

## СООТНОШЕНИЕ МЕДИАЦИИ И СУДЕБНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

*Автор на основе изучения зарубежной и белорусской теории и практики рассматривает критерии разграничения судебного процесса и медиации. Он отмечает признаки медиации в судебном процессе и приходит к выводу, что в настоящее время наблюдается тенденция наделяния медиации статусом рекомендуемой/обязательной досудебной процедуры, что указывает на стремление государства сохранить партнерские отношения сторон при возникновении спора.*

T.A. BIALIAYEVA

### CORRELATION OF MEDIATION AND JUDICIAL PROCEEDINGS

*The author on the basis of studying of the foreign and Belarusian theory and practice considers criteria of differentiation of lawsuit and mediation. He notes mediation signs in lawsuit and comes to a conclusion that now the tendency of investment of mediation is observed by the status of the recommended / compulsory pre-judicial procedure that indicates the aspiration of the state to keep partnership of the parties at emergence of a dispute.*



БЕЛЯЕВА

Татьяна Александровна,

соискатель кафедры международного и частного права факультета международных отношений БГУ, старший юрист Международной фирмы «COBALT»

#### Критерии разграничения судебного процесса и медиации

Как правило, медиацию принято рассматривать как альтернативу судебному разбирательству, противопоставляя данные процедуры. При этом для противопоставления используются различные критерии.

В основе противопоставления медиации судебному разбирательству американский исследователь К. Менкель-Медоу (Carrie Menkel-Meadow) указывает на роль данных процедур для общества. Так, по ее мнению, «судебная процедура поддерживает стабильность и предсказуемость права, обеспечивает порядок и единообразное разрешение сходных ситуаций. Медиация же способствует диалогу и сотрудничеству, а также сохраняет деловые, партнерские связи для будущего, создает новые возможности» [1, р. 123].

Некоторые белорусские (Е. Качицкая) и российские исследователи (Ц. Шамликашвили, С. Беляков) придерживаются схожей позиции, указывая, что роль судебного разбирательства прежде всего состоит в формировании устойчивого механизма защиты законных прав и интересов граждан [2], в то время как медиация содействует развитию внеюрисдикционных форм разрешения споров в обществе, формированию культуры конструктивного партнерского взаимодействия на фоне процессов глобализации, способствует осознанию потребности ко взаимному справедливому разрешению гражданских споров [3].

Российские ученые-правоведы М. А. Рожкова, Н. Г. Елисеев, О. Ю. Скворцов, говоря о различиях в целях, указывают, что медиация «имеет целью способствовать урегулированию спора путем обеспечения коммуникации между сторонами, сближению их позиций, а судебное разбирательство призвано окончить спор путем властного вынесения судьей обязательного для сторон решения, которое

может быть принудительно исполнено» [4, с. 14]. Данная точка зрения поддерживается исследователем Д. А. Давыденко, который обращает внимание на то, что целью медиации является «профессиональное содействие в организации и ведении процесса переговоров» [5].

Автор разделяет данную позицию. Действительно, если цель судебного разбирательства – разрешение спора, вынесение судом законного и обоснованного решения, то целью медиации является оказание помощи и содействия сторонам в разрешении спора. Достижение сторонами соглашения в медиации – это скорее дополнение к указанной выше основной цели, т. е. урегулирование спора и заключение соглашения могут быть следствием оказания медиатором помощи и содействия сторонам. При этом медиация, в отличие от судебного разбирательства, может считаться результативной и в том случае, если в итоге стороны не достигли примирения, но при помощи медиатора сблизили первоначальные позиции. Представляется, что это может служить одним из отличий медиации от иных способов разрешения споров, прежде всего от судебного и арбитражного разбирательства, в которых к такого рода процедурам обращаются в целях получения имеющего юридическую силу решения, исходящего от лица, наделенного властными полномочиями.

Канадский исследователь П. Гулливер (Petra Gulliver) также использует такие критерии, как помощь (*assistance*) и содействие (*facilitation*) в медиации для отграничения данной процедуры от судебного разбирательства, однако она различает их скорее не через определение цели, а как характеристики, присущие нейтральному лицу – медиатору. Таким образом, основным отличием медиации от судебного процесса, на ее взгляд, является роль нейтральной стороны в споре. В судебном процессе судья «имеет осознанное право, которое подкрепляется легитимной властью принимать решение, которое и является

результатом спора и связывает стороны... в то время как роль нейтрального лица в медиации сводится к оказанию помощи и содействия в переговорном процессе» [6, р. 2]. Роль нейтрального лица – медиатора – обозначена в работах американских ученых Г. Брауна и Н. Роджерса, указавших, что медиация представляет собой процесс, в котором «медиатор помогает сторонам достигнуть соглашения» [7, р. 32].

В зависимости от роли, которую выполняет нейтральное лицо в процессе (роль судьи либо медиатора), им используется различная методология для разрешения споров: в судебном разбирательстве судья определяет факты и применяет нормы права для определения прав и обязанностей сторон с учетом шагов, предпринятых в прошлом, в то же время действия медиатора направлены не на анализ доказательств и поступков сторон в прошлом, не на определение вины нарушившей свои обязанности стороны, а на анализ настоящих либо будущих интересов сторон, возможности их взаимодействия. Коммуникационные навыки и переговорные техники являются основным инструментом для медиатора.

Основное отличие медиации от судебного разбирательства, по мнению американских исследователей Дж. Фолберга, Д. Голлан, Т. Стипановича, Л. Клоппенберг, заключается в том, что судья выносит обязательное к исполнению решение по спору, в то время как в медиации все решения по урегулированию спора принимаются непосредственно сторонами. Данный факт позволяет сторонам контролировать результат спора (например, содержание соглашения формируется по согласию сторон). Кроме того, стороны (за некоторым исключением) также оказывают непосредственное влияние на процедурные аспекты медиации, в частности, на то, по каким правилам и в какой форме будет проходить сам процесс медиации. Тем самым участники медиации сохраняют возможность также контролировать процесс [8], в то время как в судебном разбирательстве именно судья контролирует не только результат, но и процедурные аспекты самого процесса. Американские ученые Д. Спенсер и М. Брogan указывают на то, что контроль сторон за процессом и результатом медиации существенно отличает данную процедуру от судебного разбирательства, при этом основной задачей медиатора они считают обеспечение возможности сторонам осуществлять данную функцию, а медиатору – сохранять нейтральность в процедуре. Российский исследователь А. Литвинов разделяет данную точку зрения, указывая, что медиацию от суда отличает полный контроль сторон над процессом принятия решения по урегулированию спора и условиями его разрешения, а в случае возникновения сомнений в непредвзятости медиатора каждая из сторон спора имеет возможность в любой момент не только указать на это обстоятельство, но и выйти из процедуры, что повышает ответственность и заинтересованность участвующих сторон [9].

Таким образом, в доктрине представлено существенное количество критериев, по которым проводятся различия между медиацией и судебным разбирательством: роль в обществе данных способов разрешения споров, их основная цель, роль нейтрального лица, участников процедуры, некоторые процессуальные аспекты и т. д.

Несмотря на это, а также на сложившийся общий подход, согласно которому медиация и судебное разбирательство противопоставляются друг другу, данный факт не означает, что указанные способы разрешения споров взаимно-исключают либо применяются отдельно друг друга.

Сегодня особенно актуален вопрос о возможности и форматах использования медиации в судах как после подачи искового заявления, так и в ходе судебного разбирательства, с чем связано появление особого вида медиации – судебной медиации (*court-annexed mediation, court mediation*).

### Медиация в судебном разбирательстве

Законодательство большинства зарубежных стран, а также Республики Беларусь не содержит запрета на использование медиации в ходе судебного разбирательства, более того, устанавливает возможность применения ее в судебном процессе.

Правовая природа экономических споров также не выявляет каких-либо препятствий для применения медиации на стадии судебного разбирательства. Более того, по мнению некоторых исследователей, «в перспективах и целях правового развития фундаментальные принципы медиации: беспристрастность, нейтральность и равноправие сторон – соответствуют исходным принципам осуществления правосудия и законодательным ожиданиям гражданского общества в целом» [10].

В западных странах распространено использование медиации в судебном разбирательстве (до либо после возбуждения гражданского дела).

Законодательство некоторых зарубежных стран не только не содержит ограничений и запретов на использование медиации в ходе судебного разбирательства, но и устанавливает возможность (обязательность) применения примирительных процедур в судебном процессе.

Так, в процессуальном законодательстве ряда зарубежных стран закреплено требование об обязательности проведения медиации по большинству категорий гражданских споров до или во время непосредственного судебного разбирательства.

В разделе 279 (I) Кодекса гражданской процедуры Германии указывается на то, что суд должен на каждой стадии судебного процесса содействовать разрешению спора путем заключения примирительного соглашения. В разделе 278 (II) установлено, что суд обязан провести примирительное слушание (*Guteverhandlung*) перед тем как приступить к судебным слушаниям по делу [11]. Цель примирительного слушания в данном случае состоит в способствовании примирению сторон и может рассматриваться как медиация.

Во Франции ст. 127 нового Кодекса гражданской процедуры устанавливает, что стороны могут прибегнуть к процедуре примирения по своей инициативе либо по инициативе судьи на любой стадии судебного разбирательства. Согласно ч. 3 ст. 829 Кодекса судья по своей инициативе, исходя из намерения дать возможность сторонам примириться, может направить стороны к назначенному им примирителю, который в свою очередь обязан информировать стороны о целях и порядке проведения примирительной процедуры. Решение судьи

о направлении сторон к примирителю обжалованию не подлежит [12].

В Италии согласно нормам раздела 5 Законодательного Декрета 28/2010 судья на любой из стадий судебного разбирательства (включая апелляцию) вправе направить стороны на обязательную процедуру медиации [13].

В США в разделе 16 Федеральных правил гражданской процедуры [14] аналогичное право, а именно: «рассматривать возможность примирения сторон», а также «использовать неюрисдикционные процедуры для разрешения спора» как на стадии предварительного слушания дела (*pre-trial conference*), так и на иных стадиях судебного разбирательства, – закреплено за судьями. В случае если судья воспользуется данным правом, участие в процедуре медиации для сторон будет обязательным.

Помимо этого в США также распространены судебные программы медиации (*court annexed mediation program*), финансируемые из местных и федеральных бюджетов, согласно которым обязательная медиация (*mandatory mediation*) назначается после подачи иска по гражданскому спору как бесплатная обязательная процедура, предшествующая формальному судебному разбирательству. Данные программы существуют на уровне многих штатов: Нью-Йорк [15], Калифорния [16], Флорида и др. Так, в штате Нью-Йорк судья вправе направить любое гражданское дело для включения в программу, за исключением дел без представителей, иммиграционных дел либо процессуальных обжалований действий нижестоящего суда. В штате Калифорния программа реализуется в отношении дел по установлению опеки над детьми: по требованиям закона обязательная медиация должна быть проведена в течение 60 дней со дня подачи искового заявления по такого рода делам. В штате Флорида судья наделен полномочием направить любое гражданское дело на медиацию, «если согласно его мнению, содержание спора предполагает возможность его разрешения в процедуре медиации» [17]. Согласно Правилам гражданской процедуры штата Флорида медиация должна быть назначена в течение 60 дней со дня назначения дела на рассмотрение в процедуре медиации.

Таким образом, в ряде зарубежных стран медиация становится обязательным условием, предваряющим судебное разбирательство, практически превращается в дополнительную (после стадии возбуждения производства по делу) стадию судебного процесса. Об этом свидетельствует появление такой новой формы медиации, как судебная (*court-annexed mediation, court mediation*), которая образовалась путем внедрения элементов процедуры медиации в судебный процесс.

Некоторые исследователи, подчеркивая упомянутую выше тенденцию, выражают обеспокоенность [18], что в связи с тесной интеграцией медиации в судебную систему под угрозу ставятся основные принципы и ценности медиации, в частности добровольность и сотрудничество сторон. Кроме того, как отмечают некоторые американские исследователи [19], при реализации судебной медиации первоначальная и истинная цель медиации – действие сторонам в разрешении спора – подменяется на иную, а именно: оптимизацию и переориентирование судебной нагрузки, повышение качества правосудия.

Автор разделяет данную точку зрения и полагает, что судебная медиация, тесно интегрированная в судебную систему, постепенно теряет некоторые характеристики классической модели (включая отсутствие не только добровольного участия сторон в процедуре, но и оценки спора со стороны медиатора; наличие требования к медиатору об обязательном юридическом образовании, а также множественные исключения из принципа конфиденциальности, активное вмешательство судей в медиативный процесс, контроль и наказание сторон за недобросовестное участие в медиации и т. д.) и становится одним из инструментов, используемых судами для разрешения споров.

В то же время процедура медиации может применяться до подачи искового заявления в суд, т. е. разрешение спора последовательно проходит первоначально с применением процедуры внесудебной медиации, а в последующем, при недостижении сторонами соглашения – путем обращения в государственный либо арбитражный суд. Данная позиция согласуется также с мнением законодателя, который в Законе Республики Беларусь «О медиации» предусмотрел, что соглашение о применении медиации не является препятствием для обращения в суд или третейский суд, если иное не предусмотрено законодательными актами Республики Беларусь.

Таким образом, автор полагает, что медиация не должна сводиться лишь к судебной медиации и ограничиваться рамками судебного процесса. Однако позитивный момент судебной медиации состоит в том, что судебная система, активно участвуя в развитии медиации, способна стимулировать обращение сторон в том числе ко внесудебным медиаторам (так как в судебной медиации за сторонами сохраняется право на самостоятельный выбор медиатора), что позволит повысить значение и известность внесудебной модели медиации. В настоящее время в Республике Беларусь наблюдается следующая тенденция: развитие медиации осуществляется от судебной ко внесудебной медиации при достаточно активной поддержке судебной системы. Так, обобщение медиативной практики в судах показало, что процедура медиации наиболее часто используется сторонами после обращения в общие суды, поскольку сами стороны редко самостоятельно принимают решение об обращении к медиации и заключают соглашение о проведении этой процедуры только после разъяснения судьей существа и преимуществ данного института.

### Выводы

Исходя из вышеизложенного, на современном этапе взаимодействия медиации и судебной системы выделяются следующие особенности этого процесса:

несмотря на существенные различия медиации и судебного разбирательства, традиционное противопоставление данных способов разрешения споров, на сегодня их невозможно определить как альтернативные, т. е. взаимоисключающие. Напротив, во многих случаях медиация предшествует либо дополняет судебное разбирательство;

наблюдается тенденция наделяния медиации статусом рекомендуемой/обязательной досудебной процедуры,

что указывает на стремление государства сохранить партнерские отношения сторон при возникновении спора; в связи с появлением такой разновидности медиации, как судебная, и реализацией судебных программ медиации наблюдается расширение полномочий судей, ко-

торые касаются как направления дел на медиацию, так и непосредственного участия в примирении сторон; судебная медиация может способствовать развитию и популяризации внесудебной медиации.

#### Список использованных источников

1. Menkel-Meadow, C. *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict* / C. Menkel-Meadow. – L. Love, 2013. – 365 p.
2. Качицкая, Е. С. Медиация и третейское разбирательство как альтернативные способы разрешения правовых споров: сходства и отличия [Электронный ресурс] / Е. С. Качицкая // Центр урегулирования споров. Постоянно действующий третейский суд при ООО «Умная техника». – Режим доступа: <http://www.isk.by/analitika/stati/mediacziya-i-tretejskoe-razbiratelstvo-sxodstva-i-otlitchiya.html>. – Дата доступа: 18.07.2016;
3. Шамликашвили, Ц. А. Внедрение медиации в России [Электронный ресурс] / Ц. А. Шамликашвили // Центр медиации права. – Режим доступа: <http://www.mediacia.com/publications/81.html>. – Дата доступа: 18.07.2016.
4. Рожкова, М. А. Договорное право: соглашения о подсудности, международной подсудности, примирительной процедуре, арбитражное (третейское) и мировое соглашения / М. А. Рожкова, Н. Г. Елисеев, О. Ю. Скворцов. – М. : Статут, 2008. – 525 с.
5. Давыденко Д. Л. Вопросы юридической терминологии в сфере «альтернативного разрешения споров» / Д. Л. Давыденко // Третейский суд. – 2009. – № 1. – С. 40–53.
6. Gulliver, P. H. *Disputes and Negotiations: A Cross-Cultural Perspective* / P. H. Gulliver. – New York : Academic Press, 1979. – 293 p.
7. Brown, G., Rogers, N. *Mediation: Law, Policy, Practice* / N. Rogers, C. McEwen. – Rochester : The Lawyers' Publishing Co., 1989. – 849 p.
8. Folberg, J., Golann D., Stipanowich, T. J., Kloppenberg, L. A. *Resolving Disputes: Theory, Practice and Law* / J. Folberg, D. Golann, T. J. Stipanowich, L. A. Kloppenberg. – Second Edition 2nd Edition. – New York : Aspen Publishers, 2005. – 768 p.
9. Литвинов, А. В. Введение в медиацию / А. В. Литвинов // Журнал «Самиздат». – Режим доступа: [http://samlib.ru/l/itwinow\\_aleksandr\\_walentinowich/med1.shtml](http://samlib.ru/l/itwinow_aleksandr_walentinowich/med1.shtml). – Дата доступа: 20.07.2016.
10. Беляков, С. Г. Правоотношения в нормах современной социокультурной реальности : автореф. дис. ... канд. социолог. наук : 22.00.06 / С. Г. Беляков; Адыг. гос. ун-т. – Майкоп, 2016. – 27 с.
11. Zivilprozessordnung, 12 Sept. 1950 [Elektronische resource] // Ein Sevice des Bundesministeriums ger Justiz in Zusammenarbeit mit der juris GmbH. – Art des Zugriffs: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/zpo/gesamt.pdf>. – Datum des Zugriffs: 06.12.2011 Moore, C. *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict* / C. Moore. – San Francisco : Jossey-Bass, 1996. – 472 p.
12. Federal Rule of Appellate Procedure, 1 Dec. 2011 [Electronic resource] // Cornell Univ. Law School. – Mode of access: <http://www.law.cornell.edu/rules/frap/nrule33.html>. – Date of access : 09.12.2011
13. Chevalier, A. *Mediation practices in law* [Electronic resource]. – Mode of access: [http://api.ning.com/files/n9PWw31tPWzWk\\*Rj2kfvqe61f5\\*h-CsKDvuUEW9QvZWxeBru0xMaeDI7lbooqKv9c\\*YPLiGEcQum\\*pygR4aQxz3XAMctXgRJ/SurveyofNorthwestmediators1.pdf](http://api.ning.com/files/n9PWw31tPWzWk*Rj2kfvqe61f5*h-CsKDvuUEW9QvZWxeBru0xMaeDI7lbooqKv9c*YPLiGEcQum*pygR4aQxz3XAMctXgRJ/SurveyofNorthwestmediators1.pdf). – Date of access: 14.02.2014
14. The «to do» law decree and the return of compulsory mediation [Electronic resource] // LEXOLOGY. – Mode of access: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ecd6ef52-214d-42e3-adee-d66363cef5ad>. – Date of access: 14.05.2016.
15. US District Court. Northern District of New York [Electronic resource]. – Mode of access: [http://www.nynd.uscourts.gov/sites/nynd/files/News\\_Release\\_Mandatory\\_Mediation\\_Program.pdf](http://www.nynd.uscourts.gov/sites/nynd/files/News_Release_Mandatory_Mediation_Program.pdf). – Date of access: 10.05.2016
16. Federal Rules of Civil Procedure [Electronic resource] // Cornell University Law School Search Cornell. – Mode of access: [https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule\\_16](https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_16). – Date of access: 12.06.2016.
17. CAL. FAM. CODE, supra note 11, s. 3175.
18. FLA. R. CIV. P. 1.710(b).
19. Deason, Ellen E. *Procedural Rules for Complementary Systems of Litigation and Mediation – Worldwide*, 80 Notre Dame L. Rev. 553, 553 (2004–2005) Code of Civil Procedure, 1 Jan. 1976 [Electronic resource] // . – Mode of access: [http://www.195.83.177.9/upl/pdf/code\\_39.pdf](http://www.195.83.177.9/upl/pdf/code_39.pdf). – Date of access: 09.12.2011.

23.08.2016