

АДЕКВАТНОСТТА НА ЗАКОНОДАТЕЛНАТА УРЕДБА НА АЛТЕРНАТИВНИТЕ СПОСОБИ ЗА РАЗРЕШАВАНЕ НА ПРАВНИ СПОРОВЕ – ФАКТОР ЗА УСПЕШНОТО ИМ ПРИЛАГАНЕ

Доц. д-р Силви Василев Чернев, БСУ

ADEQUACY OF THE LEGAL REGULATION OF ADR – A FACTOR FOR THEIR SUCCESSFUL USE

Dr. Silvy Vassilev Chernev, associate professor, BFU

Abstract: The paper is dedicated to the legal regulation of mediation and other Alternative Dispute Resolution Means (“ADR”). As a result of analysis of this regulation in the course of 7 years following the adoption of the initial legal text, conclusions are drawn that the low quality of the legal regulation represents a major deterrent factor for the utilization of mediation and other ADR. The conclusions seem to be valid even concerning the latest version of the Law on Mediation which claims to have satisfied the requirements put forward by the European Directive on Mediation.

1. Работно понятие за Алтернативни способности за разрешаване на правни спорове и използвана терминология

1.1. Терминът „алтернативни способности за разрешаване на правни спорове“ („Alternative Dispute Resolution” – „ADR”¹) се появява в периода след Втората световна война и се утвърждава преди всичко в страните, спадащи към англо-американската правна система. В обхвата на понятието, обозначаващо с този термин, първоначално се включват всички способности за разрешаване на правни спорове, различни от държавното правораздаване (правораздаване осъществявано от съдилищата на дадена държава и от особени юрисдикции, включени в системата на публичната власт), включително и доброволният арбитраж. Впоследствие, и то предимно в страните, принадлежащи към континенталната правна система², обемът на понятието се стеснява и от него се

¹ В по-нататъшното изложение ще използвам абривиацията „ADR”, като при нужда ще посочвам дали употребата е в тесен или в широк смисъл (т.е., дали в конкретния случай на употреба визирам включително и арбитражния способ за разрешаване на правни спорове – широк смисъл, или съответно – го изключвам – тесен смисъл). Във всички случаи ще използвам обозначенията „алтернативни способности за разрешаване на правни спорове”, „способи за доброволно (приятелско) уреждане на правни спорове” като равнозначни, макар че между „разрешаването” и „уредането” има известно различие, които тук за удобство и с цел опростяване на изложението ще бъдат пренебрегнати.

² Следва да се отчете нагласата на юристите от континенталната правна система към теоретизиране и не винаги необходимо систематизиране на явленията. Обратната нагласа на юристите от англо-американската правна система (към търсене на практически насочени и прагматични резултати) често довежда до колеблива употреба на широко утвърдени понятия, респ. термини. Дори в рамките на едно и също съчинение

изключва арбитражният способ. Основанието за изключването на арбитражния способ се крие в това, че и при него, по подобие на държавните съдилища и особените юрисдикции, се осъществява разрешаване на правен спор чрез използване на юрисдикционния способ – трето, неутрално и несвързано със страните по правен спор лице постановява решение въз основа на установени в хода на конкретното производство факти към които издирва и прилага съответния закон. При всички останали способности, окачествявани като ADR лицето, което участва в някакво професионално качество, и извършва дейност, насочена към разрешаване на правен спор, по-скоро напътва, или по-друг начин подпомага страните по спора така, че те да осъзнаят необходимостта и да стигнат до споразумение, уреждащо спорните им правоотношения.

Като равностойни се употребяват термините „способи за доброволно уреждане на правни спорове” или „способи за приятелско (amicable) уреждане на правни спорове”.

1.2. Тъй като предмет на настоящата работа е правната уредба на ADR по действащото българско право, а тази уредба третира по отделно и с доста различен подход арбитража и останалите способности за доброволно разрешаване на правни спорове, в хода на изложението ще използвам посочения вече термин (съответно понятието) в тесен смисъл – т. е. като, в него не се включва арбитражният способ за разрешаване на правни спорове. Същевременно, в обхвата на понятието ще бъдат включени всички утвърдени в световната практиката алтернативни способности за разрешаване на правни спорове, въпреки че в българското законодателство се регулира нарочно само медиацията. По изключение в новия Граждански процесуален кодекс („ГПК”) става дума за „медиация и други способности за уреждане на правни спорове” (чл. 321, ал. 2) или „различните способности за доброволно уреждане на правни спорове” (чл. 312, ал. 1, т. 3), но самото законодателство не дава информация за извличане на характеристиките на „други” способности. В Закона за уреждане на колективни трудови спорове се употребяват като равностойни термините „посредничество” и „помирение”, което се дължи на непрецизността на законовия изказ, а не на влагане на различно съдържание.³

1.3. Директивата на ЕС (Директива 2008/52 ЕО на Европейския парламент и на Съвета – по-нататък в текста „Директива, та”), посветена на медиацията дава работно определение за целите на самата директива, както следва: „медиация” означава структурирана процедура, независимо от нейното наименование или начина на позоваване, при която две или повече спореци страни се опитват сами, на доброволни начала, да постигнат споразумение за разрешаване на спора между тях с помощта на медиатор. Тази процедура може да бъде започната от страните, предложена или разпоредена от съд, или предвидена от законодателството на държава-членка. Понятието включва и медиация, осъществявана от съдия, който не участва в съдебно производство,

често се случва да се посочи, че се говори за ADR, без да се включва арбитражният способ, а на друго място да се причислява и арбитражът към съдържанието на понятието, респ. при употребата на термина.

³ В текста на Закона за уреждане на колективните трудови спорове („ЗУКТС”) – чл. 4, ал. 1, се посочва, че страните по колективен трудов спор могат да използват за уреждането му посредничество и/или арбитраж ... пред Националния институт за помирение и арбитраж.

отнасящо се до въпросния спор. То изключва опитите от страна на сезирания съд или съдия да разреши спор в хода на съдебно производство по този спор. От това работно определение обаче, не може да се направи извод, че става дума само за медиация в тесен смисъл (един от способите за доброволно уреждане на правни спорове). По-скоро би могло да се твърди, че се разширява съдържанието на понятието медиация е с него се обозначава всяка структурирана процедура, независимо от нейното наименование или начина на позоваване ...”

1.4. Към алтернативните способи за разрешаване на правни спорове обикновено се причисляват следните: преговори, логистично и организационно съдействие и подпомагане, неутрална експертиза по факти, посредничество (медиация), помирение, необвързващ арбитраж, мини-процес. Някои юристи са склонни да причислят към тези способи и институцията на „омбудсмана”.

1.5.1. Характерно за всички тези способи⁴ без първия посочен⁵, е, че става дума за участие на лица с нарочна професионална подготовка и специални качества, които в хода на слабо формализирани процедури подпомагат и съдействат по специфични начини, така че страните по един правен спор да постигнат доброволно (извънсъдебно или извънарбитражно) уреждане (разрешаване) на този спор. Същностният характерен белег на такъв род дейност е *доброволността (курсивът мой – авторът)*. На първо място доброволността се изразява в това, че страните по един спор сами решават дали да се обърнат към този род дейност с цел преодоляване на спора.⁶ На второ място – който и да е от тези способи може да се приведе в действие и да функционира само и доколкото през цялото време на осъществяването му у страните е налична волята за продължаване на процеса по уреждане на спора. На трето място - за постигане на целите всеки от отделните способи би могло да се говори само и единствено, ако страните по спора доброволно стигнат до споразумение за уреждане на съществуващия спор.

Следователно, във всички случаи става дума за дейност, която изключва липса на съгласие или наличие на принуда, и лежи изцяло в областта на съзнателната воля на лицата, въввлечени в правен спор.

⁴ Настоящата работа няма за цел даване на характеристика на отделните способи за доброволно уреждане на правни спорове, нито за нарочно посочване на разграничения между тях. Подробности в тази насока виж в статията ми “Посредничеството и помирението като алтернативни способи за разрешаване на правни спорове.”, Сп. Външна търговия, бр. 4/2001 г. (където погрешно в заглавието от редакцията е употребена думата „арбитраж:”).

⁵ Според мен „преговорите” не са специфичен способ за уреждане на правни спорове, а генерален способ за общуване между хора и обществени образувания, посредством който се преследват и постигат всевъзможни цели – политически, морални, в частност правни, и т.н.

⁶ Следва да се посочи, че в редица случаи съдът или арбитражният орган напътват страните по даден спор към използване на някои от изброените по-горе способи, но в никой случай подобно „напътване” не съдържа елемент на принуждаване към използването на такъв способ.

1.5.2. Втората същностна характеристика се свежда до това, че резултатът от действията на третото неутрално лице (експерт по технически въпроси, медиатор, помирител, арбитър при необвързващ арбитраж и т.н.) сами по себе си не довеждат до каквито и да е правни последици по отношение на спора, чието уреждане е предмет на съответното производство. Дори когато в резултат на подобна процедура в изрично предвидени от закона случаи може да се стигне до обвързващи правни последици, за това винаги е абсолютно необходимо наличие на съгласие на участващите в спора.

Върху абсолютната доброволност на използването на ADR и върху тоталната липса на правни последици към правния спор, произтичащи от дейността на третото неутрално лице следва особено да се настои с оглед преценката на адекватността на правната уредба на тези способи по действащото българско законодателство.

2. Правна уредба на алтернативните способи за разрешаване на правни спорове по действащото право на Република България

2.1. Правната уредба се съдържа в Закона за медиацията („ЗМ“). Оскъдни наброски на правна уредба се съдържат в Закона за уреждане на колективните трудови спорове („ЗУКТС“), а от посочените по-горе текстове на ГПК се научава, че съществуват „медиация и други способи за доброволно уреждане на правни спорове“. Следователно, основен източник на правната уредба е Законът за медиацията.

Самият текст на ЗМ е приет през декември 2004 г. (Обн., ДВ, бр. 110 от 17.12.2004 г.) и е претърпял две сериозни изменения (изм. и доп., бр. 86 от 24.10.2006 г., доп., бр. 9 от 28.01.2011 г., изм. и доп., бр. 27 от 1.04.2011 г.). В редакцията на последното изменение (ПРЗ, § 11 в редакцията ДВ бр. 27/2011 г.) изрично се посочва, че „С този закон се въвеждат изискванията на Директива 2008/52 ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 21 май 2008 г. относно някои аспекти на медиацията по гражданскоправни и търговскоправни въпроси (ОВ, L 136/3 от 24 май 2008 г.).

При третото поредно изменение и при наличието на нарочна директива би следвало да се признае, че Законът за медиацията най-сетне придоби приемливи измерения. С оглед поставената тема за адекватността на правната уредба като фактор обуславящ практическото ѝ използване се налага да се направи аналитичен преглед на предходните редакции.

2.2. Не може да се отрече, че основната причина, поради която в периода от 2004 до 2011 г. медиацията не доби очакваното разпространение, се крие в неудачността на първоначалните редакции на закона. Основни моменти на уредбата, които са от съществено значение за практическото използване на способа, бяха неудачно уредени или изобщо липсваха от уредбата, а същевременно ненужни подробности бяха хипер-регулирани, в някои случаи, достигащи до парадокс. С оглед на обстоятелството, че към настоящия момент вече има приемлива уредба, в настоящото изследване ще се насоча към съществените моменти на действащата уредба и попълно ще привеждам примери от предишни редакции, като ще се опитвам да анализирам дали неудачните моменти в уредбата представляват (или са представлявали) фактор, отрицателно повлияващ практическото приложение на съответния институт.

2.3. И действащата уредба все още съдържа някои от първоначалните недостатъци.

2.3.1. Първият недостатък е, че тази уредба се свежда до опит за регулиране само на един от способите за доброволно уреждане на правни спорове. Действително в релевантната Директива се говори преимуществено за медиация, но всъщност се очертава и възможността за използване на други способи за доброволно уреждане на спорове. За разлика от работното определение на цитираната Директива, българският Закон за медиацията дава нарочно определение за медиация в тесния смисъл на понятието. Този извод се потвърждава и от текста на чл. 6, ал. 1, който дава характеристика, специфична само за медиацията в тесен смисъл.

Защо законодателят упорито не желае да признае легитимност на останалите способи е неизвестно, особено след като в самата Директива се дава възможно най-широко понятие за съдържанието на способите за доброволно уреждане на правни спорове.

Отрицателният ефект от подобен подход (оцелял и при трите редакции на ЗМ до този момент) следва да се търси преди всичко в необходимостта от обосноваване легитимността на останалите способи, която се налага поради изключителния буквализъм, който характеризира нашата правораздавателна система. Повече от очаквано е даден съдия да приеме за нелегитимен способ за доброволно уреждане на правни спорове, който е различен от медиацията, като се позове на ограничителните текстове на самия закон.

2.3.2. На второ място смущение буди уредбата на приложното поле на медиацията в тесен смисъл на понятието, която е предмет на регулиране от закона. Самата директива по позитивен и негативен начин очертава приложното си поле, като посочва положително гражданскоправни и търговски спорове и изключва дори въпроси от посочените две области на правото, свързани с права и задължения, с които страните не могат свободно да се разпореджат според съответното приложимо право. Изцяло са изключени правоотношения от публичноправен характер „В частност, тя (Директивата – бел. на автора) не обхваща данъчни, митнически или административни въпроси, нито отговорността на държавата за действия или бездействия при упражняването на държавна власт („*acta iure imperii*“). За разлика от това действащият закон предвижда медиация по административно-правни въпроси, свързани с права на потребители (чл. 3, ал. 1), а дори и по наказателноправни спорове – чл. 3, ал. 2 (отнася се за случаи, предвидени в Наказателнопроцесуалния кодекс)⁷. Дори да се приеме, че в наказателнопроцесуалното право има място „водене на преговори” между държавното обвинение и обвиняемия, абсурдно е дори да се помисли, че в тези случаи биха могли да се прилагат разпоредбите на Закона за медиацията, чието приложно поле е единствено и само в областта на автономията на волята на страните по спора, какъвто изобщо не е случаят на постигане на споразумение по НПК.

2.3.3. Хипертрофирана е уредбата, отнасяща се до изискванията към медиаторите и придобиване качеството „медиатор”. При оценката на тази уредба преди всичко следва да се изходи от ролята на медиатора в процеса на медиацията и по отношение на крайния резултат. Действително в Директивата се съдържа изискване да се осигурят условия за качество и контрол от страна на държавата. Както обикновено и в

⁷ Би могло да става дума за използване на медиация само в случаите, когато са допустими т. нар. „*plea bargaining*” – друг е въпросът, доколко това е уместно.

този случай българският подход е свързан с въвеждането на куп формални изисквания, сред които напр. и изискването лицето да не е лишавано от право да упражнява професия или дейност (чл. 8, т. 3; ако е чужд гражданин – да има разрешение за дългосрочно или постоянно пребиваване (чл. 8, т. 4 – което не се отнася за граждани на ЕС). Същевременно нарочен раздел е посветен на определението на т. нар. „презграничен спор” – пар. 1 Допълнителна разпоредба, ДВ бр. 27/2011 г. Надълго и нашироко е напълно безсмислено се определя съдържанието на понятието „презграничен спор” (Директивата има основание да споменава презграничните спорове с оглед евентуалното придаване на изпълнителна сила на споразуменията по тях), но в българската уредба изобщо не става дума за медиаторите, т. е. за тях важат общите изисквания на закона. Чл. 8, т. 4 следва, че за да участва като медиатор по отделен трансграничен спор медиаторът следва да е гражданин на ЕС или да има разрешено дълготрайно или постоянно пребиваване на територията на Република България. Подобно положение е изцяло несъвместимо с природата на участието на международни експерти в процедури за доброволно уреждане на спорове (да не говорим, че при наличие на подобно изискване лица-чужди граждани не биха могли да участват по дела на територията на РБългария като арбитри).

При регулиране изискванията към медиаторите (което по-скоро е уместно за лица, осъществяващи дейност, представляваща повишена обществена опасност) е пропуснат един съществен момент от текста на Директивата, а именно, че не може да бъде медиатор лице, което е съдия по съответния спор. Споменавам това поради крайно неприятния факт, че действащи съдии се подвизават като медиатори (което впрочем е недопустимо и с оглед разпоредбите на Закона за съдебната власт).

Ако се държи сметка за действителните изисквания към успешния медиатор, това преди всичко са вродените му дарби за общуване, способности за предразполагане на страните към спокойно и трезво обсъждане; способност да схваща същността на спора и породилите го предшестваша обстоятелства и т. н. Нито едно от тези изисквания не се постига с обучение, особено при българските условия – определен брой часове, проведени от организации, които нарочно са лицензирани.

2.3.4. В уредбата се съдържат многобройни абсолютно излишни детайли, които или уреждат саморазбиращи се неща или които ненужно формализират и усложняват процедурата.

Така например в чл. се посочва, че страните могат да бъдат представлявани, дори се прави уточнение, че това може да става от адвокати или други специалисти. Предвижда се и форма на пълномощното – писмена⁸ (чл. 12). Съвсем излишно се очертават основните моменти на процедурата (чл. 13).

Тъжно и потискащо би било поименното посочване на всевъзможните ненужни и безсмислени детайли на уредбата.

Всъщност, като се изхожда от характеристиката на явлението, което се развива преди всичко в областта на доброволни, частноправни отношения, за които е валиден принципът „всичко, което не е забранено изрично, е позволено” (намерил правен израз в чл. 9 от Закона за задълженията и договорите), за да се постигне ефективност на медиацията е необходима съвсем малка по обем уредба, която да легитимира способите,

⁸ Слава Богу, не се предвижда нотариална заверка на подписа или на подписа и съдържанието на такова пълномощно.

да уреди някои основни въпроси, свързани с евентуални висящи или бъдещи процедури и най-сетне, да се подпомогне и насърчи постигането на крайния резултат. Всичко това свежда необходимостта от правна регламентация на медиацията и свързаните с нея последици до следните основни въпроси:

- въпросът за информацията и нейната конфиденциалност;
- въпросът за давността по отношение на вземането, предмет на правния спор;
- въпросът за последиците от евентуалното постигане на успешно споразумение.

Всички тези въпроси бяха неудачно разрешени в предходните редакции (а това е така отчасти и в настоящата редакция), което на свой ред доведе до нежелани социални резултати.⁹ Именно тази уредба ще бъде разглеждана в следващата част от изложението.

2.4. Въпросът за информацията има няколко измерения в разглежданата област.

2.4.1. На първо място се поставя въпрос дали и доколко информацията, която става налична в хода на дадена медиация, е конфиденциална.

Според българския закон това е така. Съгласно чл. 7, ал. 1 „Разискванията във връзка със спора са поверителни. Участниците в процедурата по медиация са длъжни да пазят в тайна всички обстоятелства, факти и документи, които са им станали известни в хода на процедурата.”

От погледа на законодателя дори и при третата по ред редакция на закона убягва обстоятелството, че участниците в процедурата по медиация условно могат да бъдат разделени на две категории: страни по спора и участващи в служебно качество – медиатори, протоколисти, деловодители и др. технически персонал.¹⁰ Ако за втората категория поставянето на подобно изискване е приемливо, абсурдно е да се поставя изискване към страните по спора да задържат информация във връзка с този спор, само защото са започнали процес по медиация. Конфиденциалността между страните по материалното правоотношение е въпрос на тяхни собствени материалноправни уговорки (confidentiality clauses) и нарушаването на такива уговорки води до евентуално възникване на гражданскоправна отговорност за вреди. От друга страна, не ми се вижда по какъв начин ще бъде санкционирано лице, което нарушава запрета по чл. 7, ал. 1.

С текста на нова алинея трета към чл. 7 (редакция ДВ, бр. 27/2011 г.) се въвеждат изключения от принципа на конфиденциалността, когато:

1. това е необходимо по съображения за нуждите на наказателния процес или свързани със защитата на обществения ред;
2. трябва да се осигури закрилата на интересите на деца или да се предотврати посегателство над физическата или психическата неприкосновеност на определено лице, или
3. разкриването на съдържанието на споразумението, постигнато в резултат на медиация, е необходимо за прилагането и изпълнението на същото споразумение.

⁹ Не е тайна, че към настоящия момент положителни резултати от медиация сочат само няколко центъра (които обикновено са нарочно финансирани). Останалите многобройни центрове и други образувания, с предмет на дейност осъществяване на медиация, не сочат наличието на спорове, отнесени до тях, въпреки огромната пропагандна и просветителска дейност.

¹⁰ В Директивата тази разлика се прави, но очевидно това е убягнало от погледа на нашия законодател.

И трите текста са силно оспорими. Ролята на медиатора е подобна на ролята на правния съветник и законодателят е трябвало по-скоро да търси разрешението в т. нар. „привилегия клиент-адвокат”. Защитата на обществения ред е смътно и неясно понятие. От исторически опит се знае, че при всяко потъпкване на демократични принципи именно „защитата на обществения ред” е основното оправдание. Текстът на т. 2 също поставя доста въпросителни и е доста разтеглив и с неясно приложно поле. Що се отнася до т. 3 текстът е напълно безсмислен, но същевременно е в унисон с безсмислието на забраната по отношение на страните. На практика (въпреки нескопосната редакция) става дума за необходимост от тълкуване на действителната воля на страните по споразумението по смисъла на чл. 20 от ЗЗД. Това, естествено е тяхно право и не е разпоредбата на Закона за медиацията, която създава това право. Именно тази разпоредба, която сама по себе си е безсмислена, се явява като необходимост от недомислената уредба на забраната за изнасяне на информация от страните по спора – също така тотално неуместна и неприемлива (а както беше посочено, за това липсва и каквато и да е санкция).

2.4.2. На второ място се поставя въпрос за информацията, която медиаторът получава по време на индивидуалната си среща с една от страните.

Този въпрос е уреден приемливо още от първия момент и не се нуждае от корекция. В чл. 10, ал. 4 се казва „Медиаторът не може да съобщава на другите участници в процедурата обстоятелства, които се отнасят само до една от страните по спора, без нейното съгласие.”

2.4.3. Най-важният момент, свързан с информацията, се поставя при евентуално неуспешно приключване на медиацията. В хода на медиацията медиаторът научава значително количество информация. Поставя се въпросът дали медиаторът може да бъде разпитван като свидетел в евентуално съдебно или арбитражно производство. Отговорът е категорично отрицателен. Оставянето на подобна възможност на практика означава откриване на широко поле за злоупотреби. По мое мнение дългото мълчание и неудачните междинни формулировки на уредбата се явиха като основен задържащ фактор по отношение на медиацията, особено в областта на търговското право.¹¹

При първата редакция на закона този въпрос изобщо не беше третиран. Нищо по въпроса не беше казано и в редакцията от 2006 г. Едва с приемането на новия ГПК (2007 г., в сила от 01.03.2008 г.) – чл. 166, ал. 1, т. 1 медиаторът е нареден сред лицата, които могат да откажат да свидетелстват. Което на практика означава, че могат и да не откажат. За пръв път приемливо разрешение се въвежда с последното изменение на Закона за медиацията от 2011 г. – чл. 7, ал. 2, който гласи: „Медиаторът не може да бъде разпитван като свидетел за обстоятелства, които са му доверени от участниците и имат значение за решаването на спора - предмет на медиацията, освен с изричното съгласие на участника, който му ги е доверил.” В този вид (с изключение на липсата на словестна елегантност на правния израз) разпоредбата е задоволителна по съдържание. Същевременно обаче, никъде не можах да открия да е отменена или изменена цитираната разпоредба от ГПК, която е с доста различно съдържание. Неминуемо в

¹¹ При българските условия изобщо не е изключено да се проведе подсторена медиация, след неуспешното завършване на която медиаторът, въоръжен с необходима на една от страните информация, да се превърне в свидетел по арбитражно или съдебно дело.

практиката ще се постави въпросът за наличието на противоречие между тези две разпоредби и за това, коя в края на краищата следва да се приложи.

2.4.2. Не по-малко остро беше поставен и въпросът за евентуалното изтичане на срока на погасителната давност през времетраене на процедура по медиация. Този въпрос остро се поставя в случаите, когато страните първо прибегват до медиация, а при неуспешна медиация – са принудени да се обърнат към съд или арбитраж, като е възможно междувременно да е изтекъл давностният срок.

През периода от 2004 г. до 2011 г. този въпрос изобщо не беше уреден. Под влияние на Директивата с последната редакция е приета разпоредба, съгласно която течението на давностния срок спира, докато трае процедура по медиация – чл. 11а (редакция ДВ, бр. 27/2011 г.). Това положение е от изключителна необходимост, защото причинява множество неуспешни медиации бе именно необходимостта кредиторът да предяви иск пред съд или арбитраж в рамките на давностния срок, което на свой ред обикновено осуетява успешното приключване на медиацията.¹²

2.4.3. Най-важният задържащ фактор по отношение практическото използване на медиацията беше тоталното мълчание на законодателя по отношение последиците на споразумението, с което приключва успешно производство по медиация.

2.4.3.1. По този въпрос законът мълча в първата си редакция и в редакцията от 2006 г.; мълчи новият ГПК и едва с последното изменение се прави нескорошен опит за придаване на някакво значение на такова споразумение.

И след последната редакция са запазени напълно безсмислените текстове на чл. 16 и 17. В тези текстове се съдържат бисери, които наподобяват писанията на най-посредствените от студентите по право като:

- Съдържанието и формата на споразумението се определят от страните. Формата може да бъде устна, писмена и писмена с нотариална заверка на подписите на страните по спора (пропусната е възможността за използване на нотариална заверка на подписа и съдържанието – бел. автора). Писменото споразумение съдържа мястото и датата, на която е било постигнато, имената на страните и техните адреси, за какво се съгласяват те, името на медиатора, датата по чл. 11, ал. 2 и подписите на страните;

- В споразумението страните могат да предвидят отговорност за неизпълнение на предвидените в него задължения;

- Споразумението обвързва само страните по спора и не може да се противопостави на лица, които не са участвали в процедурата.

Почти с гениалност граничат прозренията, че „Споразумението задължава страните само за това, за което са се договорили” и че е „Нищожно е споразумението, което противоречи на закона или го заобикаля, както и когато накърнява добрите нрави.”

¹² Действително в чл. 116, буква „б” ЗЗД се предвижда, че давността се прекъсва със започването „... на помирително производство”, но при тълкуване на действителната воля на законодателя по-скоро би следвало да се заключи, че по-скоро става дума за т. нар. рекламационно производство, което законът въздига като процесуална предпоставка за започване на съдебен процес, отколкото до способ за доброволно уреждане на правен спор, поради което новата разпоредба е уместна.

Привеждам горните примери, тъй като подходът и стилът са характерни за целия текст на закона, което го издига високо в ранг-листата на лошокачествените закони.

2.4.3.2. Най-сетне, на седмата година (и под напора на съдържащата се в Директивата уредба) законодателят достига до въпроса за „Придаване на изпълнителна сила на споразумението”. Междувременно в периода от 2004 до 2011 г. законодателят по различни поводи е придал пряка изпълнителна сила на множество фактически състави (виж чл. 237 ГПК – отменен и новия чл. 404 във връзка с чл. 417 ГПК). Посредством тези фактически състави всеки лобист, който е успял да преодолее не особено силната съпротива на законодателя, се е снабдил с привилегиата да получи пряко принудително изпълнение въз основа на всевъзможни и в преобладаващата си част съмнителни фактически състави.

Подобна изпълнителна сила не се придава на споразумението, постигнато в резултата на медиация и сега и то при наличието на изрична, първа по ред предвидена възможност в Директивата, която ще направи споразумението не само изпълнително основание за територията на разпространение на суверенитета на Република България, а и за територията на целия Европейски съюз (виж текста на Директивата).

Наместо това посредством текста на чл. 16, на пръв поглед безсмислено посочващ възможните форми на споразумението, се внушава идеята за използване на нотариално заверен документ, който евентуално да послужи като изпълнително основание.

Другата възможност се предвижда в новия чл. 18, който гласи: „Споразумение по правен спор по смисъла на чл. 1 от закона, постигнато в процедура по медиация, има силата на съдебна спогодба и подлежи на одобрение от районните съдилища в страната.”¹³

Не може един фактически състав да има силата на съдебна спогодба и същевременно да се нуждае от одобрение от районния съд. Очевидно е, че споразумението няма такава сила само по себе си, и че е необходимо страните по спора да се обърнат нарочно към съда (в отделно охранително производство), за което, разбира се, ще следва да заплатят съответната държавна такса. Дано само при определяне на таксата да не се изходи от материалния интерес (както това се прави при нотариалните заверки – за да се завери подпис под документ, който съдържа някакъв определен материален интерес, се събира сума в процент от интереса, макар че това, което прави нотариусът, се свежда до проверка на самоличността на молителя).

Освен това, посочената разпоредба изобщо не държи сметка за случаите, при които медиацията се провежда при наличие на висящо съдебно или арбитражно производство. Защо е необходимо страните да се обърнат към районния съд, като

¹³ Извън коментар оставям разпоредбата на чл. 18, ал. 2, съгласно която „Съдът одобрява споразумението след потвърждаването му от страните, ако не противоречи на закона и добрите нрави. Съдът изслушва мнението на прокурора, ако той участва като страна по делото” По кое дело участва прокурор? В охранителното производство за одобряване на споразумението? Ако участва по висящо дело между страните това в множество от случаите няма да е районен съд, а може да бъде окръжен или дори апелативен (ако споразумението се постига при висящност на спора пред втората инстанция), за което никъде не става дума.

одобрението на спогодбата по висящ спор следва да се извърши от органа, пред който делото е висящо. Освен неприемливото определяне на родовата подсъдност разпоредбата изобщо не определя местна подсъдност, което може да доведе до т. нар. „препирни за подсъдност”.

Крайният резултат и от новата уредба води до това, че в скоро време не може да се очаква повишение на интереса към медиацията. След като страните участват в силно регламентиран процес, с много високи професионални и човешки изисквания към медиаторите, а в крайна сметка ще трябва да се обърнат към районен съд или нотариус и да заплащат други такси, освен тези, заплатени по медиацията, разбира се, че те ще предпочетат да се въздържат от използване на този способ.

Не коментираме възможността за използване на други способности за доброволно уреждане на спорове при наличната уредба.

3. Заключение

Преди всичко трябва непременно да се отбележи, че всички споменати проблеми въпроси по текстовете на различните версии на Закона за медиацията, бяха дискутирани още преди приемането на първия вариант и при всеки пореден следващ опит за изменение на уредбата. Не би могло да се твърди, че проблемите са изникнали в хода на действието на закона, както това се случва при други закони.

Крайният нелицеприятен извод е, че дори при наличието и под натиска от страна на доста удачна Директива на ЕС, българският законодател дава некачествена уредба, която в най-добрия случай формално съответства на изискванията на съответната директива, а не се стреми и не постига предписваните от тази директива социални резултати. Същевременно, наред със законодателна немощ, през цялото време продължават да прозират групови интереси, които изместват интересите на обществото като цяло. Общество, което се намира в остра нужда от качествено и ефективно разрешаване на правни спорове – чрез съд, арбитраж или други способности за доброволно уреждане. И правен ред, който да покровителства и поощрява законосъобразните способности за разрешаване на правни спорове и уреждане на конфликти.