



Problems in use of mediation in national law

Zarifa MAMEDOVA¹

Tashkent state law university

ARTICLE INFO

Article history:

Received April 2021
Received in revised form
28 April 2022
Accepted 20 May 2022
Available online
10 June 2022

Keywords:

national legislation,
institution of mediation,
mediation agreement,
agreement on the
implementation of
mediation procedures,
agreement on the use of
mediation,
conciliation agreement,
pre-trial settlement,
dispute resolution,
arbitration court,
“Law on Mediation”,
professional mediator,
nonprofessional mediator.

ABSTRACT

This article is devoted to the problematic aspects of the practical application of mediation, the analysis of gaps and shortcomings in pre-trial dispute resolution in national legislation, to reveal ways to overcome the obstacles to the use of mediation as an alternative method of conflict resolution.

2181-1415/© 2022 in Science LLC.

DOI: <https://doi.org/10.47689/2181-1415-vol3-iss5/S-pp163-172>

This is an open access article under the Attribution 4.0 International (CC BY 4.0) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.ru>)

Медиацияни амалда қўллаш бўйича миллий қонунчиликдаги муаммолар

АННОТАЦИЯ

Калит сўзлар:

миллий қонунчилик,
медиация институти,
медиатив келишув,
медиация тартиб-
таомилини амалга
ошириш тўғрисидаги
келишув,

Мазкур мақола медиацияни амалда қўллаш бўйича юзага келадиган муаммоли жиҳатлар, миллий қонунчиликдаги судгача низоларни ҳал этиш билан боғлиқ бўшлиқлар ва камчиликларни таҳлил этиш, зиддиятларни ҳал этишнинг муқобил усули сифатида медиация институтининг қўлланилишига тусқинлик қиладиган ҳолатларни бартараф қилиш йўллари очиқ беришга бағишланган.

¹ Student, faculty of magistracy and correspondence education in “Business law”, Tashkent state law university. Tashkent, Uzbekistan. mamedova83@internet.ru.

медиацияни қўллаш
тўғрисидаги келишув,
келишув битими, судгача
ҳал этиш,
низоларни судда кўриш,
ҳакамлик суди,
“Медиация тўғрисидаги
қонун”,
профессионал асосдаги
медиатор,
нопрофессионал асосдаги
медиатор.

Проблемы применения медиации на практике в национальном законодательстве

АННОТАЦИЯ

Ключевые слова:

национальное
законодательство,
институт медиации,
медиативное соглашение,
соглашение о проведении
процедуры медиации,
соглашение о применении
медиации,
мировое соглашение,
досудебное
урегулирование, судебное
разрешение споров,
третейский суд,
Закон «О медиации»,
профессиональный
медиатор,
непрофессиональный
медиатор.

Данная статья посвящена изучению проблемных аспектов применения медиации на практике, а также анализу существующих в отечественном законодательстве пробелов и недостатков в связи с осуществлением досудебного урегулирования споров, раскрытию путей разрешения препятствий использования института медиации как альтернативного варианта урегулирования разногласий при разрешении конфликтов.

Вошедший не так давно в законодательство Республики Узбекистан институт медиации на сегодняшний день приобретает всё большую популярность практически во всех сферах человеческой деятельности, где может идти речь о конфликте, как продуктивный способ для его урегулирования. Вместе с тем, следует отметить, что Закон «О медиации», который был принят в целях претворения в жизнь правовых условий для эффективного внедрения в национальное законодательство альтернативных процедур урегулирования споров в 2018 году, «не работает», является недействительным. Это можно наблюдать исходя из того, что практика его применения не получила своего широкого распространения и не соответствует тем целям и задачам, которые преследовал законодатель.

Сам термин «медиация» произошёл от латинского *mediare* – посредничать, занимать середину между двумя точками зрения либо сторонами, предлагать средний путь, держаться нейтрально, беспристрастно. Отсюда специфическая особенность медиации – она воплощается в жизнь с помощью нейтрального, беспристрастного третьего лица – медиатора, который избирается участниками конфликта.

В научных и иных публикациях «родиной» медиации чаще всего называют США и Россию [1]. В некоторых странах медиация применяется для разрешения административных, уголовных, земельных и жилищных споров. У нас в стране посредством медиации могут быть разрешены споры, возникающие из гражданских правоотношений, в том числе связанные с осуществлением предпринимательской деятельности, а также индивидуальные трудовые споры и споры, возникающие из семейных правоотношений, если законом не предусмотрено иное [6].

Поскольку медиация является новой правовой технологией разрешения споров, национальное законодательство о медиации, сложившееся с 2018 года, нуждается в совершенствовании и дополнении новыми перспективами развития. В подтверждение вышесказанного можно привести те факты, что, хотя процедура медиации призвана облегчить работу судов, уменьшить судебные расходы, на сегодняшний день существующая правовая система не проявляет должного интереса к внедрению медиации на практике, отсутствует статистика разрешения споров посредством медиации, а судьи в большинстве случаев не проводят различия между последствиями заключения медиативного соглашения и мирового соглашения [2]. Поэтому на данном этапе трудно охарактеризовать уровень применения процедуры медиации при разрешении конфликтов идеальным.

Следует отметить, что одним из весомых достоинств медиации является возможность в любой момент до достижения итогового соглашения отказаться от начатого процесса урегулирования спора, не утрачивая права возобновления переговорного процесса. Этим качеством медиация отличается, например, от судебной процедуры, при которой отказ истца от иска влечёт невозможность в дальнейшем повторного обращения в суд с тем же иском, в то время как в медиации (посредничестве) не утрачивается возможность обратиться снова в суд, если процедура оказалась неэффективной.

Для того, чтобы определить проблемы применения медиации на практике целесообразно, в первую очередь, обозначить особенности данного института как альтернативного способа урегулирования конфликтов и провести анализ отличий от судебного разрешения споров.

Таким образом специфические особенности и преимущества медиации проявляются в следующем:

- выбранный медиатор является независимым, он не дает советы и не выносит решение, все решения в рамках медиации принимаются по обоюдному согласию сторон. Именно стороны, участвующие в процессе медиации, приходят к окончательному соглашению, а не медиатор. Рассмотрение же спора в суде обязательно оканчивается для сторон принудительным решением в пользу той или иной стороны;

- медиация может быть проведена относительно быстро по сравнению с судебным разбирательством. Зачастую, рассмотрение дела продолжается во второй, затем третьей инстанции, проигравшая сторона подаёт жалобу на негодное для себя решение и т.д.;

- медиация процесс гибкий, изменчивый и стороны вправе сами регулировать для себя ход нахождения компромисса, они обладают широким арсеналом средств внесудебного урегулирования, недоступных в судебном

процессе. Например, суды обычно предписывают одной стороне выплатить деньги другой стороне, тогда как при медиации стороны приходят к собственному соглашению и другие аспекты могут быть приняты во внимание;

- сторонам обеспечиваются свободные условия для решения спора, в то же время медиатор оказывает всяческое содействие для поиска выхода из конфликта, он должен способствовать и направлять переговоры между сторонами с целью разрешения спора;

- в отличие от гласности, открытости судебного разбирательства это конфиденциальный процесс: всё что обсуждается при медиации, рассматривается «без ущерба» и все полученные от сторон сведения «не могут выходить за стены», следовательно, не могут использоваться в качестве доказательства в любом последующем суде, а все записи медиатора после окончания его деятельности должны быть уничтожены;

- если обе стороны соглашаются на медиацию, это явно демонстрирует готовность достичь консенсуса путем переговоров и ведёт к сохранению добрых, дружелюбных отношений между сторонами. Это особенно важно при разделе имущества, разрешении конфликтов между супругами, родителями и детьми;

- если стороны всё таки не смогли договориться, другие варианты для урегулирования всё еще доступны;

- медиация может позволить каждой стороне выслушать противоположную точку зрения в неконфронтационном окружении;

- обе стороны должны подписать медиативное соглашение, чтобы оно имело обязательную силу;

- стороны через медиатора могут выносить на медиацию другие вопросы, выходящие за рамки самого договора, чтобы способствовать урегулированию спора;

- известно что решение суда не всегда удовлетворяет обе стороны, это, в свою очередь, ведёт не только к уклонению от добровольного исполнения решения суда, но и к принудительному препятствованию такого исполнения.

- Необходимо отметить, что дальнейшее эффективное существование и продуктивное применение в рамках национальной судебной системы процедуры медиации обуславливаются решением ряда несовершенств и восполнением пробелов в законодательстве, которые существенно влияют на порядок применения процедуры медиации, определяют низкий процент применения данной процедуры обществом.

Каковы же проблемы применения медиации на практике в национальном законодательстве?

1. Применение третейской процедуры в случае наличия медиативной оговорки.

Законом Республики Узбекистан «О третейских судах» [7] не урегулирован вопрос о невозможности передачи спора третейскому суду при наличии медиативной оговорки, как это предусмотрено п.5 ст.5 Федерального закона «О третейских судах» Российской Федерации [8]. Исходя из характера соотношений института медиации и негосударственного суда, третейский суд должен признать силу оговорки о медиации и не принимать дело к рассмотрению до тех пор, пока она не будет приведена в исполнение. Такое взаимодействие медиации и третейского суда нашло подтверждение в мировой практике.

Напомним, что в отечественном законодательстве «в третейском разбирательстве медиация может быть применена в процессе рассмотрения спора до принятия третейским судом решения.

В случае заключения сторонами третейского разбирательства соглашения о проведении процедуры медиации третейский суд выносит определение об отложении третейского разбирательства до окончания процедуры медиации.

Третейский суд прекращает третейское разбирательство, если стороны заключили медиативное соглашение» [7].

Целесообразно внести в Закон «О третейских судах» изменения, четко определяющие последствия включения медиативной оговорки, а также определяющие действия третейского судьи, которые могут быть применены для обеспечения соблюдения медиативной оговорки. Это, с одной стороны, сэкономит время и силы самого третейского суда, с другой, послужит стимулом к повышению роли медиативного соглашения.

2. Не определён характер содержания помощи медиатора (письменных или устных рекомендаций), то есть должна ли оказываемая помощь быть правового или же психологического содержания во время процедуры медиации. Более того, Закон «О медиации» не предусматривает получения сторонами квалифицированной юридической помощи и запрещает медиатору оказывать какой-либо стороне юридическую, консультационную или иную помощь [6]. Данное требование делает бессмысленной всю процедуру медиации. Здесь наблюдается одно из самых значительных противоречий в законе.

Ограничения при применении медиации, предусмотренные в абз. 1, 2 ст. 25 Закона «О медиации» «оказывать какой-либо стороне юридическую, консультационную или иную помощь» а также «быть представителем какой-либо стороны в связи с тем же спором, за исключением случаев, предусмотренных законодательством, и обоюдного согласия на его участие»; естественным образом препятствуют досудебному урегулированию конфликта и будут провоцировать стороны неизбежно обращаться в суд.

В данном случае назревает вопрос: можно ли урегулировать правовой спор, не применяя нормы права. Ответ очевиден – невозможно. И данный запрет оказания медиатором помощи, в первую очередь юридической, подрывает весь интерес к медиации в целом. Конфликтующим сторонам, безусловно, важно достичь взаимоприемлемого решения на основе добровольного согласия и разрешить спор с точки зрения правовых норм, не прибегая к суду. Исходя из этого целесообразно отменить данные запреты законодательно.

Однако в последующем стороны могут заключить медиативное соглашение, которое порождает, изменяет или прекращает правоотношения и влечет правовые последствия. В связи с этим целесообразно определить, как эта особенность может быть учтена в процедуре медиации.

Законом необходимо предусмотреть информирование сторон медиатором о необходимости получения правовой помощи до подписания каких-либо соглашений. В то же время это правило, как и другие (например, реальная возможность предоставить сторонам не только право, но и обдумать решение в разумные сроки до подписания окончательных документов), связано с профессиональной деятельностью медиатора.

3. Не урегулирован вопрос касательно требования к образованию (специальности) медиатора. Как гласит закон «медиатор – лицо, привлекаемое сторонами для проведения медиации» [6]. Из данной дефиниции можно уяснить, что подобная трактовка не даёт должного полного представления о личности медиатора и о том каким он должен быть.

В другой статье 12 Закона «О медиации» определено, что деятельность медиатора может осуществляться на профессиональной или на непрофессиональной основе.

«Осуществлять деятельность медиатора на профессиональной основе может лицо, прошедшее специальный курс обучения по программе подготовки медиаторов, утверждаемой Министерством юстиции Республики Узбекистан, а также внесенное в Реестр профессиональных медиаторов.

Осуществлять деятельность медиатора на непрофессиональной основе может лицо, достигшее возраста двадцати пяти лет и давшее согласие на выполнение обязанностей медиатора.

Лицо, осуществляющее деятельность медиатора на непрофессиональной основе, также может пройти специальный курс обучения по программе подготовки медиаторов, утверждаемой Министерством юстиции Республики Узбекистан» [6]. Как видно из вышесказанного требования ограничены лишь возрастным цензом (для непрофессионального медиатора) и уровнем подготовки, а также условием о внесении в Реестр профессиональных медиаторов (для профессиональных медиаторов). Существенным недостатком вышеуказанного закона выступает также отсутствие требования к профессиональному медиатору иметь высшее юридическое образование или, по крайней мере, высшее образование, как это предусмотрено по законодательству РФ [9]. Возникает огромный вопрос, будет ли способен медиатор разрешить правовой спор с точки зрения права, не имея соответствующей правовой подготовки. Конкретизация в данном случае вопроса о специальности медиатора т.е. должен ли он быть юристом или же психологом, педагогом и т.д. привела бы к эффективному внедрению и популяризации медиации, а также упрощению использования данного института на практике.

Помимо прочего, некоторые требования к личности медиатора, предусмотренные в статье 12, например, запрет занимать государственные должности нецелесообразны [6].

В Законе «О медиации» Узбекистана установлено, что медиация может быть применена:

- во внесудебном порядке;
- в процессе рассмотрения спора в судебном порядке;
- до удаления суда в отдельную (совещательную) комнату для принятия судебного акта;

– а также в процессе исполнения судебных актов и актов иных органов [3]. При применении медиации в процессе исполнения судебных актов и актов иных органов, требуется обязательное участие профессионального медиатора. Таким образом, закон определил, на каком этапе может проводиться процедура медиации исключительно профессиональным медиатором. Значит, во всех других процессах, медиация может проводиться как профессиональным, так и

непрофессиональным медиатором. В процессе рассмотрения спора в судебном порядке, если стороны хотят воспользоваться медиацией (услугами непрофессионального медиатора), судья приостанавливает дело до окончания данной процедуры [10]. Следовательно, возникает вопрос, насколько правильно на этом этапе непрофессиональному медиатору проводить процедуру медиации, без какой-либо квалификационной подготовки, т.к. в разрешении данного спора он фактически должен заменить профессионального и опытного судью.

В соответствии с отсутствием квалификационных требований в национальном законодательстве, предполагается, что непрофессиональный медиатор, без прохождения курса обучения, по подготовке медиаторов и обретения необходимых навыков и медиативных технологий не должен проводить процедуру медиации.

Востребованность института медиации в отличие от судебного разбирательства в разрешении споров и эффективность проведения процедуры медиации, во многом зависит от профессионализма и квалификации медиатора, в особенности, когда это касается семейной медиации. Исходя из этого, целесообразно ввести в Закон «О медиации», в частности, в статью 12 «Требования к медиатору» дополнительные подробные требования к личностным, профессиональным и квалификационным качествам медиатора, не ограничиваясь регламентацией лиц, которые не могут быть медиатором [6].

4. Усложнен порядок применения процедуры медиации. Так законом предусмотрено до проведения процедуры медиации заключить соглашение о применении медиации исключительно в письменной форме. Безусловно, не всегда подобное требование об императивной письменной форме будет уместным, так, к примеру, по спорам, возникающим из семейных отношений, трудно представить двух спорящих членов семьи, подписывающими подобного рода соглашение. Исходя из этого, в законе можно было бы предусмотреть ситуации, при которых стороны достигали бы договоренности о передаче спора медиатору в устном порядке. Другой аспект: данное соглашение, как и соглашение о проведении процедуры медиации, не является препятствием для обращения в суд, за исключением самого медиативного соглашения, которое служит основанием для оставления заявления без рассмотрения [10]. С одной стороны, подобное положение гарантирует конституционное право сторон на судебную защиту [5], с другой – снижает значимость процедуры медиации, делая её бессмысленной.

5. Не очерчены чётко границы и гарантии конфиденциальности процедуры медиации.

В настоящее время не ясна правовая регламентация правил раскрытия конфиденциальной информации медиатором: в каких случаях возможно или необходимо разглашать конфиденциальную информацию, где истекают гарантии свидетельского иммунитета медиатора и прочее.

Так, в соответствии с ч.6 ст. 67 Семейного кодекса РУз. лица обязаны сообщать в органы опеки и попечительства о случаях, когда ребенок, его здоровье, интересы и права оказываются под угрозой [11].

Также под вопросом свидетельский иммунитет медиатора и сохранение конфиденциальных данных в связи с проведением процедуры медиации в случае проведения в отношении медиатора оперативно-следственных мероприятий

(например, встаёт вопрос о конфиденциальности документов, оформляемых медиатором в связи с проведением медиации), у медиатора отсутствует свидетельский иммунитет и в уголовном процессе.

На необходимость определения границ конфиденциальности, т.е. указание конкретных случаев, когда медиатор может раскрыть определенные сведения и информировать уполномоченные органы без получения согласия сторон (чаще всего это угроза жизни и здоровью любого человека вообще или же только ребенка и т.д.), указывает международная практика применения принципа конфиденциальности медиации (Рекомендация N R (98)1 Комитета министров государствам – членам Совета Европы о семейной медиации) [12].

Для достижения указанных целей необходимо, с одной стороны, внести изменения в нормы об обязанности медиатора соблюдать конфиденциальность сведений, ставших известными в связи с проведением медиации, а с другой стороны, предоставить медиатору дополнительные гарантии, позволяющие сохранять конфиденциальность.

6. Отсутствие возможности принудительного исполнения медиативного соглашения.

В настоящее время в соответствии с Законом «О медиации» не предусмотрена возможность принудительного исполнения медиативного соглашения. Отсутствие такой нормы снижает количество обращений к медиации на этапе выбора предпочтительного способа урегулирования спора и делает данный процесс бессмысленным. К примеру, в статье 29 закона сказано «медиативное соглашение имеет обязательную силу для заключивших его сторон и исполняется ими добровольно в порядке и в сроки, предусмотренные в нем.

При неисполнении медиативного соглашения стороны вправе обратиться в суд за защитой своих прав». Положительная сторона данного правила заключается в том, что последствия неисполнения медиативного соглашения могут быть установлены сторонами в этом же соглашении. Но и этот факт не придаёт медиативному соглашению принудительной силы.

В настоящее время иностранными юрисдикциями выработано большое количество различных вариантов принудительного исполнения медиативного соглашения, предусматривающие определенные процессуальные действия сторон, которые должны быть совершены после завершения процедуры медиации.

7. Малоизвестность среди населения.

Понимание сущности и значимости медиации и посредничества необходимо в наше время донести широкому кругу лиц, поскольку они, как способы альтернативного урегулирования и разрешения конфликтов, споров, оказывают воздействие практически на все сферы современной жизни. Необходимо довести до широкой общественности тот факт, что обращение к медиатору и посреднику «не повлечёт для сторон негативных последствий, а наоборот, позволит им сохранить доверительные отношения и продолжить деловое сотрудничество в результате найденного компромисса».

Какие меры следует предпринять для информирования потенциальных и нынешних участников гражданского и экономического процесса о сути медиации? Несмотря на принятие Закона «О медиации» [6], данный институт пока еще является малоизвестным. Кроме того, это касается не только граждан и организаций – потенциальных участников судебного процесса, но и юристов. Популяризация медиации может осуществляться по нескольким направлениям:

- распространение информации в СМИ и Интернете;
- проведение круглых столов, семинаров, конференций;
- выпуск специальной литературы и т. д.

Но для того, чтобы медиация была воспринята участниками правового спора, необходимо определить, кто в силу своих профессиональных качеств может донести до них информацию о медиации и как это следует делать, чтобы конфликтующие стороны были заинтересованы не идти с возникшими проблемами в суд, а попытаться урегулировать их с участием медиатора. Представляется оправданным, что, поскольку юристы находятся на передовой правовых споров, то именно они в первую очередь должны заниматься профессиональным консультированием участников конфликта о новых возможностях его урегулирования.

«Как показывает зарубежный опыт, только благодаря активному участию юридического сообщества в популяризации медиации она может стать востребованной на практике. Именно юристы в первую очередь должны заниматься профессиональным консультированием участников конфликта о новых возможностях его урегулирования. Кроме того, интерес к новой процедуре возникнет тогда, когда разъяснения будут носить не формальный характер, а основываться на специальных методиках, разработанных для представителей каждой юридической специальности и учитывающих ее специфику (для судьи, нотариуса, адвоката и т.д.)» [13].

«Некоторые специалисты предлагают в целях распространения научных знаний о медиации в целом и об особенностях применения данного альтернативного способа разрешения споров в частности, ввести специальный факультативный курс по медиативному образованию в высших учебных заведениях, чтобы будущие специалисты имели возможность самоопределения и дальнейшей специализации во время обучения» [4]. Представляется целесообразным в учебный процесс по медиативному образованию включить не только теоретические знания, но и практический опыт. Теоретической базой должны стать отдельные юридические дисциплины, а также психология, конфликтология и т.д. Практикоориентированная часть обучения должна состоять из различных тренингов по ведению переговоров, разрешению конфликтов и т.д. Вышеуказанные меры, на мой взгляд, позволят достичь более высоких показателей при подготовке кадров в данной сфере.

Некоторые из перечисленных выше проблемных аспектов Закона «О медиации» не уменьшают его значение, а лишь являются большим стимулом для дальнейшего развития законодательства об альтернативных процедурах разрешения споров.

В Узбекистане разрешение конфликтов посредством медиации только зарождается и, естественно, для её полноценного применения в национальном законодательстве потребуются определённое время, но ясно одно: практика покажет, насколько необходимо совершенствовать законодательство в целях эффективного применения альтернативных методов разрешения споров.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЕ ССЫЛКИ:

1. Шматков И.И. Медиация как современный способ урегулирования споров // Примириательные процедуры в цивилистическом праве и судопроизводстве // Санкт-Петербург. – 2019. – С. 282.
2. Хайрулина А., Хабибуллаев Д. Медиация как новый вид альтернативных способов разрешения споров в Узбекистане // Общество и инновации. – 2021. – Т. 2. – № 3/S. – С. 494–501.
3. Якубова Д.Ш. Требования к медиаторам: международное и национальное законодательство. Материалы Международной научно-практической конференции «Научные исследования XXI века: теория и практика (scientific research of the XXI century: theory and practice)» 11 июня 2020 года. – г. Прага, Чехия.
4. Шматков И.И. Медиация как современный способ урегулирования споров // Примириательные процедуры в цивилистическом праве и судопроизводстве // Санкт-Петербург. – 2019. – С. 285.
5. Конституция Республики Узбекистан. Т.: «Адолат». 2021. – С. 44.
6. Закон Республики Узбекистан «О медиации» // Национальная база данных законодательства, 04.07.2018, <https://lex.uz/docs/3805229>. – С. 3. Ч. 1.
7. Закон Республики Узбекистан «О третейских судах» // Национальная база данных законодательства, 30.01.2018 г., № 03/18/463/0634.
8. Федеральный закон от 24.07.2002 N 102-ФЗ «О третейских судах» в Российской Федерации // http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_103038/
9. Федеральный закона от 27.07.2010 № 193-ФЗ (ред. от 23.07.2013) «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» // Собрание законодательства. – 2010. – № 31.
10. Гражданский процессуальный кодекс Республики Узбекистан. Национальная база данных законодательства, 23.01.2018 г., № 02/18/ГПК/0612. – С. 116. П. 6.
11. Семейный Кодекс Республики Узбекистан от 01.09.1998 // (Ведомости Олий Мажлиса Республики Узбекистан, 1998 г., Национальная база данных законодательства, 05.01.2018 г., № 03/22/770/0424),
12. Интернет источник // <https://docplayer.com/45090614-Komitet-ministrov-soveta-evropy-rekomendaciya-r-98-1-komiteta-ministrov-gosudarstvam-chlenam-o-semeynoy-mediacii.html>.
13. Официальный сайт Предпринимательство и право информационно-аналитический портал. Проблемы применения законодательства о медиации при организации и проведении процедуры медиации (Тюльканов С.Л., Никитина И.Б., Геворкова К.В.) // <http://lexandbusiness.ru/view-article.php?id=7986>.