

Казахский национальный университет имени аль-Фараби

УДК 347.9

На правах рукописи

АСАНОВА САИДА ЭРГАШЕВНА

**Альтернативные способы разрешения споров в гражданском процессе:
теоретический и практический аспекты**

6D030100 – Юриспруденция

Диссертация на соискание степени
доктора философии (PhD)

Научные консультанты
доктор юридических наук,
профессор
Ф.С. Карагусов
доктор права,
профессор
Г-Й. Шрамм

Республика Казахстан
Алматы, 2021

СОДЕРЖАНИЕ

НОРМАТИВНЫЕ ССЫЛКИ	3
ОПРЕДЕЛЕНИЯ	4
ОБОЗНАЧЕНИЯ И СОКРАЩЕНИЯ	5
ВВЕДЕНИЕ	7
1 ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ АЛЬТЕРНАТИВНЫХ СПОСОБОВ РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ В ГРАЖДАНСКОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ	21
1.1 Механизмы применения альтернативных способов разрешения споров в гражданском судопроизводстве.....	21
1.2 Современное состояние и правовая регламентация отношений примирения сторон по гражданскому процессуальному законодательству Республики Казахстан.....	28
1.3 Понятие, виды и содержание альтернативных способов разрешения споров.....	54
2 ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ПРИМИРИТЕЛЬНЫХ ПРОЦЕДУР В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ	64
2.1 Мировое соглашение сторон – как универсальная форма примирения сторон в гражданском процессе.....	64
2.2 Медиация как современный способ урегулирования споров	76
2.3 Урегулирование спора в порядке партисипативной процедуры.....	88
3 ИНСТИТУТ АРС В КОНТЕКСТЕ СРАВНИТЕЛЬНОГО АНАЛИЗА ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА КАЗАХСТАНА И ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН	99
3.1 Международный опыт и сравнительный анализ альтернативных способов разрешения споров.....	99
3.2 Актуальные направления совершенствования процессуальных методов применения альтернативного разрешения споров в гражданском процессе.....	124
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	131
СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ	136

НОРМАТИВНЫЕ ССЫЛКИ

В настоящей диссертации использованы ссылки на следующие стандарты:

Конституция Республики Казахстан: принята 30 августа 1995 года.

Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан: принят 31 октября 2015 года, №377-V ЗРК.

Гражданский кодекс Республики Казахстан: принят 27 декабря 1994 года № 268-ХІІІ.

Уголовный кодекс Республики Казахстан: принят 3 июля 2014 года № 226-V ЗРК.

Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан: принят 4 июля 2014 года, №231-V ЗРК.

Кодекс Республики Казахстан Об административных правонарушениях: принят 5 июля 2014 года № 235-V ЗРК.

Кодекс Республики Казахстан Административный процедурно-процессуальный кодекс принят 29 июня 2020 года № 350-VІ.

Конституционный закон Республики Казахстан. О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан: принят 25 декабря 2000 года, №132-ІІ.

Закон Республики Казахстан. О медиации: принят 28 января 2011 года, №401-ІV.

Закон Республики Казахстан. Об арбитраже: принят 8 апреля 2016 года.

Закон Республики Казахстан. Об адвокатской деятельности и юридической помощи: принят 5 июля 2018 года, №176-VІ ЗРК.

Закон Республики Казахстан. Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей: принят 2 апреля 2010 года, №261-ІV.

Закон Республики Казахстан. О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам усиления защиты собственности, арбитража, оптимизации судебной нагрузки, дальнейшей гуманизации уголовного законодательства: принят 21 января 2019 года, №217-VІ.

ОПРЕДЕЛЕНИЯ

В настоящей диссертации применяются следующие термины с соответствующими определениями:

альтернативные способы разрешения споров (АРС) - это способы и средства, с помощью которых осуществляется защита, восстановление нарушенных прав и упорядоченность правоотношений;

примирительные процедуры – это правомерные способы консенсуального урегулирования субъектами публичных или частных правоотношений споров, которые возникли между ними на взаимоприемлемых условиях в соответствии с их финансовыми и другими, интересами с возможным привлечением нейтральных третьих лиц;

суд биев - государственный институт в традиционном казахском обществе обычного права казахов, один из способов регулирования отношений;

мировое соглашение - это соглашение, в котором сформулированы условия примирения, которое заключается в письменной форме и подписывается сторонами или их представителями при наличии у них полномочий на заключение мирового соглашения, специально предусмотренных в доверенности;

медиация (англ. mediation) – урегулирование юридического конфликта (спора) сторонами при содействии беспристрастного, незаинтересованного посредника (медиатора), призванного способствовать примирению сторон и достижению ими соглашения;

судебная медиация – разрешение конфликта (спора) путем заключения медиативного соглашения, утвержденного судом, в качестве медиатора при этом выступает судья;

партисипативная процедура – это процесс урегулирования спора между сторонами с обязательным участием их адвокатов, в целях достижения сторонами взаимоприемлемого решения;

переговоры (англ. negotiation) – составляют процесс урегулирования юридического конфликта (спора) сторонами без привлечения третьего лица (посредника) для оказания помощи в примирении и достижении соглашения;

арбитраж (англ. arbitration) – это решение юридического спора частным (негосударственным) судом, уполномоченным вынести обязательное решение по результатам рассмотрения дела, что обычно осуществляется с участием сторон.

ОБОЗНАЧЕНИЯ И СОКРАЩЕНИЯ

РК	– Республика Казахстан
ЗРК	– Закон Республики Казахстан
ГК	– Гражданский кодекс
ГПК	– Гражданский процессуальный кодекс
КоАП	– Кодекс об административных правонарушениях
МРП	– Месячный расчетный показатель
АПК/Палата	– Арбитражная Палата Казахстан
УК	– Уголовный кодекс
УПК	– Уголовный процессуальный кодекс
КМА	– Казахстанский Международный Арбитраж
НИИ	– Научный исследовательский институт
США	– Соединенные Штаты Америки
ZOPA	– Zone of possible agreement/Зона возможного соглашения
COVID-19	– Пандемия коронавирусной инфекции
USAID	– United States Agency for International Development/Агентство США по международному развитию
ООН	– Организация объединенных наций
UNCITRAL/ ЮНСИТРАЛ	– United Nations Commission on International Trade Law/ Комиссия ООН по праву международной торговли
ЕС	– Европейский Союз
EBC/EDR	– Effective dispute resolution/Эффективное решение споров
BATNA	– Best alternative to negotiated agreement/Лучшая альтернатива соглашения об урегулировании спора
ECHR/ЕСПЧ	– European Court of Human Rights/Европейский суд по правам человека
BATNA	– Best alternative to negotiated agreement/Лучшая альтернатива договорному соглашению
CEDR	– Centre for Effective Dispute Resolution/ Центр эффективного разрешения споров
CM/Rec	– Recommendation CM/Rec(2020)1 of the Committee of ministers /Рекомендации Кабинета Министров
ODR	– Online Dispute Resolution/Разрешение споров онлайн
SIAC	– Singapore International Arbitration Centre/Сингапурский международный арбитражный центр
ВОИС	– Всемирная организация интеллектуальной собственности
ТПП РФ	– Торговая промышленная Палата Российской Федерации
NMAS	– Национальная система аккредитации посредников
MOU	– Memorandum of Understanding/Меморандум о взаимопонимании
FIDIC	– Fédération Internationale Des Ingénieurs- Conseils/Международная федерация инженеров-консультантов
MEDALOA	– Mediation and last offer Arbitration/ Посредничество и арбитраж последнего предложения

APC/ADR	– Альтернативное решение споров/Alternative dispute resolution
МФЦА	– Международный финансовый центр «Астана»
ВКС	– Видеоконференцсвязь
IT	– Информационные технологии
TrueConf	– Мобильное приложение видеоконференцсвязи
ЧП	– Чрезвычайное положение
СМИ	– Средства массовой информации
НПП	– Национальная Палата предпринимателей «Атамекен»
DIFC	– Dubai International Financial Centre/Дубайский международный финансовый центр

ВВЕДЕНИЕ

Общая характеристика работы. Диссертация посвящена теоретическим и правоприменительным аспектам альтернативных способов разрешения споров, в том числе деловой и общегражданской практики в гражданском процессе по законодательству Республики Казахстан. В работе исследуются теоретические основы альтернативных правоприменительных аспектов разрешения споров, определен правовой статус и место норм альтернативных способов разрешения споров в системе современного права Казахстана, исследованы правовые принципы регулирования общественных отношений в сфере примирительных процедур. Также раскрываются правовая природа и пределы применения мирового соглашения, медиации, партисипативных процедур в гражданском процессе, исследуется международный опыт и сделан сравнительный анализ по формированию эффективного применения примирительных процедур.

В работе выделены актуальные направления по совершенствованию гражданского процессуального законодательства Республики Казахстан в области примирения сторон в исследуемой области.

Актуальность темы исследования. В настоящее время значимость и эффективность альтернативных средств урегулирования спорных отношений - для общества имеет большое значение, что, в свою очередь, способствует положительной оценке роли и места традиционного правосудия в правовой системе Казахстана.

В современном мире возникает большое количество правовых споров, которые могут быть эффективно разрешены и традиционными, и новыми способами, как судебной системой, так и внесудебными способами. Традиционным способом решения споров был и остается судебный порядок. Он закреплен в законодательстве большинства государств и является гарантией соблюдения прав человека и гражданина. Однако судебная система не совершенна, а практика ее функционирования имеет ряд недостатков, в частности, перегруженность судов делами, продолжительность судебного процесса, проблемы с механизмом обеспечения состязательности и равноправия сторон, несправедливость судебных решений, что приводит к негативной оценке и неприятия сторонами решение суда. В результате судебного разбирательства конфликт не всегда решается, этим обусловлено невыполнение большого количества судебных решений.

Во многих странах мира есть новый подход к урегулированию правовых конфликтов, основанный на поиске компромисса между сторонами спора, на возможности урегулирования спора без обращения в суд. Речь идет о различных альтернативных способах разрешения споров (АРС), применимых к большинству гражданских дел. В этой связи встает много вопросов, на которые следует ответить, например: в чем преимущества и недостатки АРС, какие существуют виды АРС, какова роль суда, создана ли в Казахстане нормативная база, регулирующая АРС, и т.п.

Для нас всех 2020 год стал периодом испытаний и преодолений,

временем переосмысления всего происходящего, факт присутствия в реальности угрозы заболеваемости и распространения COVID-19 дал нам возможности для внесения в целом коррективов и изменений в деятельность судебной системы и развития внесудебных форм защиты прав и законных интересов альтернативными способами разрешения споров.

В марте месяце 2020 года Верховным Судом при введении Главой государства мер чрезвычайного характера (далее ЧП) в стране из-за пандемии COVID-19 были приняты в целом меры следующего характера:

1. Отложены на более поздние сроки рассмотрение судебных дел, по которым процессуальные сроки не наступили (в т.ч. гражданских дел путём приостановления, отложения, продления сроков и т.д.). Суды использовали различные обоснования для приостановления производства по делам, в том числе положения Указа [1] и ст. 20 ГПК РК, устанавливающие требования по обеспечению безопасности в судебном заседании. Кроме того, Нормативное Постановление Верховного суда допускает приостановление производства по делу по причине непредвиденных и чрезвычайных обстоятельств, препятствующих рассмотрению дела.

2. Судебные процессы рекомендовано было проводить посредством дистанционного участия при помощи IT-технологий (ВКС, в т.ч. мобильного приложения «TrueConf»).

3. Приостановлены проведение приёмов граждан во всех судах республики до завершения ЧП. Касательно вновь поступающих исковых заявлений во время ЧП, как мы видели из практики, зачастую суды отклоняли их принятие со ссылкой на Указ, а также решение председателя соответствующего суда, направляя электронное уведомление заявителю через «Судебный кабинет» и без вынесения какого-либо процессуального решения.

4. Судами были приняты меры превентивного характера, рекомендованные Правительством РК, в том числе предусматривающие повсеместное пользование средствами измерения температуры тела, средствами гигиены и дезинфекции.

5. Отменены семинары, конференции, рабочие заседания, а также участие судей и сотрудников судов в указанных мероприятиях вне здания судов.

6. Населению, исполнительным и правоохранительным органам, адвокатским сообществам, медиаторам, а также СМИ было предложено отложить обращения, передачу дел и материалов в суды на более поздние сроки.

Верховный Суд, принимая ограничения и отмечая наивысшей ценностью жизнь и здоровье человека, исходил из того, что указанные меры направлены на минимизацию угрозы жизни и здоровью граждан. Такие подходы применяются во многих странах мира.

При приостановке производства по ранее возбужденным делам, а также при отказе в принятии новых исков, неясным оставался порядок разрешения неотложных мер, требующих своевременного рассмотрения судами, в частности: принятие мер по обеспечению иска, разрешение ходатайств об обеспечении доказательств [2].

Работа судов после снятия режима ЧП в мае месяце 2020 года показала следующее, Верховный Суд направил в суды письмо об организации их работы после снятия режима ЧП в котором говорилось о постановлении Главного государственного санитарного врача №36 от 10 мая 2020 г. о дальнейшем усилении мер по предупреждению заболеваний COVID-19 и сохранении угрозы массового его распространения и продолжении действия ряда введённых в период ЧП ограничительных мер карантинного характера. [3]

В связи с этим Верховный Суд призвал суды обеспечить неукоснительное соблюдение Постановления для исключения рисков заражения COVID-19 в зданиях судов и создания безопасных условий для посетителей, судей и работников. Было рекомендовано усилить санитарно-дезинфекционный режим, продолжить замер температуры тела посетителей, не допускать в здания судов лиц с признаками, не исключающими COVID-19.

На время карантинных мер (хотя и временно) был сохранен запрет на вход в здания судов лицам, не имеющим отношения к судопроизводству и функционированию суда, а также массовое в них скопление людей. Так как физическое присутствие сторон на судебных процессах многократно увеличивал риск распространения COVID-19, который показал востребованность и адекватность применения IT-технологий при принятии важных государственных решений. Учитывая нарабатываемую практику, суды некоторое время продолжали работать в режиме онлайн.

Меры, предпринимаемые в последние годы, сложно назвать оптимальными, поскольку снижение загруженности судов происходит в основном посредством сокращения процессуальной формы, расширения ее упрощенных модификаций. Представляется, что к таким мерам необходимо прибегать в последнюю очередь, когда исчерпаны все иные средства решения данной проблемы. Одной из причин выступает то, что любые упрощенные формы разрешения споров ускоряют процесс ценой неизбежного снижения качества правосудия, даже по однотипным делам. По этой причине необходимо использование иных ресурсов по снижению судебной нагрузки, не связанных с сокращением и упрощением цивилистической процессуальной формы. К таким иным ресурсам следует отнести все известные формы АРС: посредничество, арбитраж, претензионный порядок и административную форму. Каждая из этих форм в современный период имеет препятствия на пути их эффективного использования.

Положительным является постепенное расширение в процессуальном законе положений, регулирующих возможность обращения сторон к посреднику уже после возбуждения дела судом.

Председатель Верховного Суда РК в своей статье отметил о важности повышения доверия судебной системе [4] «Доверие складывается из большого количества компонентов. Это и доступное правосудие, авторитет судьи и, конечно, понятный и обоснованный судебный акт». Согласно опросу, проведенному в рамках проекта USAID «Справедливое правосудие», в 2019 году уровень доверия к судебной власти составил 39,7%. В рейтинге эффективности законодательства и решении спорных вопросов Индекса

глобальной конкурентоспособности Всемирного экономического форума за 2019-2020 годы Казахстан занимает 56 место из 141 стран мира [5]. По семибальной шкале оценки качества (согласно которой юридические и судебные системы разрешения споров: 1 = чрезвычайно неэффективны; 7 = чрезвычайно эффективные) Казахстану присвоено 3,5 баллов. В последние годы определенный прогресс в этой сфере наблюдается, но очень незначительный (в рейтинге за 2017-2019 гг. Казахстан с оценкой 3,5 балла ранее занимал 79 место, поднялся на 71 место из 144 стран мира).

Одним из направлений в свете правовых преобразований, является также совершенствование системы альтернативных способов разрешения споров, призванной эффективно и оперативно обеспечивать разрешение споров, возникающих в гражданско-правовой и смежных сферах жизнедеятельности общества. Этот вопрос является актуальным для всех стран мира, которые в большей или меньшей степени в течение различных по продолжительности периодов времени проводят преобразования систем гражданского судопроизводства. В этой связи очевидно, что на сегодняшний день как в развитых, так и в развивающихся странах сформирован и накоплен определенный опыт реформирования данной области, который может стать дополнением для преобразований в Казахстане и существенно способствовать применению таких действенных механизмов АРС, которые помогут достигнуть положительных результатов.

В зарубежных государствах для преодоления указанных проблем, наряду с традиционным судопроизводством, широко применяют альтернативные способы решения правовых споров. Они не заменяют правосудия и не лишают заинтересованных лиц права на судебную защиту. Наоборот, лицам предоставляется возможность выбора между государственной или негосударственной формами урегулирования правовых конфликтов, позволяет сторонам самим решать, какой вид процедуры подходит для решения конкретного правового спора.

В отечественной научной литературе отсутствуют комплексные исследования института альтернативного разрешения правовых споров сквозь призму теории государства и права. Сегодня насущной является потребность в глубоком теоретическом осмыслении правовой природы альтернативных способов разрешения правовых споров, эффективности их использования и перспектив их внедрения в законодательстве. Необходимость устранения этих пробелов в отечественном правоведении и решения указанных вопросов предопределяет актуальность темы исследования.

Выбор темы диссертации обусловлен недостаточностью трудов междисциплинарного характера посвященных исследованию альтернативных способов решения правовых споров. Подобная тенденция существует не только в Казахстане, в других странах также на практике сказывается недостаток комплексных работ в сфере альтернативных способов решения правовых споров.

Степень разработанности темы исследования. Отдельные вопросы, затрагивающие процессуальные стороны функционирования и законодательной

регламентации деятельности институтов альтернативного разрешения споров в гражданском процессе, описывались в учебной и методической литературе, научных статьях и монографических работах, однако комплексного и детального исследования этой темы не достаточно.

Существенный вклад в изучение института альтернативного разрешения споров внесли Валиханов Ч.Ч., Зиманов С.З., Сулейменов М.К., Сапаргалиев Г.С., Баймолдина З.Х., Карагусов Ф.С., Дуйсенова А.Е., Кузбагаров А.Н., Здрок О.Н., Калашникова С.И., Куницына И.В., Носырева Е.И., Мачучина О.А. и другие.

Отдельные аспекты альтернативного разрешения споров в целом нашли отражение в работах таких авторов, как Шайменова А.Б., Гайсина А.Р., Точилкина Е.Д., Козюк М.Н., Лазарев С.В., Николюкин С.В., Панченко В.Ю., Рубинштейн Е.А. и другие. Признавая важность имеющихся результатов исследований, отметим, что процесс формирования системы альтернативных способов разрешения споров в гражданском процессе на сегодняшний день раскрыт неглубоко, без достаточного использования международного опыта. До настоящего времени отсутствуют работы на основе единого подхода, включающего рассмотрение данной проблематики в целостном понимании юридически обоснованных принципов и стандартов функционирования института альтернативных способов разрешения споров. Вследствие этого проблему нельзя отнести к разряду разрешенных как на практическом, так и на теоретическом уровне.

Значительный вклад в направление изучения регламентации процесса примирения сторон по гражданскому процессуальному законодательству внесли ведущие ученые и судьи Республики Казахстан и Российской Федерации: Сулейменова У., Касымова М.Т., Худойкина Т.В., Цивильская Т.А., Шамликашвили Ц.А., Шварц О., Юсупова Р.Б., Столетова Д.Э., Скворцов О.Ю., Саттарова А.А., Нестолый В., Тахмина А. В., Торопова А.А., Юсупова Р.Б., Князев Д.В. и др.

Цель и задачи диссертационного исследования. Целью данной работы является развернутая характеристика альтернативных способов решения правовых споров, выяснение их существенных признаков, содержания, видов; определение особенностей их применения в различных сферах общественных отношений и путей использования зарубежного опыта в Казахстане. Для достижения поставленной цели необходимо решить следующие задачи:

– сформулировать более точные определения понятий «механизмы альтернативного разрешения споров», а также «примирительные процедуры» и выявить место и роль альтернативных способов решения споров и примирительных процедур в системе разрешения споров Республики Казахстан;

– обобщить и развить общетеоретические знания об альтернативных способах решения правовых споров в целом и примирительных процедурах в частности;

– более детально объяснить предпосылки возникновения, этапы становления и развития альтернативных способов решения правовых споров;

- проанализировать зарубежный опыт правового регулирования и применения альтернативных способов решения правовых споров;
- в рамках сравнительно-правового исследования и с учетом казахстанского опыта охарактеризовать виды, признаки и принципы альтернативных способов решения правовых споров и особенности их использования;
- также с учетом казахстанского опыта выделить преимущества и недостатки альтернативных способов решения правовых споров;
- определить современное состояние нормативной регламентации альтернативных способов решения правовых споров и перспективы их более широкого внедрения в Казахстане;
- представить актуальные направления совершенствования процессуальных методов применения альтернативного разрешения споров в гражданском процессе.

Объект исследования – общественные отношения, возникающие в процессе функционирования правовых механизмов, института альтернативного разрешения споров в гражданском процессе.

Предмет исследования – теоретико-правовой и практический аспекты совершенствования альтернативных способов разрешения правовых споров.

Методологическая основа и методы исследования. Для решения поставленных задач и достижения поставленной цели был использован комплекс философских, общенаучных и специально-научных принципов и методов познания, каждый из которых дал возможность объективно и всесторонне исследовать предмет.

Так, благодаря диалектическому методу познания всесторонне изучено понятие альтернативных способов решения правовых споров, которые динамично и постоянно обновляются, что связано с усложнением социальных факторов в современных условиях общественной жизни, глобализации и культурного многообразия.

С помощью исторического метода удалось проанализировать возникновение, этапы становления и тенденции развития альтернативных способов решения правовых споров в Казахстане и в зарубежных государствах. Системный метод позволил определить взаимосвязь и соотношение альтернативных способов решения правовых споров с другими способами разрешения правовых споров.

Формально-юридический метод пригодился при определении понятия альтернативных способов решения правовых споров, а компаративистский метод – для сравнительного анализа тенденций и закономерностей развития альтернативных способов решения правовых споров в зарубежных странах, обобщении их опыта, выявлении общих и отличительных черт изучаемого явления, а также формулировании предложений по учету положительной практики в процессе совершенствования отечественного законодательства.

Применение формально-логических методов позволило исследовать виды альтернативных способов решения правовых споров, благодаря чему появилась возможность предоставить полноценную характеристику и выяснить их

содержание. Методы обобщения, группировки и анализа стали методологической основой для разработки проблем внедрения и реализации альтернативных способов решения правовых споров. Методы моделирования и прогнозирования позволили установить перспективы внедрения альтернативных способов решения правовых споров в Республике Казахстан.

Нормативно-правовую базу исследования. Теоретическим основанием работы являются научные труды в области теории государства и права, конституционного права, гражданского процессуального права, арбитража и работы практикующих юристов, а также работы из других правовых дисциплин. Нормативно-правовой базой исследования является Конституция Республики Казахстан, Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан, Закон Республики Казахстан «О Медиации», Закон Республики Казахстан «Об Арбитраже» и другие нормативно-правовые акты Республики Казахстан, международные нормативно-правовые акты и нормативно-правовые акты отдельных иностранных государств. Особое внимание уделено отечественному законодательству и зарубежному и международному законодательству об альтернативных способах решения правовых споров.

Научная новизна исследования. Научная новизна полученных результатов заключается в том, что представленная работа является общетеоретическим комплексным научным исследованием альтернативных способов решения споров в гражданском процессе, их сущности, видов, особенностей правового регулирования в Республике Казахстан и применения с учетом зарубежного опыта и международных правовых стандартов, в котором автором предлагаются новые научно-практические выводы по развитию теоретической и законодательной основы АРС в Казахстане.

К изучению отдельных институтов альтернативных разрешению споров в гражданском процессе казахстанские ученые исследовали неоднократно.

Данное диссертационное исследование - это одна из первых попыток систематизированного исследования институтов альтернативного разрешения споров в гражданском процессе по законодательству Республики Казахстан, анализ результатов этого процесса; выявление проблем и возможных перспектив развития указанных институтов (мирового соглашения, медиации, арбитража, партисипативных процедур и переговоров); исследование инновационных технологий альтернативного разрешения споров (электронные программы; онлайн-арбитраж).

Предложения по совершенствованию правового регулирования альтернативных способов решения правовых споров с применением принципов медиации и технологий цифровизации в Республике Казахстан, продолжит свое развитие с повышением доверия к системе внесудебного разбирательства и внесением изменений в действующие нормативно-правовые акты, для приведения их в соответствие с европейским и международным правом. Теоретические положения относительно международно-правового регулирования альтернативных способов решения правовых споров с помощью органов МФЦА включают основополагающие положения и выступают базисом

национального законодательства РК в сфере альтернативных способов решения правовых споров.

Проведенное исследование позволило сформулировать авторское толкование целого ряда правовых дефиниций, которые либо вообще отсутствовали в юридической науке (например, правовой механизм альтернативного разрешения споров), либо имеют не устоявшееся использование (например, технология альтернативного разрешения споров). В работе определены положительные и отрицательные стороны отечественного законодательства об арбитражах, раскрыта сущность и исторические этапы реформ третейских судов и международного коммерческого арбитража в институт арбитража, начатой 1 сентября 2016 года. Используются современные методики сбора и обработки исходной информации на примерах правоприменительной практики деятельности арбитражных судов и медиации как институтов альтернативного разрешения споров.

Научная новизна исследования определена и обоснована рядом концептуальных понятий, теоретических положений и выводов, анализа международного опыта в исследуемой сфере и сделанных практических рекомендации о необходимости использования новейших технологий цифровизации и автоматизации, с целью упрощения процесса и повышения эффективности при применении альтернативных способов решения правовых споров, что позволяет процесс урегулирования споров сделать максимально удобным, быстрым и даже бесплатным.

Основные положения, выносимые на защиту:

1. Сформулированы следующие определения:

Механизмы альтернативного разрешения споров – это система правовых средств, с помощью которых осуществляется защита, восстановление нарушенных прав и упорядоченность правоотношений, возникающих между сторонами спора в сферах финансовой, хозяйственной, экономической, предпринимательской и иной деятельности, через внесудебные, альтернативные способы разрешения возникшего правового спора в гражданском процессе.

Примирительные процедуры – это правомерные способы консенсуального урегулирования субъектами публичных или частных правоотношений споров, которые возникли между ними на взаимоприемлемых условиях в соответствии с их финансовыми и другими, интересами с возможным привлечением нейтральных третьих лиц.

2. На основе проведенного всестороннего анализа места и роли альтернативных способов решения споров и примирительных процедур в системе разрешения правовых споров Республики Казахстан обосновано, что самостоятельного статуса в единой (общей) системе разрешения юридических споров альтернативные способы и примирительные процедуры не приобретают, и они не являются полностью независимыми от государственного правосудия. Указанные два направления (государственное правосудие и АРС) неразрывно взаимосвязаны, органично дополняют друг друга и не конкурируют между собой.

Альтернативная система является своеобразным выражением разработанной в рамках правовой науки, так называемой конвергенционной формы прекращения юридических конфликтов (споров). В данном случае этот термин употребляется как означающий сближение публичного и частноправового порядков управления юридическими конфликтами (спорами).

3. Выделены основные тенденции исторического развития альтернативных способов решения правовых споров:

– исторически подтвердивший свою эффективность как механизм внесудебного разрешения споров суд биев, явился основой дальнейшего развития альтернативных способов разрешения правовых споров и как реакция правовой системы на увеличение динамики общественных процессов;

– дальнейшая дифференциация (специализация) и расширение использования альтернативных способов решения правовых споров как следствие роста видового разнообразия, количества и сложности правовых споров с использованием упрощенных процедур и технологий цифровизации;

– реформирование внесудебных форм урегулирования споров, в частности системы альтернативных способов решения споров, в соответствии с происходящими преобразованиями систем гражданского судопроизводства и действующего законодательства РК, призванной эффективно и оперативно обеспечивать разрешение споров, имеющих место среди субъектов права.

По результатам проведенного анализа предпосылок возникновения альтернативного разрешения споров сделан вывод о том, что практика альтернативного (внесудебного) разбирательства и решения споров, сложившаяся в казахском обычном праве, имела свою специфику, отличающуюся от современной практики. В основе функционирования названного института лежала идеологическая парадигма, основанная на воспитании у граждан уважительного отношения к друг другу, к старейшине рода, взаимопомощь близким, примирение, направленная на сохранении мира и согласия в обществе.

В связи с этим сложилась среда применения внесудебных (альтернативных) институтов разрешения споров, охватывавшая гражданско-правовые отношения, затрагивавшая морально-нравственные аспекты и вопросы профессиональной этики. Названный институт – суд биев с определенными оговорками можно отнести к институту альтернативного (внесудебного) разрешения споров, выполнявшим примирительные функции в условиях уклада казахского общества. В основе их деятельности лежал переговорный процесс с участием в роли посредника – биев. Мы рассматриваем «суд биев» как прототип посредничества (примирения), поскольку бии помогли людям урегулировать свой спор.

4. Переговоры, посредничество и арбитраж детально проанализированы, как самые распространенные виды альтернативных способов решения правовых споров, как негосударственной системы форм, определяющие порядок приемов, средств разрешения правовых споров, основанных на соглашении сторон, которые характеризуются своей универсальностью, гибкостью, конфиденциальностью, обеспечивают быстрое и эффективное (при

минимальных затратах сил, времени и средств) устранение противоречий между конфликтующими лицами.

По результатам такого рассмотрения выделены основные признаки альтернативных способов решения споров:

- негосударственный характер – это как выбор негосударственного способа разрешения спора и конфликта, так и систему связанных между собой действий сторон и лиц на основе добровольного волеизъявления при разрешении спора;

- договорный характер применения АРС для разрешения споров базируется на взаимном определении процедур и выполнении принятых решений о применении процедуры;

- универсальность – с помощью альтернативных способов решения правовых споров могут решаться споры между физическими, юридическими лицами, международными организациями, государствами и в разных сферах (инвестиционные, коммерческие, спортивные, потребительские и тому подобное);

- правовой характер – применяя альтернативные способы решения правовых споров можно решить как уже существующие, так и потенциально возможные споры, которые основаны на правах или обязанностях, определенных правом;

- гибкость – разнообразие приемов, средств, вариативность процедур, самостоятельное определение сторонами условий и порядка их осуществления;

- конфиденциальность – приоритетный способ защиты персональной информации сторон.

5. Представлены преимущества применения АРС, которые заключаются в том, что их применение экономит время и средства сторон, исключает продолжение судебного разбирательства, множественность повторного обращения для урегулирования спора в порядке медиации (на любой стадии); создается дальнейшая перспектива комфортных взаимных отношений сторон в будущем, что способствует снижению уровня конфликтности в обществе; поскольку разрешение спора, то есть соглашения стороны, достигают добровольно, а значит, что исполнение такого договора более вероятно, что также является основанием к созданию благоприятной правовой среды. Проведение встреч и переговорного процесса для сторон сейчас в период введения карантинных мер может проводиться онлайн, по обоюдному согласию самих сторон спора. Более того, при примирении сторон в судебном процессе, из бюджета истцу возвращается уплаченная им при подаче иска в суд государственная пошлина.

Выявлены недостатки применения АРС, которые заключаются в том, что альтернативные формы устанавливают факты, а не право, поэтому АРС в подавляющем большинстве случаев не разрешают споры, которые содержат сложные правовые вопросы; альтернативные способы разрешения споров эффективны для достижения соглашения между двумя сторонами (а если сторон будет больше, то разрешить данный спор представится практически невозможным); для урегулирования конфликта альтернативным способом

обязательно добровольное сотрудничество между сторонами (если стороны в процессе разрешения спора не будут контактировать друг с другом, добиться результата альтернативными средствами им не удастся); заинтересованность участников спора в возможности сохранения права апелляции судебного решения или в привлечении общественного внимания к той или иной проблеме, или, наконец, в необходимости затягивания разрешения спора, когда одной из сторон выгодна отсрочка в его разрешении.

6. Предложения об использовании международного опыта в ходе проведения отечественных преобразований не означают простого копирования, заимствования всех положений теории и правоприменительной практики в целом, что и невозможно в силу наших исторических, правовых традиций, правосознания, экономических и социальных условий. Поэтому опыт зарубежных государств необходимо пропускать через призму казахстанских правовых институтов с учетом их особенностей и характерных черт. Критическое осмысление зарубежной практики и законодательства при наличии собственных предпосылок, которые могут сыграть важную роль в развитии национальной правовой системы.

7. По результатам проведенного анализа утверждается и обосновывается, что теоретические положения относительно соотношения понятий «спор», «правовой спор», медиация (mediation) и консилиация (conciliation) и научные представления о соотношении права на справедливое судебное разбирательство и права на доступ к правосудию имеют правовой смысл, а также утверждается, что системный подход и доступ к разрешению споров реализуются путем применения альтернативных средств решения споров, и объясняется, каким образом это осуществляется.

8. Сформировано заключение о том, что альтернативное разрешение споров как институт правовой системы развивается по двум основным направлениям: в рамках действующей судебной системы и вне ее, дает основание для систематизации альтернативных способов разрешения споров на два основных вида по основанию их принадлежности к сфере правового регулирования: публичные и частные. В связи с чем возникла необходимость новых форм усовершенствования и классификация альтернативных способов решения правовых споров по:

- форме разрешения спора (арбитраж, посредничество, консилиация, переговоры, назначение эксперта);
- основной правовой системе (право, которое применяется, может быть национальное, региональное, международное, договорное, международный обычай, по принципу добра и справедливости (ex aequo et bono) и иное);
- цели: защита прав и разрешение спора (арбитраж), достижение компромисса (переговоры, посредничество);
- принципам процесса: состязательные (арбитраж, совет по разрешению споров), консенсуальные (посредничество, переговоры);
- особенностям правоприменительного процесса: юрисдикционные (арбитраж), неюрисдикционные (посредничество, онлайн-урегулирование споров (ODR), альтернативное урегулирование споров (АРС) и др.);

- обязательностью исполнения решений: обязательные (арбитраж, совет по разрешению споров), рекомендательные (консилиация);
- участия третьей стороны: с привлечением (арбитраж, посредничество, совет по разрешению споров), без привлечения (переговоры);
- формализованностью: формализованный процесс (арбитраж), не формализованный процесс (посредничество, переговоры);
- открытости: конфиденциальные (по общему правилу) и публичные (по решению сторон).

9. Выявлены и раскрыты следующие актуальные направления дальнейшего развития института АРС в гражданском процессе:

- выстраивание правильного подхода дальнейшего совершенствования законодательства в сфере АРС зависит от формирования спектра требований по улучшению условий и надлежащего контроля к организационно-правовой деятельности организаций в сфере АРС (в том числе сбор и анализ статистических данных);

- выработка правил и механизмов, направленных на учет и отчетность налогов при осуществлении профессиональной деятельности лицами - занимающимися процедурами медиации, арбитража и других видов АРС, подлежит всестороннему анализу, объективному установлению причин и условий, препятствующих данному направлению для дальнейшего укрепления и развития института АРС;

- процесс интеграции института альтернативного разрешения споров в казахстанскую правовую среду до настоящего времени не завершен. Теоретические положения, классификации и применение принципов АРС требует дальнейшего развития, и, несмотря на его доступность и кажущуюся простоту, не пользуется популярностью среди граждан и юридических лиц так полномасштабно, как в зарубежной практике. Это в какой-то мере свидетельствует о недостаточной компетентности переговорщиков и развитости переговорных технологий.

Теоретическая и практическая значимость диссертационного исследования. Теоретическая значимость данной диссертации состоит в том, что она углубляет и развивает теорию гражданского процессуального права путём исследования такого малоизученного правового явления, как институт примирительных процедур. Данная работа может послужить теоретической основой для дальнейших научных исследований в области альтернативных способов разрешения споров.

Практическая значимость диссертации состоит в том, что излагаемые в диссертации выводы и предложения, а также результаты проведенного анализа практики правоприменения могут быть использованы в разных сферах.

В том числе, сформулированные выводы и практические предложения могут быть использованы:

- в правотворческой деятельности – при совершенствовании гражданского процессуального законодательства Республики Казахстан, как теоретическая основа для разработки и совершенствования нормативно-

правового регулирования альтернативных способов решения правовых споров в Республике Казахстан;

– в научно-исследовательской деятельности – для дальнейшего исследования института альтернативных способов решения правовых споров в гражданском процессе;

– в правоохранительной работе – для повышения уровня правовой культуры граждан, что будет способствовать формированию гражданского общества;

– результаты исследования могут быть использованы в учебном процессе в лекционных и практических занятиях в высших учебных заведениях и при подготовке профессиональных медиаторов (общий курс, специализированный курс, тренерский курс) для подготовки высококвалифицированных специалистов в сфере досудебного урегулирования споров.

Апробация результатов исследования. Основные положения и выводы диссертации, а также отдельные результаты научных исследований нашли отражение в десяти научных публикациях в зарубежных и национальных научных изданиях, в том числе в 5-ти статьях, докладах на международных научно-практических конференциях, трех статьях в журналах, рекомендованных Комитетом по контролю в сфере образования и науки Министерства образования Республики Казахстан, а также в журнале «Australasian dispute Resolution journal», входящем в международную базу компании Thomson Reuters и «Rivista Di Studi Sulla Sostenibilita» входящем в базу данных Scopus.

Диссертация подготовлена и обсуждена на кафедре гражданского права, гражданского процесса и трудового права юридического факультета КазНУ имени аль-Фараби.

Публикации результатов исследования.

Основные положения диссертации изложены в 10 печатных работах. Из них: 2 статьи в международных научных изданиях, входящих в базу данных компании Scopus / Thomson Reuters:

1. Развитие института медиации в Республике Казахстан. Сборник научных трудов Международной научно-практической конференции «Innovation processes in the context of globalization of the world economy: challenges, trends, prospects» (Praga. Vědecko vydavatelské centrum «Sociosféra-CZ», 2017. С. 133-136).

2. Специфика применения альтернативных способов регулирования споров в гражданском судопроизводстве в Республике Казахстан. «Наука и жизнь Казахстана» // Международный научно-популярный журнал. – 2017. – №3(46). – С. 244-249.

3. Современное состояние и правовая регламентация отношений примирения сторон в гражданском процессе // Материалы Международной конференции «Теоретические и практические вопросы защиты прав человека», посвященной юбилею доктора юридических наук, профессора Нургалиевой Е.Н. (Астана: ЕНУ им. Л.Н. Гумилева, 2017 – 24 ноября - С. 107-112).

4. Мирное соглашение сторон – форма прекращения судебного спора // Наука и жизнь Казахстана: международный научно-популярный журнал. – 2018. – №04(60). – С. 46-49.

5. Партисипативная процедура – альтернативный метод урегулирования споров // Сборник статей по материалам Международной научно-практической конференции «Институт гражданско-правовой защиты в современных условиях» (Санкт-Петербург, 2018 – 1 июня – С. 28-34).

6. Процессуальные особенности примирения сторон в суде первой инстанции по гражданским делам в Республике Казахстан // Сборник статей по материалам Международной научно-практической конференции «Проблемы судопроизводства в суде первой инстанции по гражданским, арбитражным и административным делам» (Санкт-Петербург, 2018 – 10 октября – С. 40-46).

7. Примирительные процедуры в гражданском судопроизводстве Республики Казахстан // Сборник статей по материалам Всероссийской научно-практической конференции «Примирительные процедуры в цивилистическом праве и судопроизводстве» (Санкт-Петербург, 2019 – 26 апреля – С. 15-21).

8. Сущность примирительных процедур в гражданском судопроизводстве // Наука и жизнь Казахстана: международный научно-популярный журнал. – 2019. – №2(77). – С. 25-30.

9. A comparative analysis of the mediation in Kazakhstan and States of Victoria and New South Wales // Australasian dispute Resolution journal. – 2019. – Vol. 29, №4. – P. 289-301 (Thomson Reuters).

10. Problem aspects of mediation dispute resolution // Rivista Di Studi Sulla Sostenibilita'. – 2020. – Issue 1. – P. 215-233.

Структура и объем диссертации. Диссертация состоит из введения, трех глав, включающих восемь подразделов, выводов, списка использованных источников. Общий объем диссертации составляет 142 страниц.

1 ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ АЛЬТЕРНАТИВНЫХ СПОСОБОВ РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ В ГРАЖДАНСКОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

1.1 Механизмы применения альтернативных способов разрешения споров в гражданском судопроизводстве

Для альтернативного разрешения споров, в значительной степени ориентированного на взаимные уступки сторон, защита права является, безусловно, желательным, но не приоритетной целью. Альтернативное разрешение споров, направлено прежде всего на прекращение конфликта, что является основой юридического спора. Именно преобладанием этой цели и обусловлено большинство принципиальных отличий альтернативных процедур от традиционного судопроизводства, которые необходимо учитывать при оказании юридической помощи.

Назначение альтернативного направления – существование параллельной государственной системой решения юридических споров, что представлена судебными органами, системы урегулирования юридического конфликта (спора). В своей деятельности судьям необходимо учитывать, что возможность использования различных по содержанию альтернативных способов предоставляет сторонам право выбора процедуры прекращения юридического спора, которая, по их мнению, будет самой благоприятной с учетом характера конфликта и конкретной ситуации. Административное судопроизводство судья должен рассматривать не как единственный допустимый вариант, а как один из способов, с помощью которых можно прекратить юридический спор.

Несмотря на самостоятельный статус в единой (общей) системе разрешения юридических споров, альтернативные способы не являются полностью независимыми от государственного правосудия. Указанные два направления неразрывно взаимосвязаны, органично дополняют друг друга и не конкурируют между собой. Альтернативная система является своеобразным выражением разработанной в рамках правовой науки так называемой конвергенционной формы прекращения юридических конфликтов (споров). Большой толковый словарь термин конвергенция трактует как сближение, схождение, собирание в одной точке. В нашем случае этот термин употребляется как означающий сближение публичного и частного-правового порядков управления юридическими конфликтами (спорами).

Вместо этого нужно обратить внимание на то, что в зарубежной юридической литературе речь идет о такой категории, как «лучшая альтернатива соглашения об урегулировании спора» от англ. «Best alternative to negotiated agreement», или BATNA), на которую непременно необходимо учитывать при мотивировании сторон к выбору альтернативных способов в отношении каждого отдельного спора. Указанный механизм APC применяется в отношении примирительных процедур и заключается в определении для каждой из сторон конфликта (спора) благоприятного результата, которого, по

ее мнению, стоит ожидать в случае обращения в любых других, чем та или иная процедура примирения, способов прекращения юридического спора.

В том случае, когда текущие результаты, полученные в процессе участия по выбранной процедуре, окажутся менее выгодными, чем предполагаемое лучшая альтернатива, соответствующая сторона может рассмотреть вопрос о целесообразности одностороннего отказа от ее дальнейшего продолжения. Предоставление судьями-медиаторами юридической помощи в определении наилучшей альтернативы соглашения об урегулировании спора (BATNA) будет способствовать повышению заинтересованности сторон в обращении к альтернативным, особенно процедурам примирения, и принятию сторонами осознанных решений о проведении таких процедур [6].

С понятием «лучшая альтернатива соглашению об урегулировании спора» тесно связано понятие «пределы возможного соглашения» (от англ. «Zone of possible agreement», или ZOPA), что заключается в согласовании сторонами юридического спора своих «лучших альтернатив» с целью определения единого показателя, что свидетельствует о неэффективности выбранной ими процедуры примирения. Роль судьи-медиатора в установлении границ возможного соглашения ZOPA) также является существенной, нередко даже определяющей [7].

Для медиатора должно быть важным, что рассмотрение возможности использования альтернативной формы обычно связано с оценкой сторонами таких категорий, как цена конфликта (совокупность расходов, связанных с возникновением, развитием и завершением конфликта) и цена выхода из конфликта (разница между потерями и прибылями как выражение результата конфликта).

Сравнение цены конфликта и цены выхода из конфликта позволяет рационально решить вопрос о том, стоит ли продолжать конфликт, или же целесообразно прекратить его.

Альтернативная форма ориентирована на уменьшение и цены конфликта и цены выхода из него. Поэтому медиатор в своей деятельности должен учитывать, что правильный выбор и надлежащее использование альтернативных способов дает возможность завершить юридический конфликт (спор) с минимальными потерями и затратами, а также с учетом интересов каждой из сторон.

Настоящее время в Казахстане используется механизм альтернативного способа решения споров в РК через Арбитражную Палату Казахстана (далее – «Палата» или «АПК») – независимая, некоммерческая организация, представляющая собой добровольное объединение постоянно действующих арбитражей и физических лиц, осуществляющих деятельность в качестве арбитров. Она объединяет постоянно действующие арбитражи Республики Казахстан посредством коллективного членства. Главой 2 Закона Республики Казахстан от 8 апреля 2016 года № 488-V ЗРК. «Об арбитраже» регламентирован порядок, условия создания, полномочия, реорганизации и ликвидации Арбитражной палаты Казахстана. Палата Создана 19.01.2017 года в соответствии с Конституцией Республики Казахстан, Гражданским Кодексом

Республики Казахстан, со статьей 11 Закона Республики Казахстан «Об Арбитраже» и другими законодательными актами Республики Казахстан и действует на основе добровольности, самоуправления, саморегулирования, гласности и равноправия членов Палаты.

Постоянно действующие арбитражи, а также физические лица, осуществляющие деятельность в качестве арбитров, имеют право на вступление в Палату в качестве ее постоянных членов, а также на включение в Реестр арбитров, осуществляющих деятельность на территории Республики Казахстан. АПК осуществляет свою деятельность в соответствии с Международными Конвенциями в сфере арбитража, Конституцией Республики Казахстан, Гражданским Кодексом Республики Казахстан, Законом Республики Казахстан «Об Арбитраже», другими правовыми актами, международными договорами, Уставом АПК. При этом Палата обладает всеми правами юридического лица с полной финансово-хозяйственной самостоятельностью и аппаратом, позволяющим эффективно реализовывать возложенные на нее законодательством и Уставом функции по организации арбитражной деятельности, контрольные полномочия и представлять интересы арбитражного сообщества в органах государственной власти. Количество постоянно действующих арбитражей на сегодняшний день - 18, их наименования отражены на официальном сайте в Реестре Палаты www.palata.org, которые и являются членами Арбитражной Палаты Казахстана.[8]

В целом подчеркнем, что альтернативные процедуры относятся к неюрисдикционной (общественного, частно-правовой) формы прекращения юридических споров.

Противоположным направлением является юрисдикционная (публично-правовая, процессуальная форма, которая заключается в обязательной руководящей участия правоприменительных органов государственной власти (государственных должностных лиц) и выражается в рамках судебного и административного производства.

В отличие от юрисдикционной формы, неюрисдикционные способы не связаны с обращением в уполномоченных органов власти и их могут реализовать субъекты правоотношений самостоятельно [9].

Повышенная самостоятельность сторон при проведении альтернативных (неюрисдикционных) процедур связана с дополнительной ответственностью за результат и предопределяет необходимость получения юридической помощи. Отсюда вытекает потребность сторон в обращении к медиаторам.

Отметим, что еще одним механизмом альтернативных способов разрешения споров, является и медиативные процедуры, где роль медиаторов приобретает особый характер, поскольку в этом случае все решения в конечном итоге принимают сами стороны спора, однако могут учитывать рекомендации медиатора.

Кроме того, в альтернативных решениях споров в Республике Казахстан согласно Закону «О медиации» медиаторы свою деятельность могут осуществлять как на профессиональной, так и непрофессиональной основе. Профессиональными медиаторами в Республике Казахстан могут быть лица,

имеющие высшее образование, достигшие двадцатипятилетнего возраста, имеющие документ (сертификат), подтверждающие прохождение обучения по программе подготовки медиаторов, утверждаемой в порядке, определяемом Правительством Республики Казахстан, и состоящие в реестре профессиональных медиаторов (п. 4. ст. 9 Закона Республики Казахстан О медиации). Такой реестр ведет каждая организация медиаторов самостоятельно.

Законодательная практика Республики Казахстан о введении категории медиаторов на общественных началах – общественный медиатор (п. 3 ст. 9 Закона «О медиации»). Деятельность медиатора на общественных началах могут осуществлять лица, достигшие сорокалетнего возраста и состоящие в реестре общественных медиаторов.

Для них прохождение обучения с получением сертификата не требуется, включение их в реестр общественных медиаторов производится на основании протокола собрания (схода) местного сообщества об избрании членов данного сообщества в качестве медиаторов на общественных началах (п. 1 ст. 15 Закона «О медиации»).

Ведение реестров медиаторов на общественных началах осуществляют акимы: города областного значения, района в городе, города районного значения, поселка, села, сельского округа (ст. 16 Закона «О медиации»).

Требование личной ответственности медиатора. Здесь речь идет о наложении на медиатора обязанности возмещать сторонам убытки в случае причинения им вреда в ходе посреднической деятельности. Однако факт возникновения негативных последствий для медиатора, который не обладает знаниями в области конфликта, а лишь создает условия для разрешения спора, не совсем справедлив с правовой точки зрения.

Посредниками (медиаторами на общественных началах) в нашей стране являются не профессионалы, то есть не специалисты, это могут быть лица и без опыта работы в юридической сфере, существует устойчивое мнение о том, что посреднику (медиатору на общественных началах) необходимо обладать и навыками психолога для эффективного ведения своей деятельности, с чем мы в корне не согласны, и придерживаемся мнения о том, чтобы исключить норму из Закона о Медиации о медиаторах на общественных началах. Юридические знания для посредника (профессионального медиатора) необходимы для того, чтобы вникнуть в суть конфликта, рассмотреть проблему всесторонне и, основываясь на праве, правильно сориентировать стороны на урегулирование спора.

В целях развития и внедрения в гражданское судопроизводство обязательной медиации Верховным Судом Республики Казахстан было разработано Положение о реализации пилотного проекта по внедрению досудебного урегулирования споров (конфликтов) в порядке медиации, утвержденного распоряжением Председателя Верховного Суда Республики Казахстан. Реализация пилотного проекта была осуществлена в период с февраля по июль 2017 года, которую можно охарактеризовать как один из механизмов АРС.

Задачами пилотного проекта явились расширение сферы применения примирительных процедур, минимизация судебных расходов граждан, выявление заинтересованности населения во внесудебном урегулировании спора (конфликтов).

Медиация проводится по соглашению сторон судьей в суде либо медиатором, осуществляющим примирительные процедуры. Стороны по своему усмотрению выбирают способ проведения медиации. Сторонам необходимо было письменно выразить свою позицию по участию в пилотном проекте и предоставить в суд в течение 5 (пять) дней письменное соглашение, заключенное с медиатором о проведении медиации.

В случае отказа от участия в пилотном проекте стороны должны письменно выразить свой отказ в заявлении. При заявлении ходатайства о проведении медиации медиатором и предоставлении суду договора, заключенного сторонами с медиатором, производство по делу приостанавливается на срок не более 10 (десяти) рабочих дней.

При заявлении ходатайства сторонами о проведении медиации судьей, медиация проводится в суде в течение 10 (десяти) рабочих дней. Медиатор, осуществляющий примирительные процедуры, с согласия сторон либо по их ходатайству вправе допустить к участию в примирительных процедурах других лиц, если это необходимо для достижения целей медиации. Соглашение об урегулировании спора, достигнутое сторонами медиации при проведении примирительных процедур заключается в письменной форме и подписывается сторонами.

Соглашение об урегулировании спора, достигнутое сторонами при проведении медиации медиатором либо письменного отказа сторон от медиации, в связи с невозможностью разрешения спора (конфликта) при проведении медиации медиатором, в течение 3 (трех) рабочих дней направляется судье, в производстве которого находится гражданское дело.

Судья в свою очередь, если сторонами достигнуто соглашение об урегулировании спора в порядке медиации, выносит определение об утверждении соглашения об урегулировании спора в порядке медиации и прекращает производство по делу в соответствии в подпунктом б) статьи 277 ГПК РК и статьей 410 ГПК РК, с указанием о возврате государственной пошлины, уплаченной истцом при подаче искового заявления.

В случае если стороны не достигали соглашения о проведении медиации производство по делу возобновлялось, и подготовка дела к судебному разбирательству проводилась в общем порядке, о чем указывалось в определении суда о возобновлении производства по делу. Медиация незаменима в некоторых гражданских спорах.

Особое место здесь занимали семейные споры – в частности, вопросы опеки над ребенком, определение места жительства ребенка, сохранения семьи. Районными судами велась системная работа по реализации пилотного проекта как на территориях районов в целом, так и в сельских округах в отдельности.

Хотелось бы отметить, что исторические предпосылки обращения к институту медиации в Казахстане очевидны. Можно провести аналогию между

медиацией и судом биев, которые осуществляли судебную власть в казахской степи многие века.

В казахском обществе XVII-XVIII вв. основной судебной властью обладал «суд биев». Этот закон был очень уважаем среди людей до его отмены из-за правовых реформ, проводимых Российской Империей. Эксперты Казахстана в области правосудия, включая бывших и нынешних председателей Верховного суда, рассматривают «суд биев» как прототип посредничества (примирения), поскольку бии помогли людям урегулировать свой спор и согласительные партии [10].

Следует отметить, что стороны предпочитали разрешать свои споры до судебного разбирательства, поскольку в этом случае они могли бы избежать выплаты *biylik*. *Biylik* был компенсацией за юридические услуги *biy* и зависел от серьезности преступления и суммы требования. Действительно, бии помогали сторонам урегулировать конфликтные вопросы относительно быстро и помочь сторонам сохранить хорошие отношения. Бии были видными общественными деятелями, влияние которых, решения и помощь способствовали примирению не только отдельных лиц, но и конфликтующих сторон. Самыми известными и влиятельными биями были Толе Би, Казыбек Би и Айтеке Би. Значение слова «бий» до сих пор доказывают лингвисты и историки. Некоторые эксперты говорят, что это слово произошло от слова «бийк», что означает «самый высокий». С другой стороны, есть противники, которые считают, что происхождение этого слова произошло из казахского глагола «билеу», что означает управление.

Название «Бий» было не просто заслужить. Это может быть достигнуто только большим уважением других людей. Поэтому бии были великими ораторами и знали обычное право. Важно отметить, что этот закон был кодифицирован, а самым известным законом, используемым биями, был закон «Жеті» Жарғы» [11].

Другим важным качеством, которым должны были обладать бий, была беспристрастность. Поэтому бии должны были быть честными и справедливыми. Если бы они не были честными и справедливыми, люди никогда не искали бы своих советов, решений или помощи в разрешении спора. Как можно видеть, средневековая казахстанская судебная система включала элементы современного посредничества: 1) посредник, т.е. Бий, был беспристрастной и независимой стороной; 2) бий помог сторонам решить свой спор и сохранить хорошие отношения между спорящие стороны; и 3) конфликтующие стороны пытались разрешить свой спор до начала судебных разбирательств. В соответствии с реформами Российской империи суд бийцев был ликвидирован в девятнадцатом веке, но оставил свой след в истории Казахстана как справедливый и быстрый инструмент для разрешения различных гражданских и уголовных споров [12].

Как и медиаторы, бии действовали как посредники в возникавших спорах, при этом, не существовало какого-либо формального назначения на должность бия.

Надеемся, что принимаемые государством меры способствуют развитию медиации в стране и увеличению числа альтернативного урегулирования конфликтов с участием внесудебных посредников — медиаторов, которые будут помогать сторонам выработать взаимовыгодное соглашение по возникшему спору.

Заключенное в ходе медиации соглашение об урегулировании спора (конфликта) вступает в силу в день его подписания сторонами, подлежит исполнению сторонами медиации добровольно в порядке и в сроки, указанные в соглашении. В случае неисполнения или ненадлежащего исполнения такого соглашения сторона медиации, нарушившая соглашение, несет ответственность в порядке, предусмотренном законами Республики Казахстан.

Правовые последствия соглашения, достигнутого между сторонами в ходе проведения медиации и подписанного ими состоят в следующем:

– соглашение об урегулировании спора, заключенное до рассмотрения гражданского дела в суде, представляет собой сделку, направленную на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей сторон;

– соглашение об урегулировании спора, достигнутое сторонами при проведении медиации в ходе гражданского процесса, незамедлительно направляется судье, в производстве которого находится гражданское дело, и оно утверждается судом в порядке, предусмотренном Гражданским процессуальным кодексом Республики Казахстан. В таких случаях уплаченная государственная пошлина подлежит возврату плательщику в порядке, предусмотренном Гражданским процессуальным кодексом Республики Казахстан;

– соглашение об урегулировании конфликта, достигнутое сторонами при проведении медиации в ходе уголовного процесса, представляет собой соглашение об урегулировании конфликта путем заглаживания причиненного потерпевшему вреда и примирения лица, совершившего уголовное правонарушение, с потерпевшим.

Указанное соглашение незамедлительно направляется органу, ведущему уголовный процесс, в производстве которого находится уголовное дело, и в случаях, предусмотренных Уголовно-процессуальным кодексом Республики Казахстан, является обстоятельством, исключающим либо позволяющим не осуществлять уголовное преследование.

В соответствии с Законом «О медиации» в статью 67 УК и в статьи 68, 69, 75, 82, 269, 391 УПК внесены дополнения, указывающие на возможность осуществления процедуры медиации, кроме того УПК дополнен новой статьей 88-1 (Медиатор). А также лица, впервые совершившие административные правонарушения, предусмотренные статьями 73, 73-1, 73-2 и 73-3 КоАП, могут быть освобождены судом от административной ответственности, если они примирились с потерпевшими, заявителями, в том числе в порядке медиации, и загладили причиненный вред. Соответствующие дополнения внесены и в ГПК РК.

Согласно этим дополнениям соглашение, заключенное в рамках процедуры медиации в ходе гражданского процесса, приравнивается к мировому соглашению и функции суда по его утверждению аналогичны функциям суда по утверждению мирового соглашения. Одинаково решается вопрос и об ответственности сторон за неисполнение соглашения или ненадлежащее его исполнение.

Таким образом, мы представляем понятие механизмы альтернативного разрешения споров – как система правовых средств, с помощью которых осуществляется защита, восстановление нарушенных прав и упорядоченность правоотношений, возникающих между сторонами спора в сферах финансовой, хозяйственной, экономической, предпринимательской и иной деятельности, через внесудебные, альтернативные способы разрешения возникшего правового спора в гражданском процессе.

1.2 Современное состояние и правовая регламентация отношений примирения сторон по гражданскому процессуальному законодательству Республики Казахстан

Во исполнение Концепции правовой политики на период с 2010 до 2020 года и задач, поставленных Главой государства на VI съезде судей РК, по совершенствованию судопроизводства и гражданского процессуального законодательства был принят новый ГПК Республики Казахстан, который действует с 1 января 2016 года.

При принятии кодекса в 2016 г. были изучены Гражданское процессуальное законодательство ряда зарубежных государств.

Изучены все предложения, поступившие от граждан. Кодекс предусматривает удобный порядок рассмотрения гражданских дел, ориентированный на примирение сторон, широкое использование современных технологий. В кодексе исключены некоторые главы, но введены новые нормы. Сохраняются основные принципы, базовые институты гражданского процесса, в том числе трехзвенность судебной системы, поэтапность пересмотра судебных актов, специализация судов и судей, наличие нескольких видов производств. В кодексе задачами гражданского судопроизводства наряду с защитой нарушенных прав и законных интересов, соблюдением законности, дополнительно определены восстановление прав и законных интересов, содействие мирному урегулированию спора, предупреждение правонарушений и формирование в обществе уважительного отношения к закону и суду. К примеру, в главе 17 нового действующего Гражданского Процессуального Кодекса Республики Казахстан нормы посвящены примирительным процедурам.

Сторонам предоставлена возможность урегулировать спорные отношения путем проведения судебной медиации, сохранен институт мирового соглашения, партисипативные процедуры.

Согласно статье 174 Гражданского Процессуального Кодекса Республики Казахстан суд принимает меры для примирения сторон, содействует им в урегулировании спора на всех стадиях процесса.

Стороны могут урегулировать спор в полном объеме взаимных требований либо в части, заключив мировое соглашение, соглашение об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации или соглашение об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры либо используя иные способы в порядке, установленном настоящим Кодексом.

Ходатайство об урегулировании спора с применением примирительных процедур может быть заявлено по любому делу искового производства, кроме дел, вытекающих из публично-правовых отношений, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом или законом.

Мировое соглашение может быть заключено на любой стадии судебного разбирательства до удаления суда в совещательную комнату в судах первой, апелляционной, кассационной инстанций, а также при исполнении судебного акта. Мировое соглашение не может нарушать права и законные интересы других лиц и противоречить закону. Мировое соглашение утверждается судом. Мировое соглашение исполняется лицами, его заключившими, добровольно в порядке и сроки, которые предусмотрены этим соглашением.

Мировое соглашение, не исполненное добровольно, подлежит принудительному исполнению на основании исполнительного листа, выдаваемого судом по ходатайству лица, заключившего мировое соглашение.

Одна из разновидностей примирительных процедур является урегулирование спора (конфликта) в порядке медиации. Стороны вправе до удаления суда в совещательную комнату в судах первой, апелляционной, кассационной инстанций заявить ходатайство об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации. Медиация в суде проводится в соответствии с Законом Республики Казахстан «О медиации» и с особенностями, установленными Гражданским процессуальным Кодексом Республики Казахстан.

Если соглашение об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации заключено на стадии исполнения судебного акта, оно представляется на утверждение в суд первой инстанции по месту исполнения судебного акта или в суд, принявший указанный судебный акт.

Новеллой являются партисипативные процедуры, которые подразумевают переговоры адвокатов спорящих сторон в пользу мирного решения проблем. Условия соглашения утверждаются судьей (составом суда), в чьем производстве находится дело. При этом необходимо отметить, что дела, оконченные примирительными процедурами, не подлежат пересмотру в кассационном порядке. А также, чтобы дополнительно стимулировать стороны к примирению, им будет возвращаться государственная пошлина, уплаченная при подаче иска в суд.

Соблюдение принципов гражданского судопроизводства судами является гарантией защиты нарушенных прав и законных интересов в справедливом судебном разбирательстве, что характеризует уровень доступа к правосудию. В кодексе основные принципы сохранены с незначительными дополнениями, связанными с установлением обязательного досудебного урегулирования споров, предоставлением сторонам права выбора языка судопроизводства и на

стадии подготовки дела к разбирательству, внедрением электронных технологий и другими. В новой редакции ГПК предусмотрены нормы, усиливающие роль районного суда, обеспечивающие максимальный доступ к правосудию.

На сегодняшний день, одним из важных процедур в разрешении конфликтов и споров в гражданско-правовом поле, являются примирительные процедуры.

Роль и значение правильной и актуальной политики совершенствования правосудия неопределимы, при этом основной целью правосудия является разрешение возникающих споров и конфликтов на основе принципов законности и справедливости.

Так, согласно Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан в новой редакции предусмотрено три вида примирительных процедур – первая, это «мировое соглашение», как классический пример добровольного урегулирования спора между сторонами; вторая, это «медиация» и третья новелла «партисипативная процедура» с обязательным участием адвокатов.

Примирительные процедуры либо альтернативные процедуры в гражданском судопроизводстве имеют ряд преимуществ перед судебным порядком разрешения споров. Примирительные процедуры регулируются главой 17 ГПК РК, где детально и последовательно регламентирует способы примирения сторон путем заключения мирового соглашения, соглашения об урегулировании спора в порядке Примирение сторон как одна из задач гражданского судопроизводства медиации и соглашения об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры.

Так, одним из новшеств этого закона является продвижение альтернативных процедур регулирования споров.

Существовавшие ранее виды альтернативных процедур урегулирования споров были дополнены партисипативной процедурой и судебной медиацией.

Основные отличия данного вида примирительных процедур как новеллы в процессуальном законодательстве в следующем.

Это, переговоры в партисипативной процедуре могут проводиться между сторонами с обязательным участием адвокатов, что гарантирует законность всех пунктов возможного соглашения об урегулировании спора.

Партисипативная процедура может применяться адвокатами вне судебного рассмотрения гражданско-правового спора, то есть без предъявления иска в судебные инстанции и без оплаты государственной пошлины, и такого ранее в практике казахстанского законодательства не было.

В случае, если стороны, подписавшие соглашение в порядке партисипативной процедуры, не будут исполнять взятые на себя обязательства, законом предусмотрен порядок, как принудительного исполнения, так и упрощенного (письменного) производства (без вызова сторон в суд с сокращенным сроком до 1 месяца рассмотрения заявления), что является гарантией исполнения взятых сторонами на себя обязательств, которые были достигнуты в результате переговоров между сторонами.

Вся процедура проходит без участия судьи, рассматривающего гражданское дело, а также без влияния извне кого-либо на принятие решения сторонами о заключении соглашения путем переговоров между адвокатами как представителями истца и ответчика либо спорящих между собой относительно какого-либо права. Судья, в производстве которого находится дело, проверяет содержание соглашения об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры и выносит определение о его утверждении и прекращении производства по делу.

Также, стороны вправе до удаления суда в совещательную комнату заявить ходатайство об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры.

Примирение сторон возможно на любой стадии судебного разбирательства.

Мировое соглашение (мировая сделка) это договор, которым стороны прекращают спор или устраняют иную неопределенность в своих правоотношениях посредством взаимных предоставлений, приемлемых условий (уступок) для них.

Иными словами, мировое соглашение – это обычный гражданско-правовой договор, которым стороны прекращают судебный спор и устанавливают новые права и обязанности.

Мировое соглашение может быть заключено до удаления суда в совещательную комнату. Мировое соглашение заключается в письменной форме и подписывается сторонами или их представителями, которое должно содержать согласованные сторонами условия с указанием срока и порядка его исполнения, также может содержать условия об отсрочке или рассрочке исполнения обязательств ответчиком с указанием сроков отсрочки или рассрочки, уступке права требования, полном или частичном прощении либо признании долга, распределении судебных расходов, условиях принудительного исполнения мирового соглашения и иные условия, не противоречащие закону.

Отличие мирового соглашения от других гражданско-правовых соглашений в том, что оно утверждается судом и имеет силу решения суда. Кроме того, заключение соглашения имеет дополнительные процессуальные последствия, предусмотренные ГПК РК.

Еще на стадии подготовки дела к судебному разбирательству судья должен принять меры к примирению сторон и выяснить, не намерены ли стороны окончить процесс путем мирного урегулирования спора.

Проявляя инициативу к мирному урегулированию спора, суд тем самым способствует его разрешению без государственного принуждения и на взаимоприемлемых для сторон условиях. Мировое соглашение стороны вправе заключить только по делам искового производства.

Согласно ч. 3 ст. 174 ГПК РК ходатайство об урегулировании спора с применением примирительных процедур может быть заявлено по любому делу искового производства, кроме дел, вытекающих из публично-правовых отношений, если иное не предусмотрено настоящим кодексом или законом.

Закон требует, чтобы заключенное сторонами мировое соглашение было оформлено в письменном виде (ст. 176 ГПК РК).

Медиация как альтернатива судебному разбирательству должна быть пластичной по процедуре проведения (то есть не ограниченной условностями и строгими правилами), недорогой по сравнению с судебными расходами, и быстрой в отличие от процессуальных сроков рассмотрения гражданского иска.

Так, процедура медиации проводится с участием сторон спора (или конфликтной ситуации) посредством медиатора, то есть третьего незаинтересованного лица, на которого возлагается надежда на урегулирование ситуации, при этом стороны могут не только обсуждать какие-то вопросы, не касающиеся предмета спора, но и включать пункты, выходящие за пределы предъявленного искового требования, в текст соглашения об урегулировании спора в порядке медиации. Стороны имеют право изменить предмет и основание иска в примирительной процедуре в порядке медиации.

Судебная медиация – разрешение конфликта (спора) путем заключения медиативного соглашения, утвержденного судом, в качестве медиатора при этом выступает судья. За сторонами остается право выбора судьи-медиатора, им может быть как судья, рассматривающий дело, так и другой судья, работающий в данном суде.

В гражданском процессе медиация может быть начата как на досудебных стадиях, так и в ходе судопроизводства. До удаления суда в совещательную комнату стороны вправе заявить ходатайство об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации. При заявлении ходатайства о проведении медиации медиатором и представлении судам договора, заключенного сторонами с медиатором, производство по делу приостанавливается на срок не более одного месяца. При заявлении ходатайства о проведении медиации судьей суд вправе приостановить производство по делу на срок не более десяти рабочих дней. Для проведения медиации в суде дело передается другому судье, однако по ходатайству сторон медиация может быть проведена судьей, в производстве которого находится дело. Судья, в производстве которого находится дело, проверяет содержание соглашения об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации и выносит определение о его утверждении и прекращении производства по делу.

Гражданский процессуальный Кодекс предусматривает порядок возврата оплаченной государственной пошлины в случае урегулирования спора в порядке медиации.

Во всех случаях примирение возможно как в судах первой, так и апелляционной, кассационной инстанций, а также при исполнении судебного акта.

В настоящее время стороны судебного процесса все чаще стремятся закончить дело заключением медиативного соглашения.

При проведении процедуры судебной медиации нет проигравшей стороны, потому что достигнутое соглашение учитывает интересы все участников спора, одинаково выгодно и эффективно для конфликтующих сторон. Все действия предпринимаемые судьями по отправлению правосудия в

соответствии с главой 17 ГПК РК, направлены на укрепления доверия населения к судебным органам.

Внедрение и пропаганда альтернативных способов разрешения споров, что предполагает значительное сокращение количество судебных тяжб, повышения доверие граждан к суду.

За последние 5 лет наблюдается рост поступления исковых заявлений. Значит, споры между физическими и юридическими лицами с каждым годом увеличивается.

Такой колоссальный объем конфликтов, безусловно, сказывается и на настроении общества. Мировая практика правосудия показывает, что судебное разрешение конфликта – не панацея, поскольку априори не может удовлетворять всех его участников. Как итог – нет доверия к органам власти, поток жалоб в суды, прокуратуру, депутатам, Администрацию Президента.

Так еще на VIII съезде судей Республики Казахстан, который прошел 23.10.2020 г. в г. Нур-Султан, Глава государства, перед судебским сообществом озвучил задачи активного продвижения альтернативных способов разрешения споров [13].

Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан учел не только ключевой мировой тренд глобальной юриспруденции – масштабное использование компромиссных подходов, но и лучшие традиции казахского права, главное достижение которого – создание в суде условий для примирения сторон.

В книге «Казахский суд биев - уникальная судебная система» академика Салык Зиманова, выпущенной на четырех языках - казахском, русском, турецком и английском, последовательно раскрываются все грани исторического формирования суда биев. «Казахстанский суд решал споры и разногласия, с которыми обращались к нему стороны, исходя из важности обеспечения примирения сторон и мира между ними, единения и обеспечения единства внутри и в сферах общезития, исходя из необходимости искоренения не столько личных, сколько пороков общественного значения. Именно эти далеко не простые задачи суда по необходимости требовали, того, чтобы бии-судьи учились в школах степных мудрецов, были учеными (не по книгам, а от жизни), прошли испытательные этапы перед старшим поколением, мудрейшими, обладали красноречием и логикой суждения, а также были знатоками казахского права». [14]

Об уникальности обычного права казахов высказывался и русский ученый Словохотов А.А. [15], много лет проработавший в царской администрации в Казахстане. В своей работе о правосудии он отметил, что «народное судопроизводство казахов гласно, публично, несложно, непродолжительное. Долгими годами своей жизни народ выработал своеобразную, но вполне ему понятную структуру судебных процессов, обойдя столь вредный бюрократический элемент».

Основной задачей суда биев было примирение спорящих. Это подтверждают и казахские пословицы. Например, «Суть и цель спора – его завершение».

Как писал Ш.Уалиханов: «Возведение в звание бия не обуславливалось у казахов каким-либо формальным выбором со стороны народа и утверждением со стороны правящей народом власти. Только глубокие познания в судебных обычаях, соединенные с ораторским искусством, давали казахам это почетное звание. Чтобы обрести имя бия, нужно было казаху не раз показать перед народом свои юридические знания и свою ораторскую способность. Молва о таких людях быстро распространялась по всей степи, и имя их делалось известным всем и каждому. Таким образом, звание бия было как бы патентом на судебную и адвокатскую практику» [16]

Так ученый Сапаргалиев Г.С., исследовавший казахское обычное право писал, что «суд биев – это суд примирения и согласия».

В своем диссертационном исследовании Шайменова А.Б. подробно раскрывает развитие АРС в казахстанском праве подразделяя на исторические четыре этапа [17]

- 1) Первый этап связан с развитием и применением института суда биев в XV в. – 1917 г.
- 2) Второй этап развития альтернативных способов разрешения споров приходится на период 1917-1991 гг. (в составе СССР).
- 3) Третий этап – с момента обретения независимости Республики Казахстан 1991г. до 2010 г.
- 4) Четвертый этап – современный этап активного развития распространения альтернативных методов рассмотрения споров – с 2010 г. по настоящее время.

Суд – это площадка для самостоятельного поиска путей решения споров. Для этого в новом ГПК РК введен целый набор необходимых инструментов.

Примирение сторон будет одной из задач судопроизводства. Раньше этого не было. Судья, сохраняя беспристрастность, мог лишь один раз рекомендовать прийти к миру, а потом разрешал спор по существу. Таких ограничений больше нет.

Карагусов Ф.С. в своей работе *The Legal Framework for Mediation in Kazakhstan: Current State, Expectations of Public Recognition and Perspectives for Development*, раскрывает понятие медиации в качестве юридического термина, как деятельность посредническую в разрешении споров и конфликтов, обозначая место и роль медиации в системе альтернативных способов разрешения споров [18].

После того, как Закон о медиации был принят в 2011 году много различных видов деятельности, касающихся создания организационных, методологических и кадровых элементов успешного функционирования посреднического устройства были проведены в Казахстане.

Ряд организаций, участвующих в мероприятиях, связанных с организацией и опосредствований медиаторов обучения были созданы в разных городах Казахстана, а также реестров сертифицированных медиаторов были сформированы. Например, в качестве одного из наиболее заметных, Объединенное Центр медиации и миротворчества «Медиация» (во главе с г-жой S. Romanovskaya) была создана в Алматы с филиалами в других регионах

Казахстана. Как отмечается на веб-сайте Центра, в течение последнего периода после принятия закона посредничества Центр обеспечил обучение и сертификацию 285 медиаторов в рамках трех специально разработанных учебных программ, таких как «Общий курс Медиации», «Специализированный курс медиации» и «Тренинг для тренеров медиации». В реестре этого центра есть 98 сертифицированных медиаторов.

Одним из положительных нововведений является расширение возможности применения «партисипативной процедуры» – мировое соглашение, составленное с помощью адвокатов (ст. 181 ГПК), что будет стимулировать адвокатов на примирение их клиентов. Как стимул предусмотрен возврат госпошлины при примирении. На разных стадиях – разные ставки.

Развитие альтернативного разрешения споров, и в том числе примирительных процедур расширением систем арбитража, приобретает все большую значимость в свете совершенствования национальной правовой системы. Законом Республики Казахстан от 21.01.2019 №217-VI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам усиления защиты собственности, арбитража, оптимизации судебной нагрузки, дальнейшей гуманизации уголовного законодательства» (далее – Закон о внесении изменений) в Закон Республики Казахстан от 08 апреля 2016 года №488-V ЗРК «Об арбитраже» (далее – Закон об арбитраже) были внесены довольно существенные изменения и дополнения [19].

Изменения, внесенные в Закон об арбитраже, являются еще одним шагом по пути создания в Казахстане прогрессивного, соответствующего всем принципам международного арбитражного движения законодательства. В одной из публикаций, ученые Сулейманов М.К. и Дуйсенова А.Е. уже останавливались на анализе наиболее важных изменений [20].

Принятие Закона о внесении изменений было обусловлено тем, что Закон об арбитраже содержал ряд опасных положений, не соответствующих природе арбитража. Наиболее одиозные нововведения, касались арбитражного соглашения (право на односторонний отказ от арбитражного соглашения, согласие уполномоченного органа для квазигосударственных организаций, существенные условия арбитражного соглашения и др.).

Исторической предпосылкой развития арбитража стали третейские суды, которые действовали в соответствии с Постановлением Кабинета Министров Республики Казахстан от 4 мая 1993 года №356 «Об утверждении Типового положения о третейском суде для разрешения экономических споров».

Последовательное преобразование арбитража можно разделить на этапы: 1) принятие 28 декабря 2004 г. Закона Республики Казахстан «О третейских судах» (далее – Закон о третейских судах) и 2) Закон «О международном коммерческом арбитраже», в 2013 году переименованный Законом РК от 03 июля 2017 года №125-V в Закон «О международном арбитраже» (далее – Закон о международном арбитраже), 3) Закон об арбитраже от 08 апреля 2016 года. Проекты обоих Законов были подготовлены группой юристов НИИ частного права под руководством академика Сулейменова М.К. [21].

Принятие этих двух Законов потребовало точного определения понятий и разграничения компетенции третейского суда и международного коммерческого арбитража [22].

Необходимо четко понимать, что третейский суд и арбитраж – это одно и то же. На английский язык слова «третейский суд» переводятся «арбитражный суд». Суть арбитражного (третейского) суда в том, что это негосударственный орган, созданный самими сторонами для разрешения спора.

Разграничение компетенции между третейским судом и международным коммерческим арбитражем проводилось не между конкретными арбитражными органами (один суд – только третейский, другой – только арбитраж), а по характеру споров.

Иными словами, в тот период действия двух Законов любой арбитражный (третейский) суд мог и рассматривал и внутригосударственные споры, и международные. Любые физические или юридические лица (как резиденты, так и нерезиденты) могли и обращались в любой арбитражный суд, как бы он ни назывался: «третейский суд» или «международный коммерческий арбитраж». В этом случае в зависимости от характера споров действовал или Закон о третейских судах, или Закон о международном коммерческом арбитраже.

Разграничение компетенции между ними было закреплено в п. 4 ст. 6 Закона о международном коммерческом арбитраже:

«В арбитраж по соглашению сторон могут передаваться споры, возникающие из гражданско-правовых договоров между физическими и юридическими лицами, а также коммерческими и иными организациями, если хотя бы одна из сторон является нерезидентом Республики Казахстан».

Такое положение не вызывало никаких проблем ни в арбитражной, ни в судебной практике. Например, Казахстанский Международный Арбитраж (далее – КМА), несмотря на содержание в его наименовании термина «международный», рассматривал как международные споры с участием нерезидентов, так и внутренние споры между резидентами Республики Казахстан. Причем на основе единого Арбитражного регламента как для внутренних, так и для международных споров. Таким же образом работали и третейские суды.

Новый Закон об арбитраже был принят 08 апреля 2016 года. Он объединил два ранее действовавших Закона. НИИ частного права Каспийского университета принимали непосредственное участие в научно-практической экспертизе проекта Закона об арбитраже, начиная с принятия его Концепции. Кроме того, в 2017 г. НИИ частного права Каспийского университета совместно с КМА по просьбе Арбитражной палаты Казахстана (далее – АПК) разработали предложения по внесению изменений и дополнений в Закон об арбитраже и Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан от 31 октября 2015 года (далее – ГПК).

Практически все предложения после обсуждения на заседаниях Общего собрания членов АПК были одобрены и включены в проект Закона о внесении изменений.

Согласно ст. 1 Закона об арбитраже он применяется в отношении споров, возникших из гражданско-правовых отношений с участием физических и (или) юридических лиц, независимо от места жительства или места нахождения субъектов спора внутри государства или за его пределами, разрешаемых арбитражем, если иное не установлено законодательными актами Республики Казахстан.

Таким образом, законодательное деление казахстанских арбитражей на внутренние третейские суды и международный арбитраж в Казахстане было упразднено. Вместо понятий «третейский суд» и «международный арбитраж» в законодательство было введено единое понятие «арбитраж», под которым согласно подпункту 3) ст. 2 Закона об арбитраже понимается арбитраж, образованный специально для рассмотрения конкретного спора, или постоянно действующий арбитраж.

При этом следует отметить, что постоянно действующие третейские суды и международные коммерческие арбитражи с введением в действие Закона об арбитраже не были упразднены, то есть не могли прекратить свое существование по причине отмены законодательного деления на третейские суды и международные коммерческие арбитражи.

В соответствии с п. 1 ст. 59 Закона об арбитраже международные арбитражи и третейские суды, созданные в Республике Казахстан до введения в действие настоящего Закона, обязаны были в течение двух лет со дня введения в действие настоящего Закона внести соответствующие изменения в свои положения, уставы или регламенты.

Ни о каком прекращении существования или упразднении международных арбитражей и третейских судов, созданных в Республике Казахстан до введения в действие Закона об арбитраже, в этой норме речи не идет и идти не может.

В данном случае можно провести аналогию с изменением наименования юридического лица, которое не приводит к прекращению правоспособности юридического лица, не приводит к его ликвидации.

Изменение наименований международных арбитражей и третейских судов обусловлено императивным требованием Закона об арбитраже о необходимости внесения соответствующих изменений в свои положения, уставы или регламенты. Законодатель исходил из того, что третейский суд и арбитраж – это одно и то же. Изменение наименования международных арбитражей и третейских судов не приводит к отсутствию компетенции этих арбитражей по разрешению споров, третейские оговорки по которым были заключены до введения в действие Закона об арбитраже.

Следует отметить, что в цивилистической литературе спорным является вопрос о действительности арбитражной оговорки только при реорганизации арбитражного института. Заключая арбитражное соглашение, стороны отказываются от гарантированного им Конституцией права на судебную защиту и добровольно передают спор на рассмотрение конкретного выбранного ими постоянно действующего арбитража.

При реорганизации (слияние, присоединение, разделение и выделение), как правило, происходит упразднение одного юрисдикционного органа и возникновение другого. Стороны, заключавшие арбитражное соглашение, не рассматривали возможность передачи спора субъекту, который на момент заключения этого соглашения не существовал. Таким образом, в данном случае считается, что стороны в отношении нового арбитража не отказывались от своего права на судебную защиту.

При преобразовании арбитража, то есть изменении организационно-правовой формы юридического лица, создавшего арбитраж, действительность арбитражного соглашения сомнению не подвергается. Изменение наименования с третейского суда на арбитраж в соответствии с ГК не является преобразованием, поскольку в данном случае не происходит изменения организационно-правовой формы юридического лица, создавшего арбитраж.

Изменение наименования международных арбитражей и третейских судов, произведенное в соответствии с требованиями п. 1 ст. 59 Закона об арбитраже, не является реорганизацией такого международного арбитража или третейского суда.

В соответствии с п. 1 ст. 8 Закона об арбитраже спор может быть передан на рассмотрение арбитража при наличии заключенного между сторонами арбитражного соглашения, под которым согласно подпункту 4) ст. 2 Закона об арбитраже понимается письменное соглашение сторон о передаче на рассмотрение в арбитраж спора, который возник или может возникнуть из гражданско-правовых отношений.

В силу международно признанного и законодательно закрепленного принципа «компетенции-компетенции» (*kompetenz-kompetenz*) вопрос о наличии либо отсутствии у арбитража компетенции по разрешению того или иного спора должен решаться самим арбитражем. Так, в соответствии со ст. 20 Закона об арбитраже арбитраж самостоятельно решает вопрос о наличии или отсутствии у него полномочий (юрисдикции) рассматривать переданный на его разрешение спор, в том числе в случаях, когда одна из сторон возражает против арбитражного разбирательства по причине недействительности арбитражного соглашения. Для этой цели арбитражная оговорка, являющаяся частью договора, толкуется как соглашение, не зависящее от других условий договора. Вынесение арбитражем решения о недействительности договора не влечет за собой недействительности арбитражной оговорки.

Следует отметить, что принцип «компетенции-компетенции» был также закреплен в ст. 19 Закона о третейских судах:

- третейский суд самостоятельно решает вопрос о наличии или об отсутствии у него правомочий рассматривать переданный на его разрешение спор, в том числе в случаях, когда одна из сторон возражает против третейского разбирательства по мотиву отсутствия или недействительности третейского соглашения.

Сторона вправе заявить об отсутствии у третейского суда правомочий рассматривать переданный на его разрешение спор до представления ею первого заявления по существу спора».

Суть принципа «компетенции-компетенции» состоит в первоочередном принятии решения составом арбитров в отношении собственной компетенции при оспаривании действительности арбитражного соглашения одной из сторон.

Содержание принципа «компетенции-компетенции» проявляется в образовании двух правовых эффектов: позитивного и негативного. В «чистом» виде они состоят в следующем:

1) позитивный эффект данного принципа связан с наделением арбитров полномочиями на рассмотрение вопроса в отношении действительности арбитражного соглашения при оспаривании его одной из сторон;

2) запрет на рассмотрение государственным судом вопроса в отношении юридической «судьбы» арбитражного соглашения (наличия компетенции арбитража) до вынесения решения по этому вопросу арбитражем составляет негативный эффект принципа «компетенции-компетенции» [23].

Нормы о соотношении арбитражного соглашения и предъявления иска по существу спора в суде урегулированы в ст. 10 Закона об арбитраже, основанной на ст. 8 Типового закона ЮНСИТРАЛ «О международном торговом арбитраже», принятого 21 июня 1985 г. (в редакции с изменениями от 07 июля 2006 г.), и п. 1 ст. 6 Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже от 21 апреля 1961 г. [24].

Так, согласно ст. 10 Закона об арбитраже «суд, в который подан иск по предмету арбитражного разбирательства, должен, если любая из сторон просит об этом, не позднее представления своего первого заявления по существу спора направить стороны в арбитраж, если не найдет, что арбитражное соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено.

Несмотря на предъявление иска, указанного в части первой настоящей статьи, арбитражное разбирательство может быть начато или продолжено, и арбитражное решение вынесено, пока суд рассматривает вопрос о подсудности ему предмета арбитражного разбирательства».

Аналогичная норма была также предусмотрена ст. 7-1 Закона о третейских судах и ст. 6-1 Закона о международном арбитраже.

Таким образом, государственный суд не должен дожидаться, пока арбитраж исследует действительность арбитражного соглашения, только в строго перечисленных случаях – когда арбитражное соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено.

Изменение наименования постоянно действующего третейского суда или международного арбитража не влечет недействительности, утраты силы арбитражного соглашения, а также не приводит к невозможности исполнения арбитражного соглашения, а потому не может служить основанием для выводов об отсутствии у переименованного третейского суда или международного арбитража компетенции, равно как и о наличии основания для отмены судом арбитражного решения, вынесенного переименованным третейским судом или международным арбитражем.

Арбитражное соглашение, являясь гражданско-правовым договором, может быть признано недействительным при наличии установленных Гражданским кодексом Республики Казахстан (далее – ГК) и Законом об

арбитраже оснований по иску одной из сторон арбитражного (третейского) соглашения. При этом следует иметь в виду, что в силу прямого предписания п. 1 ст. 20 Закона об арбитраже вопрос о признании арбитражного соглашения недействительным должен решаться арбитражем, а не судом по иску сторон арбитражного соглашения.

Изменение наименования международных арбитражей и третейских судов не признается Гражданским кодексом и Законом об арбитраже в качестве основания для признания арбитражного (третейского) соглашения недействительным.

Таким образом, переименование ранее действовавшего третейского суда в арбитраж в связи с принятием Закона об арбитраже не влияет на действительность и применение ранее заключенной третейской (арбитражной) оговорки с указанием на старое название третейского суда.

В связи с этим, а также в соответствии со ст. ст. 10, 20 Закона об арбитраже вопрос о наличии или отсутствии у арбитража полномочий (юрисдикции) рассматривать переданный на его разрешение спор (в том числе в случаях, когда одна из сторон возражает против арбитражного разбирательства по причине недействительности арбитражного соглашения) должен решаться не судом, а арбитражем самостоятельно.

Наиболее опасным положением Закона об арбитраже было введение права на односторонний отказ стороны от арбитражного соглашения (п. 5 ст. 9 Закона об арбитраже). Эта норма просуществовала не так долго (до февраля 2017 года), но ее негативные последствия все еще имеют место в судебной практике.

Возможен ли односторонний отказ от арбитражного соглашения в период действия п. 5 ст. 9 Закона об арбитраже, если арбитражное соглашение было заключено до введения в действие Закона об арбитраже и не предусматривало право сторон на односторонний отказ от него? Для ответа на этот вопрос необходимо подвергнуть правовому анализу норму п. 5 ст. 9 Закона об арбитраже с учетом принципов толкования, закрепленных в ст. 6 Гражданского кодекса.

Согласно п. 2 ст. 6 ГК «при выяснении точного смысла нормы гражданского законодательства необходимо учитывать исторические условия, при которых она вводилась в действие, и ее истолкование в судебной практике, если это не нарушает требований, изложенных в пункте 1 настоящей статьи».

Пункт 5 ст. 9 Закона об арбитраже предусматривал, что стороны имеют право до возникновения спора в одностороннем порядке в соответствии со статьей 404 Гражданского кодекса Республики Казахстан отказаться от арбитражного соглашения, уведомив об этом вторую сторону в разумные сроки.

Эта норма просуществовала около одиннадцати месяцев – с момента введения в действие Закона об арбитраже 2016 года и до ее исключения Законом Республики Казахстан от 27 февраля 2017 года №49-VI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского, банковского

законодательства и улучшения условий для предпринимательской деятельности» (далее – Закон от 27 февраля 2017 года) [25].

В первоначальном проекте Закона об арбитраже, разработанном Министерством юстиции Республики Казахстан, норма об одностороннем отказе от арбитражного соглашения отсутствовала. Проект Закона об арбитраже был дополнен этой нормой в начале 2016 года во время его обсуждения в Сенате Парламента Республики Казахстан в следующей редакции: «5. Стороны имеют право до возникновения спора в одностороннем порядке отказаться от арбитражного соглашения, уведомив об этом вторую сторону в разумные сроки».

Однако данное дополнение было подвергнуто серьезной критике, поскольку законодательное закрепление права на односторонний отказ от арбитражного соглашения будет означать по своей сути нарушение Республикой Казахстан ее международных обязательств и приведет к фактическому прекращению действия Закона об арбитраже.

Законодательное закрепление нормы об одностороннем отказе от арбитражного соглашения не соответствует международной практике. Так, западные юристы, обращавшие внимание на эту проблему, также предупреждают о том, что совершенно неоправданно, чтобы сторона, которая свободно заключила договор, предусматривающий рассмотрение споров в арбитраже, имела право (часто на основании ложных аргументов) нарушить взятые на себя обязательства и обратиться в государственный суд [26]. Позиция зарубежных правоведов относительно неправомерности одностороннего расторжения третейского соглашения выстрадана многовековым опытом существования третейских судов [27].

Для того, чтобы как-то смягчить действие данной нормы, по предложению разработчика законопроекта п. 5 ст. 9 Закона об арбитраже был дополнен отсылкой к ст. 404 Гражданского кодекса.

Согласно п. 1 ст. 404 ГК односторонний отказ от исполнения договора (отказ от договора) допускается в трех случаях:

- 1) предусмотренных ГК;
- 2) предусмотренных иными законодательными актами;
- 3) предусмотренных соглашением сторон.

В соответствии с п. 2 ст. 404 ГК одна из сторон вправе отказаться от исполнения договора в случаях:

- 1) невозможности исполнения обязательства, основанного на договоре (статья 374 настоящего Кодекса);
- 2) признания в установленном порядке другой стороны банкротом, если иное не установлено законодательным актом Республики Казахстан о реабилитации и банкротстве;
- 3) изменения или отмены акта государственного органа, на основании которого заключен договор.

Арбитражное соглашение, являясь гражданско-правовым договором, тем не менее порождает процессуальные последствия. В силу особенностей

правовой природы арбитражного соглашения указанные в ст. 404 ГК основания невозможно применить к одностороннему отказу от арбитражного соглашения.

В связи с этим законодатель, отсылая к ст. 404 ГК, имел в виду, что норма п. 5 ст. 9 Закона об арбитраже не является самостоятельным основанием для одностороннего отказа от арбитражного соглашения, право на односторонний отказ от арбитражного соглашения должно быть прямо предусмотрено соглашением сторон (то есть самим арбитражным соглашением или основным договором, содержащим арбитражную оговорку).

«Принятие данной нормы было подвергнуто резкой критике. При экспертизе проекта Закона об арбитраже мы неоднократно предупреждали, что этого делать нельзя ни в коем случае».[28] Это подрывает сами основы арбитражного соглашения! Сам смысл арбитражного соглашения состоит именно в его нерушимости, невозможности расторгнуть его ни при каких обстоятельствах.

В гражданском праве односторонний отказ от договора рассматривается как нечто исключительное, допустимое при наличии серьезных оснований. Здесь таких оснований не усматривается.

Арбитражное соглашение в серьезных контрактах рассматривается как важная часть переговорного процесса. И, зачастую это является предметом длительных переговоров и взаимных уступок.

Более того, было не ясно как определять момент возникновения спора? Является ли он моментом, когда одна из сторон направляет другой стороне претензию либо он связан с моментом направления иска в арбитраж?

Казахстанскими юристами проводился критический анализ возможных крайне негативных последствий применения на практике нормы Закона об арбитраже об одностороннем отказе от арбитражной оговорки, что могло повлечь за собой отказ от обращения в казахстанские арбитражи.

Поэтому достаточно быстро эта ошибка законодателя была исправлена – Законом РК от 27 февраля 2017 года п. 5 ст. 9 был исключен из Закона об арбитраже.

В связи с введением в действие Закона об арбитраже возникла методологическая и в то же время техническая проблема. Дело в том, что Законом об арбитраже были предусмотрены одиозные нововведения (большая часть из которых впоследствии была отменена Законом РК от 27 февраля 2017 года): 1) право на односторонний отказ от арбитражного соглашения; 2) согласие уполномоченного органа для квазигосударственных организаций; 3) существенные условия арбитражного соглашения; 4) другие положения, связанные не с процедурой рассмотрения споров, а с арбитражным соглашением.

Ранее действовавшие Законы о третейских судах и о международном арбитраже таких норм не предусматривали.

Значит ли это, что эти новые положения могут применяться к тем соглашениям, которые были заключены до принятия Закона об арбитраже?

На этот вопрос следует ответить отрицательно. В соответствии с п. п. 1 и 2 ст. 43 Закона Республики Казахстан от 6 апреля 2016 года «О правовых

актах» (далее – Закон о правовых актах) принятый закон обратной силы не имеет, если в нем нет специальной оговорки о распространении закона на ранее возникшие отношения.

Закон об арбитраже не содержит оговорки о его распространении на отношения, возникшие в связи с заключением третейских (арбитражных) соглашений до введения в действие Закона об арбитраже.

Что касается процедурных моментов рассмотрения дела (сроки, порядок разбирательства и т.п.) здесь нет вопросов: применяется законодательство на момент рассмотрения спора.

Но что касается арбитражного соглашения, все нововведения должны применяться к тем соглашениям, которые были заключены после введения в действие Закона об арбитраже. На все соглашения, заключенные до этого срока, должно распространяться старое законодательство.

Из сказанного следует вывод, что эти соглашения нельзя расторгать в одностороннем порядке, не требуется согласия уполномоченного органа, не требуется соблюдения нормы о существенных условиях договора и т.п.

Положения Закона об арбитраже, связанные не с процедурой рассмотрения споров, а с арбитражным соглашением, не могут применяться к тем соглашениям, которые были заключены до принятия Закона об арбитраже.

Кроме того, в данном случае к третейским (арбитражным) соглашениям, заключенным до введения в действие Закона об арбитраже, возможно применение норм ст. 383 ГК «Договор и законодательство». Согласно п. 1 ст. 383 ГК договор должен соответствовать обязательным для сторон правилам, установленным законодательством (императивным нормам), действующим в момент его заключения. При этом в соответствии с п. 2 ст. 383 ГК, если после заключения договора законодательством устанавливаются обязательные для сторон правила иные, чем те, которые действовали при заключении договора, условия заключенного договора сохраняют силу, кроме случаев, когда законодательством установлено, что его действие распространяется на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров.

Норма п. 5 ст. 9 Закона об арбитраже действовала с момента введения в действие Закона об арбитраже 2016 года и до ее исключения Законом Республики Казахстан от 27 февраля 2017 года, введенным в действие по истечении десяти календарных дней после дня его первого официального опубликования.

Таким образом, сторона арбитражного соглашения могла в одностороннем порядке отказаться от арбитражного соглашения только при обязательном одновременном соблюдении следующих условий:

1) односторонний отказ от арбитражного соглашения возможен только в период действия п. 5 ст. 9 Закона об арбитраже, а именно с момента введения в действие Закона об арбитраже в 2016 году до ее исключения Законом Республики Казахстан от 27 февраля 2017 года введенным в действие по истечении десяти календарных дней после дня его первого официального опубликования;

2) арбитражное соглашение было заключено в период действия п. 5 ст. 9 Закона об арбитраже;

3) односторонний отказ от арбитражного соглашения был заявлен стороной до возникновения спора;

4) сторона, заявившая об одностороннем отказе от арбитражного соглашения, уведомила об этом вторую сторону в разумные сроки.

Таким образом, отказ стороны от арбитражного соглашения в период действия п. 5 ст. 9 Закона об арбитраже, если арбитражное соглашение было заключено до принятия и введения в действие Закона об арбитраже и не предусматривало право сторон на односторонний отказ от него, невозможен.

Возможно ли арбитражное разбирательство в случае нахождения одной из сторон в процессе реабилитации?

В судебной и арбитражной практике возник вопрос – является ли нахождение одной из сторон арбитражного соглашения в процессе реабилитации самостоятельным предусмотренным законодательством случаем, исключающим по п. 8 ст. 35 ГПК РК применение арбитражного соглашения к искам реабилитационного управляющего от имени реабилитируемого предприятия к другой стороне арбитражного соглашения?

В данном случае в первую очередь необходимо выяснить, обязан ли арбитраж применять Гражданский процессуальный кодекс вообще?

Согласно подпункту 2) ст. 5 Закона об арбитраже арбитражное разбирательство осуществляется с соблюдением в том числе принципа законности, означающего, что арбитры и арбитражи в своих решениях руководствуются нормами применимого по соглашению сторон права. В соответствии с п. 1 ст. 44 Закона об арбитраже при рассмотрении спора между физическими и (или) юридическими лицами Республики Казахстан применяется законодательство Республики Казахстан.

Таким образом, арбитраж только при вынесении решения по спору между физическими и (или) юридическими лицами РК обязан применять законодательство Республики Казахстан.

Однако вопрос заключается в том, обязан ли арбитраж при вынесении решения применять нормы ГПК? Анализ норм Закона об арбитраже позволяет сделать вывод, что арбитраж в процессе арбитражного разбирательства не обязан руководствоваться нормами ГПК. Когда речь идет о принципе законности и необходимости соблюдать законы, имеется в виду только материальное, а не процессуальное право.

О гражданском процессуальном законодательстве в Законе об арбитраже упоминается только в шести статьях. Так, ГПК применяется лишь в следующих случаях:

1) когда определяется деятельность суда (подпункт 2) ст. 2 Закона об арбитраже);

2) при обеспечении иска (п. п. 3 и 5 ст. 39 Закона об арбитраже);

3) при отмене арбитражного решения (п. п. 1 и 4 ст. 53 Закона об арбитраже);

4) при признании и приведении в исполнение арбитражного решения (п. 1 ст. 54, п. 3 ст. 55, п. 2 ст. 57 Закона об арбитраже).

Во всех остальных случаях ГПК при рассмотрении споров арбитражами не применяется. Что же касается основного вопроса – порядка арбитражного разбирательства, то согласно ст. 21 Закона об арбитраже арбитражи при вынесении решений руководствуются арбитражным соглашением, своими правилами арбитражного разбирательства и Законом об арбитраже.

Таким образом, арбитраж не обязан применять ГПК, за исключением случаев, прямо предусмотренных в шести вышеназванных статьях Закона об арбитраже.

В соответствии с п. 1 ст. 1 ГПК порядок судопроизводства по гражданским делам на территории Республики Казахстан определяется конституционными законами Республики Казахстан, Гражданским процессуальным кодексом Республики Казахстан, основанным на Конституции Республики Казахстан и общепризнанных принципах, и нормах международного права. Положения иных законов, регулирующих порядок гражданского судопроизводства, подлежат включению в настоящий Кодекс.

Гражданский процессуальный кодекс, представляя собой центральную часть законодательства Республики Казахстан о гражданском судопроизводстве, устанавливает порядок рассмотрения дел по спорам, возникающим из гражданских, семейных, трудовых, жилищных, финансовых, земельных и других правоотношений, а также дел особого производства (п. 2 ст. 1 ГПК).

В соответствии с п. 1 ст. 75 Конституции, ст. 7 ГПК правосудие в Республике Казахстан осуществляется только судом. Судами Республики являются Верховный Суд Республики, местные и другие суды Республики, учреждаемые законом (п. 3 ст. 75 Конституции). Постоянно действующие арбитражи не входят в судебную систему Республики Казахстан.

Таким образом, нормы ГПК не применяются в отношении арбитража, который не является судом и не входит в судебную систему РК.

Согласно ст. 1 Закона об арбитраже настоящий Закон применяется в отношении споров, возникших из гражданско-правовых отношений с участием физических и (или) юридических лиц, независимо от места жительства или места нахождения субъектов спора внутри государства или за его пределами, разрешаемых арбитражем, если иное не установлено законодательными актами Республики Казахстан.

Подведомственность дел арбитражам установлена исключительно ст. 8 Закона об арбитраже. Иные законодательные акты Республики Казахстан не содержат норм о подведомственности дел арбитражам.

Так, согласно п. 8 ст. 8 Закона об арбитраже арбитражу не подведомственны споры, по которым затрагиваются интересы несовершеннолетних лиц, лиц, признанных в порядке, установленном законом, недееспособными или ограниченно дееспособными, о реабилитации и банкротстве, между субъектами естественных монополий и их потребителями,

между государственными органами, субъектами квазигосударственного сектора.

Арбитраж не вправе рассматривать споры, возникающие из личных неимущественных отношений, не связанных с имущественными (п. 9 ст. 8 Закона об арбитраже).

В соответствии с п. 10 ст. 8 Закона об арбитраже арбитраж не вправе рассматривать споры между физическими и (или) юридическими лицами РК с одной стороны и государственными органами, государственными предприятиями, а также юридическими лицами, пятьдесят и более процентов голосующих акций (долей участия в уставном капитале) которых прямо или косвенно принадлежат государству, с другой – при отсутствии согласия уполномоченного органа соответствующей отрасли (в отношении республиканского имущества) или местного исполнительного органа (в отношении коммунального имущества).

Что касается предусмотренного п. 8 ст. 8 Закона об арбитраже запрета на рассмотрение арбитражем споров о реабилитации и банкротстве, то при буквальном толковании данной нормы речь в ней идет о том, что арбитраж не вправе разрешать дела о признании должника банкротом или применении реабилитационной процедуры.

Вопрос только в том, вправе ли арбитраж при наличии арбитражного соглашения рассматривать споры по сделкам, совершенным в рамках обычных коммерческих операций, между сторонами, в отношении одной из которых применена процедура реабилитации?

На этот вопрос следует ответить положительно. В арбитражной практике КМА имели место случаи разрешения составом арбитров КМА спора по сделке, совершенной ответчиком в рамках обычных коммерческих операций, в отношении которого была применена процедура реабилитации [29].

В соответствии с подпунктом 3) п. 1 ст. 77 Закона Республики Казахстан от 7 марта 2014 года №176-V «О реабилитации и банкротстве» (далее – Закон о реабилитации) с момента применения реабилитационной процедуры удовлетворяются требования кредиторов, возникшие из обязательств, в том числе из сделок, заключенных реабилитационным управляющим (должником), срок исполнения которых наступил в период осуществления реабилитационной процедуры. Кредиторы по обязательствам, возникшим из таких сделок, не включаются в реестр кредиторов и расчеты с ними производятся по правилам указанного подпункта 3) п. 1 ст. 77 Закона о реабилитации, а не согласно плану реабилитации.

Согласно п. 9 Нормативного постановления Верховного суда РК от 2 октября 2015 года №5 «О практике применения законодательства о реабилитации и банкротстве» (далее – Нормативное постановление) возбуждение производства по делу о банкротстве должника (о применении процедуры реабилитации или ускоренной реабилитации) не является основанием для прекращения производства по делам, по которым должник выступает в качестве ответчика. Кроме того, п. 9 Нормативного постановления предусматривает, что требования кредиторов, денежные обязательства перед

которыми возникли как до, так и после введения реабилитационной процедуры или ускоренной реабилитационной процедуры, рассматриваются судами в общем порядке.

Согласно п. 10 Нормативного постановления дела, по которым должник выступает истцом, рассматриваются по правилам гражданского судопроизводства без каких-либо изъятий. При этом следует принимать во внимание норму ст. 24 ГПК, предусматривающую, что подведомственный суду спор (конфликт), возникший из гражданско-правовых отношений, по письменному соглашению сторон может быть разрешен в порядке медиации, партисипативной процедуры или передан на рассмотрение арбитража, когда это не запрещено законом.

Пункт 8 ст. 35 ГПК «Состав суда» предусматривает, что дела по спорам, возникающим в рамках реабилитационной процедуры и процедуры банкротства, в том числе о признании сделок, заключенных должником, недействительными, о возврате имущества должника, о взыскании дебиторской задолженности по искам банкротного или реабилитационного управляющего, рассматриваются тем же судьей, которым вынесено решение о применении реабилитационной процедуры или о признании должника банкротом, за исключением дел по спорам, подсудность которых установлена статьей 31 настоящего Кодекса.

Указанная норма в отношении арбитража не применяется, поскольку определяет подсудность по делам, подведомственным суду. ГПК не применяется в отношении арбитража, который не является судом и не входит в судебную систему РК.

Подведомственность дел арбитражам установлена исключительно ст. 8 Закона об арбитраже. Иные законодательные акты Республики Казахстан не содержат норм о подведомственности дел арбитражам.

Норма п. 8 ст. 35 ГПК определяет состав суда по подведомственным и подсудным государственным судам делам и не призвана устанавливать подсудность дел, подведомственных арбитражу по ст. 24 ГПК и ст. 8 Закона об арбитраже.

Таким образом, нахождение одной из сторон арбитражного соглашения в процессе реабилитации не является самостоятельным предусмотренным законодательством случаем, исключающим по п. 8 ст. 35 ГПК РК применение арбитражного соглашения к искам реабилитационного управляющего от имени реабилитируемого предприятия к другой стороне арбитражного соглашения.

Может ли быть обжалован в кассационном порядке судебный акт, вынесенный судом по делу по иску реабилитационного управляющего при наличии действительного, исполнимого и не утратившего силу арбитражного соглашения?

Вопрос в данном случае заключается в том, препятствует ли существование нормы подпункта 5) п. 2 ст. 434 ГПК обжалованию в кассационном порядке в Верховный Суд Республики Казахстан судебных актов нижестоящих судебных инстанций местных судов Республики Казахстан, если они были приняты с нарушением норм ч. 4 ст. 7 ГПК о подведомственности и

подсудности спора по неподведомственному судам Республики Казахстан спору, подлежащему разрешению в арбитражном порядке в соответствии с заключенным между сторонами спора арбитражным соглашением?

Согласно п. 1 ст. 5 ГПК гражданское судопроизводство осуществляется на основе принципов, изложенных в главе 2 ГПК. Нарушение принципов гражданского судопроизводства в зависимости от его характера и существенности влечет отмену вынесенных судебных актов (п. 2 ст. 5 ГПК).

К числу фундаментальных принципов гражданского процессуального права, прямо вытекающих из ст. 75 Конституции Республики Казахстан, относится принцип осуществления правосудия только судом, закрепленный в ст. 7 ГПК. В соответствии с п. 4 ст. 7 ГПК решения суда, осуществлявшего гражданское судопроизводство по неподсудному ему делу, превысившего свои полномочия или иным образом существенно нарушившего предусмотренные настоящим Кодексом принципы гражданского судопроизводства, незаконны и подлежат отмене.

Как отмечают авторы Комментария к Гражданскому процессуальному кодексу Республики Казахстан: «Принципы гражданского процессуального права представляют собой закрепленные в действующем законодательстве основополагающие руководящие начала (идеи), выражающие сущность норм гражданского процессуального права и главные направления политики государства в области правового регулирования общественных отношений, связанных с защитой нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов субъектов гражданского процесса. Они пронизывают собой все гражданско-процессуальные нормы и институты и являются отправными (исходными) положениями, определяющими содержание норм о гражданском судопроизводстве.

Нарушение любого из принципов гражданского судопроизводства в зависимости от характера и существенности нарушения влечет отмену судебного акта. Степень существенности и характер допущенного нарушения оценивается вышестоящей судебной инстанцией с учетом обстоятельств дела и влияния нарушения на объективность и законность вынесенного решения» [30].

Таким образом, заложенный в п. 4 ст. 7 ГПК принцип, предусматривающий незаконность решения суда, осуществлявшего гражданское судопроизводство по неподсудному ему делу, а потому подлежащего отмене, применим ко всем гражданско-процессуальным нормам и институтам и является отправным (исходным) положением, определяющим содержание норм о гражданском судопроизводстве.

Согласно п. 1 ст. 434 ГПК вступившие в законную силу судебные акты местных и других судов в случае соблюдения апелляционного порядка их обжалования, а также судебные акты специализированной судебной коллегии Верховного Суда Республики Казахстан могут быть пересмотрены в кассационном порядке Верховным Судом Республики Казахстан.

Пункт 2 ст. 434 ГПК содержит исключение из п. 1 этой же статьи и относит к числу судебных актов, которые не подлежат пересмотру в кассационном порядке, судебные акты по делам по спорам, возникающим в

рамках реабилитационной процедуры и процедуры банкротства, в том числе о взыскании дебиторской задолженности по искам банкротного или реабилитационного управляющего (подпункт 5) п. 2 ст. 434 ГПК).

С учетом системного подхода подпункт 5) п. 2 ст. 434 ГПК необходимо толковать в его взаимосвязи с п. 4 ст. 7 ГПК, представляющим собой отправное (исходное) положение, определяющее содержание норм о гражданском судопроизводстве.

Таким образом, судебные акты по делам по спорам, возникающим в рамках реабилитационной процедуры и процедуры банкротства, в том числе о взыскании дебиторской задолженности по искам банкротного или реабилитационного управляющего, не подлежат пересмотру в кассационном порядке по существу, если они были вынесены судом без нарушения подсудности.

В том же случае, когда судебные акты, указанные в подпункте 5) п. 2 ст. 434 ГПК, были вынесены судом, осуществившим гражданское судопроизводство по неподсудному ему делу, превысившим свои полномочия или иным образом существенно нарушившим предусмотренные ГПК принципы гражданского судопроизводства, они согласно п. 4 ст. 7 ГПК незаконны и подлежат отмене в соответствии с п. 5 и 6 ст. 438 ГПК.

В соответствии с п. 3 ст. 434 ГПК вступившие в законную силу судебные акты местных и других судов в случае несоблюдения апелляционного порядка их обжалования, а также по делам, указанным в части второй настоящей статьи, могут быть пересмотрены в кассационном порядке по представлению Председателя Верховного Суда Республики Казахстан и протесту Генерального Прокурора Республики Казахстан при наличии оснований, предусмотренных частью шестой статьи 438 настоящего Кодекса.

Согласно п. 6 ст. 438 ГПК основаниями к пересмотру в кассационном порядке вступивших в законную силу судебных актов, указанных в частях третьей и пятой статьи 434 ГПК, являются:

- 1) случаи, когда исполнение принятого постановления может привести к тяжким необратимым последствиям для жизни, здоровья людей либо для экономики и безопасности Республики Казахстан;
- 2) случаи, когда принятое постановление нарушает права и законные интересы неопределенного круга лиц или иные публичные интересы;
- 3) случаи, когда принятое постановление нарушает единообразие в толковании и применении судами норм права.

С учетом вышеизложенного, можно прийти к следующему выводу. Если судебные акты, указанные в подпункте 5) п. 2 ст. 434 ГПК, были вынесены судом, осуществившим гражданское судопроизводство по неподсудному ему делу, превысившим свои полномочия или иным образом существенно нарушившим предусмотренные ГПК принципы гражданского судопроизводства, они согласно п. 4 ст. 7 ГПК незаконны и подлежат отмене в соответствии с п. 5 и 6 ст. 438 ГПК.

Таким образом, существование нормы пп. 5) п. 2 ст. 434 ГПК РК не препятствует, на наш взгляд, обжалованию в кассационном порядке в

Верховный Суд Республики Казахстан судебных актов нижестоящих судебных инстанций местных судов Республики Казахстан, если они были приняты с нарушением норм п. 4 ст. 7 ГПК о подведомственности и подсудности спора по неподведомственному судам Республики Казахстан спору, подлежащему разрешению в арбитражном порядке в соответствии с заключенным между сторонами спора арбитражным соглашением.

Анализ института медиации в Республике Казахстан показал определенные группы проблем организационного характера, одна из которых связана с реализацией принципов медиации.

Так, принцип невмешательства в процедуру медиации имеет ограничения, но ограничения эти в законе прямо не указаны, что создает перспективы для расширительного толкования возможностей вмешательства в будущем, что, в свою очередь, ограничивает принцип конфиденциальности.

Сам принцип конфиденциальности, на наш взгляд, недостаточно защищен, так как за нарушение данного принципа предусмотрена административная ответственность в виде штрафа в размере до 20 месячных расчетных показателей ст. 85 Кодекса об административных правонарушениях. Однако ущерб от разглашения сведений, ставших известными сторонам, может быть гораздо значительнее как в материальном, так и в моральном, нравственном плане., поэтому должна быть ужесточена ответственность как медиатора, так и участников медиации.

Итак, что касается непосредственно организации деятельности медиаторов, Закон Республики Казахстан «О медиации» в отличие, например, от Закона Республики Молдова «О медиации», предусматривает возможность деятельности медиатора только в рамках деятельности организации медиаторов, не регламентируя возможность индивидуальной работы.

Для создания организации медиаторов в форме общественного объединения необходимо 10 учредителей, которые уже являются профессиональными медиаторами, и если в г. Алматы, г. Нур-Султан, в областных центрах – это не проблема, то для районных центров задача нереальная, что препятствует развитию медиации в районах.

Ни Законом РК «О медиации», никаким иным нормативно-правовым актом, за исключением Кодекса об административных правонарушениях в части ответственности за разглашение сведений, ставших известными в процессе медиации (ст. 85), а также Уголовного кодекса РК в части использования медиатором своих полномочий вопреки задачам своей деятельности и в целях извлечения выгод и преимуществ для себя или других лиц, или организаций либо нанесения вреда другим лицам или организациям, если это деяние причинило существенный вред правам и законным интересам граждан или организаций либо охраняемым законом интересам общества или государства (ст. 251), не урегулированы вопросы основания и виды ответственности медиатора.

В то же время требование об условиях, объеме и основаниях ответственности медиатора, в качестве существенных условий договора о проведении медиации выдвинуто в п. 8 ч. 2 ст. 21 Закона «О медиации». В свою

очередь, ст. 393 Гражданского кодекса РК определяет, что договор считается заключенным, когда между сторонами, в требуемой в подлежащих случаях форме, достигнуто соглашение по всем существенным его условиям.

При этом существенными являются условия о предмете договора, условия, которые признаны существенными законодательством или необходимы для договоров данного вида, а также все те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение.

В настоящее время практически во всех договорах о проведении медиации эту норму стараются обходить фразой, что «условия, объем и основания ответственности медиатора определяются законодательством», но, как мы уже отмечали, какой-либо иной прямой ответственности медиатора, за исключением ответственности за нарушение принципа конфиденциальности и злоупотребления своими полномочиями, повлекшее существенное существенный вред, законодательством не предусмотрено.

На наш взгляд, п. 8 ч. 2 ст. 21 Закона РК «О медиации» [31] необходимо либо исключить в качестве существенного условия договора о проведении медиации, либо конкретизировать, какую именно ответственность имеет ввиду законодатель и каковы ее основания.

Определенные проблемы имеются в области подготовки, аттестации и ведения реестров медиаторов.

В настоящее время в Казахстане подготовку медиаторов ведут несколько десятков организаций медиаторов, но сказать точно на каком качественном уровне ведется такая подготовка, никто не может. На наш взгляд, подготовки в рамках курсов в объеме 50 часов недостаточно. Это должна быть либо отдельная специальность (и это, в свою очередь, станет одним из толчков развития медиации), или создание специализации в рамках подготовки бакалавров и магистров права либо психологии.

Мы считаем, что в целях развития института медиации в Республике Казахстан должен быть проанализирован позитивный зарубежный опыт с целью его внедрения в Казахстане в части решения проблем организационного характера.

С внедрением в Казахстане Закона «О медиации» основным «двигателем» развития медиации в государстве стал Верховный суд Республики Казахстан. Отсюда произошли некоторые, на наш взгляд, искажения в области применения медиации. В частности, анализ норм гражданского процессуального законодательства, а также норм, регламентирующих процедуру медиации показывает, что судебная медиация гораздо более детально регламентирована и имеет преимущественную силу перед медиацией досудебной или внесудебной.

Сама процедура внесудебной медиации урегулирована только Законом РК «О медиации», а также поскольку ч. 4 ст. 27 Закона РК «О медиации» определено, что соглашение об урегулировании спора, заключенное до рассмотрения гражданского дела в суде, представляет собой сделку, направленную на установление, изменение или прекращение гражданских прав

и обязанностей сторон, на указанное соглашение распространяются нормы гражданского законодательства в части регулирования сделок.

В казахстанском законодательстве приостановление по делу в случае обращения сторон к медиации предусмотрено лишь в гражданском процессе. В уголовном процессе сроки производства, как уже было сказано выше, не приостанавливаются, и это вызывает определенного рода проблемы на фоне того, что Законом РК «О медиации» предусмотрены сроки медиации до 30 суток.

Дело в том, что на досудебной стадии к медиаторам обращаются редко. На стадии разбирательства дела в суде зачастую обращаются на последних стадиях процесса, времени для разрешения дела остается катастрофически мало. А надо сказать, что в уголовном процессе медиация требует особенно вдумчивого и серьезного отношения, потому что приходится работать с психикой обвиняемого, потерпевшего, отсюда и затраты времени тоже бывают серьезными.

Программа максимум для хорошего медиатора в уголовно-правовой сфере – это результат, при котором ущерб, нанесенный потерпевшему, будет возмещен, вред заглажен, а подсудимый осознает корень своих проблем и действительно встанет на путь исправления без применения к нему уголовного наказания.

Кроме того, проблема заключается в том, что в соответствии со ст. 68 Уголовного кодекса РК вред должен быть заглажен, а ущерб возмещен, и только после этого возможно освобождение лица от уголовной ответственности в связи с примирением сторон.

Иногда условия примирения могут иметь долгосрочный характер. Например, в случае с выше упомянутыми М. и Б. подсудимый мог отработать тот ущерб, который нанес, тем самым заглотив причиненный вред, и потерпевший был не против, но закон, к сожалению, этого не позволяет. Подсудимому пришлось искать денег в займы, чтобы выплатить ущерб до вынесения постановления суда, а если бы он не нашел, что происходит довольно часто, иных способов возмещения ущерба законодатель не предлагает.

Надо сказать, что после вступления закона РК «О медиации» судебная практика по уголовным делам Алматинского городского суда пошла по пути утверждения соглашений об урегулировании правового спора, условиями которого предусматривалось возмещение нанесенного ущерба в рассрочку.

Ни ранее действовавшее уголовное законодательство, ни ныне действующее уголовное законодательство этого не позволяет, на основании чего были внесены ряд протестов прокуроров на подобные постановления судов об освобождении от уголовной ответственности, хотя теоретически это возможно. Для этого необходимо изменить законодательство и позволить сторонам договариваться об условиях примирения, пусть и реализация этих условий займет какое то время, а гарантией выполнения условий соглашения может стать рассмотрение об исполнении условий соглашения в рамках письменного упрощенного производства в рамках гражданского процесса (гл.

13 ГПК РК) либо отмена постановления об освобождении лица от уголовной ответственности в связи с примирением сторон, которое должно производиться не судом вышестоящей инстанции, а судом первой инстанции по заявлению потерпевшей стороны.

Имеется противоречие между действующим Уголовным кодексом РК и Законом РК «О медиации» в части применения медиации в уголовно-правовой сфере.

Так, согласно ст. 68 Уголовного кодекса РК медиация применяется по уголовным проступкам, преступлениям небольшой и средней тяжести, а также по тяжким преступлениям, если они не связаны с причинением смерти или тяжкого вреда здоровью человека и совершены несовершеннолетними, беременными женщинами, женщинами, имеющими малолетних детей, мужчинами, воспитывающими в одиночку малолетних детей, женщинами в возрасте пятидесяти восьми и свыше лет, мужчинами в возрасте шестидесяти трех и свыше лет, впервые совершившими тяжкое преступление.

Выводы

Примирительным процедурам в Гражданском процессуальном кодексе Республики Казахстан (далее ГПК) посвящена отдельная глава 17, в которой указаны виды примирительных процедур, установлен процессуальный порядок их заключения, утверждения судом и дальнейшего исполнения.

Суд принимает меры для примирения сторон, содействует им в урегулировании спора на всех стадиях процесса. Стороны могут урегулировать спор в полном объеме взаимных требований либо в части, заключив мировое соглашение, соглашение об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации или соглашение об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры либо используя иные способы в порядке, установленном ГПК.

Ходатайство об урегулировании спора с применением примирительных процедур может быть заявлено по любому делу искового производства, кроме дел, вытекающих из публично-правовых отношений, если иное не предусмотрено ГПК или законом.

Стороны вправе до удаления суда в совещательную комнату в судах первой, апелляционной, кассационной инстанций заявить ходатайство об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации.

Медиация – это метод посредничества в разрешении спора, цель которого состоит в содействии сторонам в самостоятельном урегулировании спора к взаимному удовлетворению и обоюдной пользе. Медиаторы не мирят стороны, не занимаются поиском виновных, а лишь помогают им договориться между собой в разрешении возникшего конфликта.

Закон Республики Казахстан «О медиации» от 28 января 2011 года регулирует общественные отношения в сфере организации медиации, определяет ее принципы и процедуру проведения, статус медиатора и предъявляемые к нему требования.

Соответствующим Законом Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики

Казахстан по вопросам медиации» внесены изменения и дополнения в том числе, в процессуальное законодательство в части процессуальных прав и обязанностей участников процесса, связанных с медиацией, а также использования в судопроизводстве итоговых документов по результатам медиации.

Согласно пункту 1 статьи 1 Закона, сферой применения медиации являются споры (конфликты), возникающие из гражданских, трудовых, семейных и иных правоотношений с участием физических и (или) юридических лиц, а также рассматриваемые в ходе уголовного судопроизводства по делам о преступлениях небольшой и средней тяжести, если иное не установлено законами Республики Казахстан.

Процедура медиации может применяться только при волеизъявлении двух сторон и не может применяться, если споры затрагивают или могут затронуть интересы третьих лиц, не участвующих в процедуре медиации. Нельзя также рассматривать в порядке медиации дела, в которой одной из сторон является государство.

Медиация может быть применена как до обращения в суд, так и после начала судебного разбирательства. В части внедрения медиации в практику особенно важна роль судов первой инстанции. Именно в суде первой инстанции проводится процедура досудебного урегулирования.

Согласно требованиям законодательства, суды обязаны проводить следующие действия.

- судья, в производстве которого находится дело, на любой стадии выясняет у сторон о возможности проведения судебной медиации;
- в случае заключения сторонами соглашения о проведении медиации, суд приостанавливает производству по делу на срок не более 10 рабочих дней;
- в последующем дело передается в канцелярию суда и посредством автоматизированного распределения, передается судье, осуществляющему примирительные процедуры, который с согласия сторон определяет дату и время проведения судебной медиации либо, при наличии ходатайства сторон медиация проводится судьей, в производстве которого находится дело;
- судья-медиатор при проведении медиации руководствуется нормами, установленными Законом республики Казахстан «О медиации» и ГПК, за исключением норм о ведении протокола судебного заседания, то есть протокол судебного заседания в этом случае не ведется;
- судья-медиатор вправе допустить к участию третьих лиц, если это поможет для урегулирования спора;
- соглашение заключается в письменной форме и подписывается сторонами. Данное соглашение должно содержать: предмет спора, судья-медиатор, условия соглашения, способы и сроки их исполнения, обязательство сторон о конфиденциальности и последствия их неисполнения или ненадлежащего исполнения. При неисполнении или ненадлежащем исполнении, по заявлению истца судом выписывается исполнительный лист и направляется на принудительное исполнение;

– если стороны достигли соглашения, то судья, в производстве которого находится дело, выносит определение об утверждении соглашения и прекращении производства по делу в соответствии с подпунктом б) статьи 277 ГПК;

– в определении о прекращении производства по делу суд указывает о возврате государственной пошлины в соответствии с частью 3 статьи 278 ГПК;

– если стороны не достигли соглашения в порядке судебной медиации или условия соглашения судом не утверждены, то производство по делу возобновляется и разбирательство дела проводится в общем порядке.

Необходимо отметить, что примирение сторон возможно как с помощью суда в рамках судебного процесса, так и вне суда с помощью независимых профессиональных и непрофессиональных медиаторов, нотариусов и адвокатов.

При этом, преимущества альтернативного способа решения спора путем проведения примирительных процедур заключается в том, что это в первую очередь экономит время и средства сторон, исключает продолжение судебного разбирательства, способствует снижению уровня конфликтности в обществе, а также созданию благоприятной правовой среды.

Более того, при примирении сторон в судебном процессе, из бюджета истцу возвращается уплаченная им при подаче иска в суд государственная пошлина.

В завершении хочется отметить, что активное применение примирительных процедур в разрешении спора в большей степени зависит от правосознания сторон спора, их стремления разрешить спор альтернативным способом, экономя свое время, средства и сохраняя между собой дальнейшие отношения. Именно поэтому развитие досудебных способов урегулирования споров, таких как медиация, является насущной потребностью современного цивилизованного общества.

1.3 Понятие, виды и содержание альтернативных способов разрешения споров

Анализ международно-правовых актов, национального законодательства, научной литературы свидетельствует о том, что единого понимания и единообразного использования понятий «примирительные процедуры», «досудебное урегулирование мирным путем», «мировое соглашение», «медиация», «альтернативное разрешение споров», «посредничество», «примирение» и т.п. на сегодня не существует. Много проблем возникает из-за того, что эти понятия переводятся с аутентичных текстов, а тем временем в аналогичные по звучанию термины в английском, русском и казахском языках может вкладываться разный смысл.

Системность современных исследований средств урегулирования споров, альтернативных судебным решением, ограничивается вопросами примирительных процедур в частноправовых спорах, мирового соглашения, альтернативного разрешения споров и медиации обычно в рамках гражданского

и арбитражных процессов, арбитража или изучением юридических конфликтов и компромиссов с позиции теории права.

Несомненно, между подходами к примирительным процедурам в частноправовых и публично-правовых спорах есть немало общего, однако также понятно, что примирительные процедуры в публичном праве, особенно если одной из сторон выступают не только государства, но и субъекты частного права, имеют определенные особенности, которые вытекают по меньшей мере с нарушением баланса равенства сторон и собственных интересов каждой стороны в результате спора.

Предполагаем, что основанием такого обобщения является то, что в основе любой примирительной процедуры лежат переговоры сторон, которые традиционно являются первым шагом в урегулировании различных разногласий, которые возникли между сторонами, как в национальном, так и в международном праве. Способы и механизмы проведения переговоров придают им особый порядок, характер, направление, определяют стороны, формируют критерии для выработки оптимальных условий примирения.

Сначала предлагаем выяснить, как между собой согласуются «примирительные» и «примирающие» процедуры в общеправовом законодательстве и правовой доктрине.

Почти вековое развитие применения досудебного урегулирования мирным путем в органах международного правосудия, системах международной защиты прав человека и, в частности, в самой мощной из них – европейской, остается вне поля зрения исследователей международного права.

В самом общем виде под альтернативным решением споров понимают совокупность правомерных способов, направленных на урегулирование или разрешение юридических споров и не относящихся к государственному производству (правосудию, административному порядку). К основным альтернативным способам и присущим им процедур принято относить переговоры, медиацию и арбитраж. Однако более детальный анализ зарубежной и отечественной юридической литературы дает возможность выявить существенную дифференциацию в определении категории способов, имеющих альтернативную природу. При этом термин «альтернативное разрешение споров» нередко заменяется термином «адекватное разрешение споров» (от англ. «Appropriate dispute resolution»), а также «эффективное разрешение споров», или EBC (от англ. «Effective dispute resolution», или EDR) [32].

Принимая во внимание указанные особенности, важно также отметить, что с развитием теоретических разработок, законодательных конструкций и правоприменительной практики альтернативные процедуры постепенно распространяются на государственную систему разрешения споров и начинают использоваться не только вне, но и в рамках судопроизводства. Сегодня альтернативные процедуры все чаще составляют сочетание частных и публичных элементов. Относительно судейской деятельности распространение этого явления имеет важное значение, поскольку расширяет и увеличивает практику участия судей в альтернативных процедурах.

Альтернативные способы разрешения конфликта (спора), в частности в судопроизводстве, могут быть задействованы в такой последовательности:

1) урегулирование конфликта (спора) без обращения в суд с иском о разрешении публично-правового спора;

2) урегулирование конфликта (спора) с использованием альтернативных способов, учитывая обязательную досудебную участие сторон в процедурах урегулирования спора;

3) после начала судебного процесса до вынесения судом решения по делу. При наличии в законодательстве соответствующих положений альтернативные процедуры могут быть задействованы также в процессе исполнения судебного решения в споре.

Среди основных альтернативных способов разрешения споров, как правило, рассматривают следующие три способа и присущие им процедуры, а именно:

– переговоры (англ. negotiation) – составляют процесс урегулирования юридического конфликта (спора) сторонами без привлечения третьего лица (посредника) для оказания помощи в примирении и достижении соглашения. Переговоры ориентированы на самостоятельное прекращение имеющихся разногласий сторонами на свое усмотрение;

– медиация (англ. mediation) – урегулирование юридического конфликта (спора) сторонами при содействии беспристрастного, незаинтересованного посредника (медиатора), призванного способствовать примирению сторон и достижению ими соглашения. Медиация ориентирована на прекращение имеющихся разногласий самими сторонами с общим руководством проведением процедуры со стороны медиатора;

– арбитраж (англ. arbitration) – это решение юридического спора частным (негосударственным) судом, уполномоченным вынести обязательное решение по результатам рассмотрения дела, что обычно осуществляется с участием сторон. Арбитраж ориентирован на решение имеющихся разногласий нейтральным третьим лицом (арбитром) с учетом правовых позиций сторон в споре.

Что касается применения альтернативных способов разрешения споров в судопроизводстве особое значение приобретает их классификация, в зависимости от общего характера процедуры и, как следствие, специфики участия в ней судьи, на состязательные и примирительные (согласительные, консенсуальные) [33].

Состязательные методы основаны на правоприменении, достаточно сложных и детальных доказательных правилах и связаны с решением юридических разногласий сторон путем вынесения специально уполномоченным нейтральным третьим лицом (третьими лицами), которое действует как судья (арбитр), обязательного решения по сути спора. Главной соревновательной процедурой в этом случае является арбитраж.

В отличие от состязательных, примирительные способы не нуждаются в дополнительной процедурной регламентации и установления системы доказательных правил, поскольку они основаны на урегулировании спора

самими сторонами путем согласования интересов друг друга, совместного поиска возможных вариантов прекращения разногласий и осуществления взаимных уступок, направленные на достижение сторонами взаимоприемлемого или взаимовыгодного соглашения по поводу спора, что между ними существует. К примирительным процедурам относятся, в частности: переговоры, медиация, независимая экспертиза по установлению спорных обстоятельств, урегулирования споров с помощью омбудсмана [34].

Необходимо заметить, что в зарубежных научных источниках выделяют несколько способов примирения, которые, по сути, составляют переговоры сторон юридического спора при участии посредника.

Если анализировать определение альтернативных способов, что приведенные в рамках приведенной выше классификации, урегулирование юридического спора сторонами при содействии посредника, по сути, является процедурой медиации (посредничества). Однако, кроме медиации, к альтернативным способам решения спора, которые соответствуют указанным выше критериям, также причисляют фасилитацию (англ. *facilitation*) и примирение (англ. *conciliation*).

Вместо этого заметим, что различия между фасилитацией, медиацией и примирением заключаются в росте роли и увеличении полномочий посредника, который способствует сторонам в достижении соглашения об урегулировании спора.

Несмотря на это существует несколько более общий подход к указанному выше вопросу, согласно которому все три названные процедуры, составляющие примирительные переговоры сторон юридического спора с участием посредника, является не чем иным, как разновидностями в пределах единого образа медиации. При этом содержание и характер деятельности медиатора, учитывая случаи, когда медиатором является судья, определяется с учетом уровня эскалации конфликта, положения участников в нем, готовности и способности сторон правильно воспринимать позиции и интересы друг друга и самостоятельно решать спорные вопросы.

Учитывая приведенные выше рассуждения, согласны с мнением о выделении так называемой «фасилитативной» или «способствующей» медиации, при которой деятельность посредника ориентирована прежде всего на процесс, а не на содержание и результат переговоров, а также «оценочной» медиации, при которой посредник наделен, по сути, теми же полномочиями, что и медиатор или примиритель.

Указанные модели (или стили) медиации должны учитываться в судопроизводстве, независимо от функциональной роли судьи во время подготовки и проведения примирительных процедур.

Если рассматривать фасилитацию и примирение как самостоятельные процедуры, то в рамках первой из приведенных классификаций к категории основных альтернативных способов наряду с переговорами и арбитражем должны быть зачислены и медиация, фасилитация, примирение. Однако с целью использования наиболее широко признанных обозначений и неприменение терминологии, по которой не достигнуто единодушие в научном

понимании, а также чтобы избежать осложнения в изложении материала, понятие «медиации» охватывать различную посредническую деятельность, что происходит в сфере альтернативного разрешения споров, в том числе исполнение судьей роли фасилитатора или примирителя в административном процессе.

На нормативно-правовом уровне закрепление получил лишь термин «примирительные процедуры» в пределах норм трудового и трудового процедурно-процессуального права. При этом стоит отметить, что содержание понятия «примирительная процедура» или «примирительные процедуры» законодатель не приводит, имеются в виду лишь упоминания по тексту Закона.

В научной среде наибольшее использование среди казахских текстов получил термин «примирительные процедуры». Языковеды и литературоведы склонны к мысли, что слова «примирительный» и «неконфликтный» имеют тождественное значение, однако термин «примирительный» получил большее распространение в атрибутивном использовании примирения.

По нашему мнению, наиболее уместным термином, который передает сущность примирительных процедур, будет именно термин «примирительные процедуры», которое мы используем в параграфе, такой термин является не только формальным выразителем трансформации соответствующей части речи в прилагательное («мир – примирить»), как в случае с термином «примирительные процедуры», терминологическая единица «примирительные» влияет на обозначения качественных характеристик самого понятия, что обусловлено их оценочным словообразовательным значением («примирительные, примирение сторон»).

В исследованиях различной тематики правоведы довольно часто выдвигают каждый раз разные критерии, характеризуя примирительные процедуры.

Например, есть мнение [35], что примирительные процедуры – это те формы альтернативного разрешения споров, которые направлены на взаимоприемлемое урегулирование и разрешение спора, который возник на основе добровольного волеизъявления сторон. Такое понимание, по нашему мнению, не лишено недостатков. Определяя примирительные процедуры через понятие «альтернативное разрешение споров», автор сужает понимание примирительных процедур, заимствуя понятие из американской правовой доктрины, однако это не совсем точно отражает суть примирительных процедур. В ходе примирительной процедуры спор всегда решается (путем принятия судебного решения), а иногда только регулируют. Урегулирование спора предусматривает вынесение решения, в котором определяется правый и неправый, достижение сторонами спора взаимовыгодного, компромиссного согласия, удовлетворяющего обе стороны спора. Важно то, что урегулирование спора может достигаться как непосредственно самими сторонами путем переговоров, так и с помощью других лиц – примирителей (посредников, медиаторов). Итак, примирение сторон – это путь, ведущий к ликвидации спора путем его урегулирования самими сторонами. При этом таким путем могут быть решен не только правовой спор (спор о праве) или правовой

неопределенности, но и другой конфликт. Примирение является процедурой, которая имеет целью сглаживание и ликвидацию конфликтной ситуации. В отличие от процедуры разрешения спора, цель которого состоит в выявлении правой и неправой стороны и вынесения решения на основании норм права, любая примирительная процедура нацелена на устранение противоречий между сторонами, сближение позиций сторон и достижение взаимоприемлемого выхода из сложившейся ситуации (часто вовсе без оценки позиций сторон), сохранения или восстановления конструктивных отношений между сторонами, которые спорят [36]. Такой подход с очевидностью позволяет говорить о «широком» понимании самих лишь терминов «урегулирование» и «примирение».

Пытаясь дать определение примирительным процедурам, специалист по альтернативному разрешению споров и вопросов примирения Мрастьева О.С., Юсупова А.Н. указывают на следующее [37]:

1) примирительные процедуры не всегда являются альтернативой судебному разбирательству, поскольку они не заменяют, а лишь дополняют его;

2) эти процедуры могут использоваться в рамках судебной системы, кроме того, могут вообще применяться при отсутствии намерений сторон начать судебное рассмотрение;

3) они направлены, как правило, не на разрешение споров, а на его урегулирование;

4) различные виды третейского рассмотрения, которые могут толковаться как применение примирительной процедуры, такой процедурой не являются, поскольку третейское рассмотрение по своей цели имеет характер соревновательной, а не примирительной процедуры, хотя примирение в его ходе может быть достигнуто.

Понятие «процедура», согласно Словарю русского языка, означает «официально установленный или общепринятый порядок осуществления, выполнения или оформления чего-либо».

Мы придерживаемся той точки зрения, что досудебное урегулирование мирным путем является составляющей более общего понятия «примирительная процедура», которое, кроме этого вида этой процедуры, содержит и другие. В зависимости от судебной институции, которая призвана решать тот или иной спор, или иных обстоятельств спора, сторонам доступен конкретный вид примирительной процедуры.

Важно понимать, что, хотя логика законодателя или ученого, который отождествляет конкретный вид примирительной процедуры с термином и понятием «примирительная процедура», нам понятна, исходя из процессуально-правовой природы этого явления, такое использование в доктрине или в законодательстве не является корректным.

Следует различать примирение сторон как юридический факт достижения согласия между ними и как один из видов примирительных процедур, то есть непосредственно *reconciliatio* (примирение). Под примирением как юридическим фактом нужно понимать прекращение спора на согласованных

сторонами условиях, юридически закрепленное в договоре или декларации между ними или в любом другом правовом инструменте. Характерной чертой примирительной процедуры является поиск взаимоприемлемых вариантов урегулирования спора в соответствии с интересами сторон, в том числе финансовых. Несмотря на то, что в примирительных процедурах могут участвовать примирители или иные нейтральные третьи лица, решение о том, прекращать спор и на каких условиях, принимают исключительно сами стороны.

Следовательно, в определении «примирительной процедуры», по нашему мнению, необходимо четко указать на то, что стороны независимо и самостоятельно урегулируют свои споры.

Сравнивая понятия «примирительные процедуры» и «дружественное урегулирование», используем как пример институт дружественного урегулирования, имеющийся в практике европейский суд по правам человека. Между тем важно отметить, что он имеет такие же признаки (в процедурном смысле), как и соответствующие институты в межамериканской и африканской региональных системах судебной защиты прав человека.

Относительно понятия «дружеское урегулирование», которое используется казахским законодателем (в смысле Конвенции о защите прав человека и основополагающих свобод (далее – Конвенции)), необходимо отметить следующее. Противоречие прежде всего вызывает корректность перевода текста Конвенции, официального перевода, и той терминологией, которой пользуются отечественные и зарубежные практики и исследователи.

В официальном казахском переводе Конвенции (ст. 39) используется определение «дружеское урегулирование», в английском и французском аутентичных текстах – «friendly settlement» и «reglement amiable» (дружественное урегулирование), в русском официальном переводе – «мировые соглашения» (мировые соглашения).

Сопоставление терминологии содержания п. 39 в официальных переводах Конвенции в государствах-членах Совета Европы позволяет проследить такую лексико-генетическую связь между примененными терминами в разных языках и языковых группах. В большинстве языков государств-членов Совета Европы и в 4 из 5 рабочих языков Совета Европы (английский, французский, немецкий, итальянский, русский) использован термин «дружественное урегулирование» или «урегулирования». С точки зрения терминологического использования таких терминов оправдано, поскольку они подчеркивают процессуальную форму процедуры дружественного урегулирования и правильно передают содержание аутентичного текста Конвенции.

Как отмечает Галиуллин Э.Р., в первом официальном переводе на русский язык этот термин был переведен как «дружественное урегулирование» (дружественное урегулирование), тогда как в дальнейшем официальном переводе используется термин «мировое соглашение» (мировое соглашение) [38]. Подходящий вариант русскоязычного перевода размещен и на официальном сайте Совета Европы.

Такой перевод по меньшей мере наделяет процедуру дружественного урегулирования двойственной природой мировых соглашений, нарушая установившееся соотношение процедуры дружественного урегулирования спора и результата этой процедуры (соглашения о дружественном урегулировании). Как удачно определяет Здрок О.Н., мировое соглашение, в том числе судебная мировая сделка, может рассматриваться как результат примирительной процедуры, но ни в коем случае не отождествляться с самой процедурой [39].

Очевидно, что мировое соглашение как олицетворение сочетания отношений материального и процессуального права имеет нечто общее с соглашением о дружественном урегулировании, которое может быть результатом процедуры, предусмотренной ст. 39 Конвенции, однако эти понятия не тождественны и не равнозначны.

Подтверждением обоснованности этой позиции является то, что в тексте ст. 39 Конвенции и тексте Правила 62 (1) Регламента Европейского суда по правам человека речь идет лишь о примирительной процедуре и условия этой процедуры, а не непосредственно сделки, как возможный результат примирения. Наконец, заинтересованные стороны вообще могут не прийти ни к какому результату или соглашение дружественного урегулирования может быть признана Судом неприемлемой в смысле ее несоответствия условию «дружественного урегулирования дела на основе уважения прав человека, как их определяет Конвенция и Протоколы к ней», согласно ст. 39 (1) Конвенции.

Конечно же, важно отметить, что только англоязычный и франкоязычный тексты Конвенции являются аутентичными. Другие, даже ратифицированные государствами-членами Совета Европы тексты, не являются официальными текстами Конвенции, а являются лишь официальными переводами.

Конвенция как особый тип юридического текста, как считают Гайсина А.Р., Точилкина Е.Д., во время перевода вызывает ряд проблем [40]. Поэтому не всегда текст перевода терминологии Конвенции на казахском или русском языке будет соответствовать семантическому содержанию аутентичного англоязычного и франкоязычного текстов.

При этом трудно не согласиться с тем, что использование в официальных переводах и юридической литературе различных с точки зрения терминологии юридических терминов в разных языках может иметь серьезные правовые последствия и негативное влияние на доктринальное толкование тех или иных норм Конвенции.

По нашему мнению, справедливо будет отметить, что перевод терминов «friendly settlement» и «reglement amiable» с английского и французского языков аутентичных текстов на русский язык как «дружественное урегулирование» наиболее точно передает семантическое значение и сущность указанного вида примирительной процедуры. Отметим и то, что термин «дружеское урегулирование» используется и в официальном переводе текста Конвенции на казахский язык. Однако, несмотря на активное использование, сам термин «дружественное урегулирование» ни в законодательстве, ни в мировой доктрине остается не определенным.

Подытоживая изложенное выше, заметим, что большинство альтернативных процедур является примирительными или преимущественно примирительными. Наряду с арбитражем основные процедуры примирения (переговоры и медиация) занимают центральное место в системе альтернативного разрешения споров и имеют фундаментальное значение в становлении такой формы защиты прав, свобод и законных интересов субъектов общественных отношений. Этим во многом объясняется необходимостью активного использования примирительных процедур в судопроизводстве при решении публично-правовых споров.

Развитие и распространение дружественных досудебных и внесудебных способов урегулирования споров в значительной мере способно дополнить принимаемые государством меры по разгрузке судебной системы, а также качественному изменению и совершенствованию культуры разрешения споров в обществе. При этом среди многообразия альтернативных способов разрешения споров именно медиация предоставляет сторонам возможность достичь соглашения, отражающего их истинные интересы и потребности на основе исчерпания конфликта. И только процедура медиации (помимо третейского суда и международного арбитража, а также института омбудсмана, для которого урегулирование споров является одной из многих выполняемых функций) получила в РК законодательное закрепление [41].

Мы склонны считать, что во время применения общего понятия «примирительные процедуры» мы имеем дело с несколькими видами этой процедуры, к которым можно отнести следующие: досудебное урегулирование мирным путем, медиация, альтернативное разрешение споров, посредничество, переговоры, мировое соглашение как процессуально-правовой институт, а не договор.

Считаем целесообразным такое содержание понятия: примирительные процедуры – это правомерные способы консенсуального урегулирования субъектами публичных или частных правоотношений споров, которые возникли между ними на взаимоприемлемых условиях в соответствии с их финансовыми и другими, интересами с возможным привлечением нейтральных третьих лиц.

Дружеское урегулирование (в широком смысле) означает достижение заинтересованными сторонами спора взаимовыгодного согласия на основе уважения к правам человека, как их определяет соответствующий международно-правовой акт.

Понятие партисипативной процедуры в нашем законодательстве появилось не так давно. С принятием нового ГПК РК допускается урегулирование спора в порядке партисипативной процедуры. Партисипативная процедура проводится без участия судьи путем проведения переговоров между сторонами при содействии урегулированию спора адвокатами обеих сторон и стороны вправе заявить ходатайство об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры до удаления суда в совещательную комнату.

Данный способ урегулирования спора является существенным дополнением и изменением задач по содействию мирному урегулированию спора, предупреждению правонарушений и формированию в обществе уважительного отношения к закону и суду.

Партисипативная процедура состоит из трех этапов (или уровней):

Первый этап – это выдвижение предложений сторонами по иску (спору, проблеме), при этом предложения могут выдвигаться как индивидуально каждой стороной, так и в групповом совместном обсуждении.

Второй этап – это разработка альтернатив сторонами как выход из сложившейся ситуации (спора, иска, проблемы), при этом отличие разработки от выдвижения заключается в конкретных деталях каждого варианта, включая плюсы и минусы для каждой стороны, возможность исполнения тех или иных условий, то есть своеобразный тест на реальность.

Третий этап – это выбор альтернативы сторонами из всех предложенных вариантов. В случае успешного проведения завершается заключением письменного соглашения, где указан выбранный сторонами вариант.

Сферой применения партисипативной процедуры являются гражданско-правовые споры, возникающие из гражданских, трудовых, семейных и иных правоотношений с участием физических и (или) юридических лиц, за исключением публично-правовых споров, если иное не установлено законами.

Партисипативная процедура не применяется к вышеуказанным спорам, в случае, если такие споры затрагивают или могут затронуть интересы третьих лиц, не участвующих в партисипативной процедуре, и лиц, признанных судом недееспособными либо ограниченно дееспособными.

Судья, рассматривающий дело, проверяет содержание соглашения об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры и выносит определение о его утверждении и о прекращении производства по делу.

Аналогичное соглашение, заключенное в рамках процедуры медиации и партисипативной процедуры в ходе гражданского процесса, приравнивается к мировому соглашению и функции суда по его утверждению аналогичны функциям суда по утверждению мирового соглашения. Одинаково решается вопрос и об ответственности сторон за неисполнение соглашения или ненадлежащее его исполнение

2 ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ПРИМИРИТЕЛЬНЫХ ПРОЦЕДУР В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

2.1 Мировое соглашение сторон – как универсальная форма примирения сторон в гражданском процессе

Современные исследования злоупотреблений процессуальными и материальными правами для науки важны по той причине, что такие исследования должны побудить к широкому восприятию материального и процессуального права, а также к пониманию сложности достижения желаемого для лица результата, когда на его пути встречается оппонент – опытный специалист, способный использовать определенные права (как материальные, так и процессуальные) на вред другому лицу.

Они обусловлены общими нормативно закрепленными принципами рассмотрения и разрешения споров между субъектами хозяйствования. Согласно действовавшему до 2001 года принципа арбитражного на арбитраж (позже – в арбитражный суд) была возложена обязанность содействовать достижению соглашения между сторонами. Условия такого соглашения (в случае ее достижения) подавались в виде письменного заявления, подписанного представителями сторон. Решение по сути спора принималось в соответствии с этим соглашением, если оно не противоречит законодательству, фактическим обстоятельствам и материалам дела [42].

Глава 17 Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан (далее – «ГПК РК») посвящена примирительным процедурам, одной из которых является заключение сторонами мирового соглашения.

Основные требования, предусмотренные нормами ГПК РК для заключения мирового соглашения, следующие (ст. ст. 175-176 ГПК РК):

- заключается в письменной форме и подписывается сторонами или их представителями при наличии у них полномочий, прямо предусмотренных в доверенности;

- допускается заключение на любой стадии судебного разбирательства до удаления суда в совещательную комнату в судах первой, апелляционной, кассационной инстанций, а также при исполнении судебного акта;

- не может нарушать права и законные интересы других лиц и противоречить закону;

- утверждается судом;

- должно содержать согласованные сторонами условия с указанием срока и порядка его исполнения;

- заключение мирового соглашения под отлагательным условием не допускается;

- могут содержаться условия об отсрочке или рассрочке исполнения обязательств ответчиком с указанием сроков отсрочки или рассрочки, уступке права требования, полном или частичном прощении либо признании долга, распределении судебных расходов, условиях принудительного исполнения мирового соглашения и иные условия, не противоречащие закону;

– если в мировом соглашении отсутствует условие о распределении судебных расходов, они считаются взаимно погашенными.

Бывают случаи, когда стороны боятся заключать мировое соглашения из-за недоверия в добровольном исполнении его условий другой стороной. Для этого случая в ч. 2 ст. 178 ГПК РК предусмотрено, что мировое соглашение, не исполненное добровольно, подлежит принудительному исполнению на основании исполнительного листа, выдаваемого судом по ходатайству лица, заключившего мировое соглашение.

Таким образом, лицо, заключившее мировое соглашение может не опасаться, что в будущем в случае неисполнения другим лицом условий мирового соглашения добровольно, он не сможет принудительно его исполнить.

Другим немаловажным преимуществом заключения мирового соглашения является возврат уплаченной государственной пошлины в полном объеме.

Ч. 3 ст. 278 ГПК РК предусмотрено, что при прекращении производства по делу в случае заключения сторонами мирового соглашения, суд должен указать в определении о возврате уплаченной государственной пошлины.

После вступления в законную силу определения суда об утверждении мирового соглашения, сторона, уплатившая государственную пошлину, может обратиться в территориальный налоговый орган по месту уплаты государственной пошлины с заявлением о ее возврате. При этом заявитель прикладывает к налоговому заявлению определение об утверждении мирового соглашения с отметкой суда о вступлении в законную силу и квитанцию об уплате государственной пошлины.

Условия мирового соглашения излагаются в адресованных суду письменных заявлениях, которые приобщаются к делу [43]. На практике мировое соглашение чаще оформляется в виде единого подписанного сторонами документа, который подается в суд с заявлением о его утверждении.

Определения мирового соглашения показывает, что мировое соглашение заключается сторонами с целью урегулирования спора на основе взаимных уступок [44].

Относительно теоретического определения понятия мирового соглашения единого мнения в научной литературе не сформировано. Мировое соглашение означает заключенное сторонами и утвержденное судом соглашение, в соответствии с которой истец и ответчик путем взаимных уступок ликвидируют гражданско-правовой спор, возникший между ними [45]. Мировое соглашение – это двустороннее соглашение между истцом и ответчиком, при заключении которого они фактически заново определяют свои права и обязанности в спорных правоотношениях [46]. Мировое соглашение – это договор, заключаемый между сторонами с целью прекращения спора на условиях, связанных сторонами [47]. Данная точка зрения поддержана определением, что мировое соглашение следует рассматривать как распорядительное действие сторон по взаимному урегулированию

материально-правового спора, который возник, на взаимоприемлемых условиях [48].

В основу мирового соглашения могут быть положены прощение долга, признание требований, отступное, зачет требований, новация, рассрочка или отсрочка исполнения спорного обязательства [49].

В целом представляется возможным квалифицировать мировое соглашение как договоренность сторон по урегулированию спора на определенных, согласованных сторонами условиях.

С теоретической и практической точки зрения важно правильное определение правовой природы мирового соглашения. Принимая во внимание, что мировое соглашение является договоренностью, договором, направленным на согласование действий сторон в рамках существующего спора, такой документ имеет признаки сделки. Правильной и обоснованной представляется позиция других ученых о необходимости применения к мировому соглашению общих требований к действительности сделок, очерченных в ст. 157 Гражданского кодекса РК. Следствием их несоблюдения может быть недействительность мирового соглашения. Сейчас действующее законодательство не содержит специальных норм относительно оснований признания мирового соглашения недействительным, а следовательно, этот вопрос подлежит решению на основе общих предписаний Гражданского кодекса Республики Казахстан.

В зарубежном законодательстве мировое соглашение также рассматривается как сделка, уговор, договор. В частности, по законодательству Франции мировое соглашение определяется как материально-правовой договор, предписания относительно ее формы, содержания и сферы применения сосредоточены в ст. 2044-2058 Гражданского кодекса Франции. Основания недействительности мирового соглашения определены в ст. 2053-2057 Гражданского кодекса Франции (ошибка в субъекте или предмете спора, совершение сделки под влиянием насилия или заблуждения, подписание сделки во исполнение недействительного договора или на основе поддельных документов, заключение мирового соглашения относительно требований, которые ранее были рассмотрены и разрешены судом в рамках иного судебного дела и т.д.).

Мировое соглашение имеет и процессуальное значение, поскольку следствием его заключения является прекращение производства по делу (при условии утверждения соглашения судом). В литературе высказано мнение, что мировое соглашение имеет юридическую силу только когда оно утверждено судом, что фактически означает ее квалификацию как судебного решения *suī generis* [50]. В практике отечественных судебных органов преобладает именно такой подход, однако эта позиция требует уточнения, поскольку ею подрывается материально-правовое содержание мирового соглашения как договоренности сторон.

По мнению автора, мировое соглашение является документом комплексной правовой природы – это материально-правовой договор, заключение которого приводит к процессуально-правовым последствиям.

Указанные составные элементы следует рассматривать как отдельно, так и в совокупности. Мирное соглашение как материально-правовой договор является заключенным с момента достижения сторонами в надлежащей форме согласия по всем существенным условиям договора согласно предписаниям ст. 157 ГК РК, если другой момент вступления в силу не согласован сторонами (при этом при любых условиях необходимо соблюдение предписаний законодательства относительно действительности сделок). Такое соглашение, как гражданско-правовой договор, является совершенным даже до утверждения судом (если иное не предусмотрено в самом соглашении), ведь характер отношений по сделке и его юридическая сила определяется его содержанием, а не названием. Иными словами, даже до утверждения соглашения судом такая договоренность будет обязательной для сторон как обычный гражданско-правовой договор, и на условия такой договоренности по изменению или прекращению обязательств можно ссылаться в общем порядке. Содержание такого соглашения требует правовой оценки суда. В то же время эта договоренность не завершает судопроизводство по делу и не может обеспечиваться мерами принудительного исполнения.

Признаков процессуально-правового документа мирное соглашение вступает только после утверждения судом, и именно с этого момента ее исполнение обеспечивается возможностью применения мер принудительного исполнения согласно Закона РК «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей» [51].

Оспаривание мирного соглашения (в том числе и утвержденного судом) должно осуществляться в рамках отдельного судебного дела. В случае признания его недействительным постановление о прекращении производства по делу подлежит отмене в порядке пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам.

Мирное соглашение может касаться лишь прав и обязанностей сторон относительно предмета иска [52]. Условия мирного соглашения должны непосредственно касаться предмета иска, что исключает указание в нем действий, средств или имущества, которые не относятся к данному предмету [53]. Такая позиция является взвешенной, поскольку в противном случае суд будет вынужден исследовать отношения и обстоятельства, которые не относятся к предмету спора, что противоречит общим принципам судебного разбирательства. В этом контексте представляется ошибочной практика утверждения мировых соглашений о передаче имущества в собственность в счет погашения существующего денежного долга. Предложение о предоставлении сторонам возможности при заключении мирного соглашения выйти за пределы предмета спора представляется ошибочным и требует пересмотра.

Мирное соглашение может быть заключено как по всем исковым требованиям, так и по их части, однако на момент завершения судебного производства должна быть обеспечена правовая определенность по каждому заявленному исковому требованию. Третьи лица, заявляющие самостоятельные требования на предмет спора, могут заключать мирное соглашение в рамках

поданного ими иска. Прокурор и третьи лица, не заявляющие самостоятельных требований на предмет спора, не могут выступать сторонами мирового соглашения, однако они не лишены права предоставлять суду объяснения и возражения во время обсуждения вопроса о возможности утверждения заключенного сторонами соглашения.

Как указывалось выше, целью мирового соглашения является устранение существующего в настоящее время спора на согласованных сторонами условиях, и именно этим должен определяться ее содержание. Обычно указывают две группы условий мирового соглашения: обязательные (относительно условий, размера и сроков исполнения обязательств) и факультативные (об отсрочке или рассрочке исполнения обязательства, уступке права требования, признании долга или уменьшении его размера и т.п.) [54]. Условия мирового соглашения должны быть изложены четко и недвусмысленно с тем, чтобы не возникало неясности и споров по поводу его содержания при исполнении. Суд не утверждает мировое соглашение, если оно не соответствует закону, или по своему содержанию оно является таким, что не может быть выполнено в соответствии с его условиями, или если такое соглашение окончательно не решает спора или может привести к возникновению нового спора. Мировое соглашение не может решать вопросы о правах и обязанностях сторон, которые могут возникнуть в будущем, а также касаться прав и обязанностей других юридических или физических лиц, которые не принимают участия в деле или, хотя и принимают такое участие, но не являются участниками мирового соглашения. Заключение мирового соглашения невозможно и в тех случаях, когда те или иные отношения однозначно урегулированы законом и не могут изменяться волеизъявлением сторон [55]. Примерами споров, не подлежащих урегулированию на основе мирового соглашения, являются дела о признании недействительными сделок, о признании права собственности и др.

Действующее законодательство не устанавливает порядок распределения судебных расходов в случае прекращения производства по делу в связи с заключением мирового соглашения и в то же время не ограничивает стороны урегулировать эти вопросы по взаимной договоренности. Включение в мировое соглашение положений о распределении судебных расходов не противоречит общим принципам процессуального права и является целесообразным с точки зрения обеспечения полного и исчерпывающего урегулирования отношений сторон в связи с завершением судебного производства. При утверждении мирового соглашения 50% суммы уплаченного судебного сбора подлежит возврату из бюджета, а остальное распределяется между сторонами поровну (если другие условия распределения не согласованы в тексте мирового соглашения).

Отдельного внимания требует вопрос возможности обеспечения выполнения мирового соглашения путем применения штрафных санкций. Не могут включаться в мировое соглашение условия о взыскании неустойки (штрафа, пени) за невыполнение его условий [56]. Данная позиция представляется недостаточно обоснованной, поскольку лишает стороны

возможности применения санкций к лицу, которое нарушает принятые на себя обязательства. В качестве примера зарубежного опыта урегулирования соответствующих вопросов можно привести предписания ст. 2047 Гражданского кодекса Франции, согласно которой в мировое соглашение могут быть включены условия о применении санкций в отношении того, кто не выполняет данное соглашение [57]. Целесообразным является введение подобных правил в национальном законодательстве с конкретизацией порядка и условий применения (взыскания) соответствующих начислений с целью недопущения осложнений в дальнейшем исполнении мирового соглашения.

Утверждение мирового соглашения происходит в судебном заседании по результатам обсуждения данного вопроса участниками судебного процесса. Утверждение мирового соглашения является основанием прекращения производства по делу. Следует отметить, что утверждение судом мирового соглашения с одновременным прекращением производства по делу является одноактным (неразрывным) процессуальным действием и не может рассматриваться как два самостоятельных акта – отдельно утверждение мирового соглашения и о прекращении производства [58].

Утверждение мирового соглашения возможно только до завершения рассмотрения дела в суде первой инстанции, а также на стадии исполнения решения суда. Такими полномочиями не наделены суды апелляционной и кассационной инстанций, а также Верховный Суд Республики Казахстан. Действующий правовой механизм существенно ограничивает диспозитивные права сторон по урегулированию спора на основе взаимной договоренности после завершения рассмотрения дела в первой инстанции. Следует предусмотреть возможность заключения мирового соглашения на любой стадии судебного производства. Если мировое соглашение заключено на этапе обжалования и пересмотра судебного решения, суд соответствующей инстанции утверждает такое соглашение с одновременным признанием судебного решения недействительным и прекращает производство по делу.

Важное значение для сторон мирового соглашения имеет определенный законодательством порядок его выполнения. Мировое соглашение не отнесено к числу исполнительных документов, выдача судом приказа на принудительное исполнение мирового соглашения также не предусмотрена. В случае уклонения одной из сторон от исполнения мирового соглашения после истечения срока (срока) выполнения ею своих обязанностей по настоящему соглашению:

1) если постановление суда об утверждении мирового соглашения соответствует требованиям законодательства, то оно является исполнительным документом и подлежит исполнению судебной исполнительной службой; поэтому при наличии указанного условия исковое заявление о побуждении к исполнению мирового соглашения не подлежит рассмотрению в судах;

2) если же определение суда об утверждении мирового соглашения не содержит всех данных, указанных в требованиях законодательства, то такое постановление не имеет статуса исполнительного документа, и другая сторона в деле не лишена права обратиться с иском о побуждении к исполнению мирового соглашения, в случае удовлетворения которого суд выдает приказ.

Соответствующий иск может иметь как имущественный, так и неимущественный характер в зависимости от содержания условий мирового соглашения [59].

С целью создания реальных гарантий защиты прав сторон мирового соглашения усматривается целесообразным введение более четких предписаний по выполнению данного документа. Необходимым является включение в текст ГПК РК специальной нормы о том, что определение об утверждении мирового соглашения (если такой сделкой предусматривается совершение определенных действий) должно соответствовать всем требованиям, предусмотренным для исполнительного документа. В случае уклонения лица от исполнения обязательств по мировому соглашению соответствующие действия подлежат совершению в принудительном порядке согласно Закону РК «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей» на основании определения суда об утверждении мирового соглашения. В случае выявления несоответствия вынесенного постановления требованиям к исполнительному документу такие недостатки подлежат устранению, а не путем возбуждения нового судебного дела.

Мировое соглашение также может быть заключено сторонами на стадии исполнения судебного решения, тогда оно утверждается судом и является основанием окончания исполнительного производства.

Наиболее сложными и эмоционально напряженными считаем дела, вытекающие из семейных отношений, когда вопрос ставится о разводе, разделении совместного имущества супругов, определении места проживания ребенка (детей) с одним из родителей, восстановления алиментов, разрешение на выезд ребенка за границу и тому подобное. Такие комплексные иски заявляются в суд, но суды по понятным причинам, как правило, их разъединяют в различные производства.

Итак, для реализации «мирного плана» урегулирования спорных правоотношений возникает необходимость определиться, как решать дело: комплексно или фрагментарно. В этом случае вопрос стоит о том, стоит находить простейшие положения, которые не вызывают существенного противостояния, и по ним заключать мировые соглашения или стараться комплексно решить все дела одновременно одним мировым соглашением. Здесь стоит отметить, что довольно часто мирные переговоры сопровождаются недоверием не только сторон мирового соглашения, но и высококвалифицированных представителей между собой. Во время формулировки условий мирового соглашения можно выявить уровень квалификации оппонента, действительные интересы противоположной стороны и на этом основании сделать вывод о том, не оппоненты пытаются использовать время для удовлетворения других интересов, не побуждают к допущению ошибок оппонентом и тому подобное.

Ведение переговоров по разрешению спора мирным путем – это не только сложная правовая полемика между сторонами и их представителями, но и тяжелый, эмоционально напряженный разговор, где на психологическом уровне решаются не только предложения противоположной стороны, но и ее

поведение, тон разговора и тому подобное. Поэтому для достижения успеха мало делать уступки только со стороны одной стороны, нужно еще действовать в ее интересах, то есть требовать от другой стороны «шагов навстречу», но в разумных пределах и на выгодных для обеих сторон условиях, с учетом положений ст. 193 ГПК РК о том, что мировое соглашение не должно противоречить закону или нарушать права, свободы или интересы других лиц.

Так, во время рассмотрения одного семейного дела вопрос стоял о разделе имущества супругов в натуре. Согласно с таким разделением дом должен отойти супругу, а квартира и автомобиль – жене, о чем шла речь в предложенном сторонами первоначальном проекте мирового соглашения. Кроме того, этим проектом мирового соглашения за женой оставалось право на половину земельного участка под домом. После консультации представителя мужа с женой были внесены уточнения к соглашению, в соответствии с которыми она согласилась на то, чтобы право собственности на дом и земельный участок под ним осталось за мужем. Такой шаг, как подарок женой пяти соток земли под домом, мужу, был высоко оценен оппонентами, а все другие вопросы, касающихся детей, их содержание отцом, который собирался на постоянное место жительства за границу, погашение алиментного долга недвижимым имуществом, решились без существенных проблем. Поэтому, по мнению автора, наилучшим способом урегулирования многовекторного спора между сторонами является комплексное мировое соглашение, где будут системно урегулированы все спорные отношения между ними. Положительным моментом такого варианта урегулирования этих отношений является и то положение, что у сторон есть возможность фактически договариваться по мирному решению и других вопросов (объектов), имеющих отношение к спорным правоотношениям. В такой ситуации «объект обсуждения» может вмещать несколько реальных предметов, каждый из которых можно разложить на элементы, по которым следует вести переговоры. Автор не считает целесообразным подробно анализировать поведение субъектов во время переговоров, способы влияния на оппонента и т. п., поскольку исследования в этой сфере относятся к конфликтологии, риторике и другим отраслям науки [60]. Главное, на что следует обратить внимание, так это на то, что предметом исследования данных отраслей науки является конкретное поведение лица, риторические приемы и техники, которые следует использовать во время проведения переговоров. А вопросы, которые являются предметом переговоров и касаются прав и обязанностей субъектов материальных отношений являются предметом права (как материального, так и процессуального), поэтому должны исследоваться в рамках определенных отраслей правовой науки. В частности, специалистам известно, что после открытия исполнительного производства с должника будет взыскиваться исполнительный сбор, что является негативным для него, но мало кто из специалистов обращал внимание на то, что и взыскатель должен платить авансовый взнос, что также ложится дополнительным финансовым «бременем» на последнего. Следовательно, этот аргумент может быть основополагающим во время переговоров со взыскателем. Поэтому всевозможные новейшие секретные техники

переговоров должны опираться на аргументы, которые вытекают из знаний процессуальных отраслей правовой науки.

Так, из средств массовой информации известно, что распространенными являются услуги по созданию соседям тяжелых жилищных условий в коммунальной квартире с целью склонения последних к заключению договора продажи доли в квартире на невыгодных условиях, поэтому и такой аргумент, как вселение в коммунальную квартиру «скандальных» соседей, которые будут действовать на грани нарушения закона, также используется в реальных переговорах. Поэтому на каждый очевидный или неожиданный аргумент нужно быстро находить достойный контраргумент и выдвигать собственные предложения.

Реальный процесс переговоров начнется только тогда, когда оппоненты почувствуют сильные стороны позиции друг друга, бесперспективность дальнейшей конфронтации и возможность недостижения желаемого результата через реальные контрмеры оппонента. Следует также заметить, что комплексный документ об урегулировании многовекторного спора (комплексное мировое соглашение) будет отличаться сложностью, что в некоторой степени является негативным моментом в его урегулировании. Поэтому при составлении проекта комплексного мирового соглашения необходимо приложить много усилий, чтобы качественно сформулировать и согласовать между собой все его существенные условия, определить взаимозависимые положения, а также установить средства обеспечения выполнения обязательств каждой стороной.

Следует также признать, что позиции отдельных ученых трудно однозначно воспринять, когда речь заходит о комплексном характере урегулирования спора. Субъектами заключения мирового соглашения должны быть только стороны (или их представители). Автор же считает, что для комплексного урегулирования спора нужно учитывать позиции всех заинтересованных лиц, чтобы следующая мировая сделка была стабильной и порождала реальные правовые последствия. Поэтому в этом контексте заслуживает внимания предложение о необходимости привлечения и подписания мирового соглашения третьим лицом без самостоятельных требований, участвующее в деле на стороне ответчика с целью предъявления к нему регрессного иска [61].

Актуальным в этой связи является анализ положений законодательства, где говорится об изменении очередности получения права на наследование, а также установлено, что участие в договоре должны принимать заинтересованные наследники, а договор должен заключаться после открытия наследства. При этом не допускается нарушение прав наследника, который не принимает в нем участие, а также наследника, который имеет право на обязательную долю. Это правило в некоторой степени проливает свет на то, кто же и в каком качестве может участвовать в соответствующем гражданском деле по подтверждению права на изменение очередности наследования. Но конкретно не определено, кто же могут расцениваться как заинтересованные наследники, поэтому могут иметь место злоупотребления правом, когда по

договоренности один из наследников, принявший наследство первым, расторгает соответствующий договор с целью уменьшения долей других наследников. Аналогичными могут стать гражданские дела, когда подставной наследник определит как ответчика заинтересованного наследника и заключит с ним мировое соглашение о признании права на наследование и тому подобное.

Но это лишь один из примеров использования мирового соглашения по причинам возможного злоупотребления правом, когда в результате несовершенства норм материального права возникает возможность влиять на права и интересы других лиц. Критический взгляд можно объяснить тем, что заключение договора об изменении очередности наследования необходимо заверять только тогда, когда все желающие принять наследство наследники должны воспользоваться своим правом на наследование, то есть после истечения шестимесячного срока на принятие наследства, и в период заключения соответствующего договора нотариальное действие по выдаче свидетельства о праве на наследство по закону должно приостанавливаться. В таком случае все наследники способны будут выразить свое желание или нежелание признать право на изменение очередности на наследование, а также принять участие в соответствующем гражданском деле, если наследник не получит согласие от всех наследников. Предоставленный автором конструктивно-критический анализ этой нормы закона даст основания изложить ее в редакции, чтобы усложнить возможность злоупотребления правом (как материальным, так и процессуальным), а также предостеречь права всех заинтересованных лиц. В любом случае для стабильности мирового соглашения в рассматриваемой правовой ситуации целесообразно до заключения мирового соглашения привлекать всех наследников, которые имеют право на наследование и претендуют на наследство.

Перечислить все возможные варианты сложных дел, где участвуют, кроме сторон, третьи лица с самостоятельными требованиями по предмету спора или без таковых, а также лица, которых специально не уведомили о рассмотрении дела, чтобы тайно от кредитора передать ценный объект, на который может быть обращено взыскание и т. п., невозможно. Одно очевидно, что с участием в мировом соглашении всех заинтересованных лиц, а не только сторон, оно будет обладать большей стабильностью. Поэтому искусственное ограничение субъектов заключения мирового соглашения только сторонами (или их представителями) не только нерационально, но и противозаконно. В частности, это положение противоречит гражданско-правовому принципу свободы договора, а также интересам всех заинтересованных лиц.

То есть не только многовекторность предъявленных претензий, но и субъектный состав лиц, участвующих в гражданском деле или исполнительном производстве, могут диктовать круг субъектов мирового соглашения, которые в своих интересах будут пытаться повлиять на его содержание. То есть и в этом случае рекомендовано комплексно решать дело путем привлечения к участию в заключении мирового соглашения всех заинтересованных лиц. Так, при определении солидарной или субсидиарной ответственности нескольких лиц у

них будет личная заинтересованность в заключении мирового соглашения по установлению объема и последовательности предъявления претензий кредитором. Если такие интересы не будут учтены, то возникнут определенные процессуальные осложнения, когда не привлеченные к участию в мировом соглашении заинтересованные субъекты будут обжаловать определение суда, которым было признано мировое соглашение, а соответствующая гражданское дело может на длительный срок затянуть восстановление прав кредитора. Поэтому именно в интересах кредитора привлекать к участию в деле всех заинтересованных лиц на стороне ответчика. Например, при предъявлении иска к одному из супругов, с кем непосредственно был заключен договор займа, другого супруга целесообразно привлекать к участию в деле как третье лицо без самостоятельных требований на стороне ответчика, чтобы в дальнейшем предостеречь возможный иск о признании договора недействительным как заключенного без согласия другого супруга и тому подобное.

Поэтому системность в заключении мирового соглашения диктует необходимость заранее определять последовательность предложений мирного урегулирования спора по субъектному составу, учету субъективных интересов каждой личности будущего договора, чтобы определить потенциальную возможность заключить комплексное мировое соглашение. При этом обращение с офертой довольно часто воспринимается как слабость позиции, но это взаимовыгодный способ урегулирования спора, а этот аргумент необходимо донести до оппонентов одним из первых. Вместо многолетнего рассмотрения дела судом, связанного с постоянными затратами времени, средств, усилий, негативными эмоциями, лучшим считаем вариант взвешивания взаимных претензий и перспектив их доведения до реального исполнения, что позволит определить уровень взаимных уступок. Быстро рассчитывать на акцепт оферты не приходится, поскольку оппоненты должны посмотреть на собственные перспективы, увидеть реальность намерений контрагента и даже квалификацию представителя оппонента.

Мировое соглашение в досудебном порядке сложно достигается, но оно может быть заключено на любой стадии судебного разбирательства и даже в уголовном производстве, если будут предложены интересные для противоположной стороны условия. В каждой ситуации следует учитывать движение дела и системно анализировать, и использовать правовое положение оппонента. Например, после двух проигрышей дела в кассационном суде и направлении дела на новое рассмотрение в суд первой инстанции обе стороны будут уставшие, а даже принципиальные оппоненты, скорее всего, будут готовы к компромиссному способу урегулирования спора.

Выводы:

В качестве вывода можно отметить, что мировое соглашение является важным и эффективным способом урегулирования спора на основе компромисса и соблюдения коммерческих интересов сторон. Активизация применения данного правового института будет способствовать совершенствованию норм законодательства на основе результатов научных

исследований, анализа судебной практики и положительного зарубежного опыта.

Мы надеемся, что предложенные рекомендации будут полезными во время проведения законопроектной работы и будут способствовать дальнейшему развитию основ диспозитивности в гражданском процессе Республики Казахстан. Даже сугубо в рамках гражданского процесса следует принимать во внимание сложность и многовекторность материальных и процессуальных интересов лиц, участвующих в деле, порождающих множество возможных вариантов развития правоотношений между ними. Например, автор ознакомился с судебной практикой, когда кредитное учреждение, подписывая договор ипотеки, требовало от должника указать адрес проживания, отличный от квартиры, которая находится в ипотеке, а затем в исковом заявлении указал адрес места жительства из договора ипотеки. Несмотря на то, что ни одна судебная повестка-извещение не было доставлено ответчику, суд принял заочное решение. Далее раз в полгода истец обращался за получением судебного решения, но не мог получить его, потому что заочное решение не могли вручить ответчику, то есть фактически оно не вступило в законную силу. На каких основаниях истцу все же удалось получить решение, из дела установить невозможно, но только после открытия исполнительного производства и во время описи исполнителем ипотечного имущества должник узнал о наличии такого решения. Во время пересмотра заочного решения суда, истец заявил об увеличении исковых требований с учетом процентов за все время вплоть до судебного разбирательства дела и насчитал пеню. Таким образом, в этом деле имеет место одновременное злоупотребление материальными и процессуальными правами, когда юридическая неосведомленность должника была использована максимально, а первое заочное решение суда было сознательно запланировано использовать лишь для того, чтобы обратить взыскание на имущество должника и в дальнейшем увеличить начисления. То есть, на первый взгляд, это гражданское дело содержало в себе заявленные и потенциально значительно более высокие требования кредитора, а такой фактор, как время судебного разбирательства, использовался для роста процентов по кредиту.

Следовательно, для ведения в таком и подобном деле переговоров следует сформулировать окончательные требования истца, возражения ответчика против предъявленного иска и возможные встречные иски, которые были предъявлены ответчиком в этом деле, чтобы предостеречь злоупотребление истцом своими материальными и процессуальными правами. Арифметические расчеты по этому делу только позволят определить границы требований сторон в этом и подобном деле, но реальные торги между сторонами должны учитывать все аспекты дальнейшего развития правоотношений и перспективы окончательного расчета между сторонами. Например, общеизвестны способы затягивания процесса восстановления прав путем предъявления требования о рассрочке или отсрочке исполнения обязательства, иска другого из супругов или других кредиторов относительно имущества должника, обжалование действий исполнителя,

признании торгов недействительными и тому подобное. Такие способы злоупотребления правом предоставляют существенные преимущества для ответчика-должника, если им не противопоставлять элементы защиты прав ища-кредитора. Следует отметить, что проанализированное выше дело не является достаточно сложным, поскольку заявленные требования лежат в плоскости одних правоотношений. То положение, что встречный иск оставался не рассмотренным в течение четырех месяцев, а при этом даже не была вынесено предписание об открытии производства в деле, только усложняет деятельность апелляционного суда, а не само производство по делу в суде первой инстанции.

2.2 Медиация как современный способ урегулирования споров

Четкое законодательное определение основных понятий является одной из главных предпосылок действенности законодательства. При рассмотрении вопроса понятии медиации, прежде всего, следует отметить, что она является междисциплинарным явлением, которое обуславливает отсутствие единого подхода к ее определению.

В общем толковании термин «медиация» происходит от латинского «mediatio» и означает посредничество. В свою очередь, последнее определяется «Толковым словарем казахского языка» как «1. Содействие в становлении или осуществлении деловых контактов, торговых, дипломатических и др. сношений между кем-, чем-либо; помощь в налаживании общения между кем-либо... 2. Содействие примирению кого-нибудь, установлению мира между враждебными государствами». Именно в значении содействия примирению медиация определяется как один из способов альтернативного решения споров и, таким образом, сразу следует заметить, что медиацию необходимо отличать от посредничества в гражданско-правовых и коммерческих отношениях.

Рассматривая медиацию как правовое явление, указывают на наличие двух основных подходов к ее определению. Первый подход, обозначенный как концептуальный (теоретический), заключается в раскрытии понятия медиации через основные цели, задачи и принципы разрешения спора, который осуществляется при участии третьего независимого лица. Вторым, описательным (практическим) подходом растолковывается и определяется содержание процедуры проведения медиации [62]. То есть фактически речь идет о широком и узком определении медиации.

Такой именно подход к определению медиации предлагается когда рассматривают медиацию одновременно и как процесс разрешения конфликта, в котором независимая третья сторона, которая называется медиатором или посредником, способствует добровольному взаимовыгодному согласию во время разрешения спора между сторонами конфликта, и как метод решения споров, по которым независимое третье лицо (медиатор) помогает сторонам прийти к приемлемому варианту разрешения спора, способствуя их взаимопониманию, внося ясность в согласованные и спорные вопросы, помогая им понять позиции друг друга, предлагая варианты урегулирования тому подобное, не навязывая его сторонам спора. [63].

В юридической литературе предлагаются и другие определения медиации:

– как способа разрешения сторонами спора при участии третьего независимого лица (посредника), который помогает сторонам найти взаимовыгодное решение;

– как способа согласования споров, по которым взаимоприемлемое для сторон решение конфликта происходит при участии посредника без обращения в суд;

– как привлечение незаинтересованного посредника для урегулирования спорных моментов;

– как средства урегулирования спора с помощью независимого, нейтрального посредника, который способствует сторонам в достижении соглашения;

– как добровольный и конфиденциальный способ разрешения конфликтной ситуации, где медиатор в ходе структурированной процедуры помогает участникам конфликта вступить в прямые переговоры с целью выработки совместного решения проблемы.

Анализ юридической литературы показывает, что значительное количество исследователей предлагает рассматривать определение медиации в прочной связи с понятием переговоров.

Так, указывают на синонимичность понятий медиации и посредничества и отмечают, что они представляют собой переговорный процесс, осуществляемый с помощью независимого стороны-квалифицированного посредника (медиатора) [64].

Медиацию характеризуют как усовершенствованную форму переговоров, которая указывает, что она является способом прийти к согласию между сторонами спора посредством привлечения независимой стороны-медиатора [65].

Определяют медиацию как профессиональное руководство переговорами, осуществляемое третьим лицом, которое способствует сторонам в самостоятельном поиске компромисса. Медиация – процесс в основном формальный, во время которого третье беспристрастное и компетентное лицо, организуя общение между сторонами, пытается помочь сторонам спора прийти к согласию в спорных вопросах, решить конфликт и найти с его участием решение, которое бы удовлетворяло обе стороны спора [66]. Сторонником такой же позиции является и М.Н. Козюк, который считает, что медиация – это управление переговорами третьим лицом, которая способствует самостоятельному поиску компромисса сторонами спора [67].

Предлагают определять медиацию как процесс переговоров, где медиатор организует их проведение и обеспечивает руководство таким образом, чтобы стороны пришли к наиболее выгодного для обоих решение, что сведет конфликт на нет [68].

Медиацию также определяют как переговоры между конфликтующими субъектами с участием медиатора (посредника), который помогает сторонам, которые спорят, урегулировать свои разногласия и прийти к решению, которое

устраивает обе стороны. В то же время указывают, что при проведении медиации медиатор может как проводить переговоры между сторонами, так и лишь консультировать их, общаться с каждой из них отдельно.

Приведенные выше подходы нельзя считать однозначно правильными по следующим мотивам. Во-первых, медиация не является формой переговоров. Переговоры рассматриваются в системе способов альтернативного решения споров как самостоятельный универсальный способ альтернативного решения гражданско-правовых споров, реализуемый через переговорный процесс во время непосредственного конструктивного взаимодействия сторон и направленный на достижение взаимоприемлемого компромиссного решения. В системе способов альтернативного решения споров переговоры относятся к таким, которые не предусматривают привлечения третьего лица к разрешению споров, тогда как медиация входит именно в последние (вместе с третейским судом). Одновременно целесообразно указать, что переговоры являются необходимой составляющей медиации, а налаживание конструктивного переговорного процесса – одной из ее задач. Поэтому, во-вторых, возведение медиации только к руководству переговорами является весьма ограниченным подходом к ее толкованию: медиатор не просто налаживает переговорный процесс между сторонами, а помогает сторонам прийти к согласию благодаря пониманию и учету настоящих интересов (как собственных, так и интересов контрагента), используя для этого различные приемы и методы, выбор которых обуславливается видом и моделью медиации. Кроме того, в подавляющем большинстве приведенных определений речь идет о медиации в узком смысле, тогда как в широком понимании это, прежде всего, один из способов альтернативного решения споров.

Медиация может быть определена как примирение и поиск конструктивного варианта решения спора благодаря установлению важных для обеих сторон вопросов; всестороннему изучению сути предмета спора, что предоставляет спору возможности стать «инструментом учения» и основой для улучшения отношений между сторонами. С помощью медиации стороны имеют возможность возобновить или иногда и начать диалог [69]. Итак, авторы этого определения в основном концентрируются на окончательной цели медиации, а не на ее признаках как способа решения спора.

Предлагают определить медиацию как независимый неюрисдикционный способ разрешения правового спора путем переговоров сторон при участии незаинтересованного лица – медиатора [70]. Таким образом, что важно, определяют место медиации в общей системе решения споров, указывая на ее неюрисдикционный характер. Следует отдельно подчеркнуть, что такой подход является необходимым и при формулировании законодательного определения медиации. В то же время в приведенной дефиниции происходит кое-где смешение широкого и узкого толкования медиации.

Выяснения понятия гражданско-правовой медиации предлагают, рассматривая ее как альтернативный разрешению судом конфиденциальный способ разрешения гражданско-правового спора и налаживание взаимопонимания между его сторонами, с которого они по собственной воле

делают попытки с помощью медиатора выработать и принять решение, способное удовлетворить самые удачные интересы обеих сторон спора, то есть решить его [71]. В целом такой подход является также удачным и охватывает большинство характерных признаков медиации, которые отличают ее от других способов разрешения споров. В то же время вряд ли это определение может быть охарактеризовано как определение именно гражданско-правовой медиации.

Достаточно общим и таким, который содержит большинство характерных признаков медиации, является подход, который определяет медиацию как разновидность процедуры примирения, в основе которой лежит урегулирование спора или конфликта путем достижения сторонами взаимовыгодного, компромиссного решения, которое будет удовлетворять обе стороны, при участии третьего нейтрального лица – медиатора, который, осуществляя общее руководство процедурой, помогает сторонам достичь максимально эффективного решения самостоятельно [72].

Таким, что включает все существенные признаки медиации, можно назвать и формулировку, согласно которой медиация – это альтернативный способ разрешения спора, по условиям которого стороны на добровольных началах участвуют в переговорах и с помощью независимой и квалифицированной третьей стороны (медиатора) пытаются достичь консенсуса и решить собственный спор с учетом интересов каждой из них [73]. Но, опять-таки, нельзя сводить решение споров с помощью медиации исключительно к переговорному процессу.

Удачным является выражение, определяющее медиацию как самостоятельный способ альтернативного решения споров, заключающийся в обеспечении принятия сторонами самостоятельного компромиссного взаимоприемлемого решения по спору в процессе непосредственного или опосредованного общения при содействии избранной сторонами по взаимному согласию независимого третьего лица [74]. Приведенная формулировка является определением медиации в широком смысле. Акцентируя внимание на том, что медиация является самостоятельным способом альтернативного решения споров, автор указывает на ее место в общей системе способов разрешения споров, а также место в системе альтернативного решения споров, что является необходимым и при законодательном определении медиации.

Нельзя оставить без внимания также понятия медиации, которые содержатся в нормативно-правовых актах.

Учитывая процесс приведения национального законодательства стран в соответствие с требованиями международного законодательства, рассмотрение действующих нормативных определений медиации нужно начинать с Директивы №2008/52/ЕС Европейского парламента и Совета о некоторых аспектах посредничества (медиации) в гражданских и коммерческих делах (далее – Директива ЕС о медиации), которая раскрывает понятие посредничества, указывая, что это «организованный процесс, какое бы название он не имел, в котором две или более сторон пытаются добровольно достичь решения своего спора с помощью посредника» [75]. Стоит отметить,

что Директива ЕС о медиации содержит достаточно универсальное определение терминов «медиация» и «медиатор», с помощью которых ее авторы пытались, учитывая отсутствие единого подхода к определению данных понятий, обеспечить единообразное толкование медиации в различных странах-членах ЕС с одновременным учетом особенностей законодательного регулирования и практики применения этого способа решения споров, которые уже сложились в этих странах.

Также заслуживает внимания определение медиации, которое содержится в статье 1 Типового закона ЮНСИТРАЛ (комиссии ООН по международному торговому праву) по международным коммерческим арбитражным процедурам от 24 июня 2002 года (далее – Типичный закон ЮНСИТРАЛ), согласно которой медиация «это процесс ..., когда стороны привлекают третье лицо или человек ... с целью оказания ими помощи в мирном урегулировании споров, возникающих по поводу контрактных или иных правовых отношений, или связаны с ними. Мировой посредник не имеет права навязывать сторонам способы урегулирования спора» [76]. Итак, в данном случае речь идет об узком толковании медиации.

Британский центр эффективного разрешения споров (Centre for Effective Dispute Resolution, CEDR) также предлагает суженное понимание медиации как разностороннего конфиденциального процесса, в котором незаинтересованное лицо помогает сторонам спора принять решение относительно его решения, но непосредственно принятие этого решения остается за сторонами спора [77].

Законодательные определения медиации, содержащихся в недавно принятых законах стран бывшего Советского Союза, мало чем отличаются, по сути.

Статья 2 Закона Республики Казахстан «О медиации» от 28 января 2011 года определяет медиацию как процедуру урегулирования спора (конфликта) между сторонами при содействии медиатора (медиаторов) в целях достижения ими взаимоприемлемого решения, реализуемая по добровольному согласию сторон.

В европейских странах определение медиации основывается в основном на положениях Директивы ЕС о медиации. Так, согласно Стандартов проведения медиации Республики от 26 июня 2006 года под «медиацией» подразумевается добровольный и конфиденциальный процесс, в котором независимое постороннее лицо по согласию сторон помогает им решить конфликт [78].

Таким образом, различия в определении медиации (иногда и весьма существенные) встречаются не только в юридической литературе, но и в законодательстве различных стран. Вместе с тем при наличии указанных различий можно выделить основные признаки медиации, что является общим для всех определений. Во-первых, это цель медиации – разрешение спора и решения конфликта. Во-вторых, достижение указанной цели происходит при участии независимого третьего нейтрального лица – медиатора.

Слово «конфликт» происходит от латинского «conflictus» и означает «столкновение между сторонами спора», «столкновение противоположных

интересов, мнений, взглядов; серьезные разногласия; острый спор; трение, столкновение, коллизию». Конфликт является предметом изучения многих общественных наук, прежде всего философии, социологии, психологии, конфликтологии.

Относительно спора, то он формулируется как словесное состязание; обсуждение чего-нибудь двумя или несколькими лицами, в котором каждая из сторон отстаивает свое мнение, свою правоту; спор. Конфликтом считаются действительные недоразумения между лицами, базирующимися на требованиях, просьбе одной стороны и их игнорировании другой стороной. Следовательно, спор может быть и без конфликта.

Решение правового спора имеет ту специфику, что оно, как правило, заключается в принятии судом (арбитражем) решения, основанного на правовых нормах. В то же время это не всегда имеет следствие также решения конфликта, поскольку нередки случаи, при которых с принятым решением согласна только одна сторона, выигравшая дело, или даже не согласны обе. Относительно решения конфликта, то первостепенным здесь становится выяснение вопроса возможности взаимных уступок, что и позволяет выработать решение, по которому полностью или частично согласятся обе стороны. Этот компромисс может быть достигнут как сторонами самостоятельно благодаря переговорам между ними, так и при участии третьего лица, которое помогает сторонам наладить общение и прийти к взаимоприемлемому для сторон решению. При решении конфликта во время медиации согласие достигается непосредственно сторонами, которые на свое усмотрение определяют свои дальнейшие отношения, оформляя договор о разрешении спора. Таким образом, спор считается нивелированным, когда стороны либо достигли договоренности между собой самостоятельно, либо с помощью независимого лица.

Следовательно, понятие «разрешение спора» допускает вариант сохранения коллизионных взаимоотношений сторон, что может проявляться, скажем, в отказе от добровольного исполнения судебных решений или прекращении дальнейших партнерских отношений между сторонами. Разрешение конфликта, наоборот, приводит к прекращению спора, более активного добровольного исполнения сторонами взятых на себя обязательств, помогает сохранить партнерские (деловые) и личные взаимосвязи сторон.

Решение конфликта заключается, прежде всего, в минимизации проблем, ставших причиной разногласия позиций сторон, вследствие чего происходит достижение согласия между участниками конфликтных отношений [79]. Медиатор, пытаясь помочь сторонам в разрешении конфликта, должен соблюдать психологические особенности конструктивного решения спора, учета особенностей психики конфликтующих сторон, соблюдения главных принципов и факторов разрешения конфликтов. Во время медиации часто имеют место проявление одновременно два аспекта этой деятельности: в правовом аспекте решается спор, в психологическом – развязывается конфликт. Это вполне логично, поскольку по своей природе медиация существует на стыке разных дисциплин, и в юридической литературе даже характеризуют как

связывающую звено между юриспруденцией и психологией. При проведении медиации необходимо соблюдать баланс предметной и эмоциональной составляющей, что находятся в основе спора, тогда как при судебном рассмотрении преимущество отдается первой, а при психотерапевтическом сеансе – второй. Когда речь идет о применении медиации для решения гражданско-правовых споров, чаще всего следует говорить о решении спора через разрешение конфликта. Если между сторонами спора существует конфликт, то решить спор с помощью медиации без решения такого конфликта просто невозможно, поскольку стороны должны принять решение самостоятельно. В то же время, наличие спора не всегда означает наличия конфликта, а потребность в привлечении медиатора для поиска компромиссного решения может быть вызвана другими причинами, что опять таки, делает нецелесообразным указание на решение конфликта в законодательном определении медиации.

Следует также заметить, что о применении медиации для разрешения конфликта идет в основном в рамках восстановительного правосудия, а не при решении гражданско-правовых споров. В последнем случае медиация приближается к альтернативному правосудию, причем обращается внимание на то, что тогда как решение спора является фактической задачей правосудия, во время медиации главной целью и задачей так же выступает решение спора, но с максимальным удовлетворением интересов сторон [80].

Таким образом, предоставляя законодательное определение медиации как способа разрешения гражданско-правовых споров, целесообразно оперировать категорией правового спора, а не категорией конфликта.

Еще один принципиальный момент относительно законодательного определения медиации, на который следует обратить внимание по результатам анализа юридической литературы и нормативно-правовых актов, заключается в отсутствии не только единого определения понятия медиации, но и отсутствии единого термина для обозначения непосредственно явления, о котором идет речь. В частности, одновременно с термином «медиация» часто используется и термин «посредничество». Говоря о вопросах соотношения понятий медиации и посредничества, необходимо заметить, что понятие посредничества принадлежит к общеправовым категориям, которые используются многими отраслями права с учетом отраслевой специфики. Так указывают, что в рамках досудебного или внесудебного, или внепроцессуального рассмотрения споров медиация выступает конвенциональной формой посредничества как механизма примирения [81]. Так же отмечают, что медиация – это не рядовой порядок по предоставлению услуг посредника, а особая процедура [82]. В целом с такими подходами можно согласиться. Учитывая заинтересованность в том, что примирительные процедуры еще в начале вызвали эмпатию и восприятие, важно чтобы и лицо, которое осуществляло функцию посредника, вызвало доверие. Учитывая это обстоятельство, а также продолжительный зарубежный опыт в этом контексте и тенденции к унификации правовых явлений и категорий, целесообразным является, по нашему мнению, применение именно понятий «медиатор», «медиация».

Итак, как способ разрешения гражданско-правовых споров медиация является специфическим видом посредничества, специфика которого определяется целью такого посредничества (разрешения спора) и особенностями статуса посредника – медиатора. Вместе с тем при решении вопроса терминологии желательно все же использовать общепризнанный термин «медиация».

Также обращаем внимание, что как в теоретических исследованиях, так и на законодательном уровне понятие медиации раскрывается через различные понятия: «способ», «метод», «процесс», «процедура» и тому подобное. Отвечая на вопрос, через какое из указанных понятий должно предоставляться законодательное определение медиации, следует рассмотреть каждое из них.

Способ определяется в литературе как определенное действие, прием или система приемов, которая дает возможность сделать, осуществить что-либо, достичь чего-то. Сразу необходимо отметить, что медиацию, как способ разрешения гражданско-правовых споров не следует путать со способами защиты гражданских прав и интересов, а именно: признание права; признание сделки недействительной; прекращение действия, которое нарушает право; восстановление положения, которое существовало до нарушения; принудительное выполнение обязанности в натуре; изменение правоотношения; прекращение правоотношения; возмещение убытков и другие способы возмещения имущественного вреда; возмещение морального (неимущественного) вреда; признание незаконными решений, действий или бездействия органа государственной власти, органа власти или органа местного самоуправления, их должностных и служебных лиц. Медиация, как совокупность приемов, используемых с целью разрешения спора (в том числе – через разрешение конфликта), вполне соответствует пониманию образа. Таким образом, она является самостоятельным способом разрешения споров, которая относится к внеюрисдикционным формам защиты гражданских прав.

Метод понимается как: «1. Способ познания явлений природы и общественной жизни; метода... 2. Прием или система приемов, применяемых в какой-нибудь области деятельности (науке, производства и тому подобное)» [83]. Подобное толкование метода исключает возможность рассмотрения медиации как метода, поскольку она не соответствует сути и назначению последнего.

Что касается процесса, то он определяется как последовательная смена состояний или явлений, которая происходит закономерным порядком; ход развития чего-либо; ход, течение. Является ли медиация процессом? Представляется, что ответ на этот вопрос должен быть положительным, поскольку медиация состоит из последовательных стадий. Именно этим путем направляется законодательство США, определяя медиации в статье 2 Единого Акта о медиации 2001 года как процесс, во время которого медиатор облегчает общение и переговоры между сторонами, чтобы помочь им в достижении добровольной договоренности по предмету спора [84]. То же самое можно сказать и о процедуре, то есть «1. Официально установленный или общепринятый порядок осуществления, выполнения или оформления чего-

нибудь». Однако и как процесс, и как процедура медиация может определяться лишь в узком толковании. Следовательно, можно согласиться с тем, что с практической точки зрения, медиацию можно воспринимать в широком и узком смыслах: как самостоятельный способ альтернативного решения споров и как непосредственный процесс, фактические действия, направленные на содействие сторонам в разрешении спора.

Поскольку одной из главных задач законодательного определения медиации является ее локализация среди других способов решения споров, в том числе альтернативных, законодательное определение медиации должно предоставляться через ее толкование как самостоятельного альтернативного способа решения споров.

Итак, предлагается следующее определение медиации: «Медиация – самостоятельный альтернативный способ разрешения правовых споров с помощью независимого лица – медиатора».

Часто в нормативно-правовых актах определяется цель медиации, ее цели и задачи.

Статья 3 Закона Республики Казахстан «О медиации» отдельно определяет цели медиации, которыми являются, во-первых, достижение варианта разрешения спора (конфликта), устраивающего обе стороны медиации и, во-вторых, снижение уровня конфликтности сторон.

Возникает вопрос о целесообразности указания на цель (цели, задачи) медиации при введении ее правового регулирования. Исходя из понимания медиации как альтернативного способа решения споров можно сделать вывод, что отдельное указание на решение (урегулирование) спора как цели или одной из задач медиации не имеет смысла.

Спрос на медиацию в ведущих демократических странах связывается с ее ролью в улучшении доступа к правосудию путем диверсификации средств. Как указывается в представленном Европейской комиссией 19 апреля 2002 года Зеленой книге об альтернативных способах разрешения споров в гражданском и коммерческом праве, одной из причин развития альтернативных способов урегулирования споров, которая имеет практический и конъюнктурный характер, является то, что они помогают преодолевать трудности, связанные с доступом к правосудию.

Так, прежде всего, нужно назвать скорость решения спора с помощью медиации по сравнению с разрешением дела в судебном порядке. Главной целью при возникновении спора между сторонами во все времена всегда было желание разрешить его как можно быстрее и с наименьшими потерями для себя. К сожалению, судебная система на сегодня не предусматривает предельных сроков окончательного решения дела по сути (устанавливаются только сроки судебного рассмотрения дела), а система обжалований приводит к тому, что решения в отношении предмета спора могут вступить в силу лишь через несколько лет после возникновения конфликта и все это время отношения между сторонами будут излишне напряженными. В судах заявления могут находиться довольно долго, находясь на рассмотрении в первой, апелляционной, кассационной инстанциях и возвращаясь иногда на новое

рассмотрение в суд первой инстанции. Но, при таких немалых затратах времени и средств, конфликт часто остается неразрешенным.

В то же время обращение к способам альтернативного решения споров позволяет значительно сэкономить время. На этом сосредоточивается внимание в Директиве ЕС о медиации: медиация может обеспечить экономически выгодное и скорейшее внесудебное разрешение гражданских и коммерческих споров благодаря процессам, которые адаптированы к потребностям сторон. Стороны полностью регулируют сам процесс и, таким образом, могут ускорить его в случае необходимости, а также отказаться от продолжения процедуры в случае, если нецелесообразность ее проведения становится очевидной.

В отличие от судебных решений, которые могут оспариваться в одной или нескольких инстанциях, решение, которое было принято во время медиации, обжалованию не подлежит. Это обуславливается самой логикой процедуры медиации, поскольку решение принимается по общему согласию сторон. Сравнивая исполнение решений суда и решений, принятых во время медиации, надо согласиться, что даже наличие законодательного механизма на самом деле не всегда обеспечивает исполнение судебного решения. Государство гарантирует, что в случае обращения лица за защитой в суд, решение, его примет суд, будет законным, обоснованным и его обязательно будет исполнено либо добровольно, либо с помощью средств государственного принуждения. Но, как свидетельствует современная судебная практика и процент отмененных судебных решений, «гарантировать» и «обеспечить» – это не тождественные понятия.

Решение спора через разрешение конфликта обуславливает такое общепризнанное преимущество медиации над решением спора судом, как то, что она позволяет сторонам сохранить (а иногда даже и восстановить) нормальные личные и деловые отношения. Такой результат достигается в значительной мере благодаря тому, что внимание сторон концентрируется прежде всего на собственных и взаимных интересах, а не на правовых позициях. Законным является решение, если оно принято при точном соблюдении, исполнении и использовании норм процессуального права, которые подлежат применению к данным правоотношениям, а также в полном соответствии с нормами материального права, которые подлежат применению к данным правоотношениям, или основано на применении в необходимых случаях закона, регулирующего сходные отношения, либо исходит из общих основ и содержания законодательства. В то же время даже разрешение дела вполне в соответствии с нормами законодательства часто оставляет конфликт между сторонами решен. Так, например наибольшим недостатком судебной защиты является то, что даже тогда, когда суд принимает вполне законное и обоснованное решение в установленные законом сроки, правовой конфликт не исчерпывается. Просто на сторону одной из сторон спора становится государство, которое принуждает другую сторону выполнить обязательства. Кроме того, законность – не означает справедливость решения, ведь дело в суде выигрывает не тот, кто прав, а тот, у кого больше доказательств. В то же время, когда речь идет о медиации, то концепция примирения сторон по конфликтах

частноправового характера базируется на положении о том, что оно (примирение) возможно лишь с позиции интереса, а не права. Таким образом, применение способов альтернативного решения споров позволяет снизить социальную напряженность, максимально учесть интересы сторон, что, кроме решения конфликта, обеспечивает и нивелирование существующего спора, позволяя сторонам сохранить или восстановить нормальные деловые или личные отношения и избежать возобновления спора по тому же вопросу в будущем.

Подчеркивая преимущества применения медиации вместо обращения в государственный суд при разрешении споров с иностранным участием, выделяют целый ряд осложнений, которые могут возникать при обращении в государственный суд, которых можно избежать или существенно уменьшить, прибегнув к медиации:

1) неосведомленность одной или обеих сторон спора в необходимом для применения иностранным судом в судебном процессуальном порядке. Медиация в этом случае помогает сэкономить деньги, поскольку при обращении в суд возникает необходимость привлечения к ведению дела иностранного специалиста, квалификацию которого, к тому же, трудно оценить до момента начала рассмотрения дела;

2) потребность обеспечения перевода и заверения перевода судебных актов. Этого нельзя избежать, если язык, которым владеют стороны, не является государственным языком суда. Кроме затрат на перевод, возникает дополнительная вероятность ложного перевода, что также может повлиять на результат рассмотрения дела судом;

3) дополнительные затраты средств и времени, связанные с судебным формализмом, прохождением дела через все обязательные инстанции;

4) нехватка нужного уровня компетенции судей за то, что их профессиональная подготовка, как правило, рассчитана на применение норм национальной правовой системы, хотя условия договора не всегда сформулированы в соответствии с материальным правом государства суда. Следовательно, использование государственным судом иностранного законодательства обычно связано с необходимостью проведения дополнительных экспертиз, консультаций специалистов и т.п.;

5) вероятность подсознательного неодинакового отношения к сторонам спора со стороны судей государственного суда, поскольку нередки случаи, когда последние либеральнее относились к лицам-резидентам (нарушая таким образом принцип беспристрастности);

6) ограниченные возможности исполнения решения суда на территории иностранного государства.

Выводы:

Говоря о преимуществах медиации по сравнению с обращением в суд, стоит отметить следующее. Во-первых, медиация не должна противопоставляться разрешению спора судом. Следует обратить внимание на

принципиальные различия в задачах, стоящих перед гражданским судопроизводством, с одной стороны, и медиацией – с другой. Так, в первом случае выделяются три основные задачи: осуществление правосудия, восстановление права и предупреждение гражданских правонарушений. О медиации, то одной из ее основных задач выступает сохранение конструктивных взаимоотношений сторон за разрешение конфликта и поиск компромисса. Таким образом, медиации не выдвигаются такие присущие гражданскому судопроизводству задачи, как восстановление положения, существовавшего до нарушения, возмещения вреда и тому подобное. При приведенных выше реалиях при применении медиации вместо объективной задачи по защите нарушенного или оспариваемого права, его восстановление, решается значительно более узкая задача о внесении ясности в правоотношения между субъектами гражданского процесса через урегулирование спора, а не его решения. Вместе с тем предупредительная задача является одинаковой как для гражданского судопроизводства, так и для процесса медиации, однако, упор в воспитании уважения смещается в пределах медиации от уважения закона и суда к уважению частных интересов, обычаев делового оборота, деловой этики, договорных обязательств, включая уважение контрагента как субъекта договорных отношений. При этом воспитание уважения к закону, несомненно, в медиации не приобретает разноплановости, оставаясь, хотя уже не единственной или преобладающей, но задачей процесса.

Во-вторых, несмотря на все вышеприведенные положительные черты медиации, преимущество ее перед решением спора судом нельзя считать безусловным. Избрание способа решения спора должно осуществляться на основании всесторонней объективной оценки существующих обстоятельств, отношений между сторонами спора и их настоящей цели. При некоторых условиях полезным будет все же обращение в суд. В частности, если одна из сторон или даже обе из них абсолютно не готовы к сотрудничеству, если одна из сторон стремится не к разрешению спора, а к установлению публичного прецедента или наказания контрагента подобное. Не всегда эффективной бывает медиация экономических (корпоративных) споров. Это объясняется тем, что медиация имеет ограниченную сферу применения, тогда как стороны подобных конфликтов чаще стремятся не к примирению и компромиссу, а к получению конкретных коммерческих преимуществ от победы в суде.

Следовательно, целесообразность и эффективность применения медиации как альтернативы разрешению спора судом зависит от многих факторов. Как доказывает зарубежный опыт, его использование является наиболее эффективным при решении споров с субъективной оценкой ситуации со стороны сторон, что может быть исправлено с помощью психологических приемов. К таким спорам, в первую очередь, относятся такие, которые имеют межличностный характер (семейные, соседские, споры о порядке и размере возмещения вреда, в том числе морального вреда, и тому подобное). Выбор именно медиации как эффективного способа разрешения спора обуславливается особой функцией медиатора как профессионала, который разбирается в методиках действенного решения спора, предоставляют сторонам

возможности посмотреть на причину и последствия конфликта под другим углом, найти новый вариант решения спора, который устраивал бы обе стороны, а следовательно, главной целью медиатора является не поиск того, кто виноват, что создает препятствие для дальнейшего общения или сотрудничества, а поиск путей согласования.

2.3 Урегулирование спора в порядке партисипативной процедуры

С 1 января 2016 года суды Республики перешли на новый формат работы в рамках проводимой судебной реформы. Внесены изменения в законодательства, направленные на формирование корпуса высокопрофессиональных судей, модернизацию судебной системы, принят новый Гражданский процессуальный кодекс. Одним из новелл Гражданского процессуального кодекса, является возможность проведения примирительных процедур адвокатами.

Термин «participative» переводится с французского языка как «участвующий, могущий участвовать». «Партисипативный» означает вовлечение в управление, то есть непосредственное участие в принятии решения, в анализе проблем. Самостоятельное разрешение спорных вопросов, явившихся предметом судебного разбирательства, путем переговоров становится наиболее предпочтительным способом устранения разногласий между участниками спорных правоотношений. Использование института партисипативной процедуры как эффективного инструмента урегулирования спора продиктовано потребностями судебной практики и общества. По сравнению с судебным разбирательством, оканчивающимся вынесением решения, которое может не удовлетворять одну или обе стороны судебного процесса, партисипативное соглашение подразумевает взаимовыгодный компромисс, на который добровольно соглашаются обе стороны. Ходатайство об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры может быть заявлено стороной до удаления суда в совещательную комнату по любому делу искового производства, кроме дел, вытекающих из публично-правовых отношений, если иное не установлено законами. Партисипативная процедура не может быть применена в случае, если такие споры затрагивают интересы третьих лиц, не участвующих в деле. В гражданском судопроизводстве партисипативная процедура – это процесс урегулирования спора между сторонами с обязательным участием их адвокатов, без участия судьи, в целях достижения сторонами взаимоприемлемого решения.

Положительным результатом проведения данного вида примирения будет являться письменное соглашение об урегулировании спора в рамках партисипативной процедуры, достигнутое сторонами в результате переговоров с участием адвокатов сторон. Судья в производстве которого находится дело, проверяет содержание соглашения об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры и выносит определение о его утверждении и прекращении производства по делу. Если стороны не достигли соглашения в порядке партисипативной процедуры или условия соглашения судом не

утверждены, разбирательство дела проводится в общем порядке. Целями партисипативной процедуры являются:

- достижение взаимоприемлемого решения сторонами;
- оперативное разрешение спора;
- прекращение разногласий посредством взаимных уступок, избежание материальных издержек сторон;
- снижение уровня конфликтности сторон.

Основными принципами партисипативной процедуры являются:

- добровольность участия сторон;
- равноправие сторон в урегулировании спора путем проведения переговоров;
- недопустимость вмешательства в партисипативную процедуру.

Условием участия в партисипативной процедуре является взаимное добровольное волеизъявление сторон, выраженное в письменном заявлении стороны в адрес суда, в производстве которого находится гражданское дело. Стороны партисипативной процедуры вправе отказаться от переговоров на любой ее стадии, уведомив об этом суд в письменной форме. Стороны свободны в выборе вопросов для обсуждения вариантов взаимоприемлемого соглашения. Стороны партисипативной процедуры пользуются равными правами при выборе адвокатов, своей позиции в ней, способах и средствах защиты, получении информации, несут равные права и обязанности. Адвокат проводит переговоры в рамках партисипативной процедуры в интересах своего доверителя и независим от сторон, государственных органов, иных юридических, должностных и физических лиц. При наличии обстоятельств, препятствующих адвокату в проведении переговоров, он должен уведомить об этом своего доверителя. Не допускается вмешательство в деятельность адвоката при проведении переговоров в рамках партисипативной процедуры. При проведении партисипативной процедуры адвокаты обязаны: соблюдать Кодекс профессиональной этики адвокатов, предоставлять сторонам рекомендации по урегулированию спора; действовать только в интересах своего доверителя; разъяснить сторонам правовые последствия заключения соглашения, а также их права и обязанности. Стороны в рамках партисипативной процедуры вправе: самостоятельно выбирать адвокатов для участия в ней; отказаться от адвоката, участвующего в процедуре; отказаться от участия в ней; участвовать в проведении партисипативной процедуры лично или через представителей, по своему усмотрению договориться о месте, дате, времени проведения партисипативной процедуры, при неисполнении или ненадлежащем исполнении соглашения об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры обратиться в суд, с заявлением о принудительном исполнении соглашения. В случае заключения соглашения между сторонами, оно должно быть составлено на языке, на котором ведется гражданское судопроизводство. При прекращении партисипативной процедуры, проводимой в рамках гражданского судопроизводства, стороны обязаны направить суду, в производстве которого находится гражданское дело: подписанное соглашение об урегулировании спора или письменное заявление о назначении дня

рассмотрения дела по существу в связи с невозможностью заключения соглашения. Партисипативная процедура прекращается в случаях:

- подписания сторонами соглашения об урегулировании спора;
- установления адвокатом обстоятельств, исключающих возможность разрешения спора путем переговоров в партисипативной процедуре;
- письменного отказа сторон от партисипативной процедуры;
- истечение срока проведения партисипативной процедуры.

В соглашении должны быть отражены данные о сторонах партисипативной процедуры, предмете спора, адвокатах участвовавших в переговорах, а также согласованные сторонами условия соглашения, способы и сроки их исполнения, последствия их неисполнения или ненадлежащего исполнения. Соглашение об урегулировании спора подлежит исполнению сторонами партисипативной процедуры добровольно в порядке и сроки, предусмотренные этим соглашением. При неисполнении условий соглашения одной из сторон, оно будет подлежать принудительному исполнению по заявлению заинтересованной стороны, направленному в суд в порядке, предусмотренном Гражданским процессуальным кодексом.

Соглашение об урегулировании спора в порядке гражданского судопроизводства, которое было достигнуто сторонами в рамках партисипативной процедуры, вступает в силу в день вступления в законную силу определения суда. Преимуществом данного альтернативного вида урегулирования спора перед другими заключается в том, что адвокаты оказывают квалифицированную юридическую помощь сторонам, для достижения разрешения спора на взаимовыгодных для сторон условиях, составлению текста соглашения. Партисипативная процедура – это новый подход в реализации задач гражданского судопроизводства путем урегулирования споров между субъектами гражданских правоотношений. Судам Республики необходимо широко применять институт партисипативной процедуры, с целью урегулирования участниками судопроизводства возникшего конфликта на взаимоприемлемых условиях.

Конституция Республики Казахстана, являющаяся основой для развития всего законодательства, уже в своей преамбуле отражает, что народ Казахстана является приверженцем идеалов свободы, равенства и согласия. основополагающими принципами деятельности республики являются: общественное согласие и политическая стабильность, экономическое развитие на благо всего народа, казахстанский патриотизм, решение наиболее важных вопросов государственной жизни демократическими методами.

Согласно статьи 76 Конституции РК, судебная власть осуществляется от имени Республики Казахстан и имеет своим назначением защиту прав, свобод и законных интересов граждан и организаций, обеспечение исполнения Конституции, законов, иных нормативных правовых актов, международных договоров Республики [85]. Названные цели, а также укрепление законности и правопорядка, предупреждение правонарушений, одновременно являются и задачами гражданского судопроизводства. Существенным дополнением и изменением задач, по нашему мнению, является включение в соответствующую

статью нового Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан от 31 октября 2015 года таких целей, как содействие мирному урегулированию спора, предупреждение правонарушений и формирование в обществе уважительного отношения к закону и суду [86].

При этом, безусловно, действия судов как государственных органов, направленные на мирное урегулирование спора, любыми, не противоречащими закону способами, будут способствовать предупреждению правонарушений, в том числе в области гражданских правоотношений, и формированию в обществе уважительного отношения к закону и суду. В этой связи одним из значимых достижений казахстанской судебной системы в настоящее время является возможность проведения примирительных процедур адвокатами. Так, еще одним альтернативным методом разрешения споров для сторон с участием адвокатов является партисипативная процедура.

Термин «participative», (фр., прилагательное) переводится с французского языка как «участвующий, могущий участвовать». «Партисипативный» означает вовлечение в управление, то есть непосредственное участие в принятии решения, в анализе проблем. Наиболее распространены такие словосочетания как:

- participative consumerism – активный консьюмеризм;
- participative atmosphere – атмосфера взаимной заинтересованности;
- participative budgeting – участие руководителей всех уровней в бюджетных процессах;
- participative management – управление предприятием с участием работников предприятия.

Таким образом, понятие «партисипативный» подразумевает активное личное участие в решении вопроса, проблемы, спора.

Партисипативная процедура состоит из трех этапов (или уровней):

1. Выдвижение предложений сторонами по иску (спору, проблеме), при этом предложения могут выдвигаться как индивидуально каждой стороной, так и в групповом совместном обсуждении.

2. Разработка альтернатив сторонами как выход из сложившейся ситуации (спора, иска, проблемы), при этом отличие разработки от выдвижения заключается в конкретных деталях каждого варианта, включая плюсы и минусы для каждой стороны, возможность исполнения тех или иных условий, то есть своеобразный тест на реальность.

3. Выбор альтернативы сторонами из всех предложенных вариантов. В случае успешного проведения завершается заключением письменного соглашения, где указан выбранный сторонами вариант.

Данные принципы личного активного участия и многовариантности (пространства вариантов) лежат в основе таких альтернативных процедур урегулирования споров как: переговоры по Гарвардской системе, процедур медиации, примирения, целью которых является поиск взаимоприемлемого варианта решения спора (проблемы) собственными усилиями сторон.

Сферой применения партисипативной процедуры являются гражданско-правовые споры, возникающие из гражданских, трудовых, семейных и иных

правоотношений с участием физических и (или) юридических лиц, за исключением публично-правовых споров, если иное не установлено законами.

Партисипативная процедура не применяется к вышеуказанным спорам в случае, если такие споры затрагивают или могут затронуть интересы третьих лиц, не участвующих в партисипативной процедуре, и лиц, признанных судом недееспособными либо ограниченно дееспособными.

В гражданском процессе партисипативная процедура – это переговорный процесс урегулирования спора между сторонами с обязательным участием их адвокатов, без участия судьи, в целях достижения ими взаимоприемлемого решения; и реализуемая по добровольному согласию сторон.

Сторонами партисипативной процедуры могут быть как физические, так и юридические лица.

Основанием для проведения партисипативной процедуры является договор поручения сторон (как письменное соглашение каждой из сторон), заключаемый с адвокатом в целях оказания квалифицированной юридической помощи, в том числе, урегулирования спора в рамках примирительных процедур, предусмотренных гражданско-процессуальным законодательством. Участниками партисипативной процедуры являются стороны по делу и их адвокаты.

Положительным результатом проведения данного вида примирения будет являться письменное соглашение об урегулировании спора в рамках партисипативной процедуры, достигнутое сторонами в результате переговоров с участием адвокатов сторон, без участия судьи. В случае заключения письменного соглашения, оно будет утверждаться определением суда, то есть судебным актом, который будет вынесен судьей после завершения процедуры между сторонами с участием их адвокатов.

Целями партисипативной процедуры являются:

- 1) достижение варианта разрешения (урегулирования) спора, устраивающего обе стороны процедуры;
- 2) оперативное разрешение спора (не более 10 рабочих дней);
- 3) снижение материальных издержек сторон;
- 4) снижение уровня конфликтности сторон, формирование и сохранение стабильных отношений между сторонами вследствие устранения спорных моментов;
- 5) формирование правовой культуры у населения, способствующей укреплению деловой репутации на международном уровне;
- 6) снижение нагрузки на судебную систему.

Партисипативная процедура проводится на основе принципов:

- 1) добровольности участия сторон;
- 2) равноправия сторон в переговорах;
- 3) недопустимости вмешательства в партисипативную процедуру;
- 4) законности действий адвоката, с участием которых проводятся переговоры в рамках партисипативной процедуры, действующего в интересах своего доверителя [87].

Условием участия в партисипативной процедуре является взаимное добровольное волеизъявление сторон, выраженное в договоре поручения с адвокатом, а также в письменном заявлении стороны в адрес суда, в производстве которого находится на рассмотрении спор. Стороны партисипативной процедуры вправе отказаться от переговоров на любой ее стадии, уведомив об этом суд в письменной форме. В ходе партисипативной процедуры стороны вправе по своему усмотрению распоряжаться своими материальными и процессуальными правами, увеличить или уменьшить размер требований или отказаться от спора, за исключением изменения предмета и основания исковых требований, заявленных в суде. Стороны свободны в выборе вопросов для обсуждения вариантов взаимоприемлемого соглашения.

Стороны партисипативной процедуры пользуются равными правами при выборе адвокатов, своей позиции в ней, способах и средствах ее отстаивания, при получении информации, в оценке приемлемости условий соглашения об урегулировании спора и при этом, несут равные обязанности.

При участии в переговорах проведения партисипативной процедуры адвокат должен быть независим от сторон, государственных органов, иных юридических, должностных и физических лиц. Адвокат самостоятелен в выборе средств и методов переговоров, допустимость которых определяется Законом Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности и юридической помощи» от 5 июля 2018 года, Кодексом профессиональной этики адвокатов от 26 сентября 2014 года [88]. Адвокат должен проводить переговоры в рамках партисипативной процедуры в интересах своего доверителя. При наличии обстоятельств, препятствующих адвокату в проведении переговоров, он должен уведомить об этом своего доверителя. Не допускается вмешательство в деятельность адвоката при проведении переговоров в рамках партисипативной процедуры.

При проведении партисипативной процедуры адвокаты обязаны в ходе партисипативной процедуры проводить встречи как со всеми сторонами одновременно, так и с каждой из сторон в отдельности и предоставлять им устные и письменные рекомендации и доказательства по урегулированию спора; при проведении переговоров в рамках партисипативной процедуры действовать только с согласия своего доверителя, как стороны в споре; до начала партисипативной процедуры разъяснить доверителю её цели, правовые последствия заключения мирового соглашения, а также их права и обязанности. Адвокаты при ведении переговоров обязаны соблюдать Кодекс профессиональной этики адвокатов.

Стороны в переговорах в рамках партисипативной процедуры вправе:

- 1) добровольно выбирать адвокатов для участия в ней по своему усмотрению;
- 2) отказаться от адвоката, участвующего в процедуре;
- 3) в любой момент переговоров партисипативной процедуры отказаться от участия в ней;

4) участвовать в проведении партисипативной процедуры лично или через представителей, полномочия которых основаны на доверенности, оформленной в установленном законом порядке;

5) при неисполнении или ненадлежащем исполнении соглашения об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры обратиться в суд, в производстве которого находилось дело, в связи с которым осуществлялась партисипативная процедура, с заявлением о принудительном исполнении в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан.

Стороны партисипативной процедуры будут обязаны исполнять соглашение об урегулировании спора в порядке и в сроки, предусмотренные этим соглашением, так как оно будет утверждено судом.

Партисипативная процедура будет проводиться по согласованному сторонами порядку. Стороны могут по своему усмотрению договориться о месте проведения партисипативной процедуры, самостоятельно определяют дату и время проведения партисипативной процедуры, по своему усмотрению договариваются о языке или языках, которые будут использоваться в ходе проведения партисипативной процедуры. В случае заключения мирового соглашения между сторонами, оно должно быть составлено на языке, на котором ведется гражданское судопроизводство.

Проведение партисипативной процедуры осуществляется по взаимному согласию сторон. Переговоры в партисипативной процедуре с участием адвокатов при урегулировании споров, возникающих из гражданских, трудовых, семейных и иных правоотношений с участием физических и (или) юридических лиц, могут быть применены как до обращения в суд, так и после начала судебного разбирательства. Предложение стороне обратиться к партисипативной процедуре может быть сделано по просьбе другой стороны, судом или адвокатом. Проведение партисипативной процедуры в рамках гражданского судопроизводства начинается со дня когда, одна из сторон заявила об этом в суде либо судом было предложено провести переговоры в рамках данной процедуры в разумные сроки в рамках действующего гражданско-процессуального законодательства.

Если одна из сторон направила в письменной форме предложение о проведении партисипативной процедуры и в течение указанного в предложении разумного срока не получила согласие другой стороны на проведение переговоров, такое предложение считается отклоненным.

Для проведения партисипативных переговоров стороны выбирают одного или нескольких адвокатов. Коллегии адвокатов могут рекомендовать кандидатуру адвоката (адвокатов), если стороны направили в указанную организацию соответствующее обращение.

Сроки проведения партисипативной процедуры определяются взаимным согласием сторон с учетом требований сроков рассмотрения гражданских дел в рамках гражданского судопроизводства.

Если партисипативная процедура с участием адвокатов осуществляется вне рамок гражданского процесса, стороны и их адвокаты устанавливают время завершения переговоров по договоренности сторон спора.

Расходы, связанные с проведением партисипативных процедур, включают:

- 1) вознаграждение (гонорар) адвоката;
- 2) расходы, понесенные адвокатом в связи с проведением партисипативной процедуры, в том числе расходы на оплату проезда к месту рассмотрения и проведения переговоров по урегулированию спора, проживание и питание;
- 3) расходы на оплату заключений специалистов, экспертов, оценщиков, то есть понесенные стороной в целях сбора информации для партисипативных переговоров.

Адвокаты проводят партисипативную процедуру (примирение), как на платной, так и на бесплатной основе. В случае, если сторона в переговорах имеет право на оказание юридической помощи за счет средств гарантированной государством юридической помощи, адвокат обязан оформить надлежащим образом соответствующие документы в соответствии с Законом РК «Об адвокатской деятельности и юридической помощи» для последующего возмещения расходов из соответствующего бюджета.

Размер вознаграждения адвокатов определяется по договору со стороной до начала партисипативной процедуры.

При прекращении партисипативной процедуры, проводимой в рамках гражданского судопроизводства, стороны обязаны незамедлительно направить суду, в производстве которого находится гражданское дело:

- 1) в случае урегулирования спора – подписанное соглашение об урегулировании спора (в день подписания);
- 2) в иных случаях – письменное заявление о назначении дня рассмотрения дела по существу в связи с невозможностью заключения соглашения об урегулировании спора (в день, когда стороны отказались от дальнейшего проведения партисипативной процедуры).

Переговоры в партисипативной процедуре прекращаются в случаях:

- 1) подписания сторонами соглашения об урегулировании спора – со дня подписания такого соглашения;
- 2) установления адвокатом обстоятельств, исключающих возможность разрешения спора путем переговоров в партисипативной процедуре;
- 3) письменного отказа сторон от партисипативной процедуры в связи с невозможностью разрешения спора путем переговоров - со дня обращения в суд с заявлением о назначении к слушанию дела по существу;
- 4) письменного отказа одной из сторон от продолжения партисипативной процедуры – со дня направления адвокатом стороны письменного отказа другой стороне;
- 5) истечения срока проведения партисипативной процедуры.

Соглашение об урегулировании спора, достигнутое сторонами переговоров в рамках партисипативной процедуры, заключается в письменной форме, подписывается сторонами и утверждается судом в рамках гражданского судопроизводства. Соглашение должно содержать данные о сторонах партисипативной процедуры, предмете спора, адвокате (адвокатах),

участвовавших в переговорах, а также согласованные сторонами условия соглашения, способы и сроки их исполнения и последствия их неисполнения или ненадлежащего исполнения. Соглашение об урегулировании спора подлежит исполнению сторонами партисипативной процедуры добровольно в порядке и сроки, предусмотренные этим соглашением.

В случае, если соглашение, заключенное в рамках партисипативной процедуры, утверждено судом, то оно будет подлежать принудительному исполнению по заявлению заинтересованной стороны, направленному в суд в порядке, предусмотренном Гражданским процессуальным Кодексом.

Соглашение об урегулировании спора в рамках партисипативной процедуры, заключенное до рассмотрения гражданского дела в суде, представляет собой сделку, направленную на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей сторон. В случае неисполнения или ненадлежащего исполнения такого соглашения сторона партисипативных переговоров, нарушившая соглашение, несет ответственность в порядке, предусмотренном законами.

Соглашение об урегулировании спора, достигнутое сторонами при проведении партисипативной процедуры в ходе гражданского процесса, незамедлительно направляется судьей, в производстве которого находится гражданское дело. Соглашение об урегулировании спора в порядке гражданского судопроизводства, которое было достигнуто сторонами в рамках партисипативной процедуры, вступает в силу в день вступления в законную силу определения суда, которым оно утверждено. Соглашение об урегулировании спора, которое было достигнуто сторонами в рамках партисипативной процедуры вне суда, вступает в силу в день его подписания сторонами.

Преимуществом данного альтернативного вида урегулирования спора перед другими в том, что адвокаты оказывают квалифицированную юридическую помощь сторонам, как в поисках приемлемого варианта, так и в плане соблюдения законности непосредственно при составлении самого текста соглашения об урегулировании. Если в процедуре медиации соглашение может быть не утверждено судом по причине того, что текст и его содержание не соответствует действующему законодательству, то в партисипативной процедуре адвокаты обязаны будут учитывать все правовые последствия для своего доверителя, что значительно облегчит его исполнение в дальнейшем, сделает более доступным правосудие для граждан, снизит недовольство среди граждан по поводу судебных тяжб, а также разгрузит работу судов.

В связи с новациями гражданского процессуального законодательства в части определения содействия мирному урегулированию спора, предупреждения правонарушений и формирования в обществе уважительного отношения к закону и суду в качестве новых задач, было бы логично соответственно скорректировать судебную статистику, методическое и техническое обеспечение судопроизводства, а также возможно и судейскую этику. В частности, предусмотреть стимулирование достижения увеличения

количества достижения согласия между сторонами путем применения различных примирительных процедур.

Думается чем больше и разнообразнее законодательство Казахстана будет предлагать сторонам различные, без непосредственного участия государственных судебных органов, процедуры примирения, в том числе бесплатную профессиональную медиацию и бесплатную помощь адвокатов, а также другие стимулирующие эти процессы меры, тем больше конфликтов и споров, будут разрешены по обоюдному согласию участников, что будет способствовать снижению уровня конфликтности в обществе в целом, а значит и стабильности, в том числе социально-политической. При этом, как нам кажется, не смотря на возможное уменьшение количества разрешенных непосредственно государственными судами споров, авторитет судебных органов, а значит и всего государственного аппарата не только не уменьшится, но и укрепится.

Так, введение партисипативной процедуры будет способствовать более полному и последовательному воплощению принципа состязательности сторон в процессуальном законодательстве и гражданском процессе, так как она представляет собой одну из форм активного состязания между сторонами с участием адвокатов. Необходимо отметить, что по требованиям нового ГПК, все доказательства должны быть представлены и раскрыты в суде первой инстанции, под угрозой их не принятия апелляционными и тем более вышестоящими инстанциями, если стороны их не представили по неуважительным причинам.

Партисипативная процедура проводится без участия судьи путем проведения переговоров между сторонами при содействии урегулированию спора адвокатами обеих сторон. То есть когда обе стороны обязательно представлены адвокатами и на равных условиях ищут пути разрешения конфликта. При мировом соглашении в суде одна сторона может быть представлена одним или несколькими адвокатами, другая обойтись без адвоката.

Таким образом, можно согласиться с определением Н.С. Зверевой в отношении французского права [89], что партисипативная процедура – это новый и для казахстанского права самостоятельный альтернативный способ урегулирования споров без участия третьего независимого, беспристрастного лица, заключающийся в проведении сторонами при содействии их адвокатов и в течение заранее определенного периода времени переговоров, направленных на мирное урегулирование спора, а в случае недостижения сторонами согласия предполагающий облегченный переход к судебному разбирательству спора или его части, не урегулированной сторонами.

Выводы:

Большинство альтернативных процедур является примирительными или преимущественно примирительными.

Наряду с арбитражем основные процедуры примирения (переговоры и медиация) занимают центральное место в системе альтернативного разрешения споров и имеют фундаментальное значение в становлении такой формы защиты

прав, свобод и законных интересов субъектов общественных отношений. Этим во многом объясняется необходимость активного использования примирительных процедур и в административном судопроизводстве при решении публично-правовых споров.

3 ИНСТИТУТ АРС В КОНТЕКСТЕ СРАВНИТЕЛЬНОГО АНАЛИЗА ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА КАЗАХСТАНА И ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН

3.1 Международный опыт и сравнительный анализ альтернативных способов разрешения споров

В конце 80-х годов XX века, в наиболее развитых странах, в ответ на вызовы, стоящие перед судебной системой, было начато реформирование систем разрешения правовых споров, одним из направлений которого стало развитие и широкое внедрение альтернативных способов разрешения споров, стали приобретать большую популярность, возрождаться и совершенствоваться различные примирительные процедуры. Появляются специализированные организации, осуществляющие содействие в примирительном урегулировании споров, прежде всего торговых, таких как лондонский Центр по разрешению споров – ADR – Group. В 90-е годы произошел значительный рост применения примирительных процедур.

В США движение за альтернативное разрешение споров имеет конкретное место рождения, а возможно, даже и дату – 1976 г., время проведения национальной конференции имени Г. Паунда «Причины неудовлетворенности населения администрированием системы правосудия в США», известной как Паундская конференция. Два документа из числа материалов Паундской конференции составляют политическую платформу движения альтернативного разрешения споров в США и других странах мира. В своем докладе Верховный Судья. Бергер предупреждал, что американское общество достигло той точки, когда наша система правосудия – как на уровне штатов, так и на федеральном уровне – может буквально развалиться на части еще до конца этого века, несмотря на значительное увеличение количества судей и администраторов и огромные финансовые вливания. Он выделил самые серьезные проблемы судебной системы – очень высокие судебные расходы, длительные сроки рассмотрения дел, чрезмерная легализация и формализация процедур, требующих больших затрат на юридическое обслуживание граждан, и предложил обратиться к неформальным альтернативам [90].

Вторым основным документом был доклад профессора Ф. Сандера, который представил идею «дома правосудия со многими дверями». В таком суде специальный служащий предварительно просматривал бы иски, поступившие в суд, и предлагал сторонам выбрать из множества вариантов такой метод разрешения споров, который наиболее полно удовлетворял бы их потребности в конкретном споре [91]. Один из ведущих ученых М. Капелетти расширил концепцию доступа к правосудию, включая альтернативные способы разрешения споров как важной части гражданского процесса [92]. Он описывал альтернативное решение споров как возможность для нахождения дружественного разрешения споров между сторонами, которые имеют потенциал для сохранения отношений, чем к их финальному разрыву.

Теоретические наработки стали основой для введения национально-правового регулирования альтернативных способов разрешения гражданских

споров в гражданском процессе. Началом широкого внедрения альтернативных процедур в судебной системе США послужило принятие в 1990 г. Акта о реформе гражданского судопроизводства (Civil Justice Reform Act), который предусматривал создание в каждом федеральном судебном округе специальных рекомендательных комитетов (Advisori Committees) по разработке мероприятий, связанных с неформальным правосудием [93]. В 90-х годах Конгресс принял три нормативных акта (Акт разрешения споров по административным делам 1990 г. и 1996 г. и Акт Альтернативного разрешения споров 1998 г.). Указанные нормативные акты требовали от государственных органов реформирования политики решения споров через призму APC для расширения способов разрешения споров, а также обязали федеральные суды ввести программы альтернативных решений споров, которые были бы доступны для участников процессов. Указанные инициативы также урегулированы в Акте Гражданских прав 1991 г.; Национальной инициативе реформ (the National Performance Review), Исполнительном приказе от 5 февраля 1996 г. №12871, который предусматривал необходимость федеральным агентствам применять альтернативные способы разрешения гражданских споров в гражданском процессе перед тем, как обращаться в суд. Позже соответствующие положения были закреплены в процессуальных кодексах многих штатов.

Акт о альтернативном разрешении споров (Федеральный закон 1998 г.) требует от каждого федерального окружного суда внедрения программы альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе, по меньшей мере с одним видом для сторон гражданского дела. Согласно этому Закону суды наделены полномочиями самостоятельно решать, какие механизмы альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе внедрять, типа дел, которые могут быть направлены на альтернативное разрешение споров, устанавливать необходимый уровень квалификации для посредников-медиаторов. Судам предоставлены полномочия по собственному усмотрению устанавливать обязательность применения альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе, но только на начальном этапе поступления спора до суда путем медиации или нейтральной оценки. Как следствие, в США не используют одинаковый подход к внедрению программы альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе, каждый штат имеет свою программу по медиации и в пределах одного штата можно наблюдать разные модели. Со своей стороны программы альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе в различных судах также существенно отличаются, при этом их внедрение – это административное решение конкретного председателя суда, модель программы определяется в собственных внутренних правилах суда.

Именно начиная с этого времени происходит разделение направлений применения и правового регулирования альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе внутри судебной системы и вне ее, в досудебной и внесудебной практике. В досудебной практике они

применяются в виде совещания (конференции), посредничества, упрощенного суда присяжных, ювенальной юстиции по делам несовершеннолетних, во внесудебной практике – это переговоры, арбитраж, посредничество, мини-суд. Для регламентации отношений в процессе медиации в 2001 г. вступил в силу Единый закон о медиации (Uniform Mediation Act) [94], который по факту объединил 2 500 различных законов, регулирующих процедуры медиации в различных штатах. Эти меры способствовали значительному расширению применения альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе в США, что стало примером для других стран прецедентного права, такие как Канада, Великобритания, Австралия и Новая Зеландия и др.

С 1990-х годов альтернативные способы разрешения гражданских споров в гражданском процессе начинают развиваться в Великобритании. В работе Лорда Вульфа «Доступ к правосудию» [95] (Access to Justice) 1995 г. указывалось, что высокая стоимость судебного процесса делает судебное разбирательство недоступным для многих людей, а поэтому альтернативные способы разрешения гражданских споров в гражданском процессе могут быть его действенной альтернативой. Великобритания последовательно воплощает в жизнь осторожный прагматичный подход к правовому регулированию медиации. В этой стране изначально были основаны организации медиаторов (например, в 1989 г. – Группа APC в Бристоле (ADR Group) и Центр эффективного решения споров в Лондоне (CEDR), а затем в течение нескольких лет на средства правительства были проведены научные исследования опыта развития альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе в других странах и социологические исследования на предмет готовности английской общественности и бизнеса воспринять новый институт. Одновременно в нескольких судах проводились правовые эксперименты по внедрению обязательной судебной медиации. Наконец, по результатам этих работ институт медиации получил законодательное закрепление в Правилах гражданского судопроизводства 1999 г. в виде модели добровольной медиации.

С 26 апреля 1999 г. суды Англии и Уэльса в результате реформирования и модернизации законодательства начали руководствоваться новыми Правилами гражданского судопроизводства (Civil Procedure Rules) 1998 г. Введение в действие Правил гражданского судопроизводства повлекло повышение роли процедуры альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе при возникновении спора, поскольку одной из целей реформирования системы гражданского судопроизводства была разработка новой системы, которая бы не только позволяла сторонам решить их спор без применения судебной процедуры, а также возлагала на них обязанность попытаться достичь согласия на раннем этапе путем взаимной кооперации. За последние годы применение процедуры альтернативного разрешения споров в Великобритании значительно распространилось. Факт осознания того, что разрешение споров в судебном порядке является единственным средством получения ожидаемого результата стал основной причиной для детального

исследования альтернативной процедуры, определения границ ее применения и форм существования. Также важно практическое значение для суда разрешения споров таким способом.

Особенности посредничества правительством и судебной властью было обращено внимание лишь в 1990-х годах, когда анализ практики доказал, что благодаря медиации можно не только уменьшить расходы сторон, ускорить рассмотрение дел, но и существенно уменьшить нагрузку на суды. В отличие от других форм альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе, согласно ст. 1.4(2)(e) Правил гражданского судопроизводства на суд теперь возлагается обязанность по поводу стимулирования сторон по обращению к альтернативным способам разрешения гражданских споров в гражданском процессе, если суд установит возможность такого обращения и содействия и помощь сторонам при использовании альтернативной процедуры. При решении же вопроса о порядке распределения судебных расходов судом должно обязательно учитываться, среди прочих обстоятельств, и факт обращения попытки сторон решить спор в досудебном порядке (ст. 44.5(3)). Медиация становится распространенным способом рассмотрения споров, что приводит к значительному уменьшению нагрузки на суд и получения сторонами взаимовыгодного решения.

Внедрение альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе коснулось также и судебной системы. В судебном процессе существует такой документ, как Практическое руководство по досудебному поведению (Practical Direction on Pre-action document) [96], который поощряет потенциального истца на начальной стадии гражданского процесса во время формулировки основания и цели иска информировать потенциального ответчика о том, что альтернативные способы разрешения гражданских споров в гражданском процессе (если выбрала сторона) истец считает как наиболее целесообразными для разрешения спора. Потенциальный ответчик должен ответить, согласен ли он на альтернативные способы разрешения гражданских споров в гражданском процессе и если нет, то должен указать, по каким причинам он отказывается и предложить другой альтернативный способ разрешения гражданских споров в гражданском процессе, или указать, почему он не считает применение альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе возможным в этом деле. Общий долг юридического советника стороны посоветовать своему клиенту использовать альтернативный способ разрешения гражданских споров в гражданском процессе, указанный в Опроснике по распределению дела (Allocation Questionnaire) [97], который содержится в Правилах гражданского судопроизводства. Если на этом этапе стороны соглашаются на участие в медиации, течение сроков исковой давности приостанавливается на четыре недели, а материалы дела представители суда передают медиатору. Суд может только рекомендовать применить медиацию, но не может принудить к этому.

Если процедура медиации завершается успешно, то стороны заключают соответствующее соглашение о разрешении спора между ними. Требования к

форме и содержанию такого соглашения определяются на законодательном уровне. Согласно общепринятой в Великобритании практики, соглашения о разрешении спора следует заключать в письменной форме, подтверждая ее содержание подписями обеих сторон и медиатора [98].

Рассмотрим опыт Франции. В 2005 г. Лорд Вульф опубликовал обзор методов работы ЕСПЧ, который был сделан по приглашению Генерального секретаря Совета Европы и Президента ЕСПЧ. В своих рекомендациях он отметил, что ЕСПЧ должен поощрять более широкое применение национальных омбудсменов и других альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе. Это позволит отвести большое количество жалоб от ЕСПЧ как такие, которые не должны были быть поданы до него в связи с возможностью разрешить спор с помощью альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе [99].

В ЕС для обеспечения защиты потребителей, бизнеса, быстрого решения споров и разгрузки судебной системы принимались акты различной юридической силы, которые способствовали развитию и широкому внедрению альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе. Сначала положение о применении альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе для решения гражданских и торговых споров были урегулированы на уровне так называемого «мягкого права»: в рекомендациях и зеленых книгах Европейской Комиссии:

Позже для развития альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе принимались акты отраслевого характера. В Рекомендации Комиссии от 30 марта 1998 г. №98/257/ЕС «О принципах, применимых к органам, ответственным за внесудебное урегулирование споров о защите прав потребителей», отмечалось, что все существующие органы и которые будут создаваться при том условии, что они несут ответственность за внесудебное урегулирование споров о защите прав потребителей и они должны придерживаться принципов независимости, прозрачности, состязательности, эффективности, законности, свободы, представительства.

Совет Европы как международная организация также сыграла свою роль во внедрении альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе. Одной из первых Комитетом Министров Совета Европы на 399 заседании заместителей министров 16 сентября 1986 г. была принята Рекомендация №R (86) 12 относительно мер по предупреждению и уменьшению чрезмерной рабочей нагрузки в судах, которым правительствам государств-членов предлагалось исследовать целесообразность включения в их судебную политику, среди прочего, следующих задач:

- способствовать, где это необходимо, примирению сторон как вне судебной системы, так и до или в ходе судебного производства;
- с помощью необходимых средств и в соответствующих случаях принять меры для облегчения доступа к альтернативным методам разрешения споров и повышения их эффективности как процедур, способных заменить судебное производство [100].

В рекомендации №R (98) 1 Комитета министров Совета Европы государствам-членам по медиации в семейных делах от 21 января 1998 г. определены сферы применения и процесс медиации, статус соглашения, достигнутого в результате соотношения между медиацией и производством в судебных или других полномочных органах, рекомендовано правительствам государств-членов вводить, поощрять или, когда это необходимо, усиливать медиацию в семейных делах.

Применение альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе в административном и уголовном производстве существенно отличается от других сфер, поэтому были приняты отдельные акты, в которых сделан акцент на этих особенностях. В Рекомендации №R (99) 19 Комитета Министров Совета Европы государствам – членам Совета, которые заинтересованы в организации медиации в уголовных делах от 15 сентября 1999 г. были определены принципы, которые должны учитываться при развитии системы медиации в уголовных делах. Рекомендация Rec (2001) 9 Комитета Министров Совета Европы государствам-членам об альтернативах судебному разбирательству споров между административными органами и сторонами – частными лицами от 5 сентября 2001 г. рекомендовано правительствам государств-членов содействовать использованию альтернативных средств для урегулирования споров между административными органами и сторонами – частными лицами, таких как внутренний просмотр, консилиация, медиация, урегулирование путем переговоров и арбитраж. Следует отметить, что некоторые ученые критически относятся к возможностям применения альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе в административных и уголовных делах. Правильными являются утверждения о том, что добровольность, конфиденциальность, установление правил ведения процесса сторонами, гибкость, скорость, которые есть главными характерными признаками альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе в этих делах практически отсутствуют.

Восстановительное правосудие предусмотрено рядом актов Экономического и социального Совета ООН, в частности резолюции от 28 июля 1999 г. №1999/26 «Разработка и применение мер по медиации и восстановительному правосудию в уголовном судопроизводстве»; Основными принципами применения программ восстановительного правосудия в уголовных делах от 24 июля 2002 г.

В апреле 2002 года. Европейская Комиссия представила Зеленую книгу о альтернативное разрешение гражданских и коммерческих споров, критически рассмотрев существующую ситуацию относительно методов альтернативного разрешения споров в ЕС и инициировав широкие консультации с государствами-членами и заинтересованными лицами относительно возможных мер для стимулирования использования медиации. 19 апреля 2002 г. в Рекомендации Rec (2002) 10 Комитета Министров Совета Европы государствам-членам по медиации в гражданских делах от 18 сентября 2002 г. для более широкого применения методов урегулирования споров во

внесудебном порядке рекомендовано правительствам государств-членов содействовать медиации в гражданских делах, где это уместно, принять или усилить, в зависимости от обстоятельств все меры, которые они считают нужными, с целью поступательного претворения в жизнь Руководящих принципов медиации в гражданских делах».

Кроме этого, также принимались акты, которые имели обязательный характер. Так, 2 июня 2004 г. был принят Европейский кодекс правил поведения для медиаторов (Code of Conduct for Mediators), который является обязательным к исполнению всеми медиаторами, которые работают в ЕС.

В Заключении №6 (2004) Консультативного совета европейских судей к сведению Комитета Министров Совета Европы о справедливом суде в разумные сроки и роли судьи в судебных процессах с учетом альтернативных способов разрешения споров отмечается, что альтернативные способы разрешения гражданских споров в гражданском процессе являются, безусловно, полезным и действенным средством, поскольку делает упор на согласии сторон, что всегда предпочтительнее, чем судебное решение, выполнение которого является обязанностью всегда. Поскольку альтернативные способы разрешения гражданских споров в гражданском процессе и система правосудия имеют схожие цели, важно, чтобы правовая помощь была имеющаяся для целей альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе так же, как и для стандартных судебных процессов.

Следующим шагом в развитии альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе стало принятие директив. Директива 2008/52/ ЕС была разработана на основе Типового закона ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре 2002 года. Законы, нормативные акты и административные положения, необходимые для соблюдения положений настоящей Директивы 2008/52/ЕС, государства-члены ввели в действие до 21 мая 2011 г. Директива 2008/52/ЕС дала новый толчок медиации в Европе, устанавливая общие рамки для ее использования в международных спорах. Ее цель – упростить доступ к методам альтернативного урегулирования споров и способствовать мирному разрешению споров, через стимулирование использования медиации и обеспечения сбалансированных взаимоотношений между медиацией и судебным производством. Директива 2008/52/ЕС уделяет внимание качеству, конфиденциальности медиации, возможности принудительного исполнения договоренностей, достигнутых в результате медиации судом или другим компетентным органом, а также другим вопросам с целью обеспечить прочную связь между медиацией и судебным процессом путем установления общих правил ЕС из ключевых аспектов гражданского процесса. Особенностью директивы как нормативно-правового акта ЕС является то, что она устанавливает лишь обязанность государства-члена ЕС достичь необходимого результата, однако оставляет национальным властям выбор формы и методов его достижения. Учитывая указанное, члены ЕС и государства, которые имплементировали эту директиву, имеют одинаковые принципы применения медиации в гражданских и арбитражных правоотношениях.

С целью содействия лучшей реализации международных правовых договоров Совета Европы относительно эффективности и справедливости судопроизводства, Европейская комиссия по вопросам эффективности правосудия включила в свои приоритетные задачи новый вид деятельности, призванный сделать возможным эффективную имплементацию договоров Совета Европы и стандартов, касающихся альтернативного решения споров. Была образована рабочая группа для разработки руководящих принципов, которые не имеют обязательственного характера, но призваны помочь государствам-членам в реализации Рекомендации по медиации. 7 декабря 2007 г. Европейская комиссия по эффективности правосудия приняла руководящие принципы №13. Для лучшего выполнения имеющейся рекомендации по медиации в уголовных делах, руководящие принципы №14 для лучшего выполнения имеющихся рекомендаций по медиации в семейных делах и по медиации в гражданских делах, руководящие принципы №15 для лучшего выполнения имеющейся рекомендации относительно альтернатив судебному рассмотрению споров между административными органами и сторонами – частными лицами.

В Рекомендации CM/Rec (2010) 12 Комитета Министров Совета Европы государствам-членам относительно судей: независимость, эффективность и обязанности от 17 ноября 2010 г. в аспекте обновления для усиления действия всех мер, необходимых для содействия независимости судей, повышение эффективности их работы, укрепления роли судей и судебной системы в целом, было отмечено, в частности, на необходимости содействовать применению механизмов альтернативного разрешения споров.

Для обеспечения доступа к простым, действенным, быстрым и малозатратным способам решения внутренних и кросс-границных споров, возникающих из договоров купли-продажи или предоставления услуг, 21 мая 2013 г. было принято два документа: Директива 2013/11/ЕС и Регламент ЕС №524/2013 «Об урегулировании споров с участием потребителей онлайн».

Директива 2013/11/ЕС должны применяться к процедурам внесудебного решения внутренних и кросс-границных споров в отношении обязательств по договору, вытекающие из договоров купли-продажи или предоставлении услуг между продавцом, который осуществляет деятельность в ЕС, и потребителем, который проживает на территории ЕС, с использованием альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе, через которые предлагаются или принимаются решения, организуется взаимодействие сторон с целью достижения примирения.

Директива была имплементирована государствами-членами до 9 июля 2015 г. Регламент ЕС №524/2013 от 21 мая 2013 г. вступил в силу для государств с 9 января 2016 г. Он предусматривает создание европейской платформы онлайн-разрешения споров (ODR (Online Dispute Resolution) platform), а также содействия государствам-членам ЕС в создании эффективной системы альтернативного разрешения споров между потребителями и онлайн-продавцами. Особенно интересная ст. 5 Регламента, в которой предусмотрены основные положения и принципы создания и функционирования платформы

ODR. Фактически платформа будет онлайн-площадкой с функциями заполнения бланка жалоб, информирования сторон, определение арбитра, рассмотрения спора. Благодаря платформе ODR, как указано решено свыше 60 тыс. споров [101] и популярность такого способа постоянно растет. В соответствии с Регламентом ЕС №524/2013 от 21 мая 2013 г. Европейская Комиссия должна предоставить отчет в июле 2018 г. о деятельности указанной выше платформы.

Необходимо заметить, что законодательство ЕС является ориентиром не только для членов ЕС, но и для кандидатов на вступление в него. Кроме того, государства (Норвегия, Швейцария и др.), которые не являются членами ЕС, при разработке своего законодательства учитывают положения актов ЕС, чтобы иметь более тесную связь правовых систем и торговых отношений. Для примера, с использованием платформы ODR, без обращения в суд, решаются споры, связанные с онлайн-покупками товаров и услуг не только потребителей и торговцев в странах ЕС, но и Норвегии, Исландии и Лихтенштейна.

Таким образом, можно сделать вывод, что в ЕС вопросом альтернативного разрешения споров уделяется очень много внимания и достигнутые результаты являются весьма значительными. Принятые нормативные акты определяют широкий спектр споров, при решении которых могут применяться альтернативные решения споров, установлены четкие рекомендации государствам-членам ЕС по имплементации таких положений к национальному законодательству. Следовательно, каждое государство – член ЕС может иметь разное законодательство в сфере альтернативного решения споров, но оно будет базироваться на единых принципах.

Уровень развития стран мира в исследуемой сфере можно проанализировать, опираясь на данные Рейтинга. Каждая страна оценивается по семибалльной шкале оценки качества этого показателя. Следовательно, в соответствии с ним юридические и судебные системы разрешения споров: 1 – чрезвычайно неэффективный; 7 – чрезвычайно эффективный. В Рейтинге за 2017-2019 гг. первая десятка стран размещена в следующей последовательности:

1. Сингапур – 6,2.
2. Финляндия – 6,0.
3. Швейцария – 5,9.
4. Гонконг – 5,9.
5. Объединенные Арабские Эмираты – 5,7.
6. Великобритания – 5,6.
7. Новая Зеландия – 5,6.
8. США – 5,6.
9. Нидерланды – 5,5.
10. Катар – 5,5.

Республика Казахстан, получив 3,5 балла, занимает 71 место (хотя еще в Рейтинге за 2017-2018 гг. занимала 94 место).

Сингапур признается абсолютным лидером в области разрешения споров. В январе 2017 г. был принят Закон о медиации «The Mediation Bill» и внесены изменения в Гражданский акт. Это было сделано с целью усилить позицию Сингапура как международного центра по разрешению споров.

Новый Закон «О медиации» имеет целью сделать разрешение споров более выполняемым, позволит сторонам, достигшим согласия, после медиации согласиться зарегистрировать соглашение о разрешении спора в судебном порядке, которое в дальнейшем подлежит исполнению. Однако суд может отказаться регистрировать соглашение о разрешении спора, противоречит публичному порядку. Закон также предусматривает, что результаты переговоров во время медиации не могут быть разглашены любому третьему лицу, и не могут быть рассмотрены как доказательства без разрешения сторон.

Одновременно Парламент Сингапура принял поправки к Гражданскому Акту, которым закрепил положение о финансировании международного коммерческого арбитража третьими лицами, в случае если юридические расходы могут быть значительными. Этот законопроект был предложен для защиты уязвимых сторон конфликта и охраны от потенциальных возможных злоупотреблений во время судебного процесса. Предыдущее законодательство отмечало, что сторона, не имеющая интереса в арбитражном процессе, не имеет права оказывать помощь. Финансирование третьими сторонами арбитражного процесса являются особенностью арбитражных центров, таких как Лондон, Париж и Женева. Теперь к этим центрам присоединился и Сингапур [102].

Сингапурский международный арбитражный центр Singapore International Arbitration Centre (SIAC) был основан в 1991 году. В 2018 г. в Центр было подано 343 дела с 56 юрисдикций, а это на 27% больше, чем в 2015. [103], что ставит его на уровне с ведущими арбитражными институтами мира. Общая сумма в спорах равна 11,85 млрд. долларов. Среди них основными являются: строительство – 16%, корпоративные – 16%, торговля – 19%, коммерческие – 24%, морские – 19%, другие – 6%.

Сингапур позиционирует себя как нейтральная страна, с нулевой толерантностью к коррупции (среди стран Азии занимает 1 место, как наименее коррумпированная страна). Этим обусловлено большое количество обращений сторон споров и признание на международной арене. Судебная система максимально поддерживает арбитраж и минимально в него вмешивается.

Достаточно популярным видом альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе в Сингапуре является назначение эксперта. Чаще всего он применяются в спорах в строительстве, относительно интеллектуальной собственности, в энергетической и других сферах. Например, Сингапурский Институт Архитектуры в условиях своего контракта предусмотрел положения для сторон контракта решать споры через назначение эксперта по правилам этого Института. Офис интеллектуальной собственности Сингапура, который сотрудничает с ВОИС, также предоставляет возможность сторонам решить спор по патентам через назначение экспертов для разрешения спора в соответствии с правилами назначения эксперта ВОИС.

Стороны вправе утвердить свои собственные правила, полномочия эксперта вполне определяются соглашением между сторонами. Решение эксперта является финальным и обязательным. В случае невыполнения такого решения стороной, оно может быть выполнено через суд. Если стороны хотят обоснованное решение с аналитической составляющей, они должны это предусмотреть в соглашении. Прецедентная практика Сингапура гласит, что суд может изменять лишь несущественные части решения и не имеет права пересматривать решения эксперта, по существу, ведь в противном случае это будет противоречить соглашению сторон и будет равнозначно изменению соглашения.

Пункт 1 ст. 177 Закона Швейцарии «О международном частном праве» предусматривает, что в арбитражном порядке может рассматриваться любой спор, который касается финансовых интересов сторон. При этом государство или контролируемое им предприятие или организация, которая является стороной арбитражного соглашения, не имеют права ссылаться на свой собственный правовой статус, чтобы оспорить действительность заключенного им арбитражного соглашения. Кроме того, законодательством заложены высокие стандарты по пересмотру арбитражных решений. Принятое в Швейцарии арбитражное решение может быть оспорено исключительно в Верховном суде Швейцарии. При этом ходатайство об отмене арбитражного решения должно быть подано в суд с мотивированными аргументами в течение 30 дней со дня, когда решение было объявлено стороне. Закон Швейцарии «О международном частном праве» называет следующие основания для отмены арбитражного решения:

- единоличный арбитр или коллегия арбитров были назначены ненадлежащим образом;
- арбитражный трибунал неправоммерно признал или отверг свою компетенцию разрешать спор;
- арбитражное решение содержит выводы по вопросам, выходящим за пределы поданных исковых требований, или не содержит выводы по одному из спорных вопросов;
- был нарушен принцип равноправия сторон;
- принятое арбитражное решение противоречит публичному порядку.

Верховный суд Швейцарии весьма поощрительно относится к арбитражу, поддерживая его компетенцию, насколько это возможно (*in favorem arbitri*). В одном из недавних решений суда анализировалось оговорка о передаче споров в «уполномоченный юрисдикционный орган Женевы, Швейцария» («empowered jurisdiction of Geneva, Switzerland»). Иск был подан в Торгово-промышленную палату Женевы и единоличный арбитр, который действует на основании Швейцарского Регламента, был впоследствии признан лицом, имеющим полномочия для разрешения спора. Часть решения арбитра, что касается наличия компетенции, была оспорена в Верховном суде Швейцарии, однако ходатайство об отмене арбитражного решения не было удовлетворено. По мнению суда, использование заголовка «Арбитраж» было достаточным для того, чтобы такой способ урегулирования споров считался согласованным

между сторонами несмотря на то, что формулировка «empowered jurisdiction of Geneva, Switzerland» вызывает больше вопросов, чем ответов. Медиация в Швейцарии начала применяться в 90-е годы и касалась прежде всего семейных конфликтов и семейного права, сегодня сфера ее применения значительно шире.

Начиная с 80-х годов прошлого века, в Германии стали внедряться досудебные и внесудебные способы разрешения юридических конфликтов. Согласно общим правилам Гражданского процессуального заключения Германии (Zivilprozessordnung), еще известного как Гражданский процессуальный кодекс Германии, рассмотрение дела в государственном суде может быть начато только после того, как конфликтующими сторонами были приняты все меры для проведения предварительных переговоров для досудебного урегулирования спора. Согласно § 1030 Гражданского процессуального кодекса Германии предметом арбитражного разбирательства может быть любое имущественное, а также неимущественное требование, если стороны вправе заключить относительно предмета спора мировое соглашение. Согласно §1062 Гражданского процессуального кодекса Германии Верховный суд земли (Oberlandesgericht), указанный в арбитражном соглашении или, если он не указан, то Верховный суд земли, что является местом арбитража является компетентным для принятия решений с ходатайства по вопросам:

- назначения арбитра (§1034, 1035), отвода арбитра (§1037) или прекращения полномочий арбитра (§1038);

- принятия постановления о допустимости или недопустимости арбитража (арбитрабельность) (§1038), или решение арбитражного суда, которое подтверждает свою компетенцию в промежуточном арбитражном решении (§1040);

- разрешение на выполнение, отмене или изменении постановления о предварительных обеспечительных мерах или обеспечительные меры, принятые арбитражным судом (§1041);

- отмены арбитражного решения (§1059), приведение в исполнение арбитражного решения (§1060 и др.) или отказ в исполнении арбитражного решения (§1061).

В Германии посредничество достаточно эффективно интегрировано в систему правосудия. Посредники работают непосредственно в судах по семейным делам, в судах общей юрисдикции, в административных судах и т.д., что значительно сокращает количество потенциальных исков в судах. Более 300 арбитражных судов или примирительных советов (Schlichtungsstellen) занимаются различными спорами. Большинство примирительных советов занимаются потребительскими вопросами: банковской деятельностью, медицинскими нарушениями, страхованием, строительством, трудовым законодательством. С 1 января 2000 года необходим этап досудебного урегулирования по делам о мелких денежных претензиях (до 500 немецких марок), конфликтах с соседями и обвинениях в клевете. Остальные процедуры примирения не являются юридически обязательными и основываются на добровольном участии. В большинстве немецких учебных заведений

преподается курс «Посредничество», который посещают все выпускники юридических факультетов. Следует отметить, что при таком широком применении медиации закон о посредничестве в Германии был введен в действие только с июля 2012 года [104].

Государственные суды в Германии осуществляют контроль и способствуют деятельности арбитража (помощь в получении доказательств, вызов свидетелей и т.п.).

Как известно, стороны могут завершить разбирательство спора в суде заключением мирового соглашения (*der Prozeßvergleich*) [105]. С этой целью судья должен регулярно распоряжаться о личной явке сторон в суд (§279 ГПК ФРГ), чтобы разъяснить и указать на преимущество заключения мирового соглашения, которое не только сохранит им «нервы», но и расходы по процессу.

По мнению ученых Баура и Грунского, заключение мировой сделки имеет и психологический аспект, который заключается в том, что по решению суда победителей и побежденных нет [106], в частности, это обстоятельство становится более ясным, когда стороны, например, являются соседями, членами одного общества или семьи, т.е. должны жить дальше совместной жизнью.

Другое преимущество заключения мирового соглашения состоит в том, что очень часто спорные взаимоотношения сторон охватывают более «объемный» предмет спора, чем они подразумевают. Заключение мирового соглашения позволяет избежать привлечения в судебный процесс и других лиц, интересы которых также затрагиваются при рассмотрении гражданского правового спора. Следует заметить, что миссия судьи в этом вопросе в немецком процессе состоит лишь в предложении, а не в принуждении сторон к заключению мирового соглашения.

Институт мирового соглашения урегулирован гражданским процессуальным законодательством ФРГ, которое содержит и предпосылки существования названного института. Так, согласно §794 (1) ГПК ФРГ, мировое соглашение является исполнительным документом (*der Vollstreckungstitel*), а §160 ГПК ФРГ определяет, что заключение мирового соглашения должно определяться протоколом судебного заседания, т.е. желание и согласие сторон о заключении мирового соглашения должно быть дословно занесено в протокол судебного заседания [107]. Указанные ранее правовые предписания, а также правовые нормы, предусмотренные материальным правом, в частности § 779 ГК ФРГ составляют правовые предпосылки института мирового соглашения. Существование и материальных, и процессуальных предпосылок существования института мирового соглашения привело к дискуссии и формированию так называемой «теории о двойной природе мирового соглашения» (*Theorie von der Doppelnatur der Prozeßvergleich*) [108].

Суть этой теории состоит в том, что, с одной стороны, мировое соглашение – процессуальная сделка между сторонами о завершении правового спора и одновременно – соглашение об урегулировании материального правоотношения в смысле §779 Гражданского кодекса ФРГ.

Для заключения мирового соглашения в гражданском процессе ФРГ между сторонами как участниками гражданско-правового спора, исходя из §160 (1), 794 (1) ГПК ФРГ, а также из правовой природы заключаемого соглашения необходимо наличие следующих предпосылок:

1) соблюдение процессуальных требований, предусмотренных процессуальным правом для совершения процессуальных действий, также требований, предъявляемых материальным правом для заключения гражданской правовой сделки;

2) мировое соглашение должно быть заключено в суде во время находящегося на его рассмотрении спора;

3) мировое соглашение заключается только по согласию сторон;

4) мировое соглашение может включать лишь ту часть предмета спора, относительно которой стороны распорядились.

В связи с правом сторон на заключение мировой сделки, заметим, что в немецком гражданском процессе имеет применение и право отзыва мирового соглашения сторонами. Теоретические исследования вопроса о праве отзыва сторон заключенного между ними мирового соглашения были проделаны недавно ученым Шарпенаком. В своем исследовании ученый исходит из принципа диспозитивности, согласно которому стороны имеют право не только на возможность заключения мирового соглашения, но и его отзыв.

Срок отзыва мировой сделки определяется днем заключения мирового соглашения, т.е. иначе говоря этот срок начинает течь со дня заключения мирового соглашения в соответствии с §187 (1) ГК ФРГ [109].

Рассмотрим опыт Франции. Юридической основой гражданской медиации (включая коммерческую и связанную с трудовыми отношениями) являются следующие нормативно-правовые акты: Акт №95-125 от 8 февраля 1995 г., Указ №96-652 от 22 июля 1996 г., Указ №2012-66 от 20 января 2012 г.

Постановление №2011-1540 от 16 ноября 2011 г. и производный от него Указ №2012-66 ввели в действие положения Европейской директивы № 2008/52/ЕС по отдельным аспектам медиации при разрешении гражданско-правовых и коммерческих споров. Проведение медиации также регулируется нормами Гражданского процессуального, Трудового, Уголовного, Уголовно-процессуального, Монетарного и Финансового кодексов. Нормы о медиации также присутствуют в различных министерских и ведомственных документах.

Европейская директива по медиации оказала значительное влияние на действующее французское законодательство. В частности, было использовано определение медиации в соответствии с Европейской директивой, а также само действие Директивы было распространено на все виды внутренних споров, а не только трансграничных (кроме трудовых споров и публичных административных споров).

Французское законодательство в ряде случаев не разделяет термины «согласительная процедура» и «медиация», хотя на практике данные процедуры различаются, о чем говорят отдельные нормы гражданского процессуального кодекса (ст. 21, 127, 139-1), указывающие, что согласительная процедура проводится судьей или судебным примирителем.

Медиация во Франции развивается в двух формах: как частная внесудебная медиация и как медиация при суде (по направлению суда).

На государственном уровне отсутствуют какие-либо единые стандарты оказания медиативных услуг, отсутствует единый кодекс профессиональной этики: подобные документы принимаются ассоциациями медиаторов. 22 апреля 2003 г. Французский национальный консультативный совет по семейной медиации принял этические правила семейной медиации, которые в дальнейшем были отражены в этических кодексах/уставах двух федераций семейных медиаторов. Также каждая ассоциация имеет особые правила аккредитации (сертификации) медиаторов.

Медиация в России развивается крайне неравномерно. Эксперты выделяют отдельные регионы, где благодаря энтузиастам, специфике местных условий, заинтересованному отношению местных государственных органов развитие медиации происходит более активно. Это, прежде всего, Москва, Санкт-Петербург, Рязань, Нижний Новгород, Воронеж, Екатеринбург, Иркутск, Новосибирск, где активно работают локальные центры медиации [110]. Кроме того, медиация развивается в системе ТПП РФ и под эгидой Российского Союза промышленников и предпринимателей.

Беларусь. Особенностью белорусского законодательства является наличие законодательного регулирования сразу нескольких альтернативных способов разрешения споров: судебного примирения и медиации.

В Беларуси также принят специальный Закон от 12.07.2013 №58-З «О медиации» [111]. В целях унификации и гармонизации белорусского и российского законодательств в рамках создания Союзного государства, что определено одним из приоритетов Концепции совершенствования законодательства Республики Беларусь, утвержденной указом Президента Республики Беларусь от 10.04.2002 №205, в белорусском законе используется терминология, сходная с той, что определена российским Федеральным законом от 27.07.2010 №193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)». Белорусский закон о медиации учитывает положения Типового закона ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре 2002 года и Директивы 2008/52 ЕС Европейского Парламента и Совета от 21.05.2008 относительно некоторых аспектов медиации в гражданских и коммерческих делах. Законом регулируются сфера применения медиации, принципы медиации, требования к медиаторам, их выбор и назначение, конфиденциальность медиации, вознаграждение медиатора, правовые последствия медиации (влияние на сроки исковой давности, возможность обращения в суд, последствия заключения соглашения об урегулировании спора и вопросы его исполнимости), организация деятельности медиаторов, государственная регистрация организаций, обеспечивающих проведение медиации, реестр медиаторов и организаций, обеспечивающих проведение медиации.

Киргизия. Медиативная практика в Киргизии развивается в отсутствие законодательства о медиации на непрофессиональной основе (в 2011-2012

годах вносился законопроект о медиации, который не был принят), особенно широко – в урегулировании межэтнических конфликтов [112]. Медиация как технология может быть использована в соответствии с Гражданским процессуальным кодексом Киргизии в виде предварительного внесудебного либо досудебного разрешения споров, утверждения мирового соглашения сторон, решения суда аксакалов. Кодекс Киргизии «Об административной ответственности» [113] (ст. 18) дает возможность передачи материала об административном правонарушении на рассмотрение суда аксакалов для достижения примирения сторон. Посреднические и примирительные функции выполняются биями, башчы, аксакалами (Закон Киргизии от 05.07.2002 №113 «О судах аксакалов» [114]). Существует возможность принятия судом мер по примирению супругов в соответствии со ст. 23 Семейного кодекса Киргизии, в уголовном праве существует институт заглаживания вреда и примирения с потерпевшим («согласие с потерпевшим») в соответствии со ст. 66 Уголовного кодекса Киргизии [115]. Примирительные процедуры для урегулирования коллективных трудовых споров предусмотрены в соответствии со ст. 431 Трудового кодекса Киргизии [116].

Итак, в научной литературе термин «переговоры» встречается в широком и узком смыслах. Для целей нашего исследования переговоры мы будем рассматривать в узком смысле как отдельный вид альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе и, в то же время, если сторонам не удалось прийти к согласию, – как составная часть (этап) других видов альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе.

Таким образом, переговоры как разновидность альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе – это процесс взаимодействия между сторонами спора, направленный на достижение определенных форм договоренностей, базирующихся на общем интересе, с целью решения правового спора.

Анализ научной литературы дает возможность выделить несколько подходов к пониманию переговоров как социального и правового явления:

1. Переговоры – это процесс (процедура) взаимного обсуждения двумя или более участниками претензий, потребностей или интересов с целью их устранения или удовлетворения в случае наличия конфликта.

2. Переговоры – это способ (метод) управления конфликтом, который дает возможность на добровольной и равноправной основе устранить имеющиеся противоречия при максимальном удовлетворении собственных интересов каждой из сторон, принять решение на взаимовыгодной основе. Переговоры предоставляют сторонам возможность самим найти вариант решения спора.

Переговоры – непосредственное урегулирование сторонами споров, которое не предусматривает участия третьего лица в достижении взаимовыгодного соглашения.

Переговоры могут проводиться с использованием информационных и коммуникационных технологий – это электронные переговоры, онлайн-

переговоры. По форме взаимодействия участников электронные переговоры разделяют на прямые и автоматизированные. В прямых переговорах стороны взаимодействуют друг с другом, используя электронные средства связи, в автоматизированных переговорах используются системы электронного регулирования споров.

Для переговоров характерны все признаки альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе:

- добровольный и консенсуальный характер; множественность сторон;
- применяются для решения спора между двумя или более субъектами;
- правовая природа споров;
- универсальный характер, заключается в том, что стороны могут использовать переговоры на различных уровнях: физические лица, юридические лица, международные организации и государства;
- передать на разрешение путем переговоров можно как уже существующие, так и потенциально возможные споры;
- подконтрольность сторонам (стороны вправе определять условия и правила проведения переговоров);
- добровольное исполнение решения (стороны добровольно выполняют договоренности, достигнутые в результате переговоров);
- конфиденциальность.

Особенность этого вида альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе заключается в отсутствии третьей стороны. Однако некоторые ученые рассматривают медиацию особым видом переговоров, особенностью которой является обязательное присутствие третьей стороны. Такой подход, по нашему мнению, ошибочный, переговоры и медиация – это различные виды альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе. В некоторых странах (например, Бразилия), чтобы избежать путаницы, на законодательном уровне определяется случаи, когда применяются переговоры, а когда – медиация.

Переговоры обычно включают три этапа: начало, проведение и завершение. Предложение о переговорах может иметь письменную или устную форму и может поступать как до, так и после возникновения спора. Оговорка о применении переговоров как способа разрешения возможных споров может содержаться также в тексте договора между сторонами. Важно, что применение переговоров не ограничивает стороны в их праве обратиться к другим способам разрешения спора, если такие переговоры не оказались успешными. Принципы ведения переговоров являются тождественными для физических лиц, юридических лиц и даже государств. Кроме того, ряд международно-правовых актов содержит положения о целесообразности применения переговорных процедур перед обращением в суд. Так, учитывая ст. 28 Парижской конвенции Об охране промышленной собственности от 20 марта 1883 г., любой спор между двумя или несколькими государствами, который касается толкования или применения этой Конвенции, не урегулирован путем переговоров, может быть передан любым из государств в Международный суд путем подачи заявления в соответствии с Уставом суда, если указанные страны не

договорятся о другом способе урегулирования спора. Аналогичная норма закреплена также в ст. 33 Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений от 24 июля 1971 г. В преамбуле к Соглашению о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности от 15 апреля 1994 г. речь идет о том, что ее члены признают правила обеспечения эффективных и быстрых процедур для многостороннего предупреждения и урегулирования споров между правительствами. Таким образом, в международных актах устанавливается принцип приоритета договорного порядка урегулирования споров перед судебным.

В международном договорном праве предусматриваются положения о периоде ожидания (*waiting*, или *cooling off period*), который обычно длится от 3 до 12 месяцев. Считается, что в течение этого времени спор потенциально может быть решен путем переговоров. Стоит также заметить, что часто стороны определяют переговоры как обязательный этап разрешения спора, в связи с этим стороне, которая хочет обратиться в суд или арбитраж, необходимо задокументировать процесс начала переговоров путем направления уведомления о начале переговоров относительно спорного вопроса. Если сторона подтверждает отправку такого сообщения в любой форме (электронной, письменной или иной) противоположной стороне, или ее представителю (например, в споре против государства – государственному органу), то дата получения адресатом такого уведомления считается началом переговоров. Результатами переговоров могут быть как решения спора и достижения консенсуса, так и ситуация, когда стороны понимают, что не могут решить спор с помощью переговоров. В таком случае они обычно обращаются к другим альтернативным способам разрешения гражданских споров в гражданском процессе или суда.

Переговоры между государствами могут проводиться через переписку (ноты, письма, обращения) или во время встреч. Результаты переговоров обычно оформляются в виде соглашений или меморандумов о взаимопонимании *Memorandum of Understanding (MOU)*. Существуют прецеденты того, что международный арбитраж отказывал стороне в удовлетворении права на рассмотрение спора, в связи с тем, что соглашением предусмотрено переговоры как первоначальный этап разрешения споров и срок, в течение которого стороны могут применять переговоры. Рассмотрение дела в арбитраже может быть приостановлено с целью соответствия требований относительно сроков.

Примером применения переговоров для разрешения спора между Нидерландами и Бельгией является дело об обмене частями территории. В результате инженерных работ на реке в 60-80-х годах XX века, появилось несколько островов, один из которых стал бельгийским, однако он был труднодоступным с территории Бельгии, другой – нидерландским. Правоохранительные органы могли попасть на остров исключительно на лодках или по специальному разрешению Нидерландов, из-за чего возникли проблемы с криминогенной ситуацией на острове. По убеждению министров, новый договор между государствами должен был решить эту проблему,

поскольку распределял острова на реке так, чтобы государствам было удобно их контролировать.

Министры иностранных дел Нидерландов и Бельгии подписали договор об обмене небольшими частями территории на границе между государствами в 2016 г. В результате государства фактически обменялись некоторыми территориями. Это дело является ярким примером урегулирования спора путем переговоров по принципу win-win, то есть победили обе стороны.

В мире существует несколько организаций, которые предлагают услуги по разрешению споров с применением совета по разрешению споров:

1. Международная торговая палата (International Chamber of Commerce) является крупнейшей в мире бизнес организацией, которая работает над развитием международной торговли, ответственной бизнес поведением и глобальным регулированием для общественного развития была основана в 1919 г. в Париже, Франция.

2. Фонд советов по разрешению споров (Dispute Resolution Board Foundation) – основанная в 1996 г. в Сиэтле (США), позиционирует себя как некоммерческая организация, призванная распространять применение советов по разрешению споров во всем мире. Сайт этой организации содержит ссылку на базу данных проектов, в которых был предусмотрен совет по разрешению споров. С 1975 г. до 2017 г. насчитывает 2 813 проектов, в частности: строительство мостов, скоростных шоссе, тоннелей, метро, аэропортов, мест лишения свободы, дамб и т. д. по всему миру [117].

3. Федерация советов по разрешению споров Dispute Board Federation – это организация, призванная распространять применение совета по разрешению споров для избежания споров на крупных проектах по строительству в развивающихся странах.

4. Milan Chamber of Arbitration Миланская палата арбитража – предлагает широкий аспект услуг, среди которых, в частности, арбитраж, медиация, решение доменных споров и назначение совета по разрешению споров.

5. Международная федерация инженеров-консультантов (Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils (FIDIC) – с фр.; International Federation of Consulting Engineers – с англ.).

Рассмотрим, для примера, деятельность FIDIC, которая была основана в 1913 г. Странами-учредителями были Бельгия, Франция и Швейцария. Ее главной деятельностью является разработка типовых положений контрактов для урегулирования отношений между участниками инвестиционно-строительной деятельности. Организация предоставляет услуги по разрешению споров, в случае если стороны указали об этом в договоре. Такие договоры содержат положения об обращении к эксперту по разрешению споров и совета по разрешению споров.

Совет по разрешению споров отвечает всем признакам альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе. Одним из преимуществ разрешения споров с ее помощью является рассмотрение дела высококвалифицированными специалистами в конкретной отрасли. Это особенно уместно в случаях, когда определенные категории споров, например,

в сфере строительства (гражданская инженерия, морская инженерия, метро, аэропорты и тому подобное) требуют специальных знаний (часто технических) и не могут быть решены лицами, которые такими знаниями не обладают.

Совет по разрешению споров – коллегиальный орган, назначаемый сторонами контракта для разрешения споров в качестве посредника с целью экономии средств (это обычно дешевле, чем судебная тяжба или арбитраж) и обеспечения честности и прозрачности. Совет по разрешению споров в контрактах может предусматриваться как один вид альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе, а также сочетаться с другими. В договорах FIDIC зачастую предусмотрено разрешение споров посредством переговоров между сторонами, путем привлечения совета по разрешению споров, а в случае, когда эти два способа не помогли, предусматривается возможность обращения любой стороны в арбитраж.

Как правило, Совет по разрешению споров состоит из трех человек, двое членов назначаются сторонами, третий – с согласия двух членов. Если проект небольшой, возможно единоличное рассмотрение споров (Dispute resolution expert).

Она может создаваться в начале работы проекта и функционировать в течение всего времени. В таком случае Совет знаком с техническими аспектами проекта, знает ответственных лиц, а значит, таким образом может решать споры сразу как они возникнут. Другой вариант – создание Совета по разрешению споров ad hoc, то есть тогда, когда спор уже возник, для разрешения одного конкретного спора [120].

Совет по разрешению споров проводит слушания, во время которых каждая сторона объясняет свою позицию и отвечает на вопросы другой стороны, а также ее членов. Она имеет право доступа к информации по спору и может встречаться со сторонами в случае необходимости. Согласно руководству по разрешению споров в строительстве с помощью совета по разрешению споров существует девять обязательных требований для ее эффективной работы:

- члены Совета должны назначаться обеими сторонами;
- члены Совета должны подписать трехсторонний договор с декларацией честности и объективности в отношении каждой из сторон;
- расходы, связанные с деятельностью Совета, должны возлагаться на стороны в равных частях;
- Совет должен создаваться во время старта проекта, то есть к возникновению споров;
- Совет должен знакомиться с обновленными документами во время реализации проекта;
- любая сторона должна иметь право подать спор на рассмотрение Совета;
- неформальное, но всеобъемлющее слушание должно созываться немедленно;

– письменные рекомендации Совета не являются обязательными для сторон, но они могут использоваться в случае рассмотрения спора в арбитраже или судебном порядке;

– члены Совета должны быть освобождены от персональной или профессиональной ответственности за деятельность в качестве члена Совета.

Совет по урегулированию споров может работать по трем сценариям: предоставлять необязательные рекомендации (dispute resolution board), давать обязательные для сторон решения (dispute adjudication board) или отвечать на поставленные вопросы.

Необязательные рекомендации являются эффективным способом, учитывая следующее. Во-первых, обычно рекомендации являются допустимыми для рассмотрения во время судебного процесса или арбитража, ведь ее член является независимым экспертом, который знаком с проектом во время строительства. Во-вторых, Совет по разрешению споров выносит несколько рекомендаций, и они обычно касаются обеих сторон, поэтому если сторона хочет, чтобы контрагент выполнил рекомендации со своей стороны, она вынуждена выполнять свои. Рекомендации содержат оценку фактов, положений контракта и выводы.

Обязательные решения Совета по разрешению споров подлежат исполнению немедленно, сторона, которая не согласна с решением, может обратиться в суд или арбитраж.

В государствах обычно отсутствует какое-либо нормативное регулирование состава и порядка работы Совета по разрешению споров, поэтому договор, предусматривающий применение такого вида альтернативного способа разрешения гражданских споров в гражданском процессе, должен детально регламентировать ее деятельность. Совет по разрешению споров работал на таких проектах, как возведение Дамбы Харви (Harvey Dam) в Австралии (2000-2001), строительство Международного аэропорта Гонконга (было рассмотрено шесть споров и лишь один был направлен в арбитраж, где решение было оставлено в силе), строительство Нового Панамского канала, Тоннеля Эйзенхауэра. Независимый совет по разрешению споров также была основана для решения споров, которые возникали во время подготовки к Олимпийским и параолимпийским играм в Лондоне в 2012 г.

Для разрешения споров при реализации крупных проектов могут создаваться примирительные комиссии по рассмотрению споров (Dispute Review Board), они могут быть постоянными или временными, их решения также могут иметь обязательный или рекомендательный характер.

Для преодоления «конфликтной слепоты» участников, судебной практикой США разработан «мини-суд» (Mini-Trial) – сложная процедура внесудебного разрешения спора, что требует длительного времени, во время которой решение принимается комиссией из представителей руководства сторон, которые не принимали участия в предыдущих согласительных процедурах [121]. Возглавляет такую комиссию обычно третья сторона, которая тоже вносит свои предложения.

Еще одним видом альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе, близким к медиации, является нейтральная оценка, которая может быть предоставлена как на досудебной стадии урегулирования конфликта, так и в процессе судебного урегулирования конфликта. Досудебная нейтральная оценка помогает сэкономить на судебных издержках. Посредник, предлагая сторонам свой вариант выхода из конфликта, дает им время на поиск взаимовыгодного решения. Обе стороны заранее могут оценить свои шансы и отказаться от доведения дел до судебного рассмотрения.

Кроме указанных выше способов разрешения споров выделяют также смешанные способы решения споров, например, переговоры, арбитраж (negotiation-arbitration) или медиация-арбитраж (mediation-arbitration). В таких случаях сначала посредник применяет процедуру медиации к сторонам, а если стороны не смогли самостоятельно решить свой спор, то он становится арбитром и выносит обязательное для сторон решение. Стороны сразу договариваются о такой способ разрешения спора и уполномочивают третью сторону принять обязательное для них решение в случае невозможности достичь согласия. Особенность этой процедуры заключается в том, что посредник уже знаком с делом и может принять решение в кратчайший срок. Кроме того, при таком способе решения споров на различных этапах может отличаться поведение сторон, ведь, с одной стороны, медиация и арбитраж базируются на совершенно разных подходах. В медиации важны интересы сторон, в арбитраже – правовая позиция сторон, именно поэтому стороны будут осторожны в своих аргументах и фактах, а с другой стороны, стороны знают о том, что в случае, если они не достигнут согласия, могут проиграть в результате арбитражного решения, ведь не знают, какое решение примет арбитр, что стимулирует сторон урегулировать спор самостоятельно лишь за модерацией посредника. По нашему мнению, медиация-арбитраж является самостоятельным способом решения споров, ведь, во-первых, соглашение сторон предусматривает сразу полномочия третьей стороны относительно роли арбитра в случае невозможности достичь соглашения самостоятельно. Во-вторых, результат такого вида альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе может быть двойкой – стороны могут сами достигнуть согласия, или в случае невозможности самостоятельно решить спор, получают решение арбитра.

Медиация-арбитраж может иметь различные подвиды, например, MEDALOA (Mediation and last offer Arbitration) – медиация и последнее арбитражное предложение. Ее особенность заключается именно во второй части, которая представляет собой следующее. Каждая из сторон спора предлагает медиатору-арбитру наиболее полную правовую аргументацию своей позиции, готовит последнее предложение о конечном решении спора (в виде проекта решения). Посредник выбирает наиболее обоснованное, справедливое, по его мнению, предложение и берет за основу при подготовке своего финального решения, подлежащего обязательному исполнению.

Вариацией предыдущего вида альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе является применение метода,

который заключается в том, что обязательным для сторон будет решение посредника, если их «последние предложения» будут расходиться не более чем предварительно определенный процент. То есть каждая сторона устанавливает сумму, которую готова выплатить или желает получить, и размер процентов, в случае расхождения, на который право принимать решение будет иметь посредник и оно будет иметь обязательную силу для сторон. Посредник, принимая решение, должен руководствоваться установленными пределами. При этом стороны не могут определить чрезмерно высокую минимальную сумму, как и установить максимальную сумму, которую готовы заплатить, в нулевом или очень маленьком размере. Это будет считаться злоупотреблением правом и нарушением принципов добросовестности или свидетельствовать о том, что эта методика альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе не может применяться в конкретном конфликте.

Практикующие медиаторы и арбитры нередко производят свои собственные модели смешанных процедур, одной из таких является «Конверт с арбитражным решением». Международный медиатор М. Литс разработал процедуру арбитража-медиации, в которой арбитражная часть заканчивается до начала медиации [122]. Арбитры показывают сторонам конверт, который содержит арбитражное решение. После этого они начинают вести переговоры с целью достичь согласия, ведь им не известно решение, которое содержится в конверте. Такой подход дает возможность сторонам идти на уступки, что для них более благоприятное, чем получение обязательного решения арбитража.

М. Таразон – медиатор и арбитр, который работает в Барселоне, выработала собственный способ арбитража-медиации. Когда она выступает арбитром, то просит стороны уполномочить ее посоветовать медиацию на определенном этапе арбитражного разбирательства, когда она будет считать это необходимым. В основном это происходит после того, как стороны представили свои правовые позиции. После стадии представления правовых позиций она присылает письма сторонам, в которых предлагает несколько дат, в которые они могут провести медиацию [123].

В Австралии, руководствуясь положениями Закона «О семье», применяются следующие виды альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе:

- 1) Med-Arb – форма арбитража, в котором сначала арбитр выступает в роли посредника, но в случае недостижения согласия сторон, он может принять решение, обязательное для сторон;
- 2) ранняя нейтральная оценка (early neutral evaluation) – это процесс ранней нейтральной оценки вероятного результата, если дело будет рассматриваться в суде, ее осуществляет независимый оценщик (семейный специалист);
- 3) арбитраж на основе предоставленных документов (проводится без устных слушаний);
- 4) краткий арбитраж;

5) сотрудничество или совместный подход, особенность этого вида заключается в том, что переговоры ведутся через адвоката.

«Электронное разрешение споров» («Electronic Dispute Resolution») – этот термин, по мнению ученых, является более широким по сравнению с «интернет решением споров» («Internet Dispute Resolution») и «онлайн разрешение споров» («Online Dispute Resolution»). В зависимости от методов разрешения споров, различают следующие основные виды онлайн-решения споров:

– решение споров с использованием экспертной системы автоматического разрешения споров;

– онлайн-арбитраж;

– онлайн-медиация;

– онлайн-разрешение споров с потребителями.

Электронное разрешение споров – это совокупность методов урегулирования споров (конфликтов) с применением интернет-технологий. Также определяют как разработку программ и вычислительных сетей для решения споров с помощью методов альтернативного разрешения споров. По мнению некоторых правоведов, альтернативные средства урегулирования споров и электронное разрешение споров приобретают популярность через три характеристики самой сети Интернет:

– низкий барьер для вступления любых лиц в правоотношения в сети Интернет;

– географическая открытость электронной коммерции;

– интернет является глобальной системой, а следовательно, в правоотношения могут вступать любые лица, без ограничения по территории определенного государства.

В Нидерландах с 2007 г. применяется онлайн-платформа «Дорожная карта правосудия» (Rechtwijzer). Она дает возможность парам договориться о разводе и выплате алиментов на детей. Ежегодно около 700 разводов оформляется с помощью Rechtwijzer. Она расширяет свое применение также и на решение трудовых споров и споров по договорам аренды. Использует алгоритмы поиска возможных договоренностей и предлагает решение. Однако если договориться не удастся, стороны могут обратиться к медиатору. В случае недостижения договоренности через медиацию возможно обращение к арбитру по обязательному для сторон решению, но это происходит лишь в 5% случаях. Подобные онлайн-услуги получают все большее распространение.

Сегодня уже разработана и внедрена платформа онлайн-разрешение споров Online Dispute Resolution (ODR), между потребителями и торговцами с ЕС, Норвегии, Исландии и Лихтенштейна. Она позволяет уладить разногласия, связанные с онлайн-покупками товаров и услуг, без обращения в суд. Платформа ODR не связана ни с одним продавцом, ее можно использовать, чтобы подать жалобу утвержденному органу разрешения споров, который является беспристрастной организацией или физическим лицом, которая помогает потребителям и торговцам достичь внесудебного урегулирования. Платформа ODR проста в использовании и позволяет пользователям поэтапно осуществлять все действия по разрешению споров, предоставляет переводы на

всех языках ЕС. Используя ODR, потребители могут получить справедливые результаты бесплатно или за очень небольшую плату, тогда как торговцы могут избежать дорогостоящих процедур судебных разбирательств и поддерживать хорошие отношения с клиентами.

Проанализируем этапы, которые предусмотрены для урегулирования потребительских споров:

Первый этап – подача жалобы. Чтобы подать жалобу, потребитель и продавец должны находиться на территории ЕС или Норвегии, Исландии и Лихтенштейна; заполняется форма онлайн-жалобы. В ней должна быть информация о потребителе, продавце, покупке, услуге, сущности жалобы. Можно скачать любые соответствующие документы (например, счет-фактуру, заказ на поставку и др.).

Второй этап – выбор органа разрешения споров. Как только продавец согласился использовать процедуру разрешения споров для рассмотрения жалобы, предоставляется 30 дней для согласования органа разрешения споров, который будет его решать. Продавец через платформу может предложить институцию одного или нескольких органов разрешения споров, способных его рассмотреть. Заявитель может ознакомиться с информацией об органах по разрешению споров (сборы, географический охват, процедуры и тому подобное), чтобы убедиться, что они рассматривают соответствующие жалобы. Если потребитель и продавец не могут согласовать орган разрешения споров в течение 30 дней, им отказывают в рассмотрении спора.

Третий этап – рассмотрение жалобы. Как только орган разрешения споров примет решение по жалобе, об этом указывается на платформе ODR, а стороны получают соответствующие уведомления. Чтобы ознакомиться с решением, нужно войти в свою учетную запись.

Мировые торговые площадки, такие как eBay, PayPal, Alibaba, Taobao, поняли важность эффективного разрешения споров между контрагентами и разработали специальные электронные системы, где процесс урегулирования споров является максимально удобным, быстрым и даже бесплатным. В США онлайн-решение споров применяется в электронной коммерции компаниями eBay (157 млн. пользователей) и Amazon (244 млн. пользователей). Для разрешения споров онлайн на eBay была разработана специальная программа в форме центра разрешения споров (это стоило компании 10 млн. долларов). Она показывает высокую эффективность, максимальный срок для решения споров – 12 дней. Ежегодно на сайте eBay около 60 млн. споров решаются онлайн, при этом: 90% – специальным программным обеспечением без вмешательства людей; 50% – по результатам переговоров между продавцом и покупателем; 99,999% – не обжалуются в суде.

Еще одна, достаточно известная открытая платформа для разрешения споров онлайн – Modria. Она состоит из четырех модулей, которые представляют собой четыре стадии онлайн-решения споров: диагностика проблемы, переговоры, медиация и арбитраж. При этом платформа позволяет применять эти модули в свободной последовательности, создавая свой порядок разрешения споров.

Выводы:

Сегодня довольно распространенной является тенденция сближения арбитража с другими АРС, такими как медиация и консилиация, поскольку они предлагают те преимущества, которые потерял арбитраж. В связи с этим целесообразной представляется конвергенция арбитража и других видов АРС как на практике, так и в актах нормативного регулирования, путем дополнения последних нормами о видах и способах альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе. При этом важно не ограничиваться перечислением тех или иных альтернативных видов разрешения споров, а предсказать новые (комбинированные) способы. В частности, ученые предлагают пошаговый способ разрешения споров, при котором стороны могут обратиться прежде всего к медиации или консилиации, а в случае недостижения желаемого результата – в арбитраж.

3.2 Актуальные направления совершенствования процессуальных методов применения альтернативного разрешения споров в гражданском процессе

Перспективным направлением развития альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе является расширение использования современных технических средств (цифровизации). Для примера, Регламент ЕС №524/2013 от 21 мая 2013 г. предусматривает создание европейской платформы онлайн-разрешения споров (ODR platform), которая должна поддерживать следующие функции:

- возможность заполнения бланка жалобы и подачи ее в электронной форме;
- информирование стороны-ответчика о жалобе;
- определение лица, компетентной оказывать услуги альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе;
- возможность управления делами в режиме онлайн и проведение процедуры урегулирования споров в режиме онлайн через платформу ODR;
- возможность перевода информации, необходимой сторонам для разрешения спора, через платформу ODR;
- создание электронной формы с помощью которой стороны направляют информацию лицу, предоставляющему услуги альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе;
- обеспечение системы обратной связи.

Одним из направлений внедрения альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе в Республике Казахстан является их применение для решения споров в публично-правовой сфере. Возможность внедрения примирения сторон по делам, возникающим из публично-правовых отношений, зависит от готовности государства как стороны конфликта идти по пути примирения, от критериев, руководствуясь которыми его органы, главным образом исполнительные, могут выйти на компромиссное решение с другой стороной конфликта. Такими критериями можно считать:

а) социальную или социально-экономическую выгоду для третьих лиц, «защитником», «телохранителем» прав и интересов которых является государство;

б) разделение административной компетенции, учитывая его правовую природу сегодня в полном объеме сосредотачивается в полномочиях одного должностного лица, с одной стороны, и «боязнь» им принять решение, что ведет к компромиссу – с другой.

Для этого нужен механизм, в котором различные должностные лица одного государственного органа в пределах своей компетенции могли бы: определить допустимость примирения сторон данного конфликта, за помощью проверки юридической природы конфликта (административного спора); определить критерии и пределы, в рамках которых соответствующее должностное лицо имеет право принимать компромиссное решение; определить социально-экономическую выгоду компромисса. В то же время многие ученые критически воспринимают идею решения споров в публично-правовой сфере при помощи альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе.

В целом необходимо отметить, что стремление к расширению сферы применения альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе является общемировой тенденцией. Они используются в государствах англо-американской правовой системы, романо-германской правовой системы, азиатских государствах и других государствах по всему миру. Нормы права, регулирующие применение альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе, приняты на всех уровнях правового регулирования от международных конвенций до локальных нормативных актов.

В то же время ожидания относительно быстрого широкого применения альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе в Республике Казахстан в значительной степени чрезмерно оптимистичны. Причиной тому является множество факторов, среди которых можно выделить менталитет казахского общества (достаточно высокая степень взаимного недоверия), несовершенство законодательства, пассивность судов, низкий уровень правовой культуры, слабое освещение данной тематики в средствах массовой информации, отсутствие широкой разъяснительной работы относительно преимуществ альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе и много других. В Республике Казахстан население отдает предпочтение судебному порядку решения споров, а не применению альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе, поскольку соглашение, достигнутое путем переговоров или медиации, довольно часто игнорируется одной из сторон, используется для затягивания времени и тому подобное. То есть принципы добровольного выполнения договоренностей, которые являются основными для альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе, сторонами (одной из сторон) не соблюдаются, поэтому такой порядок разрешения споров между физическими лицами является скорее исключением,

чем правилом. Существенным преимуществом судебного решением является государственное принуждение, которое игнорировать очень не просто. Итак, конфликтующие стороны скорее надеются на силу, государственное принуждение, чем на компромисс или договоренность. Однако следует констатировать, что в последнее время вопрос внедрения альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе стал предметом отраслевых юридических наук, довольно часто дискутируются на научно-практических конференциях, в результате чего осведомленность юристов и населения с особенностями применения альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе постепенно растет.

В Республике Казахстан не хватает экспертов по ведению альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе. Очевидно, академические программы для студентов-юристов традиционно ориентированы на изучение правил судебных процессов и не содержат курсов по ведению переговоров, медиации, арбитража и других альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе. Лишь в некоторых высших учебных заведениях существует курс по изучению отдельных видов альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе, не хватает учебников, пособий и методических материалов. Зарубежный опыт свидетельствует, что изучению проблем альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе, подготовке специалистов для этой сферы необходимо уделять значительное внимание. Актуальным является внедрение в учебный процесс новых курсов, которые знакомили бы студентов с новыми видами альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе, особенностями их применения при разрешении споров в различных сферах общественных отношений. Это, в частности, может быть курс моделирования споров в арбитражных и международных судах, которые сейчас востребованы на рынке юридических услуг и в деятельности Министерства юстиции Республики Казахстан. Например: кафедрой гражданское право и гражданский процесс, трудовое право Казахского Национального университета им. аль-Фараби с 2017 года для студентов выпускных 4 курсов бакалавриата в ОП (образовательную программу) специальности Юриспруденция в объеме 5 кредитов включили элективный курс «Арбитраж и медиация», что говорит о заинтересованности руководства факультета в подготовке квалифицированных специалистов досудебного урегулирования споров.

Предпосылкой расширения практики применения альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе в Республике Казахстан также является широкая информационная компания в отношении видов альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе, их особенностей, институтов (специализированных, постоянно действующих), которые предоставляют услуги по разрешению споров, квалификации арбитров, медиаторов, экспертов, процедуры, стоимости, законодательного регулирования.

В сдерживании развития альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе определенную роль играют субъективные факторы, в частности, в юридическом обществе и обществе в целом существует скепсис и недоверие по применению альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе. В значительной степени, это обусловлено довольно распространенным представлением, что сторона, которая предлагает переговоры, или медиацию имеет слабую правовую позицию, а потому предлагает решить спор во внесудебном порядке. Однако практика, особенно в зарубежных странах, свидетельствует об ошибочности такого представления. Сторона, которая предлагает применение альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе, таким образом может надеяться избежать публичности спора, ведь это может повлиять на ее репутацию, или сторона хочет в кратчайшие сроки решить правовой спор.

Внедрение в Республике Казахстан системы альтернативного разрешения споров, которую широко применяют в развитых странах мира, может стать новым действенным инструментом как для преодоления кризисных явлений в сфере защиты прав и интересов субъектов права, так и для практической реализации современных правовых тенденций, направленных на повышение эффективности механизма защиты прав. В то же время необходимо предвидеть потенциальные угрозы правового регулирования альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе в Республике Казахстан, а именно буквальная транспозиция норм из других правовых систем может привести к ряду коллизий и невозможности их реализовать в национальной правовой системе.

Изменения в действующее законодательство Республики Казахстан для обеспечения возможности использовать альтернативные способы разрешения гражданских споров в гражданском процессе должны учитывать лучшие образцы мировой практики, не создавать коллизий, демонстрировать очевидность преимуществ, быть простыми и понятными не только для юристов, но и для населения. Предложения по использованию зарубежного опыта в ходе проведения отечественных преобразований не означает слепого копирования, заимствования иностранных конструкций. Это и невозможно, учитывая исторические, правовые традиции, правосознание, экономические и социальные условия. В то же время изучение и критическое осмысление зарубежного опыта при наличии собственных предпосылок может сыграть важную роль в совершенствовании национальной правовой системы. Каждая страна строит судебную систему, исходя из собственных потребностей. Однако существуют общечеловеческие ценности, которые не могут не учитываться в обществе, которые относят себя к демократическому. Это право на судебную защиту и право на выбор той или иной правомерной процедуры разрешения спора.

Поэтапное развитие как системы третейских судов, так и медиации должно быть внесено в основные государственные программы по реформированию государственной судебной системы. В этом процессе не

может стоять в стороне ни юридическая, ни научная элита. Проведение переговоров с целью внесудебного решения споров и примирения является технически сложным делом, которое требует специальной профессиональной подготовки. На практике даже наиболее опытный в проведении переговоров юрист не всегда может найти решение в прямых переговорах. Поэтому квалификационный отбор третейских судей и медиаторов, их отдельная профессиональная подготовка должна стать залогом предотвращения мошенничества в этой сфере и как следствия – законных решений по делам. Это позволит улучшить инвестиционный климат в Республике Казахстан и предоставит инвесторам уверенность в том, что их права защищены, и им не надо беспокоиться, что национальный суд может отказаться выполнять решение арбитража.

Учитывая, что иногда возникают очень сложные споры, существует большое количество альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе, которые могут использоваться отдельно или в их комбинации для получения лучшего результата. Альтернативные способы разрешения гражданских споров в гражданском процессе выполняют лишь вспомогательную функцию и никоим образом не ограничивают юрисдикцию национальных судов, наоборот, они призваны разгрузить национальные суды и привлечь экспертов-профессионалов к прозрачному, беспристрастному, комплексному решению споров.

Отдельное внимание должно уделяться повышению квалификации судей национальных судов, которые из-за непонимания природы альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе часто пересматривают решения международного арбитража по материальным, а не только по процессуальным основаниям, или отказывают в их признании и исполнении на территории Республики Казахстан.

Для эффективного внедрения альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе насущной является необходимость в их межотраслевом изучении. В этом контексте актуальность теоретических исследований проблематики альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе обусловлена особой значимостью правовых споров как явления, неотъемлемого от самой юридической практики, расширением поля правовой конфликтности, неизбежной в условиях социальных изменений, необходимостью создания в Республике Казахстан полноценной, оптимально дифференцированной системы разрешения правовых споров. Создание такой системы является комплексной задачей, решение которой предполагает разработку адекватных организационно-правовых форм, которые бы органично сочетали и обеспечивали надежную защиту прав и законных интересов физических и юридических лиц в конфликтных ситуациях и эффективное разрешение таких ситуаций с целью стабильного функционирования правовой системы. В разработку этой проблематики весомым является вклад не только юристов, но и специалистов по психологии, экспертов по теории игр, политологов, экономистов, ведь споры никогда не возникают в вакууме или в полной

изоляции, поэтому, рассматривая систему альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе, необходимо анализировать факторы, обуславливающие появление споров, особенности конфликтующих сторон, их эмоциональное состояние, склонность к компромиссам, влияние третьих лиц, посредников и тому подобное.

Подытоживая, следует констатировать, что сейчас Республика Казахстан находится только на этапе формирования национальной концепции альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе. Все указанные выше способы альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе могут эффективно применяться для решения правовых споров при условии их качественной законодательной регламентации как на уровне отдельных законов, так и кодифицированных актов. Поэтому с уверенностью можно констатировать насущную необходимость внедрения и создания адекватного правового механизма регулирования институтов альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе.

Растет число лиц, заинтересованных в развитии альтернативных способов разрешения споров и, как следствие, появляются профессиональные ассоциации, такие как объединение профессионалов, которые решают споры. Без сомнения, есть все основания говорить о том, что широкое внедрение альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе поможет снизить нагрузку на суды, а значит, сделает их работу более эффективной. Вот почему вопрос о целесообразности развития в Республике Казахстан альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе является актуальным и важным.

В настоящее время ведется работа Центров в сфере медиации, которые включены в состав рабочей группы Парламента по выработке предложений по внесению дополнений и изменений, а также совершенствованию Закона «О медиации» Республики Казахстан.

10.08.2020 года состоялась онлайн встреча медиаторов Международного правозащитного Центра г. Алматы с сенатором К.Б. Сафиновым по обсуждению проекта Закона «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты по вопросам развития институтов внесудебного и досудебного урегулирования споров», находящегося на рассмотрении Мажилиса Парламента РК [124]. На онлайн встрече поднимались вопросы о необходимости работы над проектом отдельной главы «Медиация с госорганами». Депутат указал на проблемы медиации и других примирительных процедур по административным делам. По итогам встречи в Парламент были направлены предложения членам рабочей группы по данному Законопроекту.

В настоящее время эксперты в сфере медиации отмечают, что доверие к альтернативным видам разрешения споров и конфликтов растет и у казахстанцев. Подтверждает это и официальные статистические данные Верховного суда РК – «Форма №2 Отчет по рассмотрению гражданских дел судами первой инстанции» от 23.01.2020 года [125]. Например, за отчетный

период 2018 года судами в порядке примирения (в связи с заключением мирового соглашения, в связи с заключением соглашения об урегулировании спора в порядке медиации, в связи с заключением соглашения об урегулировании спора в порядке парситипативной процедуры) было рассмотрено с прекращением производства по делу гражданских дел, материалов, представлений – 39155 дел из общего числа 3048178 поступивших заявлений в суды Республики, что составляет 1,28% от общего числа поступивших заявлений. За аналогичный отчетный период в 2019 году – 49540 дел из общего числа 2719527 поступивших заявлений, что составляет 1,83% от общего числа поступивших заявлений. За указанные периоды данные 2019 года по сравнению с показателями 2018 года интерес и доверие к АРС повысилось на 0,55%, что на наш взгляд очень низкий и малозначительный показатель, который существует в реальности, и остается только надеяться на повсеместное развитие института альтернативных способов разрешения споров гражданском процессе.

К сожалению для нас в открытом доступе нет статистических данных за отчетный период – 2020-2021 год на официальном сайте Верховного Суда РК и в ведомствах Министерства информации и общественного развития РК. На наш официальный запрос МИОР РК не направили ответа.

Статистическая отчетность же Центров медиации (сводные отчеты центров сдаваемые в ведомства МИОР РК), адвокатских сообществ по вопросам примирения, увы для нас недоступна, нет размещенных данных в открытом доступе, что для дополнительного анализа и сравнения данных нам не представилось возможным.

Для сравнения в уголовном процессе медиация возможна как на стадии дознания, предварительного следствия, так и в ходе судебного процесса:

– подозреваемый/обвиняемый имеет право примириться с потерпевшим в порядке медиации (п. 15 ч. 9 ст. 64 УПК РК);

– потерпевший, соответственно, имеет право в порядке медиации примириться с подозреваемым и обвиняемым (п. 8, ч. 6 ст. 71 УПК).

В то же время, если в соответствии со статьей 358 УПК РК, председательствующий разъясняет подсудимому его права в главном судебном разбирательстве, предусмотренные статьей 65 УПК РК, а также право на заключение процессуального соглашения, примирение с потерпевшим в предусмотренных законом случаях, в том числе в порядке медиации, то на стадии дознания и предварительного следствия обязанность такого разъяснения лицу, ведущему уголовный процесс не вменяется.

Более того, следствие и дознание не заинтересованы в том, что дело было прекращено по статье 68 УК РК ввиду примирения сторон, так как в этом случае «страдает» статистика раскрываемости уголовных правонарушений, а этот факт уже лично отражается на следователе или дознавателе.

Отсюда органы дознания и следствия крайне неохотно принимают уже имеющиеся по делу соглашения об урегулировании правового спора (конфликта) в порядке медиации, а о разъяснении сторонам права на примирение с потерпевшим в предусмотренных законом случаях, в том числе в

порядке медиации и речи быть не может.

На этом фоне, в целях развития применения медиации на досудебных стадиях, что повлечет экономию бюджетных средств, так как работа по привлечению лица находится в самом начале и в ней задействовано минимум средств и сил, предлагаем ввести статистическую отчетность для органов досудебного расследования относительно количества дел, прекращенных путем примирения, в том числе в порядке медиации, условно отнеся эти дела к категории «раскрытых» дел, учитывая, что фактически обвиняемый признает свою вину, возмещая потерпевшему ущерб и заглаживая причиненный вред.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В диссертационной работе приведено теоретическое обобщение и представлено решение научной задачи, заключающейся в выяснении правовой природы альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе, их места и роли в системе решения правовых споров, состояния правовой регламентации альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе и обосновании необходимости принятия новых законов и усовершенствования действующего законодательства для внедрения альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе в Республике Казахстан. Основными научными **выводами**, предложениями и рекомендациями, полученными в процессе исследования, являются следующие положения:

1. Признаками правового спора являются:

- наличие противоречия, споры;
- сфера их возникновения – отношения, урегулированные правом;
- участники – субъекты правоотношений;
- основание – правовые причины возникновения правового спора;
- формулировка претензий, возражений;
- стремление участников разрешить правовой спор непосредственно или при посредничестве третьей стороны (суда, органа публичной власти, третейского суда, медиатора, эксперта);
- соблюдение определенного процедурного порядка разрешения спора (определенного законом, соглашением сторон);
- решение правового спора путем принятия решения (суда, органа публичной власти, третейского суда), заключением соглашения (мирного соглашения) и прочее.

2. Разрешение конфликтов достигается с помощью различных способов, а именно: сила, судебный порядок обращения государственных органов или органов местного самоуправления, с помощью альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе. Прекращение конфликтов возможно в результате событий, которые не зависят от воли сторон или иным способом, составить их исчерпывающий перечень невозможно.

3. Альтернативные способы разрешения гражданских споров в гражданском процессе представляют собой широкую систему способов, с помощью которых стороны могут решить правовой спор, не обращаясь в суд или других органов государственной власти и органов местного самоуправления. Этот вид разрешения правовых споров известен издавна, однако в современных условиях общественного развития он приобретает все большую актуальность и рассматривается как действенная альтернатива судебному и административному порядку решения правовых споров. Во многих странах достаточно развита практика альтернативного разрешения правовых споров, что дает возможность уменьшить нагрузку на органы судебной власти, снизить расходы сторон, упростить процедуру и сократить сроки рассмотрения дел.

Государственное судопроизводство и система альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе представляют собой единую систему разрешения споров. Будучи элементами системы разрешения правовых споров, альтернативные способы разрешения гражданских споров в гражданском процессе и государственное судопроизводство находятся во взаимозависимости и своеобразной конкуренции. Альтернативные способы разрешения гражданских споров в гражданском процессе достаточно развиты в Республике Казахстан. Институт медиации был законодательно закреплен Законом Республики Казахстан «О медиации» в 2011 г., который регулирует общественные отношения в сфере медиации, определяет ее принципы и процедуру проведения, а также статус медиатора. С этим законом были связаны ожидания бурного развития и широкого применения медиации при урегулировании правовых конфликтов, однако этих результатов еще не достигнуто, поэтому органы государственной власти уделяют много внимания этим вопросам.

Мощным стимулом для развития АРС стало создание Международного финансового центра «Астана», за основу которого была выбрана модель Дубайского международного финансового центра (DIFC), которая уже доказала свою успешность. В рамках этого проекта для решения правовых споров создан Международный арбитражный центр, к которому привлечены судьи международного уровня, применяется англосаксонская система права и английский язык в судопроизводстве.

8 апреля 2016 г. был принят новый Закон Республики Казахстан «Об арбитраже». Существенная часть его нововведений следует из объединения законов «О третейских судах» и «О международном арбитраже», соответственно, объединены понятия «третейский суд» (решает споры с участием резидентов) и «международный арбитраж» (решает споры с участием нерезидентов), при этом установлено, что будет использоваться общий термин «арбитраж»; введен принцип, согласно которому недействительность договора не ведет к недействительности арбитражной оговорки; изменена компетенция арбитража в решении вопросов гражданско-правовых споров как с предметом, так и с субъектами; установлены более четкие требования к содержанию и оформлению арбитражной оговорки.

4. Изменение социальной организации человеческих сообществ (локальные группы, племена, государства, союзы государств) приводило к изменению способов и форм урегулирования конфликтов. Опираясь на подходы к периодизации всемирной истории (доисторический, древний, средневековый, новый и новейший, которая основывается на глубоких изменениях в сознании и коммуникациях), выделены пять этапов, которые весьма определенно характеризуют наиболее значимые периоды развития АРС.

Для первого этапа характерным является превалирование общественных (догосударственных) способов разрешения конфликтов и споров, что обусловлено, во-первых, отсутствием (слабостью) органов управления, во-вторых, влиянием религии, идеологии и тому подобное.

Для второго этапа характерно преимущественное разрешение споров в пределах гильдий, корпораций, развитие сферы арбитражного решения межфеодалных споров, усиление регулирования альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе со стороны государства.

Характерной чертой третьего этапа является укрепление суверенного права государств самостоятельно определять процедуры и механизмы разрешения правовых споров, расширение сферы государственного судопроизводства, усиление влияния государства на практику применения альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе путем регулирования соответствующих отношений, развитие межгосударственного арбитража как основного способа разрешения споров на международном уровне.

Для четвертого этапа характерно увеличение количества авторитарных государств, централизация государственного управления, которые привели к сужению альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе в частно-правовой сфере, установление приоритета государственного судопроизводства и очерчивания сферы, где возможно применение альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе, уменьшение количества мелких международных конфликтов и, как результат, – практики межгосударственного арбитража, появление глобальных конфликтов (две мировые войны), участниками которых было много государств, поиск эффективных механизмов решения глобальных конфликтов, межгосударственных споров путем применения альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе под эгидой международных организаций.

Особенностью пятого этапа является стремление к максимальному учету интересов конфликтующих сторон, создание условий для поиска участниками спора оптимальных способов удовлетворения потребностей по доступу к правосудию, расширение количественных и качественных показателей внедрения альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе.

5. Автономная теория арбитража в отличие от договорной, процессуальной, смешанной, наиболее полно охватывает все аспекты его правовой природы, ее основой является идея автономности арбитража относительно национальных судебных систем, неупорядоченности (минимальной подчиненности) нормам национального законодательства, свободы воли сторон в выборе материально-правового и процессуально-правового регулирования, самостоятельного определения последовательности и порядка применения процедур при разрешении споров.

6. Законодательное регулирование медиации должно быть минимальным и достаточным для обеспечения соблюдения баланса интересов всех участников, а также для надлежащего обеспечения прав лиц, обращающихся к услугам медиатора. Очевидно, что законодательное закрепление принципов медиации, требования к медиаторам, видов правовых споров, в которых не

применяется медиация, особенности применения медиации в сочетании с другими видами альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе и ее соотношение с государственным судопроизводством является необходимым, однако детальное нормирование процедуры медиации и других вопросов деятельности медиаторов является нецелесообразным.

7. Сегодня растет тенденция сближения арбитража с другими альтернативными способами разрешения гражданских споров в гражданском процессе, такими как медиация и консилиация, поскольку они предлагают те преимущества, которых не имеет арбитраж. В связи с этим целесообразной представляется конвергенция арбитража и других видов альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе как на практике, так и в актах нормативного регулирования, путем дополнения последних нормами о видах и способах альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе. При этом важно не ограничиваться перечислением тех или иных альтернативных видов разрешения споров, а предсказать новые (комбинированные) способы.

8. Электронное разрешение споров – это совокупность методов урегулирования споров (конфликтов) с применением интернет-технологий, специальных программ. Растущая популярность такого вида альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе обусловлена:

- возможностью поступления любых лиц (резиденты, нерезиденты) в правоотношения в сети Интернет;
- открытостью электронной коммерции;
- простотой процедур;
- скоростью решения споров (максимальный срок для решения споров на eBay – 12 дней).

9. Поскольку практика применения альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе в разных странах свидетельствует, что рассмотренные процедуры граничат, а иногда «переплетаются» с традиционной системой правосудия, в некоторой степени даже становятся ее частью, можно прийти к выводу, что государственное правосудие и альтернативные способы разрешения гражданских споров в гражданском процессе взаимодополняют друг друга, такое сочетание нивелирует любое противопоставление и не оставляет места для взаимодействия.

10. Дальнейшее развитие альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе в Республике Казахстан требует современного правового регулирования. Совершенствование законодательства должно осуществляться на всех уровнях нормативно-правового регулирования, но сначала следует разработать и принять концепцию развития альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе в Республике Казахстан. Наиболее целесообразным представляется принятие отдельных законов по различным видам альтернативных способов разрешения

гражданских споров в гражданском процессе. Такой путь выбрали большинство зарубежных государств (Австрия, Венгрия, Норвегия, Швеция, Чехия, Швейцария и др.).

11. У Казахстана имеется огромный потенциал на выработку комплексной и целостной системы разрешения споров. Необходимо провести определенные корректировки и улучшения существующих программ АРС или принять новые программы для того, чтобы АРС стала наиболее вероятным выбором сторон для разрешения споров. Внедрение в Республике Казахстан системы альтернативных способов разрешения гражданских споров в гражданском процессе, которую широко применяют в развитых странах мира, может стать новым действенным инструментом как для преодоления кризисных явлений в сфере защиты прав и интересов субъектов права, так и для практической реализации современных правовых тенденций, направленных на повышение эффективности механизма защиты прав субъектов права. В то же время, буквальная транспозиция норм из других правовых систем не желательна и невозможна в силу исторических, правовых традиций, правосознания, экономических и социальных условий. Изменения в действующее законодательство Республики Казахстан для обеспечения возможности использовать альтернативные способы разрешения гражданских споров в гражданском процессе должны учитывать лучшие образцы мировой практики, не создавать коллизий, демонстрировать очевидность преимуществ, быть простыми и понятными не только для юристов, но и для населения.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

- 1 Указ Президента Республики Казахстан. О введении чрезвычайного положения в Республике Казахстан: утв. 15 марта 2020 года, №285 // <http://adilet.zan.kz/rus/docs/U2000000285>. 18.02.2021.
- 2 Режим работы судов во время ЧП, сроки исковой давности и процессуальные сроки в Казахстане // <https://www.dentons.com/ru/insights/articles/2020/april/10/the-impact-of-the-state-of-emergency>. 18.02.2021.
- 3 Постановление Главного государственного санитарного врача. О дальнейшем усилении мер по предупреждению заболеваний коронавирусной инфекцией среди населения Республики Казахстан: утв. 10 мая 2020 года, №36 // https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=36528490. 18.02.2021.
- 4 Асанов Ж. Повышение доверия к судебной системе остается нашей главной целью // <https://zanmedia.kz/53468/zhakip-asanov-povyshenie-doveriya-k-sudebnoj-sisteme-ostaetsya-nashej-glavnoj-tselyu>. 29.12.2020.
- 5 Подробный отчет о рейтинге конкурентоспособности (ГИК ВЭФ) 2019 года // <https://csi.kz/news/09102019>. 28.02.2021.
- 6 Матовосова Е.К. Доктрина правового нигилизма // Актуальные проблемы российского права. – 2014. – №6. – С. 1037-1043.
- 7 Мачучина О.А. Генезис и развитие института примирения как способа разрешения конфликтов в обществе: основные этапы // История государства и права. – 2017. – №4. – С. 54-58.
- 8 Официальный сайт Арбитражной Палаты Казахстана. О Палате. Документы. Реестр. // <https://palata.org/> 29.12.2020.
- 9 Мачучина О.А. Досудебный порядок и право на иск в арбитражном процессе // Арбитражный и гражданский процесс. – 2016. – №6. – С. 8-11.
- 10 Абиль Е.А. История государства и права Казахстана. – Изд. 3-е перер. и доп. – Караганда, 2005. – 256 с.
- 11 Жеты Жаргы // https://ru.wikipedia.org/wiki/Жеты_Жаргы. 26.03.2021.
- 12 Асанова С.Э. Примирительные процедуры в гражданском судопроизводстве Республики Казахстан // Примирительные процедуры в цивилистическом праве и судопроизводстве: сб. ст. по матер. всеросс. науч.-практ. конф. – СПб., 2019. – С. 15-21.
- 13 Выступление Президента Казахстана К-Ж. Токаева на VIII съезде судей Казахстана. 23.10.2020 г. // https://www.akorda.kz/ru/events/akorda_news/meetings_and_sittings/glava-gosudarstva-prinyal-uchastie-v-viii-sezde-sudei-respubliki-kazahstan 21.01. 2021г.
- 14 Зиманов С.З. Полное собрание сочинений. 10 том. Алматы. Медиа-корпорация «ЗАҢ». 2009г-496 стр. С.9 <https://elib.kaznu.kz/book/12999> 10.03.2021 г.
- 15 Словохотов А.А. Народный суд обычного права киргиз Малой орды // Тр. Оренбургской ученой архивной комиссии. – Оренбург, 1905. – Т. 15. – С. 5-156.
- 16 Валиханов Ч.Ч. Собрание сочинений в пяти томах. Том 4. – Алма-Ата. – 1961. – С. 91.

17 Шайменова А.Б. Альтернативные способы разрешения гражданско-правовых споров в Республике Казахстан: теория и практика: дис. ... PhD 6D030100 – Караганда: Карагандинский университет имени академика Е.А. Букетов, 2020. – 164 с. С.17 <https://buketov.edu.kz/ru/page/ds/2021-6D030100> 09.03.2021 г.

18 Karagussov F. The Legal Framework for Mediation in Kazakhstan: Current State, Expectations of Public Recognition and Perspectives for Development // In book: New Development in Civil and Commercial Mediation: Global Comparative Perspectives. – Cham: Springer, 2015. – P. 393-431.

19 Закон Республики Казахстан. О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам усиления защиты собственности, арбитража, оптимизации судебной нагрузки, дальнейшей гуманизации уголовного законодательства: принят 21 января 2019 года, №217-VI // https://online.zakon.kz/document/?doc_id=34378940. 06.09.2020.

20 Сулейменов М.К., Дуйсенова А.Е. Изменения в законодательство Республики Казахстан об арбитраже // https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=34637340#pos=5;-245. 06.09.2020.

21 Сулейменов М.К., Дуйсенова А.Е. Актуальные проблемы практики применения законодательства об арбитраже и пути его совершенствования // https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=37257525#pos=4;-155. 07.09.2020.

22 Сулейменов М.К. Новое в законодательстве об арбитраже (научно-практический комментарий) // В кн.: Арбитражные (третейские) суды в Казахстане: прошлое, настоящее, будущее. – Алматы: Казахстанский Международный Арбитраж, 2007. – С. 137-138.

23 Международный коммерческий арбитраж: учеб. / под ред. В.А. Мусина, О.Ю. Скворцова. – СПб.; М.: Инфотропик Медиа, 2012. – 496 с.

24 Указ Президента Республики Казахстан. О присоединении Республики Казахстан к Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 года: утв. 4 октября 1995 года, №2484 // <http://adilet.zan.kz/rus/docs/>. 26.09.2020.

25 Закон Республики Казахстан. О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского, банковского законодательства и улучшения условий для предпринимательской деятельности: принят 27 февраля 2017 года, №49-VI // Казахстанская правда. – 2017, март – 1.

26 Бриннер Р. Нью-Йоркская конвенция: Философия и цели конвенции // Третейский суд. – 2003. – №6(30). – С. 16-17.

27 Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – 704 с.

28 Сулейменов М.К., Дуйсенова А.Е. Достоинства и недостатки нового Закона об арбитраже // <https://online.zakon.kz/>. 26.09.2020.

29 Сулейменов М.К., Дуйсенова А.Е. Обзор арбитражной практики Казахстанского Международного Арбитража за 2014-2017 годы // https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=32785589. 27.09.2020.

30 Баишев Ж.Н. Комментарий к ст. 5 Гражданского процессуального кодекса // https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=32469410. 27.09.2020.

31 Закон Республики Казахстан. О медиации: принят 28 января 2011 года №401-IV (с изм. и доп. состоянию на 20.12.2021 г.) // Ведомости Парламента Республики Казахстан. – 2011. – №2.

32 Brookes D., McDonough I. The Differences between Mediation and Restorative Justice/Practice // <https://www.researchgate.net/publication>. 03.10.2020.

33 Соколов А.Б. Досудебные примирительные процедуры в формировании информационного пространства судебной системы // Актуальные проблемы информационно-правового пространства: сб. ст. по матер. ежегод. всеросс. науч.-практ. конф. – Краснодар, 2017. – С. 118-124.

34 Адаева О.В. Применение примирительных процедур в международных отношениях // Инновационные тенденции, социально-экономические и правовые проблемы взаимодействия в международном пространстве: матер. междунар. науч.-практ. конф. – Саранск, 2016. – С. 171-172.

35 Худойкина Т.В. Мировое соглашение как примирительная процедура разрешения юридического спора и конфликта // Вестник Владимирского государственного университета имени Александра Григорьевича и Николая Григорьевича Столетовых. – 2015. – №1(3). – С. 70-77.

36 Юсупова Р.Б. Некоторые проблемы примирительных процедур в арбитражном процессе // Государственная служба и кадры. – 2017. – №1. – С. 51-52.

37 Мрастьева О.С., Юсупова А.Н. Примирительные процедуры в арбитражном процессе // Право. Законодательство. Личность. – 2016. – №2(23). – С. 127-130.

38 Галиуллин Э.Р. Практика применения примирительных процедур в арбитражном процессе // Вестник гражданского процесса. – 2017. – Т. 7, №1. – С. 261-267.

39 Здрок О.Н. Современная концепция примирительных процедур в цивилистическом процессе // Актуальные проблемы современных форм защиты прав и свобод человека и гражданина: сб. науч. ст. и тез. по матер. междунар. науч.-практ. конф. – город Минск, 2017. – С. 186-191.

40 Гайсина А.Р., Точилкина Е.Д. Мировое соглашение и другие примирительные процедуры в исполнительном производстве // Colloquium-journal. – 2017. – №10(10). – С. 128-129.

41 Асанова С.Э. Сущность примирительных процедур в гражданском судопроизводстве // Наука и жизнь Казахстана. – 2019. – №2(77). – С. 25-30.

42 Баймолдина З.Х. Гражданское процессуальное право Республики Казахстан: в 2-х т. – Алматы: КазГЮА, 2001. – Т. 1. – 416.

43 Нестолий В. Мировое соглашение // ЭЖ-Юрист. – 2014. – №36. – С. 13-15.

44 Кочергин К.В. Мировое соглашение в арбитражном процессе: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.15. – СПб., 2011. – 222 с.

45 Рубинштейн, Е.А. Нормативное регулирование института прекращения уголовных дел в связи с примирением сторон: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – М., 2004. – 265 с.

- 46 Давыденко Д.Л. Мировое соглашение как средство внесудебного урегулирования частноправовых споров: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – М., 2004. – 255 с.
- 47 Князев Д.В. Мировое соглашение в арбитражном процессе: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.15. – Томск, 2004. – 212 с.
- 48 Ясеновец И.А. Мировое соглашение в арбитражном процессе: актуальные проблемы теории и практики: дис... канд. ... юрид. наук: 12.00.15. – М., 2002. – 144 с.
- 49 Агеев А.Х. Правовая природа мирового соглашения в исполнительном производстве // Арбитражный и гражданский процесс. – 2003. – №12. – С. 39-45.
- 50 Куницына И.В. Спор в праве и процессуальные способы его разрешения: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 – Самара, 2014. – 187 с.
- 51 Закон Республики Казахстан. Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей: принят 2 апреля 2010 года, №261-IV (с изм. и доп. по состоянию на 24.04.2019 г.) // <https://online.zakon.kz>. 20.11.2020.
- 52 Рубинштейн Е.А. Нормативное регулирование института прекращения уголовных дел в связи с примирением сторон: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – М., 2004. – 265 с.
- 53 Столетова Д.Э. Конфликты в международных коммерческих сделках и альтернативные судебному способы их разрешения: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.03. – М., 2007. – 173 с.
- 54 Худойкина Т.В. Юридический конфликт. Теоретико-прикладное исследование: дис. ... док. юрид. наук: 12.00.01 – Нижний Новгород, 2002. – 488 с.
- 55 Баранова М.В. Повышение эффективности примирительных процедур: проблемы и новации // Правовое регулирование: проблемы эффективности, легитимности, справедливости: сб. тр. междунар. науч. конф. – Воронеж, 2016. – С. 57-64.
- 56 Карягина О.В. Идеи примирения и посредничества в истории становлении русской правовой мысли // История государства и права. – 2012. – №12. – С. 32-35.
- 57 Лазарев С.В. Мировое соглашение в гражданском процессе: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.15. – Екатеринбург, 2005. – 195 с.
- 58 Куницына И.В. Спор в праве и процессуальные способы его разрешения: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. – Самара, 2014. – 187 с.
- 59 Давыденко Д.Л. Мировое соглашение как средство внесудебного урегулирования частноправовых споров (по праву России и некоторых зарубежных стран): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – М., 2004. – 257 с.
- 60 Баландин В.Н., Павлушина А.А. Проблема соотношения «материального» и «процессуального» в праве и ее значение для определения понятия «юридический процесс» // Журнал российского права. – 2002. – №6. – С. 93-101.
- 61 Зинченко А.И. Мировое соглашение в судопроизводстве: автореф. ... канд. юрид. наук: 12.00.15. – Саратов, 1981. – 18 с.

62 Арутюнян А.А. Медиация в уголовном процессе. – М.: Инфотропик Медиа, 2013. – 200 с.

63 Николукин С.В. Правовые технологии посредничества (медиации) в Российской Федерации: науч.-практ. пос. – М.: Юстицинформ, 2013. – 240 с.

64 Поротикова О.А. Особенности правового регулирования соглашений, заключаемых для проведения процедуры медиации // Развитие медиации в России: теория, практика, образование: сб. ст. – М.; Берлин: Инфотропик Медиа, 2012. – С. 165-166.

65 Арутюнян А.А. Концепция восстановительной юстиции и современные тенденции развития уголовного процесса // Адвокат. – 2011. – №9. – С. 38-44.

66 Бессонова В.В. Медиация как способ проведения переговоров в конструктивном духе // Юридический мир. – 2012. – №1. – С. 65-66.

67 Козюк М.Н. Медиация как вид социальной помощи (к постановке проблемы) // Социальное и пенсионное право. – 2018. – №2. – С. 11-15.

68 Козюк М.Н. Хронодискретное моногеографическое сравнительное исследование медиации в современном праве и в обычном праве донских казаков // Юридическая наука и практика. – 2017. – №2. – С. 28-33.

69 Литвинова С.Ф. К вопросу о необходимости государственной стратегии продвижения процедуры медиации // Российский судья. – 2014. – №11. – С. 12-15.

70 Михайлова Е.В. Медиация как отдельный способ урегулирования правовых конфликтов в частноправовой сфере // Арбитражный и гражданский процесс. – 2012. – №4. – С. 2-6; №5. – С. 2-5.

71 Панченко В.Ю., Фролова Н.А. Медиация как средство разрешения юридических конфликтов и форма юридического содействия реализации прав и законных интересов // Евразийский юридический журнал. – 2015. – №12(91). – С. 107-109.

72 Шамликашвили Ц.А., Вечерина О.П. Медиация в российских исследованиях и в зеркале eLIBRARY // Вестник Федерального института медиации. – 2017. – №1. – С. 51-74.

73 Аллахвердова О.В., Карпенко А.Д. Медиация – переговоры в ситуации конфликта. – СПб.: Роза мира, 2010. – 163 с.

74 Калашникова С.И. Медиация в сфере гражданской юрисдикции. – М.: Инфотропик Медиа, 2011. – Кн. 2. – 304 с.

75 Европейский парламент и Совет Европейского Союза. Относительно некоторых аспектов медиации в гражданских и коммерческих делах: директива: утв. 21 мая 2008 года, №2008/52ЕС // https://mediacia.com/wp-content/uploads/2018/07/Directive_2008_rus.pdf. 15.10.2020.

76 Типовой закон Комиссии ООН по праву международной торговли о международной коммерческой согласительной процедуре: утв. резолюцией 57/18 Генеральной Ассамблеи от 19 ноября 2002 года // <https://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-conc/03-90955>. 15.10.2020.

77 CEDR Model Mediation Procedure // http://www.cedr.com/library/documents/MMP_11thEd.doc. 16.10.2020.

78 Standardy prowadzenia mediacji i postępowania mediatora. Uchwalone przez Radę w dniu 26.06.2006 // www.ms.gov.pl/mediacje/adr_standardy_mediacji.rtf. 16.10.2020.

79 Бикмурзина Н.С. Медиация в российском законодательстве // Матер. междунар. заоч. науч.-практ. конф. «Современные тенденции развития науки». – Астана, 2018. – С. 100-104.

80 Торопова А.А. Медиация в арбитражных судах Российской Федерации или примирительные процедуры в российском арбитражном процессе // Сб. ст. 13-го междунар науч.-практ. конкурса «Лучшая студенческая статья 2018». – Пенза, 2018. – С. 176-181.

81 Торопова А.А. Проблемы применения законодательства о медиации при организации и проведении процедуры медиации // World science: problems and innovations: сб. ст. 21-й междунар. науч.-практ. конф. – Пенза, 2018. – С. 29-41.

82 Брызгалова В.Д. Проблемы и перспективы развития медиации в урегулировании споров в России // Евразийский юридический журнал. – 2012. – №11. – С. 121-122.

83 Сатгарова А.А. Формирование института медиации в современной России: проблемы и перспективы // Юридический мир. – 2011. – №1. – С. 47-51.

84 Uniform Mediation Act by National Conference of Commissioners On Uniform State Laws // <http://www.mediate.com/articles/umafinalstyled>. 10.11.2020.

85 Конституция Республики Казахстан: принята на референдуме 30 августа 1995 года (с изм. и доп. по состоянию на 02.02.2011 г.) // <http://online.zakon.kz>. 10.11.2020.

86 Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан: принят 31 октября 2015 года, №377-V (с изм. по состоянию на 26.07.2016 г.) // <http://online.zakon.kz/>. 11.11.2020.

87 Закон Республики Казахстан. Об адвокатской деятельности и юридической помощи: принят 5 июля 2018 года, №176-VI ЗРК (с изм. по состоянию на 01.01.2021 г.) // <http://adilet.zan.kz/rus/docs>. 12.11.2020.

88 Кодекс профессиональной этики адвокатов: принят 2-й Республиканской конференцией делегатов коллегий адвокатов от 26 сентября 2014 года // <http://online.zakon.kz>. 13.11.2020.

89 Зверева Н.С. Партисипативная процедура – новый альтернативный способ урегулирования споров во Франции // Арбитражный и гражданский процесс. – 2014. – №4. – С. 49-53.

90 Levin A.L., Wheeler R.R. The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future: proceed. of the nat. conf. on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice. – St. Paul: West Publishing Company, 1976. – 377 p.

91 Menkel-Meadow C. Mothers and Fathers of Invention: The Intellectual Founders of ADR // Ohio State Journal on Dispute Resolution. – 2000. – Vol. 16, №1. – P 1-37.

92 Hodges C., Benohr I. Consumer ADR in Europe. – Oregon: Hart Publishing, 2012. – 479 p.

- 93 Кузбагаров А.Н. Примирение сторон по конфликтам частноправового характера: дис. ... док. юрид. наук: 12.00.15. – СПб.: Санкт-Петербургский университет Министерства внутренних дел России, 2006. – 359 с.
- 94 Uniform Mediation Act 2001: Completed by the Uniform Law Commission in 2001, amended in 2003 // <<https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey>. 15.02.2020.
- 95 Woolf H. Access to Justice: final report // <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/3-383>. 15.02.2020.
- 96 Practice Direction–Pre-Action Conduct and Protocols // https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/pd_pre. 15.02.2020.
- 97 Allocation Questionnaire Law and Legal Definition // <https://definitions.uslegal.com/a/allocation-questionnaire/>. 12.03.2020.
- 98 Hopt K., Steffek F. Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective. – Oxford: Oxford University Press, 2013. – 1347 p.
- 99 Woolf H. Review of the Working Methods of the European Court of Human Rights // <http://www.echr.coe.int/Documents/2005_Lord_Woolf_working_methods_ENG.pdf. 15.03.2020.
- 100 Concerning measures to prevent and reduce the excessive workload in the courts: recommendation №R(86)12 // <http://www.scourt.gov.es/clients/vsu/vsuen.nsf/4b0aff764f93110bc2257b4c00393398/7887a705c14296f>. 15.03.2020.
- 101 Reports and Statistics // <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.statistics.show>. 19.11.2020.
- 102 Two Bills Passed to Boost Singapore’s Position as a Dispute Resolution Hub // <http://www.channelnewsasia.com/news/singapore/two-bills-passed-to-boost-singapore-s-position-as-dispute-resolu-7554516>. 6.02.2017.
- 103 Highlights: The Singapore International Arbitration Centre // <http://www.siac.org.sg/>. 02.09.2020.
- 104 Assanova S., Tynybekov S., Abikenov A., Aldashev S., Mukaldyeva G. Problem aspects of mediation dispute resolution // *Rivista di studi sulla sostenibilita.* – 2020. – №1. – P. 215-233.
- 105 Pfeiffer T. Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit. – Frankfurt am Main: V. Klostermann, 1995. – 880 p.
- 106 Baur F., Grunski W. Zivilproze Brecht. – Aufl. 8. – Berlin, 1994. – 204 s.
- 107 Scharpenak O. Der Widerrufsvergleich im ZivilprozessB. – Koln; Berlin; Bonn; Munchen, 1996. – 131 s.
- 108 Bettermann K.A. Das Gerichtsverfassungsrecht in der Rechtsprechung Des Bundesverfassungsgerichts // *Archiv des öffentlichen Rechts.* – 1967. – Vol. 92, №4. – S. 496-541.
- 109 Schellhammer K. Zivilprozess. – Aufl. 5th. – München: Müller, 1992. – 328 p.
- 110 According to Federal Institute of Mediation of Russia, ‘Development of mediation in the Russian Federation’ // <http://fedim.ru>. 01.11.2020.
- 111 Закон Республики Беларусь. О медиации: принят 12 июля 2013 года, №58-3 // http://kodeksy-by.com/zakon_rb_o_mediatsii.htm. 15.12.2019.

112 Галич В. Медиация: становление института примирения в Кыргызстане // <http://www.mediation.kg/ru/mediation/read/43>. 10.08.2018.

113 Кодекс Кыргызской Республики. Об административной ответственности: принят 23 мая 2017 года // http://online.adviser.kg/Document/?doc_id=30232566. 16.11.2020.

114 Закон Кыргызской Республики. О судах аксакалов: принят 5 июля 2002 года, №113 // http://www.base.spinform.ru/show_doc.fwx. 15.11.2020.

115 Уголовный кодекс Кыргызской Республики: принят 13 апреля 2017 года // http://online.adviser.kg/Document/?link_id=1000871468. 15.11.2020.

116 Трудовой кодекс Кыргызской Республики: принят 4 августа 2004 года // http://www.base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=6714. 05.05.2018.

117 The Dispute Resolution Board Foundation database // <http://drb.org/manual/DBprojectDatabaseApril2017.xlsx>. 09.09.2019.

118 Dispute Adjudication Boards, 'Are They the Future of Dispute Resolution?' // <https://www.whitecase.com/publications/article/dispute-adjudication-boards-are-they-future-dispute-resolution>. 12.08.2016.

119 Fidic and Dispute Adjudication Boards (DAB(s)). March 18, 2015 // <http://fidic.org/sites/default/files/webinar/PresentationCSeppFIDICand>. 15.11.2020.

120 Ming-Lee C., Heap-Yih C. Dispute Review Board: Concept and introduction to developing countries // Interscience Management Review. – 2009. – Vol. 2, Issue 1. – P. 6-10.

121 Mini-Trial: Alternative Dispute Resolution Litigation: Information Portal of the National Institute in Consume. August 2017 // <http://adrresources.com/adr-methods/mini-trial-01>. 15.11.2020.

122 Leathes M., Bulder B., Kervers W., Schonewille M. Einstein's Lesson in Mediation', Managing IP // In book: ADR in Business: Practice and Issues Across Countries and Cultures. – AH Alphen aan den Rijn: Kluwer Law Arbitration, 2011. – Vol. 2. – 657 p.

123 Glossary of Arbitration and ADR Terms and Abbreviations / Swiss Arbitration Association. – Geneve, 2009. – 48 p.

124 Онлайн встреча с медиаторами // <https://senate.parlam.kz//ru-RU/blog/934/news/details/22795>. 04.03.2021.

125 Статистические данные о рассмотрении гражданских дел // <https://sud.gov.kz/rus/content/statisticheskie-dannye-o-rassmotrenii>. 04.03.2021.