

ЭКСПЕРТНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В Независимый экспертно-правовой совет обратился Общественный центр «Судебно-правовая реформа» с просьбой провести правовую экспертизу по поводу применения и юридического значения положений Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)».

Для производства правовой экспертизы назначен член НЭПС С.А.Пашин, кандидат юридических наук, профессор кафедры Судебной власти и организации правосудия НИУ «Высшая школа экономики», заслуженный юрист Российской Федерации.

Перед экспертом поставлены следующие вопросы.

1. Запрещает ли данный закон проводить медиацию по уголовным делам?
2. Запрещает ли данный закон проводить медиацию в школьных службах примирения?
3. Запрещает ли данный закон проводить медиацию специалистам в рамках их функциональных обязанностей, в том числе и по делам, переданным им из суда, не в рамках регламента, описанного данным законом?
4. Могут ли медиаторы проводить медиацию по случаям, переданным из различных учреждений (например, ЗАГС), не в рамках регламента, описанного данным законом?
5. Можно ли называть медиацией восстановительную медиацию, поскольку последняя не соответствует понятию и процедурам, описанным в данном законе?
6. Должны ли организации, проводящие медиацию по уголовным делам и школьную медиацию, иметь в своем уставе указание на медиацию как вид деятельности данной организации в соответствии с данным законом?
7. Должны ли организации, в которых работают специалисты, проводящие медиацию по уголовным делам и школьную медиацию, иметь в своем уставе указание на медиацию как вида деятельности данной организации в соответствии с данным законом?
8. Должны ли специалисты, проводящие медиацию по уголовным делам и школьную медиацию, пройти подготовку в соответствии с данным законом?
9. Должны ли специалисты, проводящие медиацию по случаям, переданным из различных учреждений (например, ЗАГС), пройти подготовку в соответствии с данным законом?
10. Могут ли осуществлять медиацию по уголовным делам, медиацию в школах, а также медиацию по направлению из различных учреждений и организаций лица, замещающие государственные должности Российской Федерации, государственные должности субъектов Российской Федерации, должности государственной гражданской службы, должности муниципальной службы?

Ознакомившись с имеющимися материалами, исследовав содержание нормативных актов, имею честь дать следующее экспертное заключение.

Конституция Российской Федерации обязывает государство создавать условия, обеспечивающие свободное развитие человека, причем права и свободы человека «определяют смысл, содержание и применение законов» (ч. 1 ст. 7, ст. 18 Конституции). В России гарантируются: свобода деятельности общественных объединений (ч. 1 ст. 30 Конституции); свободное использование каждым своих способностей, включая способности к труду (ч. 1 ст. 34, ч. 1 ст. 37); право каждого защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом (ч. 2 ст. 45 Конституции). В

Российской Федерации не должны издаваться законы, отменяющие или умаляющие права и свободы человека и гражданина (ч. 2 ст. 55 Конституции).

Данные конституционные положения имеют основополагающее значение для установления правового содержания норм законодательства о медиации. В связи с изложенными общими соображениями и в результате изучения норм отраслевого законодательства, поставленные вопросы разрешаются следующим образом.

1. Запрещает ли данный закон проводить медиацию по уголовным делам? Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» имеет собственную, определенно очерченную область правового регулирования.

Согласно ч. 1 ст. 1 Федерального закона № 193-ФЗ, он «разработан в целях создания условий для применения в Российской Федерации альтернативной процедуры урегулирования споров с участием в качестве посредника независимого лица – медиатора (процедуры медиации), содействия развитию партнерских деловых отношений и формированию этики делового оборота...». В части 2 данной статьи говорится, что этим «Федеральным законом регулируются отношения, связанные с применением процедуры медиации к спорам, возникающим из гражданских правоотношений, в том числе в связи с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности, а также спорам, возникающим из трудовых правоотношений и семейных правоотношений». Для распространения действия данного Федерального закона на иные правоотношения, включая процедуры примирения по уголовным делам, необходимо специальное указание о том в соответствующих федеральных законах (ч. 3 ст. 1 Федерального закона № 193-ФЗ); такого указания в УПК Российской Федерации нет.

Соответственно, ограничения для применения процедуры медиации, установленные ч. 5 ст. 1 Федерального закона № 193-ФЗ, касаются лишь споров, возникающих из гражданских, трудовых, семейных правоотношений. Достаточно характерно, что в данном законе постоянно упоминаются только гражданское и арбитражное судопроизводство, а также неприменимое к уголовно-правовым отношениям третейское разбирательство (ч. 4 ст. 1, ст. 4, 7, 12 и др. Федерального закона № 193-ФЗ). Медиативное соглашение, достигнутое сторонами в результате предусмотренной Федеральным законом № 193-ФЗ процедуры медиации, может быть утверждено судом «в качестве мирового соглашения» (ч. 3 ст. 12 Федерального закона № 193-ФЗ), то есть документа, имеющего значение в рамках гражданского, но не уголовного судопроизводства. Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 194-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» не формулирует поправок в УПК Российской Федерации, не содержит норм уголовно- процессуального права. Например, этим Федеральным законом свидетельский иммунитет медиатора установлен только применительно к арбитражному и гражданскому судопроизводству, но статья 56 УПК Российской Федерации аналогичной нормой не дополнена.

Определения процедуры медиации, ее сторон, медиаторов, содержащиеся в ст. 2 Федерального закона № 193-ФЗ, сформулированы исключительно «Для целей настоящего Федерального закона» и имеют значение только в контексте его норм. Иными словами, законодатель не закрепил в окончательном, застывшем и единственно правильном виде альтернативную процедуру урегулирования споров (процедуру медиации). Законодатель лишь описал разновидность процедуры медиации, которая применима к некоторым спорам и имеет определенные соответствующими законами правовое значение и юридические последствия.

Таким образом, Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре

медиации)» не запрещает проводить медиацию по уголовным делам. Способы достижения примирения и урегулирования вопросов возмещения вреда между потерпевшим и обвиняемым (подозреваемым), пострадавшим и обидчиком в конфликте, носящем уголовно-правовой характер, законодательством не предписаны, медиация из арсенала этих способов не исключена.

2. Запрещает ли данный закон проводить медиацию в школьных службах примирения?

Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» не распространяется на повседневную деятельность школьных служб примирения и не запрещает проводить в них медиацию. При этом школьные службы примирения не вправе применять процедуру медиации, как она понимается Федеральным законом № 193-ФЗ, для урегулирования споров, возникающих из гражданских правоотношений, в том числе в связи с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности, а также споров, возникающих из трудовых и семейных правоотношений (ч. 2 ст. 1 Федерального закона № 193-ФЗ).

Правовой режим, предусмотренный Федеральным законом № 193-ФЗ, распространяется на медиацию, проводимую по поводу указанных выше споров, при условии заключения сторонами конфликта письменного соглашения о применении либо проведении процедуры медиации (ст. 7 и 8 Федерального закона № 193-ФЗ). Если же данные условия не соблюдены, школьные службы примирения вправе проводить медиацию также и в связи со спорами, указанными в ч. 2 ст. 1 Федерального закона № 193-ФЗ, однако в этом случае: установленный данным Федеральным законом порядок медиации посредника не связывает; результаты процедуры такой медиации не защищаются положениями данного Федерального закона (частью 4 его статьи 12 и другими). Тем не менее, достигнутое сторонами благодаря услугам посредника соглашение об урегулировании спора имеет *de facto* юридическое значение, если оно приобрело форму мирового соглашения либо другую не противоречащую положениям российского законодательства форму, отражающую самостоятельное волеизъявление сторон.

Последнее разъяснение основано на положениях части 2 ст. 45 Конституции Российской Федерации, позволяющей самозащиту права. Стороны вправе урегулировать спор любыми непротивоправными средствами, лично или при помощи посредника, в рамках модели медиации, описанной в Федеральном законе № 193-ФЗ, или же за пределами этой модели.

3. Запрещает ли данный закон проводить медиацию специалистам в рамках их функциональных обязанностей, в том числе и по делам, переданным им из суда, не в рамках регламента, описанного данным законом? Федеральный закон № 193-ФЗ описывает один из вариантов медиации, результатам которой придает строго определенное юридическое значение и предоставляет правовую защиту. Однако он не упраздняет иные, пусть и одноименные, возможности урегулирования споров, хотя и не защищает результаты такого рода «параллельных» процедур. Как говорилось выше, результаты подчиняющихся иному регламенту процедур медиации, чтобы придать им юридическое значение, необходимо представить в признаваемых законом формах в качестве последствий самостоятельного волеизъявления сторон.

4. Могут ли медиаторы проводить медиацию по случаям, переданным из различных учреждений (например, ЗАГС), не в рамках регламента, описанного данным законом?

Да, могут – в силу правовых соображений, приведенных в ответах на вопросы 2-й и 3-й.

5. Можно ли называть медиацией восстановительную медиацию, поскольку последняя не соответствует понятию и процедурам, описанным в данном законе?

Федеральный закон № 193-ФЗ определяет термины исключительно для собственных целей правового регулирования (ст. 2 Федерального закона № 193-ФЗ). Поэтому восстановительная медиация имеет право на существование и сложившееся наименование, отличаясь от процедуры медиации, предусмотренной данным федеральным законом.

6. Должны ли организации, проводящие медиацию по уголовным делам и школьную медиацию, иметь в своем уставе указание на медиацию как вид деятельности данной организации в соответствии с данным законом?

Требования к уставам общественных объединений определены статьей 20 Федерального закона от 19 мая 1995 г. № 82-ФЗ «Об общественных объединениях». Устав общественного объединения должен предусматривать, в частности, «название, цели общественного объединения, его организационно-правовую форму».

Деятельность общественного объединения должна соответствовать его уставным целям, однако «Общественные объединения свободны в определении своей внутренней структуры, целей, форм и методов своей деятельности» (ст. 27 Федерального закона № 82-ФЗ).

Организации, проводящие медиацию по уголовным делам и школьную медиацию, не занимающиеся и не намеренные заниматься медиацией, предусмотренной Федеральным законом № 193-ФЗ, не должны указывать на эту последнюю деятельность в своих уставах.

7. Должны ли организации, в которых работают специалисты, проводящие медиацию по уголовным делам и школьную медиацию, иметь в своем уставе указание на медиацию как вида деятельности данной организации в соответствии с данным законом?

Организации, в которых работают специалисты, проводящие медиацию по уголовным делам и школьную медиацию, если эти организации не занимаются и не намерены заняться медиацией, предусмотренной Федеральным законом № 193-ФЗ, не должны указывать на эту последнюю деятельность в своих уставах.

8. Должны ли специалисты, проводящие медиацию по уголовным делам и школьную медиацию, пройти подготовку в соответствии с данным законом?

Для проведения медиации по уголовным делам и школьной медиации на профессиональной, как и на непрофессиональной основе, специалист не обязан проходить подготовку и отвечать цензовым требованиям, предусмотренным частью 1 ст. 16 Федерального закона № 193-ФЗ, поскольку данный Федеральный закон не регулирует порядок осуществления медиации по уголовным делам и школьной медиации.

9. Должны ли специалисты, проводящие медиацию по случаям, переданным из различных учреждений (например, ЗАГС), пройти подготовку в соответствии с данным законом?

Такая подготовка не требуется, кроме случаев, когда данные специалисты намерены практиковать на профессиональной основе как медиаторы, привлекаемые сторонами для посредничества в урегулировании споров, предусмотренных частью 2 ст. 1 Федерального закона № 193-ФЗ, на основе письменных соглашений сторон о применении либо проведении процедуры медиации.

10. Могут ли осуществлять медиацию по уголовным делам, медиацию в школах, а также медиацию по направлению из различных учреждений и организаций лица, замещающие государственные должности Российской Федерации, государственные

должности субъектов Российской Федерации, должности государственной гражданской службы, должности муниципальной службы?

Лица, замещающие государственные должности Российской Федерации, государственные должности субъектов Российской Федерации, должности государственной гражданской службы, должности муниципальной службы ограничены в возможностях попутной деятельности, в особенности, приносящей прибыль либо другую выгоду (дополнительный заработок).

На первый взгляд, по общему смыслу статей 17 – 19 Федерального закона от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации», статьи 10 Федерального закона от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции», положений Указа Президента Российской Федерации от 12 августа 2002 г. № 885 «Об утверждении общих принципов служебного поведения государственных служащих» гражданскому служащему не возбраняется осуществлять медиацию по уголовным делам и школьную медиацию, за исключением следующих случаев:

если медиация осуществляется как предпринимательская деятельность; если включенность гражданского служащего в медиацию создает конфликт интересов;

если медиация выступает формой обогащения гражданского служащего с использованием преимуществ должностного положения, средств материально-технического и иного обеспечения, другого государственного имущества;

если медиация финансируется за счет средств иностранных государств, международных и иностранных организаций, иностранных граждан и лиц без гражданства.

Поскольку при осуществлении медиации государственными и муниципальными служащими риск конфликта интересов и коррупционного поведения исключительно велик, законодатель, принимая 27 июля 2010 года первый Федеральный закон, подробно регламентирующий процедуру медиации по определенным разновидностям споров, включил в него следующую норму: «Медиаторами не могут быть лица, замещающие государственные должности Российской Федерации, государственные должности субъектов Российской Федерации, должности государственной гражданской службы, должности муниципальной службы, если иное не предусмотрено федеральными законами» (ч. 5 ст. 15 Федерального закона № 193-ФЗ).

Данное правоположение, как представляется эксперту, должно по аналогии применяться ко всем иным разновидностям медиации (посредничества). Таким образом, лица, замещающие государственные должности Российской Федерации, государственные должности субъектов Российской Федерации, должности государственной гражданской службы, должности муниципальной службы не вправе осуществлять медиацию по уголовным делам и школьную медиацию, в том числе на непрофессиональной основе и без получения вознаграждения. При этом следует подчеркнуть, что невозможность для данных лиц выступать в роли посредников в частных спорах не препятствует им передавать правомочным медиаторам материалы и сведения для организации и осуществления процедуры медиации по уголовным делам и школьной медиации.

25 марта 2011 года

Член Независимого экспертно-правового совета, кандидат юридических наук, профессор кафедры Судебной власти и организации правосудия НИУ «Высшая школа экономики», федеральный судья в отставке, заслуженный юрист РСФСР

С.А. Пашин