соревноваться друг с другом?

Полагаем, что журналы «Третейский суд» и «Медиация и право» могли бы совместно взяться за прозрачное обсуждение будущего медиации для существующих медиаторов, людей, только выбирающих эту специальность, и власти как доминирующего распределителя ресурсов в стране. Иначе зачем нам закон?

Комментарий к законопроекту

О. В. АЛЛАХВЕРДОВА, директор Центра разрешения конфликтов, доцент СПбГУ, кандидат психологических наук

О легитимности медиации в России сотрудники Санкт–Петербургского Центра разрешения конфликтов, созданного в 1993 году, мечтали с 1995 года, т. е. с того момента, как стали практически работать, используя медиацию при семейных, коммунальных и бизнес–спорах. Уже тогда стало очевидно, что в России инициативы снизу не достаточно и она (инициатива) имеет ограниченные возможности для реализации такой конструктивной практики, как медиация. Кроме того, деятельность медиатора сама по себе должна быть защищена государством, а значит, наличием закона об этом.

И когда в 2006 г. появился первый вариант проекта закона о медиации, разработанный профессиональными юристами под эгидой Торгово–промышленной палаты РФ, мы с энтузиазмом его обсуждали. И на наш взгляд, был подготовлен полноценный, грамотный и понятный документ, способствующий дальнейшему развитию медиации в России. Не смотря на непонятное торможение принятия этого закона, мы, тем не менее, надеялись, что рано или поздно это произойдет.

И, кажется, это происходит! Но обсуждать, как выяснилось, предполагается совсем другой документ, о котором можно сказать, что его писали люди, совершенно ничего не понимающие ни в медиации, ни в ее технологии и процедуре, ни в содержании профессионального поведения медиатора.

При всем глубоком уважении к юриспруденции и профессиональным юристам, кажется, что такой текст проекта закона не мог писать профессиональный юрист, т. к. многие статьи совершенно не возможно понять нормальному человеку. Например, **п. 4 ст. 1** «Процедура медиации не применяется к спорам, возникающим из отношений, указанных в части 1 настоящей статьи, в случае, если такие споры затрагивают или могут затронуть интересы третьих лиц, не участвующих в процедуре медиации, или публичные интересы». До начала медиации ни медиатор, ни судьи не могут знать, затрагиваются ли интересы третьих лиц. И если даже они затрагиваются, то, что мешает это учитывать при выработке соглашения такого содержания, чтобы третьи лица не пострадали, а возможно, и эти сами третьи лица могут включиться в процесс медиации, если это для них важно. Практически во всех экономических и предпринимательских спорах так или иначе затрагиваются интересы третьих лиц, т. к. сами «спорщики» существуют не в изоляции, а в социо– и бизнес–окружении.

Либо в этом пункте ст. 1 подразумевается что–то такое, что опасно для договаривающихся сторон или для медиатора?

Пункт 1 ст. 5. «При проведении процедуры медиации сохраняется конфиденциальность всей информации, относящейся к указанной процедуре, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами, и если стороны не договорились об ином». Данный пункт, видимо, надо понимать как то, что договоренность сторон о конфиденциальности или ее отсутствии

сильнее, чем то, что предусмотрено федеральным законом, или здесь имеется в виду что–то иное?

Пункт 4 ст. 5. «Истребование от медиатора и организации, осуществляющей оказание услуг по проведению процедуры медиации, информации, относящейся к процедуре медиации, не допускается, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами, и если стороны не договорились об ином». Кто может истребовать информацию о процедуре медиации у медиатора или организации? Видимо, контролирующие органы. Но тогда никакие контролирующие органы ничего не получат (количество медиаций, типы споров и т. п.). Думаем, что здесь путается процедура медиации как последовательность этапов работы медиатора и содержание — суть спора, о которой действительно никто не имеет права вообще спрашивать, если стороны сами не захотят об этом рассказать. Только их соглашение, полученное в результате медиации, если они того захотят, может быть предано гласности, в частности, для последующих судебных разбирательств. Во всех остальных случаях их договоренность — это их договоренность, и задача юристов сторон — не допустить нарушения существующих законов вне медиации.

Статья 6. «В случае, если медиатор получил от одной из сторон информацию, относящуюся к процедуре медиации, он может раскрыть такую информацию другой стороне только с согласия стороны, предоставивший информацию». Это положение является, по сути, этическим кодексом, который медиатор подписывает в момент получения свидетельства о прохождении полного теоретического курса и практического обучения медиации после сдачи практического экзамена сертификационной комиссии. Поэтому представляется, что в законе должно быть лишь указано, что может сделать профессиональное сообщество с медиатором, нарушившим этот кодекс.

Удручает в тексте закона и повторение пунктов статей, которые прямо противоречат друг другу.

Особо нужно отметить, что в контексте закона медиатор выглядит каким–то злоумышленником, опасным для сторон и за которым должна постоянно следить какая–то самоорегулируемая организация. Интересно спросить составителей закона, каким образом они предполагают следить за дисциплиной медиаторов? И не будет ли это нарушать конфиденциальность медиации и «ее процедуры»? И даже если, с точки зрения нарушения дисциплины, медиатор это сделает, то какие дисциплинарные меры она может применить? На наш взгляд, нарушением для медиатора может быть только невыполнение этического кодекса. И наказанием может быть только публичное информирование сообщества медиаторов. А клиенты и сами больше не будут прибегать к услугам такого медиатора. И не нужна никакая саморегулирующая организация. Если точнее, медиатор может работать как профессионал, как и любой другой специалист, в рамках регламента самой профессии.

Медиатор потому и медиатор, что он как профессионал обладает навыками, помогающими людям находить взаимовыгодные и взаимоприемлемые решения, а не контролирует или указывает. А для проведения медиации важна только готовность сторон к тому, чтобы решать свои проблемы с участием медиатора, нейтрального и беспристрастного человека.

Можно было бы и далее задавать уточняющие вопросы по каждому из пунктов статей закона. Но хочется только спросить: что такое «проводить

медиацию на профессиональной основе и на непрофессиональной»? Если человек — медиатор, значит, он — профессионал! А кто такой медиатор, работающий на непрофессиональной основе? Или под профессионализмом понимается получение или неполучение денег за медиацию?

При этом, как следует из текста закона, медиатор может работать без оплаты, а саморегулируемая организация, независимо от этого, всегда должна получать деньги. Спрашивается: за что получать?

При чтении текста законопроекта «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» складывается впечатление, что закон направлен на формирование какой–то особой монопольной саморегулируемой организации, которая появится сразу после его выхода и сама будет всех организовывать, контролировать, наказывать и диктовать, что делать медиаторам во время медиации.

Очень грустно, что у нас, как всегда, нет пророка в своем отечестве!

Люди, которые готовили такой нужный и важный документ, как законопроект «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)», в котором единственной альтернативой рассматривается медиация (т. е. подготовили, по сути, проект «закона о медиации»), сделали вид, что у нас это только появилось, что нет в России профессионалов в медиации (А. К. Большова, Е. И. Носырева, А. Д. Карпенко, Г. В. Севастьянов, Ю. В. Ширяева, С. К. Загайнова и многие другие), кто мог бы сделать такой законопроект более грамотным и работающим.

Уже более трех сотен высоко профессиональных медиаторов, среди которых много юристов, психологов и руководителей, работает профессионально без всякого закона и не нарушает ни этических принципов, ни дисциплины, ждали такой закон, но, похоже, окажутся в сложной ситуации несоответствия их деятельности принимаемому федеральному закону. Становится даже страшно, что такое гуманное и позитивное профессиональное направление деятельности людей, как медиация, способствующее более цивилизованному взаимодействию во всех сферах человеческой деятельности, превращается в очередную авторитарную догму, которая является противоестественной самой процедуре медиации.

Комментарии к проекту закона о медиации с точки зрения медиатора

Е. Н. ИВАНОВА, практикующий медиатор с международной сертификацией, преподаватель медиации, доцент СПБГУ

Новая версия проекта закона о медиации преодолела многие недостатки предыдущих проектов. Тем не менее, и в ней есть те положения, которые нуждаются в уточнении и коррекции для того, чтобы медиация действительно смогла занять достойное место среди способов разрешения споров в нашей стране.

Пункт 1 ст. 1. Очень радует, что в сферу данного закона попадает гораздо более широкий спектр споров, чем в первых версиях проектов. В то же время создается впечатление, что многие положения данного проекта фактически имеют в виду споры, рассматриваемые в рамках судебных процедур. Несомненно, именно такие ситуации нуждаются в наиболее детальной регламентации, но, по нашему мнению, во многих других случаях можно оставить больше вопросов на усмотрение сторон. Стоит более четко оговорить такие различия во многих статьях закона. Следует яснее прописать, что медиация не обязательно должна быть связана с судом.

Пункт 3 ст. 1. Представляется неудачной формулировка о возможности применения медиации «**после** возникновения споров, рассматриваемых в рамках (…) судопроизводства». Ниже в ст. 4, п. 2 ст. 7 сформулировано, на каких стадиях и каким образом судебные дела могут передаваться на медиацию, что входит в противоречие с данным пунктом.

Пункт 4 ст. 1. Непонятно, что подразумевается под ситуациями, в которых не может применяться медиация, т. к. они «затрагивают или могут затронуть интересы третьих лиц». Если это понятие не конкретизировать, то под него можно подвести практически любую ситуацию.

Пункт 2 ст. 2, ст. 3. Если оставить формулировку: «процедура медиации — способ урегулирования споров (…) на основе **добровольного** согласия сторон» без уточнения понятия добровольности, то окажутся невозможны никакие формы обязательного участия в медиации в специально оговоренных законом случаях. Например, во многих странах супруги обязаны попытаться решить свой спор посредством медиации в случае развода, особенно часто — при наличии детей, а также в случае правонарушений несовершеннолетних. Эта система удачно выстроена, например, в Норвегии. В США, например, во многих штатах «*mandatory mediation*» применяется и в судах малых исков. В таких случаях добровольность состоит в том, что стороны не обязаны решить свой вопрос в медиации, за ними сохраняется право вернуться к другим формам рассмотрения дела, если договориться с помощью медиации не удалось.

Представляется, что использование некоторых облигаторных видов медиации могло бы способствовать ее быстрому и успешному распространению и развитию в условиях нашей страны. Понятно, что встает вопрос оплаты и соблюдения конституционных прав. Возможно, государство должно взять

такие расходы на себя в оговоренных пределах, как это чаще всего и происходит в мировой практике, либо воспользоваться услугами высококвалифицированных волонтеров. Такая практика экономит государству гораздо больше средств, чем оно тратит на длительные судебные тяжбы между супругами и купирование последствий, которые возникают вследствие нарушения психики и поведения детей, ставших заложниками борьбы между родителями. С учетом количества разводов такая проблема является очень актуальной.

Во всяком случае, не стоит закрывать возможность введения облигаторной медиации в скором будущем, если сейчас это оказывается трудно реализуемым по практическим соображениям. Это проще и дешевле, чем впоследствии писать новый закон.

Пункт 1 ст. 5. «Сохраняется конфиденциальность всей информации, относящейся к указанному процессу». Это положение, на наш взгляд, нуждается в уточнении. Например, соглашение, несомненно относящееся к процессу, не является конфиденциальным. Конфиденциальность вообще самый сложный вопрос в процессе медиации. Во многих зарубежных законах о медиации проблеме конфиденциальности посвящено несколько страниц, на которых детально расписано, какие данные не могут быть использованы, например, в последующем судебном разбирательстве, в случае, если стороны не договорятся.

Пункт 1 ст. 8. Представляется, что письменное соглашение о медиации необходимо не всегда. Несомненно, иногда оно может быть полезно и необходимо, особенно, если медиация проводится в рамках официальной процедуры рассмотрения спора или до нее. Например, уже находясь в суде, стороны более спокойно и естественно воспринимают необходимость подписания некоторых документов, тем более, если имеют возможность контакта с адвокатом. Тем не менее, существует немало случаев, когда вполне можно и даже желательно не создавать дополнительную напряженность у сторон, настаивая на письменном соглашении об участии в посредничестве. Как показывает практика, стороны нередко испытывают значительную тревогу по поводу подписания не вполне понятных обязательств до начала загадочного процесса «медиации».

Пункт 1 ст. 10. Услуги по проведению медиации, оказываемые организациями, с нашей точки зрения, тоже могут проводиться как на платной, так и на бесплатной основе. Так это происходит во многих странах, где добровольцы (волонтеры), среди которых немало юристов, на базе общественных некоммерческих организаций бесплатно работают с клиентами «для души» или по другим причинам.

Пункт 5 ст. 11. «Медиатор не вправе (…) вносить предложения об урегулировании спора». Необходимо более четко разграничить неприемлемость принятия решения медиатором, давления на стороны или склонения их к принятию того или иного решения, с одной стороны, и функцию медиатора, которую принято называть «генерация предложений», с другой. Под генерацией предложений понимается возможность, а иногда и необходимость ненавязчивого предложения сторонам (или одной из сторон) рассмотреть те или иные возможности достижения договоренности. Без реализации этой функции медиатором эмоционально вовлеченные в конфликт стороны порой оказываются неспособны посмотреть на предмет спора шире, остаются в неоправданно

узких рамках поиска возможных решений. Главное, чтобы медиатор **не настаивал** на рассмотрении, а тем более, на принятии его предложений.

Такое разграничение представляется особенно важным, исходя из практики обучения медиации большого числа юристов, в том числе, судей и адвокатов. Естественно, подобные особенности характерны в той или иной степени для всех обучаемых, но особенно для тех, кто по роду своей деятельности выполняет экспертные, обучающие, руководящие функции.

Проведенное исследование показало, что на начальном этапе особенно сложным оказывается «воздержание» от давления на стороны, советов и консультаций. В результате работы над собой на следующем этапе многие кандидаты в медиаторы приходят к другой крайности — пассивности и избеганию какого бы то ни было участия в расширении видения ситуации сторонами. Это становится промежуточной стадией изменения восприятия и мышления, отражающей попадание на другой полюс черно–белого, недостаточно глубокого и дифференцированного видения проблемы нейтральности медиатора. Лишь на третьем этапе вырабатывается средняя часть этой шкалы — по–настоящему гибкая и беспристрастная манера видения и поведения посредника, позволяющая реализовать потенциальные возможности медиации как метода.

К сожалению, не у всех претендентов на звание медиатора хватает настойчивости для достижения третьего этапа. Особенно печально, когда это сопровождается иллюзией овладения медиаторским искусством в полной мере. Эта опасность усугубляется тем, что в настоящее время в России есть немало организаций, которые провозглашают готовность к подготовке медиаторов, не имея собственного **практического опыта**. Понятно, что медиатором невозможно стать, просто «сдав теоретический экзамен». Отрадно, что это положение о требованиях к квалификации медиатора не перешло в новый проект закона из его предыдущей версии.

Пункт 2 ст. 12. «Медиативное соглашение подлежит исполнению на основе принципов добровольности и добросовестности сторон». Все станет отлично, если поменять слова «*подлежит исполнению*» на «*вырабатывается сторонами с помощью медиатора*», а «*добросовестности*» — на «*равенства*». Иначе результат медиации оказывается очень ненадежным. Более того, в таком виде данный пункт противоречит п. 4 этой же статьи. Такая необязательная формулировка отпугнет огромное количество деловых людей, не склонных наивно верить в добросовестность коммерческих партнеров.

Конечно, главной гарантией исполнения решения, принятого в медиации, является его взаимовыгодность для сторон, принадлежность самим сторонам, принятие без давления и принуждения со стороны медиатора. Однако стороны должны осознавать, что как только решение принято, оно становится для них обязательным, а в случае его неисполнения они несут ответственность. Во многих медиативных соглашениях непосредственно включаются пункты о гарантиях исполнения и возможных санкциях.

Пункт 1 ст. 13. «Медиатор и стороны должны принимать все возможные меры к тому, чтобы указанная процедура была завершена в срок не более 60 дней». Замечательно, что стороны обретают право на перерыв в судебном рассмотрении в случае обращения к медиации, и, конечно, здесь должны быть конкретные сроки. Однако, что такое «все возможные меры»? На наш взгляд, это пример формулировок, включения которых в финальное соглашение

между сторонами медиатор не допускает. Она не отвечает требованию конкретности, однозначности и прочим.

Если медиация не связана с судом, нужны ли вообще такие ограничения во времени? Пусть стороны сами решат, что для них лучше. Более того, как показывает практика, иногда в суде стороны отказываются от медиации, но через некоторое время (иногда месяцы) рассмотрения дела в суде буквально просят медиатора снова поговорить с ними, поняв, что их надежды на выигрыш в суде в той форме, на которую они надеялись, нереалистичен. Хотелось бы уточнить, будет ли считаться новой медиация, которая повторно проводится между сторонами по тому же делу после истечения сроков, или они вовсе утрачивают такую возможность.

Пункт 1 ст. 15. Чем отличаются процедуры медиации на профессиональной и непрофессиональной основе? Наличием оплаты? Вроде бы нет. Где критерий? Как правило, большинство медиаторов за рубежом (не говоря уже о России) сочетают занятие медиацией с другой профессиональной деятельностью. Случаи, когда именно медиация является основным способом зарабатывания на жизнь, скорее исключение, чем правило. Возможно, если мы говорим о суде или других формализованных процедурах урегулирования споров, стоит сформулировать конкретные дополнительные требования к медиатору, что частично и сделано в последующих пунктах, но в отношении непонятной «профессиональной основы».

Думаем, принципиально важно, чтобы сами **медиаторы** были **высокопрофессиональны**, независимо от того, на какой «основе» они работают. Профессионализмом будут, помимо общих навыков проведения медиации, разные дополнительные аспекты подготовки и статуса в зависимости от конкретной сферы приложения — коммерческой, семейной, судебной и прочих. Их важно оговорить, в том числе в законодательстве.

На наш взгляд, например, важно разделить сферы применения медиации и возрастные категории специалистов.

Если даже на непрофессиональной основе (в случае определения, что под этим понимается) к занятию медиацией будут допущены только лица не моложе 18 лет, то, например, вся школьная медиация (в англоязычных странах — «*peer mediation*») останется вне закона или даже хуже — окажется **противозаконной**. В то же время практика показывает, что прошедшие специальную подготовку подростки уже в младших классах могут разрешать споры между своими товарищами–ровесниками гораздо эффективнее, чем взрослые. Это прекрасный способ воспитания ответственности, снижения агрессивных тенденций в поведении и профилактики правонарушений, что имеет особо важное значение в отношении подростков. В нашей стране это движение только начинается, и не хотелось бы загубить его в самом зародыше.

Пункт 5 ст. 15. Неясно, почему и кто не может заниматься медиацией. Например, в Норвегии судьи проводят большое количество медиаций непосредственно в суде, только не по тем делам, в которых они выступают в качестве судьи. Несомненно, определенные ограничения здесь необходимы, но, считаем, их надо обосновать и сформулировать точнее.

Статья 17. Думаем, что стоит более точно указать, что такое «вред» и в чем состоит ответственность медиаторов и организаций перед сторонами. Иначе этот пункт может сам нанести вред.

ТРЕТЕЙСКИЙ СУД

Статья 18. Сама по себе идея организаций, обеспечивающих высокие стандарты профессиональной подготовки и несущих ответственность за деятельность своих медиаторов, представляется очень удачной, более того, необходимой.

Не вполне понятно, однако, почему для саморегулируемых организаций определены именно такие параметры. Например, для петербургского Центра разрешения конфликтов не составит труда набрать 100 преданных делу соратников из числа обученных за более чем 15 лет существования Центра. А многие организации в регионах окажутся за бортом. Какой смысл для них прикрепляться к столичному патрону? Почему именно 100, а не 50 или 45?

Почему нельзя быть членом двух организаций? В современных условиях более тесные взаимосвязи и сотрудничество между медиаторами и их организациями позволят новому движению в стране быстрее и успешнее развиваться.

Самая приятная часть данного законопроекта — последняя фраза — о том, что «закон вступает в силу с 1 января 2011 года». Хотелось бы от души пожелать всем нынешним и будущим коллегам, а также потенциальным клиентам, чтобы это «соглашение о медиации» оказалось выполненным.

Законопроект о медиации. Отзыв практика

И. В. ОБУДОВСКАЯ, бизнес–тренер, фасилитатор, психолог–консультант, сертифицированный медиатор, член Союза независимых бизнес–тренеров, консультантов и коучей

Являясь фасилитатором, бизнес–тренером и практикующим медиатором, не будем анализировать соответствие законопроекта о медиации, внесенного Президентом РФ в Государственную Думу, юридической норме — уверены, что над ним работали профессионалы. Однако, работая с людьми, в том числе в ситуации их разногласий, споров, личных и деловых конфликтов, хочется рассмотреть законопроект с точки зрения и пользователя, и провайдера услуги: понятно — непонятно, облегчает — помогает, дает возможность — ограничивает.

Итак, **что такое медиация**. Медиация как технология, как услуга, как возможность изначально нацелена на поиск выхода из конфликтной ситуации. Да, термин «медиация» может оттолкнуть тех, кто не любит слов иностранного происхождения, но зато четче и яснее отражает цели и суть понятия. Термин «посредничество», который иногда указывают в качестве синонима медиации, все–таки предполагает уточнение, о какой именно сфере идет речь. Например, посредничество в конфликте; в переговорах; в торговой деятельности (но это уже не наша территория). Более того, посредничество может иметь совершенно иные цели. К примеру, конфликт между мной и партнером зашел слишком далеко, эмоции на пределе, поэтому чьи–то «посреднические» функции обеспечивают мне обмен документами, данными, я могу делегировать кого–то вместо себя на встречи и т. п. Поэтому если «посредничество», то с уточнением, что «посредничество в переговорах и конфликтах с целью их урегулирования и/или разрешения».

Лучше что–то, чем ничего. Смогут ли потенциальные пользователи услуг медиатора узнать больше о медиации после принятия закона? Думается, потенциальные пользователи как раз и не узнают... Более того, внесудебная медиация практически осталась за бортом законопроекта. А ведь в повседневной деловой и личной жизни человек проходит сквозь массу ситуаций, в которых именно медиация могла бы оказать ему нужную помощь. И далеко не всегда люди думают о суде. Возможно, в настоящем законопроекте не стояло целей описания и регулирования механизмов внесудебной медиации, но уже в первых строках ясно написано, что «…закон разработан в целях (…) содействия развитию партнерских деловых отношений и формированию этики делового оборота, гармонизации социальных отношений».

И все–таки лучше что–то, чем ничего, потому что многие процессы выйдут из тени, медиация получит статус не заморской технологии, а законной возможности. Однако процедура, которая косно описана, — а мы знаем, как важно одинаковое и однозначное понимание сторонами всех пунктов соглашения, — будет косно поддерживаться, «кого не упомянули в законе, тот вне закона».

Медиация как предпринимательская деятельность. Интересно, почему психолог или юрист, имея соответствующее образование и лицензии/разрешения, может этим зарабатывать на жизнь, а медиатор, по логике законопроекта, — не может? Да, медиатор — временная роль, однако медиация — услуга, которая оказывается за деньги. Так почему же она не может быть предметом предпринимательской деятельности? Неужели все дело в том, чтобы «не наживаться на чужом горе»?

Медиация или судебное разбирательство? Непонятно, почему нельзя показывать преимущества медиации перед судебным процессом? Какие мотивы выбора должны быть у пользователя? Отомстить и наказать — это через суд. Мирно договориться? Он виноват, а я должен с ним мирно договариваться? Судебная процедура мало кому доставляет удовольствие и, действительно, может быть очень затратной и по финансам, и по эмоциям... Отметим, что через суд вы получите только то, что решит суд, а не вы сами. Это ни хорошо и ни плохо. В процессе медиации вы можете получить то, о чем договоритесь с оппонентом, независимо от того, кто прав, кто виноват. Такие переговоры могут тоже проходить непросто, ведь затронуты интересы и отношения людей. Поэтому медиатор выступает в роли сопровождающего посредника, помогая сторонам перейти из защитно–оборонительных позиций к поиску взаимоустраивающих решений.

Никто не собирается очернять и принижать судебную систему, но потенциальным пользователям услуги медиации необходимо предоставить цивилизованный выбор и возможность сравнить все за и против.

Вообще, на наш взгляд, связь медиации с судебно–правовой системой отворачивает от нее многих людей, которые с этой самой системой не хотят быть связаны ни в каком виде. Хотя, с другой стороны, понятно, что именно судебно–правовая система, опять же, является точкой входа и развития медиации в России. Но, может быть, стоит зайти с другой стороны?

Требования к медиатору. Можно, «подучившись», получить представление о процедуре/методе/услуге/возможностях, но это не гарантирует, что вы станете медиатором. Так же, как медицинское образование не гарантирует, что человек будет первоклассным врачом... И наоборот, есть просто мудрые люди, которые, не обучаясь никаким особым технологиям владеют, ими сами по себе.

В целом, не имеет значения, юрист, психолог, бизнесмен или кто–то еще выступает в качестве медиатора, это всегда вопрос доверия клиентов. Совместная, командная, взаимодополняющая работа, например, обеспечивает клиентам не только больший выбор возможностей, но и действительно профессиональную поддержу.

В завершение общих впечатлений хочется сказать, что медиация — тот уникальный случай, когда это действительно может быть интересно и полезно всем, начиная лет с семи и до 97. Но есть много «трудностей перевода» и поиска ответов на вопрос «а зачем это мне». Законопроект эти трудности снимает лишь отчасти.

Далее перейдем непосредственно к тексту законопроекта. Отметим некоторые основные положения, требующие отдельных комментариев.

Пункт 4 ст. 1. «Процедура медиации не применяется к спорам, возникающим из отношений, указанных в части 1 настоящей статьи, в случае, если

такие споры затрагивают или могут затронуть интересы третьих лиц, не участвующих в процедуре медиации, или публичные интересы». Иногда именно в ходе медиации становится известно об интересах этих самых третьих лиц, а также о их наличии в принципе.

Пункт 1 ст. 4. «В случае, если стороны заключили соглашение о применении процедуры медиации и обязались в течение оговоренного для ее проведения срока не обращаться в суд или третейский суд для разрешения спора, который возник или может возникнуть между сторонами, суд или третейский суд признает силу такого обязательства до тех пор, пока условия этого обязательства не будут выполнены, за исключением случаев, когда одной из сторон необходимо, по ее мнению, защитить свои права». «MS Word» в таких случаях выводит сообщение: «возможно, предложение не согласовано». Если серьезно, то теряется смысл соглашения. Ведь, чтобы суд признал силу такого соглашения, он должен с ним ознакомиться. Какие последствия будут для сторон, если суд усмотрит в этом соглашении ущемление прав одной из сторон или расхождение с буквой закона, хотя сами стороны свое соглашение считают справедливым?

Пункт 7 ст. 7. «Предложение об обращении к процедуре медиации должно содержать существенные условия соглашения о проведении процедуры медиации». Кто и кому делает это предложение? Можно ли без участия сторон или без одной из сторон сформулировать эти существенные условия? Или они утверждаются, согласовываются теми, кому оно делается? Судя по п. 2 ст. 8, эти существенные условия затруднительно выставить без согласования со всеми сторонами спора.

Пункт 2 ст. 9. «Организация, осуществляющая оказание услуг по проведению процедуры медиации, может рекомендовать кандидатуру (кандидатуры) медиатора (медиаторов) или назначить его (их) в случае, если стороны направили соответствующее обращение в указанную организацию на основании соглашения о проведении процедуры медиации». Получается, что все–таки не обойтись сторонам без юридической помощи — мало таких «сознательных» сторон, которые, имея спор, требующий вмешательства медиатора, сами составят «диковинное» медиаторское соглашение и на его основании обратятся в организацию…

Статья 13. Сроки проведения процедуры медиации. В данной статье хоть и указаны конкретные сроки, однако не ясно, откуда они берутся и что дает следование этим срокам, а также что делать, если процедура медиации не впишется по срокам.

Статья 17. «Медиаторы и организации, осуществляющие оказание услуг по проведению процедуры медиации, несут ответственность перед сторонами за вред, причиненный вследствие осуществления ими своей деятельности, в порядке, предусмотренном гражданским законодательством». Важное и серьезное заявление, которое требует разъяснений. Понятие вреда необходимо как–то определить.

Пункт 6 ст. 18. «Для осуществления деятельности в качестве саморегулируемой организации медиаторов в структуре указанной организации должны быть созданы специализированные органы, осуществляющие контроль за соблюдением членами саморегулируемой организации медиаторов требований настоящего Федерального закона, стандартов и правил деятельности меди-

аторов, кодекса профессиональной этики медиаторов, а также рассмотрение дел о применении в отношении членов саморегулируемой организации медиаторов мер дисциплинарного воздействия». Создается впечатление каких–то коллективных разборок — сети агентов по наблюдению за нерадивыми медиаторами…

В заключение хочется выразить надежду, что данные комментарии, наряду с вопросами и предложениями коллег, помогут сделать обсуждаемый законопроект о медиации более ясным и понятным для всех, кому в будущем придется работать в соответствии с ним.

ВНИМАНИЮ АВТОРОВ!

Направляя свою рукопись в редакцию журнала «Третейский суд», автор предлагает ее для воспроизведения и распространения на двух носителях — электронном и бумажном. Электронную версию журнала редакция намерена размещать в правовых информационно–справочных системах.

Направляйте свои работы по электронной почте (приложенным файлом в формате «Word»), либо на электронном носителе. Ссылки на источники публикации нормативных актов и постановлений судебных органов обязательны.

К рукописи должны прилагаться: (i) фотография автора (в формате JPEG, PNG, не внедренная в текстовый редактор), (ii) сведения об авторе: фамилия, имя, отчество, домашний адрес с индексом, контактные телефоны, место работы, должность, (iii) аннотация и ключевые слова произведения на русском и английском языках и перевод заглавия.

Саморегулирование деятельности посредников: необходимость или преждевременная мера?

Д. Г. ФИЛЬЧЕНКО, доцент кафедры гражданского права и процесса Воронежского государственного университета, кандидат юридических наук

Внесение в Государственную Думу Федерального Собрания РФ Президентом РФ проекта Федерального закона «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» является событием важным. За последние годы было сказано и написано о необходимости развития примирительных процедур достаточно много. Переход к законотворчеству в сфере посреднической деятельности стал логичным результатом длительного процесса обсуждений и рекомендаций. Иными словами, произошел переход «от слов к делу». Правда, объективный взгляд на происходящие качественные изменения в области примирительных процедур не позволяет умолчать о том, что данный законопроект является не первым. Предшественник президентского проекта на несколько лет ранее был передан в Государственную Думу для рассмотрения[1].

Сравнивая проекты законов, следует признать, что проект образца 2010 г. существенно отличается от ранее подготовленного законопроекта. С уверенностью можно утверждать, что новый проект требует обсуждения, отдельные его положения представляются небесспорными.

В числе прочих в президентском проекте обращают на себя внимание положения о саморегулируемых организациях медиаторов. Разработчики законопроекта предлагают заложить основы сморегулирования в деятельности посредников.

В соответствии с законопроектом медиаторами, осуществляющими деятельность на профессиональной основе, и (или) организациями, осуществляющими оказание услуг по проведению процедуры медиации, могут создаваться саморегулируемые организации медиаторов (далее — СРО).

Предлагается наделить СРО полномочиями по разработке и установлению стандартов и правил деятельности медиаторов, а также порядка осуществления контроля за соблюдением требований указанных стандартов и правил медиаторами; по принятию кодекса профессиональной этики медиаторов; по осуществлению контроля за качеством работы членов саморегулируемой организации медиаторов; по применению в отношении членов саморегулируемой организации медиаторов мер дисциплинарного воздействия; по установлению в отношении членов СРО дополнительных к предусмотренным законодательством требований, обеспечивающих их ответственность при осуществлении деятельности медиаторов, а также разработка и установление мер дисциплинарного воздействия в отношении ее членов за нарушение ими требований

[1] См.: Третейский суд. 2005. № 5.

законодательства, стандартов и правил деятельности медиаторов, кодекса профессиональной этики медиаторов.

Данное законодательное предложение не является неожиданным[2]. Напротив, саморегулирование посредников еще до обнародования законопроекта получило оценку среди специалистов, причем преимущественно положительную.

Так, например, А. Н. Шохин отмечает, что «на первом этапе развития института медиации в России данный подход может быть оправдан. Внедрение принципов саморегулирования в деятельность посредников позволит сформировать стандарты и правила профессиональной деятельности медиатора, обеспечить контроль за качеством услуг, предоставляемых профессиональными посредниками. Национальное объединение саморегулируемых организаций посредников может установить общие принципы деятельности медиаторов и утвердить программу их подготовки»[3]. По мнению В. Ф. Яковлева, к необходимым условиям для успешного внедрения в России альтернативных методов разрешения споров относится «наличие хотя бы минимальной правовой базы и каких–то правил для саморегулируемой организации посредников. Стороны должны знать, по каким правилам будет разрешаться спор с участием медиатора»[4].

Представляется, что во избежание поспешных выводов и решений необходимо уделить отдельное внимание вопросу о саморегулировании посредников.

Саморегулирование как своеобразная альтернатива государственному контролю и надзору за определенными отраслями деятельности субъектами, ее осуществляющими, далеко не нова. Еще в XIX в. СРО создавались в США.[5] Значительное развитие саморегулирование получило в последующем и в других государствах.

Сама идея саморегулирования не вызывает сомнений в ее обоснованности. Более того, саморегулирование следует рассматривать как определенный показатель уровня развития общества. Действительно, является правильным предоставление представителям определенных профессий, участникам отдельных отношений возможности устанавливать собственные профессиональные правила и самостоятельно контролировать их выполнение. Государство в этом случае в какой–то мере устраняется от контроля и надзора. При этом специалисты от различных профессий наделяются полномочиями по самоконтролю посредством объединения в СРО. Саморегулирование, таким образом, позволяет профессиональному сообществу собственными силами и средствами создавать условия для поддержания высокого уровня квалификации специалистов в профессии и обеспечивать как естественный отбор

[2] О саморегулировании и посреднической деятельности см.: Аболонин В. Медиация и саморегулирование: точки соприкосновения // эж–Юрист. 2009. № 33.

[3] Тезисы выступления Президента РСПП А. Н. Шохина на Третьей международной конференции «Медиация как инструмент совершенствования правовой культуры» 29 октября 2009 года см.: http://rspp.ru/Attachment.aspx?Id=11544; дата посещения — 18.04.2010.

[4] Интернет–интервью с Советником Президента РФ, доктором юридических наук, профессором права В. Ф. Яковлевым и президентом Научно–методического центра медиации и права Ц. А. Шамликашвили «Об альтернативных методах разрешения споров и их значении в условиях гражданского общества», 28 февраля 2008 г. см.: http://www.consultant.ru/law/interview/yakovlev3.html; дата посещения — 18.04.2010.

[5] См.: Щепотьев А. В., Белкин А. Н. Саморегулируемые организации — часть государственных контрольных функций // Право и экономика. 2008. № 7. С. 14.

приходящих в профессию, так и своеобразную фильтрацию не соответствующих специальности работников.

Соответственно, важной составляющей СРО является устранение избыточного государственного регулирования путем передачи отдельных функций госоргана саморегулируемой организации.[6]

Но следует принимать во внимание, что устранение государственного контроля путем саморегулирования возможно в тех видах деятельности, которые изначально требуют особого контроля и надзора. Государство на определенном этапе развития экономических отношений позволяет саморегулирование именно потому, что контроль нужен и необходим. Типичным примером являются виды деятельности, которые подлежат лицензированию. Отменяя лицензирование, государство не позволяет деятельности осуществляться бесконтрольно. Саморегулирование в этом случае становится альтернативой лицензирования.

Подобные процессы частичного устранения контроля государства и передачи этих функций профессиональному сообществу наблюдаются в России последние годы. Это, к примеру, оценочная деятельность, строительная деятельность, деятельность кредитных потребительских кооперативов, деятельность арбитражных управляющих и т. д. Приведенные и многие другие виды деятельности выбывают из полного контроля государства. Сохраняя отдельные полномочия за собой, государство позволяет профессионалам от профессии самостоятельно себя контролировать, т. е. происходит частичное замещение государственного регулирования.[7]

В этой связи СРО и деятельность посредников не в полной мере соответствуют идеи саморегулирования. Посредническая деятельность по своей сути не требует и не предполагает контроля и надзора со стороны государства. Посредством создания законодательной базы государство включает посредническую деятельность в предмет правового регулирования, но не контролирует ее и не осуществляет надзор за ней. Равно как государство не контролирует деятельность третейских судов и судей третейских судов, не вмешивается в переговорные процессы субъектов спорных правоотношений.

В связи с этим допустим вывод о том, что саморегулирование как альтернатива государственному контрольному вмешательству является излишним в деятельности посредников.

Обратная ситуация позволяет ввести саморегулирование, например, применительно к третейским судам. Однако, недопустимость практической реализации приведенного примера не вызывает сомнений.

Проект закона, в котором предлагается создание СРО, закрепляет данное положение в качестве допустимого варианта поведения: «…могут создаваться саморегулируемые организации медиаторов». Однако приходится констатировать, что в российских условиях часто, если не всегда, то, что законодатель определяет как желаемое, становится обязательным. К сожалению, предсказуемым представляется результат законодательного закрепления положений о СРО посредников в виде недопустимости к осуществлению этой деятельности

[6] См.: Павлодский Е. А. Саморегулируемые организации России // Журнал российского права. 2009. № 1. С. 37.

[7] См.: Павлодский Е. А. Саморегулируемые организации: мода или тенденции // Право и экономика. 2003. № 3. С. 46.

субъектов, не являющихся членами СРО. Участие же в СРО, как отметил Е. А. Павлодский, не должно быть допуском к профессии. Право не вступать в саморегулируемую организацию является обязательным.[8]

Перспективы обязательности членства в СРО для посредников представляются сомнительными. СРО, как это закреплено в проекте, правомочны осуществлять контроль за соблюдением требований разработанных стандартов, правил, кодекса профессиональной этики медиаторов; осуществлять контроль за качеством работы посредников; применять в отношении членов СРО меры дисциплинарного воздействия и т. д.

Приведенные меры не в полной мере согласуются с сущностью посреднической деятельности. Каким образом, например, СРО будет осуществлять контроль за качеством работы посредников? Судя по всему, посредник должен будет предоставлять отчеты о своей деятельности, раскрывая содержание спорных правоотношений, с урегулированием которых связана его деятельность. Подобные меры ставят под сомнение независимость посредников, будут препятствием для реализации принципа конфиденциальности.

Аналогичным образом к сомнительным выводам приводят рассуждения о допустимости применения мер дисциплинарного воздействия к посредникам. Подобные меры должны применяться, как представляется, в связи с неудовлетворительной деятельностью посредника либо в связи с совершением не соответствующих статусу посредника действий при осуществлении посреднической деятельности. Получается, что для установления оснований применения мер дисциплинарного воздействия деятельность посредника должна контролироваться СРО. Более того, СРО будет иметь возможность оценивать деятельность посредника с учетом каких–либо показателей эффективности и (или) удовлетворительности. В свою очередь, эффективность, удовлетворительность деятельности посредника может оцениваться только результатами, выражающимися в урегулировании либо неурегулировании спора.

Приведенные предположения вызывают сомнения в допустимости применения мер дисциплинарного воздействия к посредникам. Оценкой деятельности посредника может быть, прежде всего, его востребованность, репутация. К тому же, спор может быть не урегулирован по причинам, не связанным с квалификацией и навыками посредника. Препятствием к ликвидации разногласий сторон спора могут выступать самые разнообразные обстоятельства субъективного и объективного порядка.

В соответствии с законопроектом членство в СРО предполагает установление СРО в отношении ее членов дополнительных к предусмотренным законодательством требований, обеспечивающих их ответственность при осуществлении деятельности медиаторов. Прежде всего, спорна сама постановка вопроса: «обеспечение ответственности при осуществлении деятельности медиаторов». Какую и за что ответственность могут нести посредники? Вероятно, негативные последствия для посредников в виде ответственности могут быть вызваны не достижением в своей деятельности необходимых результатов, т. е. урегулирования споров. По меньшей мере странным представляется подобное законодательное положение. Деятельность посредника направлена на урегулирование споров, что совершенно не предполагает абсолютный результат

[8] См.: Павлодский Е. А. Саморегулируемые организации России // Журнал российского права. 2009. № 1. С. 37.

деятельности в виде достижения цели (урегулирования спора). Получается, что посредник, примирительная процедура с участием которого не завершилась примирением, может быть привлечен к ответственности.

Помимо этого, установление СРО дополнительных требований, обеспечивающих ответственность, в действительности получит выражение в обязательном страховании ответственности посредников. Страхование ответственности, как минимум, будет влечь для посредника расходы, а как максимум, станет необоснованной преградой для осуществления посреднической деятельности.

Принимая во внимание изложенное, думается, что реализация на законодательном уровне саморегулирования посредников предполагает предварительное обсуждение данного предложения.

Безусловно, профессиональное объединение посредников вполне допустимо и, скорее всего, на определенном этапе развития посредничества необходимо. Союзы, ассоциации как объединения профессионалов нужны. Потребность в консолидации присутствует всегда, когда определенный вид деятельности осуществляется множеством субъектов. В рамках подобных объединений возможна разработка правил, кодексов этики и иных правил. Вероятно, будет осознана потребность и в саморегулировании посреднической деятельности, но это должно произойти в результате процессов становления и развития посредничества в России. Поспешно же саморегулировать деятельность посредников с учетом предлагаемых в законопроекте мер не следует.

«Допуск к медиации»: к вопросу о перспективах СРО медиаторов в России

В. О. АБОЛОНИН, исполнительный директор Межрегиональной палаты посредников (медиаторов), старший преподаватель кафедры гражданского процесса УрГЮА, магистр права (LL.M.Eur, Ганновер, Лиссабон), кандидат юридических наук

Стремительное расширение нормативных основ саморегулирования в России приводит к постоянному возникновению новых видов саморегулируемых организаций (далее — СРО). Одним из последних решительных шагов в этом направлении стала недавняя отмена лицензирования в сфере строительства и проектирования и передача полномочий по контролю за деятельностью в этой сфере вновь образованным СРО строителей и проектировщиков, которые получили полномочия выдавать свидетельства о допуске к строительству и к проведению проектных работ.

Как показывает анализ рассматриваемых законопроектов, вряд ли этот шаг станет последней вехой развития российских СРО. Об этом, в частности, красноречиво свидетельствуют некоторые положения внесенного в марте 2010 года Президентом РФ Д. А. Медведевым законопроекта «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»[1]. Принятием данного законопроекта предполагается поставить точку в многолетних дискуссиях и создать, наконец, прочную правовую основу для реализации и развития в России медиации, а вместе с ней установить общие основы и стандарты допуска к профессии медиатора, которая сегодня остается практически неурегулированной.

Не вдаваясь в подробный анализ всех положений законопроекта, попытаемся более пристально рассмотреть один из его аспектов, а именно возможность создания саморегулируемых организаций медиаторов и их будущие перспективы.

Как указано в Пояснительной записке к законопроекту, его авторы вполне обоснованно полагают, что на сегодняшний день нет необходимости применять в отношении медиаторов такие инструменты государственного регулирования их деятельности, как лицензирование или аккредитация. В связи с этим в данной сфере предлагается задействовать механизм саморегулирования. С чем это связано и насколько оправданным является такой подход?

Сущность СРО. Прежде чем рассмотреть вопрос о целесообразности создания СРО в сфере медиации, представляется логичным дать общее представление о сущности таких организаций и их основном отличии от обычных и уже привычных для всех типов организаций. СРО представляют собой некоммерческие негосударственные организации, объединяющие субъектов, занимающихся однородной предпринимательской или профессиональной деятельностью. Основная функция СРО — саморегулирование — строится

[1] См.: http://kremlin.ru/news/7080; дата посещения — 18.04.2010.

на принципах самоконтроля, самоуправления и самоограничения участников определенного рынка услуг или вида предпринимательской или любой иной однородной деятельности, по своей природе нуждающейся в упорядочении и контроле.[2] Первые СРО появились в России в начале 90–х годов прошлого века в виде саморегулируемых организаций профессиональных участников рынка ценных бумаг и создавались по образу и подобию американских СРО, осуществляющих регулирование аналогичной сферы деятельности в США. В последствии они были дополнены различными саморегулируемыми организациями аудиторов, оценщиков, арбитражных управляющих и т. д.

В создании и развитии саморегулируемых организаций заинтересованы самые разные субъекты, среди которых особенно выделяются сами участники рынка и государство. Первые заинтересованы в получении возможности самостоятельно создавать и совершенствовать стандарты своей деятельности, получить доступ к дополнительным источникам информации, в том числе о деятельности конкурентов, а также более экономичным и эффективным путем осуществлять защиту своих прав и интересов, в том числе во взаимоотношениях с государственными органами. Интерес государства в развитии СРО в основном связан с возможностью возложить на них часть своих технических функций, как правило, осуществляемых государственным органом за счет бюджетных средств и собственных ограниченных кадровых ресурсов, например, в виде проверок деятельности субъектов предпринимательской или профессиональной деятельности, рассмотрения жалоб и т. д.[3] Отдавая СРО полномочия по контролю за деятельностью организаций и специалистов в определенных сферах деятельности государство тем самым уменьшает свои расходы и частично снимает с себя бремя ответственности, предоставляя конкурирующим организациям и специалистам, работающим в условиях свободного либерального рынка самостоятельно контролировать и сдерживать друг друга при помощи механизмов саморегулирования. При этом государство не отказывается полностью от возможного контроля, сохраняя за собой право осуществлять проверку деятельности СРО. Таким образом, на сегодняшний день СРО представляет собой один из уникальных механизмов, применение которого при условии надлежащего контроля со стороны государственных органов за самой СРО и надлежащем контроле со стороны органов СРО за деятельностью своих членов может иметь значительный положительный эффект и способно как удовлетворить интересы государства и участников рынка, так и обеспечить права и законные интересы конечных потребителей товаров и услуг.

Возможно ли саморегулирование в сфере медиации? В том, что доступ к профессиональному проведению медиации нуждается в правовой регламентации, на сегодняшний день нет никаких сомнений. При существующих в России условиях становления посредничества, характеризующихся массовым скептицизмом и недоверием, связанным по большей части с непониманием сути и назначения данной процедуры, а также роли посредника в ней, последствием непрофессионализма и дилетантского подхода к медиации может стать не только явный вред, причиненный конкретным лицам,

[2] См.: Аболонин Г. О. Дисциплинарное производство саморегулируемых организаций — на острие конфликта. М., 2010.
[3] Там же.

обратившимся к непрофессионалу, но и значительный ущерб становлению медиации как достойной альтернативы судебному разбирательству. В таких условиях медиация действительно рискует приобрести славу пятого колеса в системе защиты прав и может быть отвергнута и забыта.

При решении этого важного вопроса настоящим камнем преткновения является выбор наиболее оптимальной модели регулирования и установления стандартов допуска к деятельности в качестве медиатора, которая позволит избежать возможных неблагоприятных последствий и обеспечит защиту интересов конкретных лиц, а также станет залогом успешного развития медиации в России.

По мнению авторов представленного законопроекта, применение механизм саморегулирования и создание СРО в данной сфере могло бы сыграть роль такой оптимальной модели, способной удовлетворить общие интересы. Так, в представленном законопроекте предусматривается, что физические лица, осуществляющие деятельность в качестве медиаторов на профессиональной основе, равно как все организации, осуществляющие оказание услуг по проведению процедуры медиации, могут быть членами одной из саморегулируемых организаций медиаторов. К таким саморегулируемым организациям медиаторов законопроектом предъявляются определенные требования. В частности, в каждую организацию должно входить не менее 100 членов —медиаторов, осуществляющих свою деятельность на профессиональной основе, и (или) не менее 20 некоммерческих организаций медиаторов, осуществляющих оказание услуг по проведению процедуры медиации.

Целью создания СРО медиаторов является установление стандартов и правил деятельности медиаторов, а также порядка осуществления контроля за соблюдением требований указанных стандартов и правил медиаторами, осуществляющими деятельность на профессиональной основе, и (или) организациями, осуществляющими оказание услуг по проведению процедуры медиации.

Сама по себе идея применения механизмов саморегулирования в сфере медиации не является новой. Такая модель представляется наиболее предпочтительной в случае минимальной правовой регламентации в виде государственных стандартов и правил допуска к профессии медиатора, а также при минимальном контроле со стороны государства за деятельностью таких субъектов. В качестве успешного зарубежного примера развития таких организаций можно привести опыт Германии, где на сегодняшний день отсутствуют общие государственные стандарты и правила допуска к осуществлению медиации, которые успешно восполняются на частном уровне, путем установления стандартов и правил саморегулируемыми организациями. Сегодня в Германии активно действует и развивается несколько профессиональных союзов медиаторов, наиболее крупными из которых являются «Федеральный Союз Медиации» (Bundesverband Mediation), «Федеральное рабочее объединение семейной медиации» (Bundes–Arbeitsgemeinschaft für Familienmediation) и «Федеральный Союз Медиации в Экономике и Сфере Труда» (Bundesverband Mediation in Wirtschaft und Arbeitswelt). В отсутствие общегосударственных стандартов эти организации устанавливают правила проведения медиации, предъявляют строгие требования к своим членам, в том числе касающиеся наличия специального образования и профессионального опыта, ведут списки

медиаторов, рекомендуют своих членов в качестве специалистов по урегулированию споров, а также осуществляют их обучение и повышение квалификации. Членство в данных организациях строго индивидуальное, что не запрещает медиаторам осуществлять свою профессиональную деятельность в рамках коммерческих и некоммерческих организаций, предоставляющих услуги по проведению медиации, в том числе позволяет им объединяться с другими профессиональными медиаторами, для совместного оказания услуг по осуществлению медиации.

Законопроект о СРО медиаторов. В механизме саморегулирования, предложенном в новом законопроекте, сразу же обращает на себя внимание описанная выше неоднородность саморегулируемых организаций. Целесообразность деления СРО на ассоциации и некоммерческие партнерства, равно как на СРО с индивидуальным членством и СРО с членством организаций, оказывающих услуги по проведению медиации, можно поставить под сомнение. В данном делении больше всего вопросов вызывает наличие в законопроекте возможности создания СРО с членством организаций. Очевидно, что в представленной модели не учитывается специфика процедуры медиации, которая всегда осуществляется медиатором лично и успех которой во многом зависит от квалификации, опыта и навыков конкретного специалиста. Исходя из этой специфики, создание СРО с индивидуальным членством физических лиц, ответственных за квалификацию конкретных специалистов, рассматривающих жалобы на их непрофессиональные действия, является разумным и оправданным. В то же время работа СРО с членством организаций вряд ли сможет в полной мере выполнять функции саморегулирования. Представляется, что таким СРО придется отдать часть своих функций непосредственно своим членам, например, формирование списков медиаторов, проверку наличия у них квалификации и соответствие этой квалификации требованиям СРО. Кроме того, если такая организация или один из работающих в ней медиаторов допустят дисциплинарный проступок, влекущий за собой ее исключение из СРО, это будет означать автоматическое исключение всех медиаторов, осуществляющих свою деятельность в рамках данной организации, что повлечет существенное нарушение их прав и законных интересов.

Немаловажным вопросом относительно модели СРО с членством организаций является оформление отношений между медиатором и организацией, предоставляющей услуги по проведению медиации. В зарубежной практике редко можно встретить случаи, когда осуществление медиации является основной деятельностью медиатора. Как правило, медиаторами являются специалисты, основная деятельность которых связана с самыми различными профессиональными сферами, от юриспруденции (нотариусы, адвокаты и т. д.) до психологии, экономики, техники и образования. Медиация осуществляется ими лишь по мере возникновения необходимости, например, в повседневной практике нотариуса могут встречаются случаи, когда перед совершением определенного нотариального действия необходимо предварительное проведение медиации.

Создание СРО с членством организаций повлечет создание особых требований к таким организациям, например, членство в них минимального числа профессиональных медиаторов или же нахождения их в штате организации. Все это приведет к значительному усложнению схемы СРО, т. к. фактически

организация будет выступать посредником между СРО и медиатором и, как следствие, может привести к всевозможным злоупотреблениям.

Однако создание СРО с членством организаций в данном законопроекте не является единственным спорным моментом. Предусматривая возможность участия профессиональных медиаторов в СРО, законопроект уже устанавливает свои минимальные требования к членами таких организаций. В частности, возрастной ценз 25 лет, высшее профессиональное образование и прохождение курса обучения по программе подготовки медиаторов, порядок утверждения которой определяется Правительством РФ. В данном случае, представляется наличие определенной коллизии между устремлением авторов законопроекта к активному внедрению механизмов саморегулирования в сферу медиации и желанием расширить сферу влияния государства. В таком случае получается, что программы подготовки медиаторов, которые будут создаваться в рамках СРО, или программы, уже сегодня предлагаемые некоторыми учебными заведениями, прохождение обучения по которым будет рассматриваться СРО как достаточное основание для членства, должны быть в первую очередь утверждены в порядке, определяемом Правительством РФ. Какой будет процедура утверждения данных программ и кто именно будет их утверждать — эти вопросы сегодня остаются открытыми, а оценка предполагаемых ответов — неоднозначной.

Заложенный в законопроекте механизм саморегулирования также представляется не совсем логичным и законченным в виду предусмотренной в нем необязательности членства в СРО для профессиональных медиаторов. Очевидно, разработчики законопроекта попытались тем самым избежать возможных обвинений в попытке создания монополий и умышленном сужении круга лиц, получающих возможность осуществления этого вида некоммерческой деятельности на профессиональной основе. В то же время, излишняя мягкость данного подхода по большей части выхолащивает суть заложенной в законопроекте модели саморегулирования. Необязательность членства в СРО для профессиональных медиаторов при отсутствии других форм регулирования данной сферы фактически означает полную свободу действий для дилетантов, которая чревата наступлением названых выше последствий.

В такой ситуации развитие медиации в России может быть поставлено под угрозу, т. к. после принятия законопроекта предполагается существенное увеличение количества обращений к медиации со стороны граждан и коммерческих структур, а, следовательно, и рост желающих заработать на этой волне с наименьшими затратами и наибольшей отдачей. Неизбежное искажение непрофессионалами смысла и содержания медиации в сложившейся ситуации может вызвать естественный эффект отторжения и глубокое разочарование в посредничестве со стороны населения, которые способны повлиять на весь ход становления медиации в России. В этой связи предполагается, что намного более логичным было бы установление обязательного членства в СРО для профессиональных медиаторов хотя бы в первые несколько лет действия будущего закона, до тех пор, пока общество не начнет воспринимать медиацию как одну из процедур урегулирование конфликта, обращение к которой является таким же нормальным и естественным, как и обращение в суд.

Перспективы развития СРО медиаторов в России. Представляется, что заданное направление на развитие институтов саморегулирования в сфере

медиации в целом является верным. Уже неоднократно указывалось на необходимость осторожного нормативного регулирования примирительных процедур, на создание таких правовых конструкций, которые позволят стимулировать их развитие, но при этом избежать чрезмерного вмешательства государства, способного повлечь за собой утрату медиацией присущей ей гибкости в вопросах процедуры и принимаемых решений, а также высокой степени автономии воли участников процедуры, без которой она может потерять всякий смысл.

В этой связи создание профессиональных сообществ медиаторов, основанных на персональном членстве специалистов в сфере урегулирования конфликтов, является наиболее оптимальной моделью регулирования в данной сфере. СРО медиаторов позволит не только избежать чрезмерного государственного влияния на эту исключительно частную сферу, но и обеспечит необходимый контроль со стороны самих членов СРО — профессиональных медиаторов — за соблюдением устанавливаемых ими стандартов профессиональной деятельности лицами, осуществляющими примирительные процедуры на профессиональной основе.

Исходя из этого, исключение из законопроекта некоторых спорных конструкций и дополнение его нормами, направленными на усиление позиции СРО профессиональных медиаторов представляется необходимым условием для успешного развития примирительных процедур в России.