

Нурахметова Г.Г.¹, Муксинова А.Т.², Худайбердина Г.А.³

¹ассоциированный профессор, кандидат юридических наук, доцент

²старший преподаватель, e-mail: Akku.Muksynova@kaznu.kz

³старший преподаватель

Казахский национальный университет имени аль-Фараби, Казахстан, г. Алматы

ПОНЯТИЕ И ВИДЫ АЛЬТЕРНАТИВНЫХ ПРОЦЕДУР УРЕГУЛИРОВАНИЯ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ СПОРОВ

В статье раскрываются основные источники законодательного регулирования примирительных процедур, используемых при разрешении споров и конфликтов, возникающих в гражданско-правовой сфере. Развитие примирительных процедур является одним из приоритетных направлений совершенствования существующих в Республике Казахстан механизмов урегулирования споров и защиты нарушенных прав граждан. Примирительные процедуры с привлечением посредника – не новелла современной действительности, и существовали они и ранее, наряду с судебным порядком рассмотрения споров. В Казахстане отсутствие «альтернативных» механизмов урегулирования споров особенно стало заметным в сфере предпринимательских отношений в 90-е годы. С начала 2000-х годов и по сей день использование терминов «альтернативное разрешение спора» (АРС) и «медиация» набирает обороты, они становятся предметом изучения теории процессуальной науки и в практической деятельности. В настоящее время Республика Казахстан стремится сформировать нормативно-правовую базу в сфере альтернативных способов разрешения гражданско-правовых споров. Принятие различных по уровню законодательных актов в данной сфере породило создание новой теории о формировании новой отрасли права – права альтернативного разрешения споров или, иначе говоря, «частного процессуального права». Полагаем, что вне зависимости от признания или непризнания существования новой отрасли права, в отношении примирительных процедур уже сформировалась относительно самостоятельная группа норм, которая включает в себя специальные нормы.

Ключевые слова: законодательство, законодательное регулирование, примирительные процедуры, альтернативное разрешение.

Nurakhmetova G.G.¹, Muksinova A.T.², Hudaiberdina G.A.³

¹associate Professor, candidate of law

²Senior Lecturer, e-mail: Akku.Muksynova@kaznu.kz

³Senior Lecturer

al-Farabi Kazakh National University, Kazakhstan, Almaty

The concept and types of alternative settlement procedures civil disputes

The article reveals the main sources of legislative regulation of conciliation procedures used in resolving disputes and conflicts arising in civil law. The development of conciliation procedures is one of the priorities for improving the existing dispute settlement mechanisms in the Republic of Kazakhstan and protecting the violated rights of citizens. Conciliation procedures with the involvement of a mediator – not a story of modern reality, and they existed before, along with the judicial procedure for the consideration of disputes. In Kazakhstan, the lack of «alternative» dispute resolution mechanisms has become particularly noticeable in the field of business relations in the 1990s. From the beginning of the 2000s to the present day, the use of the terms «alternative dispute resolution» (ARS) and «mediation» is gaining momentum, they become the subject of study of the theory of procedural science and in practice. Currently, the Republic of Kazakhstan is striving to form a regulatory framework in the field of alternative ways of resolving civil disputes. The adoption of different in terms of legislation in this area

has created the creation of a new theory on the formation of a new branch of law, the law of alternative dispute resolution or, in other words, «private procedural law». We believe that regardless of the recognition or non-recognition of the existence of a new branch of law, a relatively independent group of norms has already formed in relation to conciliation procedures, which includes special norms.

Key words: legislation, legislative regulation, conciliation procedures, alternative resolution.

Нурахметова Г.Г.¹, Муксинова А.Т.², Худайбердина Г.А.³

¹қауымдастырылған профессор, заң ғылымдарының кандидаты, доцент

²аға оқытушы, e-mail: Akku.Muksynova@kaznu.kz

³аға оқытушы

әл-Фараби атындағы Қазақ ұлттық университеті, Қазақстан, Алматы қ.

Азаматтық-құқықтық дауларды баламалы реттеудің түрлері мен түсінігі

Мақалада азаматтық заңнамада туындайтын дауларды және қақтығыстарды шешу кезінде қолданылатын келісу рәсімдерін заңнамалық реттеудің негізгі көздері көрсетілген. Келісу рәсімдерін дамыту Қазақстандағы дауларды реттеудің қазіргі тетіктерін жетілдіру және азаматтардың бұзылған құқықтарын қорғаудың басымдықтарының бірі болып табылады. Медиаторды тартумен келісу процедурасы – бұл қазіргі заманғы шындықтың тарихы емес және олар бұрын болған, дауларды қарау үшін сот процедурасы. Қазақстанда дауларды шешудің «баламалы» механизмдерінің жоқтығы 1990 жылдары іскерлік қатынастар саласында ерекше байқалды. 2000 жылдан бастап қазіргі уақытқа дейін «балама дауды шешу» (ARS) және «медиация» терминдерін пайдалану процессуалды ғылым теориясы мен практикасын зерделеу тақырыбына айналады. Қазіргі уақытта Қазақстан Республикасы азаматтық дауларды шешудің альтернативті жолдары саласында нормативтік базаны қалыптастыруға ұмтылады. Осы саладағы заңнама тұрғысынан әртүрлі қабылдау заңның жаңа саласын, балама дауды шешу туралы заңды немесе, басқаша айтқанда, «жеке іс жүргізу құқығы» туралы жаңа теория құруды тудырды. Біз заңның жаңа саласын мойындау немесе мойындауға қарамастан, келісілген рәсімдерге қатысты арнайы нормалардан тұратын салыстырмалы түрде тәуелсіз нормалар тобы құрылды деп санаймыз.

Түйін сөздер: медиаторлар қауымдастығы (одағы), медиатор, дауды (дау-шарды) реттеу туралы келісім, медиацияға қатысушылар, дауларды шешу, азаматтық-құқықтық дау, баламалы түрлері.

Введение

Прежде чем приступить к анализу понятия, необходимо определиться с обозначающим его термином, поскольку именно слово, согласно формальной логике, является формой существования понятия в человеческом мышлении.

Для обозначения неформальных и более гибких процедур урегулирования конфликтов, которые возникли как альтернатива полномасштабному и тяжеловесному государственному правосудию, в мировой практике прибегают к использованию собирательного термина «Alternative Dispute Resolution» (ADR), в переводе с английского «Альтернативное разрешение споров» (АРС). Подобное название принято в теории права и законодательстве США. На настоящий момент этот термин является общепринятым знаковым обозначением этих процедур (Организация Объединенных Наций. Нью-Йорк, 2004).

Нельзя не отметить, что заимствованный из американской доктрины термин «альтернативное разрешение споров» не совсем точно отра-

жает суть рассматриваемых процедур и подвергается критике в теоретических дискуссиях как методологически неверное. В обоснование этого можно привести следующие доводы.

Слово «альтернатива» несет в себе значение как взаимоисключающее противопоставления одного другому, так и выбор одного из нескольких возможных вариантов. Соответственно возникает вопрос, говоря об альтернативности, мы подразумеваем противопоставление и выбор между рассматриваемыми процедурами и судебным разрешением спора либо противопоставление и выбор вариантов из числа альтернативных процедур.

В соответствии с крайним направлением в исследовании АРС, термин «альтернативные» вообще неуместен. Согласно этому мнению, существует лишь система различных средств урегулирования споров, включающая как несудебные, так и судебные процедуры, следовательно, альтернативы нет, есть система взаимодействующих процедур. С данной позицией трудно не согласиться, поскольку практика применения АРС в различных странах показывает, что рас-

смаатриваемые процедуры взаимодействуют с традиционной системой правосудия и, в некоторой степени, становятся ее частью. В отдельных странах АРС и судебная система взаимопроникают, становятся частью друг друга. Подобный опыт имеется в США, Великобритании, Франции и Австралии, где законодательством предусматривается возможность использования АРС в рамках производства по делу традиционным судом. Как видно, государственное правосудие и АРС создают успешный дуэт, следовательно, взаимоисключающее противопоставление, которое несет в себе термин «альтернативные», весьма условно (Директива N 2008/52/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза «О некоторых аспектах посредничества (медиации) в гражданских и коммерческих делах» [рус., англ.] (Принята в г. Страсбурге 21.05.2008.).

Возможно, ввиду двусмысленности и неконкретности термина «альтернативное разрешение споров», как синонимичные и равнозначные, используются иные термины, как: «досудебные процедуры», «внесудебные процедуры», «примирительные процедуры».

Основная часть

Проанализируем, насколько корректно употребление приведенных терминов для обозначения рассматриваемых процедур:

1. Термин «примирительные процедуры».

Представляется, что под примирительными следует понимать процедуры, направленные на взаимоприемлемое урегулирование спора на основе добровольного волеизъявления сторон, а также взаимных уступок. Иными словами, суть данных процедур сводится к достижению консенсуса. Поскольку, подобные признаки присущи не всем альтернативным процедурам, в частности, исключение составляет арбитраж, не соответствующий этому описанию. Следовательно, приведенный термин не охватывает всю совокупность рассматриваемых процедур, думается, что это понятие следует рассматривать как видовое. В таком случае примирительные процедуры можно рассматривать как одну из форм альтернативных процедур.

2. Термин «досудебные процедуры» или «досудебное правовое урегулирование».

Анализируя смысловое значение слова «досудебное», можно сделать вывод, что в данном случае подразумеваются те способы, средства урегулирования и разрешения спора, которые используются «до суда», то есть они предше-

ствуют обращению в суд, являясь предпосылкой к динамике судебного процесса в государственном суде.

В п. 1 ст. 154 ГПК РК предусматривается, что если для определенной категории споров законодательством установлен предварительный досудебный порядок урегулирования, спор может быть передан на разрешение государственного суда после соблюдения такого порядка. Тем самым законодатель выделяет досудебный порядок как особый вид урегулирования спора. При этом, исходя из содержания нормы, можно сделать первостепенный вывод о том, что досудебное урегулирование имеет место в тех случаях, когда такой порядок предусмотрен как обязательный этап урегулирования правового спора до обращения в суд. То есть, это не что иное, «как необходимость истца, прежде чем подать иск в суд, провести определенные мероприятия, направленные на урегулирование спора с ответчиком». Иными словами, это условие осуществления права на предъявление иска (adilet. zap. kz.).

Поскольку обязательность досудебного разрешения спора устанавливается императивно, а применение АРС является актом доброй воли, можно сделать вывод о принципиальном различии данных процедур. Кроме того, применение АРС по своей сути не подразумевает дальнейшее обращение в суд, оно направлено на окончательное разрешение спора путем урегулирования и, как следствие, на ликвидацию правового конфликта, то есть является самостоятельным и может применяться в отсутствие намерения сторон начинать судебное разбирательство.

3. Термин «внесудебные процедуры».

Объем понятия внесудебные процедуры охватывает процедуры, имеющие место вне суда. Вместе с тем, ранее было отмечено, что альтернативное разрешение споров как элемент правовой системы возникло и развивается по двум направлениям: в рамках судебной системы и вне ее. Обратившись к современной научной литературе по АРС, можно увидеть, что в научной среде данное положение распространено и воспринимается как аксиома. Исходя из этого, все альтернативные процедуры исследователями дифференцируются на две группы: внесудебные и судебные. Стало быть, понятие «внесудебные процедуры» обозначает лишь отдельную группу процедур, оно является видовым и не пригодным для обозначения всей совокупности.

Таким образом, термины «примирительные процедуры» и «внесудебные процедуры» под-

ходят для обозначения отдельных разновидностей альтернативных процедур, использование же термина «досудебное правовое урегулирование» противоречит сути рассматриваемых процедур, носящих добровольный и самостоятельный характер, то есть этот термин вообще не применим. Что касается общепринятого понятия «альтернативное разрешение споров», то оно не совсем точно отражает суть рассматриваемых процедур. Равнозначным, синонимичным понятию «альтернативное разрешение споров», но отличающимся большей конкретизацией и более полно отражающим суть анализируемых процедур, по нашему мнению, является термин «негосударственные процедуры урегулирования гражданско-правовых споров» (adilet. zan. kz.).

Термин «негосударственные процедуры урегулирования гражданско-правовых споров» не является широко используемым для обозначения рассматриваемых процедур. В частности, понятие «негосударственные процедуры урегулирования споров» использовано авторами одноименного учебного пособия С.К. Загайнова, К.А. Малюшин. К сожалению, в учебном пособии не приводится обоснование использования этого термина, в тексте пособия рассматриваемые процедуры обозначаются традиционно как АРС (Загайнова С.К., 2013: 45).

Конечно, негосударственные процедуры урегулирования конфликтов – понятие неоднозначное. Так, негосударственные процедуры урегулирования конфликтов могут иметь различные проявления:

а) негосударственные процедуры как процедуры, запрещаемые государством, осуществление которых противоречит законодательству;

б) негосударственные процедуры урегулирования конфликтов, допускаемые государством. Государство предоставляет возможность функционировать процедурам в автономном режиме, оставляя за собой право вмешательства в случае необходимости;

в) негосударственные процедуры урегулирования конфликтов, поощряемые государством. Государство в данном случае предоставляет широкую автономию и осуществляет правовое регулирование подобной деятельности в основном методом дозволения.

А.Ю. Коннов применительно к интересующим нас процедурам считает, что уместно говорить о допускаемых и поощряемых государством негосударственных процедурах. Представляется, что в данном случае негосударственный характер процедур говорит не об их оторванно-

сти от государства, а об их самостоятельности по отношению как к системе государственного правосудия, так и к государственным органам в целом, тем самым очерчивается область вмешательства государства в урегулирование конфликтов. Так государство, поощряя и допуская существование негосударственных процедур урегулирования споров, все же оставляет за собой право контроля над этими процедурами, которое ограничивается лишь законодательным регулированием, или возможностями в строго ограниченных случаях отменить вынесенное решение (Коннов А.Ю., 2004: 120-124).

В свою очередь самостоятельность негосударственных процедур не исключает взаимодействие с традиционным правосудием и не исключает применение данных процедур в рамках системы государственного правосудия.

Думается, что использование термина «негосударственные процедуры урегулирования гражданско-правовых споров» более точно отражает суть рассматриваемых процедур, конкретизируя их предметную направленность.

Так, будучи применимыми для разрешения различных социальных конфликтов, отдельные разновидности рассматриваемых процедур используются как для разрешения правовых, так и иных социальных конфликтов. В частности, такие процедуры, как посредничество, переговоры, можно считать межотраслевыми инструментами урегулирования юридических конфликтов. Отвлекаясь от универсальных возможностей отдельных процедур в урегулировании конфликтов, рассматривая все их многообразие применительно к гражданско-правовым спорам, представляется необходимым обозначение их предметной направленности. Кроме того, говоря об урегулировании гражданско-правовых споров, хотелось бы сделать акцент на наличие специфических процедур, применимых для урегулирования только гражданско-правовых споров (например, коммерческий арбитраж, минисуд и пр.).

Кроме того, в предлагаемом обозначении рассматриваемых процедур уточняется различие в терминах «разрешение» и «урегулирование» спора. Урегулирование означает постепенное, шаг за шагом, устранение противоречий сторон на основе взаимных уступок. Урегулирование разногласий в качестве основной цели применяется в большинстве интересующих нас процедур. Полное урегулирование разногласий ведет к разрешению спора с устранением противоречий между сторонами, что влечет прекращение

их противоборства и, как следствие, ликвидирует конфликт. Разрешение спора в отличие от урегулирования является стратегией, направленной на устранение основы спора путем вынесения решения, что также может привести к ликвидации конфликта. Разрешение спора является главной задачей арбитра, а также характерно для традиционного судопроизводства.

Указанные определения соответствуют и лингвистической трактовке рассматриваемых понятий. М.А. Рожкова указывала, что слово «разрешить» означает «найти решение чего-нибудь, устранить, разъяснить, рассудить». В свою очередь слово «регулировать (урегулировать)» имеет значение «упорядочивать, налаживать, направлять развитие, движение чего-нибудь с целью привести в порядок, в систему» (Рожкова М.А., 2008: 325).

Таким образом, термин «негосударственные процедуры урегулирования гражданско-правовых споров» используется для обозначения допускаемых и поощряемых государством «негосударственных процедур», самостоятельных по отношению к системе государственного правосудия, что не исключает взаимодействия с ней, а также направленных на урегулирование исключительно гражданско-правовых споров.

Попытаемся проанализировать понятие «негосударственные процедуры урегулирования гражданско-правовых споров». В целях всестороннего и детального анализа данного понятия мы руководствовались логическими критериями определения понятий, в частности объемом и содержанием. Соответственно это: перечисление того, что это понятие определяет; описание внешних признаков, посредством которых можно произвести дифференциацию (отличие от других, имеющих не только различия, но и сходства) и сравнение (определение предмета, понятия которым он подобен).

Первым шагом на пути определения понятия является перечисление тех процедур, которые им обобщаются. Ввиду неоднозначного толкования термина «альтернативные» в теории американского права данный вопрос является дискуссионным. Основные позиции по данному вопросу можно свести к двум полярным мнениям, основанным на *широком* и *узком* понимании.

Суть первой позиции сводится к тому, что понятием «альтернативные процедуры» объединяются все несудебные формы разрешения правовых конфликтов. В данном случае альтернативные процедуры противопоставляются судебному разбирательству. Согласно этому

взгляду понятием охватываются такие процедуры как: переговоры (negotiation); переговоры с участием посредника (facilitatednegotiation или facilitation); посредничество (mediation); посредничество – третейский суд (mediation–arbitration–med-arb); «мини-суд» (mini-trial); независимая экспертиза по установлению фактических обстоятельств дела (neutralexpertfact-finding); омбудсмен (ombudsman); частная судебная система (privatecourtsystem) или судья «напрокат» (rent-a-judge) и пр.

В противовес приведенной позиции сформировалось узкое понимание рассматриваемого понятия. В узком смысле альтернативными признаются процедуры, которые носят консенсуальный характер и предполагают участие нейтральных, независимых от сторон лиц. Однако, справедливости ради отметим, что перечень характеризующих данные процедуры признаков не ограничивается двумя вышеприведенными. Следуя узкому пониманию, альтернативные процедуры противопоставляются не только судебному разбирательству, но и непосредственному урегулированию разногласий самими сторонами без участия нейтральных лиц.

Согласно мнению Г.В. Севастьянова, арбитраж также не может быть отнесен к категории «альтернативных» процедур по своей правовой природе. По мнению ряда исследователей, арбитраж представляет собой аналог традиционного судопроизводства, его «частную версию» и по своим последствиям существенно отличается от других негосударственных процедур, целью которых является достижение соглашения, а не вынесение решения (Севастьянов Г.В., 2009: 333).

Таким образом, первая позиция определяет процедуры, объединяемые рассматриваемым понятием, путем их противопоставления судебному разбирательству, вторая позиция – посредством отграничения процедур по тем или иным присутствующим им признакам.

Действительно, следует разделить мнение о том, что признаки выступают определяющим критерием, конечно, именно признаки обозначают «границы» содержания анализируемого понятия. Усвоение специфических, присущих только для рассматриваемых процедур черт поможет произвести сравнение с теми или иными процедурами, определить их сходства и отличия. Более того, выявление общих признаков данных процедур позволяет воспринимать их как целостную систему. Попытаемся определить границы рассматриваемого понятия через ком-

плекс признаков характеризующих целостность негосударственных процедур урегулирования гражданско-правовых споров.

Наиболее часто обозреваемыми признаками негосударственных процедур урегулирования гражданско-правовых споров являются: договорный характер применения; сотрудничество сторон; конфиденциальность; относительная формальность процедур, а также участие третьего нейтрального лица. Исследование специфики негосударственных процедур позволяет сделать вывод о возможности дополнения приведенного перечня рядом признаков, в частности таких как: признание публичной властью, отсутствие вмешательства государства, добровольность применения процедур, вариативность процедур и их многообразие.

Рассмотрим каждый из приведенных признаков.

Полагаем, что одним из основных признаков рассматриваемых процедур следует считать отсутствие вмешательства государства в лице его органов либо должностных лиц в процедуры урегулирования споров. Поскольку анализируемые процедуры являются частными, инициирование, проведение, определение процедурных правил осуществляется без вмешательства государства конфликтующими субъектами, на диспозитивных началах. Область вмешательства государства здесь ограничена.

Е.А. Трещева: «следует еще раз подчеркнуть, что негосударственный характер процедур говорит не об их оторванности от государства, а об их независимости, самостоятельности по отношению к государственным органам (должностным лицам), в том числе и к судебным органам» (Трещева Е.А., 2012: 85).

При этом независимость, самостоятельность негосударственных процедур не исключает взаимодействие с традиционным правосудием и не исключает применение данных процедур в рамках государственной судебной системы. Так, в практике урегулирования и разрешения споров некоторых стран известны факты присоединения отдельных негосударственных процедур к судебной системе. Процедуры, в данном случае, применяются при содействии суда, который всячески способствует подобному урегулированию разногласий. Процедуры приобретают отдельные свойства традиционного судопроизводства, однако, это не изменяет их сути.

Тем самым, указывая на негосударственный характер рассматриваемых процедур, мы подразумеваем допускаемые и поощряемые го-

сударством процедуры. Иными словами, процедуры, признаваемые публичной властью, которая делает их жизнеспособными. Признание публичной властью как признак интересующих нас процедур выражается, прежде всего, в нормативном регулировании их деятельности. Государство обладает прерогативой законодательной регламентации порядка применения и организации процедур, при всем том подобные процедуры, как правило, не подвергаются жесткой законодательной регламентации, преимущественно подчинены усмотрению сторон. Тем не менее, определение основ и гарантий функционирования этих институтов на законодательном уровне не предполагает непосредственного вмешательства в их деятельность.

А.В. Худойкина считает, что негосударственный характер подразумевает применение рассматриваемых процедур на договорных началах. Договорный характер применения проявляется:

1) в совершении договора, в котором закрепляется согласие по всем необходимым вопросам организации и проведения процедуры (об органе, который будет рассматривать спор, нейтральном участнике, регламенте процедуры и пр.). Такой договор может быть заключен в виде отдельного соглашения, оговорки включаемой в текст договора, либо путем обмена письмами;

2) в исполнении ранее взятых обязательств по проведению процедуры и участию в урегулировании;

3) в исполнении принятого по результатам процедуры соглашения (решения). В большинстве процедур исполнение решения наделяется договорным характером, то есть исполнение обеспечивается только волей сторон (исключение составляет арбитраж).

Договорный характер применения подразумевает добровольное согласование и сотрудничество в процессе применения рассматриваемых процедур, то есть порождает такие признаки как добровольность применения и сотрудничество сторон.

Следовательно, добровольность применения является характерным признаком, отличающим негосударственное урегулирование спора от судебного разбирательства, в котором участие одной из сторон, ответчика, всегда является вынужденным. Возможность применения негосударственных процедур зависит от взаимного согласия на участие в них конфликтующих субъектов, согласие должно быть выражением их воли (Худойкин А.В., 2010: 98).

Согласие достигается как на перспективу до возникновения спора, так и после его возникновения. Первый способ распространен в договорных отношениях: при оформлении договора контрагенты предусматривают возможность возникновения правовых конфликтов и оговаривают процедуры их урегулирования. Так, включение оговорок в деловые контракты об использовании непосредственных переговоров, посредничества или арбитража стало естественным для мировой практики. Если для США включение подобных оговорок – популярная тенденция, то для КНР – это культурная традиция. Большинство контрактов с китайской стороной предусматривают обязательное, первоочередное урегулирование разногласий посредством «дружеских переговоров», которые рассматриваются как проявление делового этикета. Предусмотрев оговорку в договоре, деловые партнеры снимают неопределенность, устраняют возможную психологическую напряженность при возникновении конфликта.

Психологически труднее придти к согласию на участие в негосударственных процедурах после возникновения конфликтной ситуации. В подобных ситуациях сторонам оказывают содействие агентства, предоставляющие услуги по урегулированию споров. Обратившись в агентство, инициатору процедуры достаточно заполнить типовой бланк и направить его для подписания противной стороне.

Следует отметить, что добровольность применения негосударственных процедур урегулирования гражданско-правовых споров является общим правилом, из которого возможны исключения. Законодательством некоторых стран устанавливается обязательность применения данных процедур. Так, например обязательное применение отдельных процедур после возбуждения дела судом и до начала его разбирательства практикуется в США и Великобритании. Однако обязательность применения процедуры не подразумевает обязательности ее последствий для сторон, которые наделяются правом выбора либо исполнить соглашение, достигнутое по результатам процедуры либо далее развивать судебный процесс.

Е.Ю. Булакова, Л.А. Воскобитова, М.Р. Воскобитова считают, что договорный характер применения рассматриваемых процедур подразумевает наличие сотрудничества сторон договора. Сотрудничество проявляется в рамках организации процедуры, что может выражаться в согласованном применении той или иной про-

цедуры, в определении сторонами процедурных правил, в совместном выборе ими нейтрального участника и т.д. В ходе проведения процедуры сотрудничество выражается в том, что стороны не стараются соперничать и играть на слабостях противной стороны, процедуры строятся по принципу диалога, в котором каждая сторона высказывает свою позицию по сложившейся конфликтной ситуации, выдвигает предложения по ее урегулированию. Этот признак составляет существенное отличие негосударственных процедур от традиционного судебного разбирательства, которое основано на принципе состязательности сторон (Булакова Е.Ю., 2006: 505).

Заметим, что некоторым процедурам рассматриваемый признак не присущ. Так, например, процедура арбитража, будучи подобной традиционному судебному разбирательству, восприняла многие ее элементы, так же как и некоторые негосударственные процедуры, присоединенные к государственному суду. В этих процедурах в той или иной мере проявляется принцип состязательности.

Одним из специфических признаков интересующих нас процедур, является конфиденциальность, что существенно отличает их от гласного судебного разбирательства. Конфиденциальность применительно к данным процедурам можно рассматривать в следующих аспектах:

1. Ограниченность субъектного состава, участвующего в процедуре. Участие в процедурах могут принять лишь стороны, нейтральное лицо, при необходимости, специалисты и представители сторон.

2. Неразглашение той информации, которая стала известной в ходе процедуры. Это ограничение распространяется на всех участников процедуры. В ходе процедуры не ведется стенографирование, сделанные пометки подлежат уничтожению. Так, например, нейтральное лицо, состоящее на службе в специализированном агентстве, по результатам процедуры составляет отчет, в котором указывается лишь итог процедуры без описания ее хода и информации, ставшей ему известной в процессе ее осуществления. Более того, данная информация не может быть использована в последующем урегулировании или разрешении данного спора, посредством других негосударственных процедур либо традиционного судебного разбирательства.

Признак конфиденциальности характерен таким процедурам, как переговоры, посредничество, арбитраж, посредничество-арбитраж и пр.

Однако этот признак чужд большинству процедур, присоединенных к судебной системе, которые отличаются гласностью.

По мнению К.В. Гнищевич, как общую черту всех рассматриваемых процедур можно выделить их относительную формальность. В отличие от строгого формализованного судебного разбирательства, этот порядок является частным и относительно формальным. Он характеризуется гибкостью и простотой. Гибкость процедурных правил проявляется в отсутствии обилия письменной документации, правил доказывания, а также в большей самостоятельности сторон в организации процедуры урегулирования, что позволяет им самостоятельно моделировать процедуру, экономя временные и финансовые затраты. Так, по взаимному согласию, стороны могут определить весь порядок проведения процедуры, или следовать правилам, разработанным специализированными службами разрешения споров. Данные правила носят рекомендательный характер, поэтому при необходимости стороны также по взаимному согласию могут их изменить (Гнищевич, К.В., 2009: 30).

Рассматриваемые процедуры отличаются различной степенью формальности. Так, например, наименее формальными являются переговоры, которые не подчинены жестким процедурным правилам. Более формальной, по сравнению с переговорами, можно считать процедуру посредничества. Данная процедура обладает установленными процедурными правилами. Подобные правила носят рекомендательный характер, однако, регламентируя процедуру по стадиям, не позволяют проводить ее совершенно произвольно. Большой степенью формальности отличаются арбитраж и процедуры, применяемые в рамках судебной системы. Это объясняется тем, что данные процедуры подчинены судебной либо законодательной регламентации. Однако, они также свободны от жестких процессуальных и доказательственных правил, существующих в традиционном гражданском процессе.

Возможность модификации процедур способствует появлению различных вариантов их проведения, а иногда и созданию совершенно новых разновидностей. Например, такие процедуры как посредничество-арбитраж, переговоры с участием посредника можно считать порождением практики совместного применения отдельных процедур. Еще одним проявлением модификации выступает адаптация процедур к социально-культурным реалиям различных стран, где они получают распространение и но-

вое выражение. Учитывая все это, можно выделить такой признак рассматриваемых процедур, как вариативность и многообразие как свойство их совокупности.

Почти всем негосударственным процедурам урегулирования гражданско-правовых споров свойственно участие третьего нейтрального лица, которое в зависимости от выполняемых в процедуре функций может выступать в качестве консультанта, посредника, специалиста, эксперта, арбитра и т.д.

А.С. Комаров считает, что непосредственные переговоры между сторонами, пожалуй, единственная процедура, не нуждающаяся в участии третьего лица.

В процессе осуществления своих функций, нейтральное лицо должно быть независимым, незаинтересованным и беспристрастным. Как правило, нейтральное лицо содействует достижению соглашения между сторонами, контролирует ход процедуры, обязательного для сторон решения не выносит и не имеет каких-либо властных полномочий. Исключение составляет процедура арбитража, в которой нейтральное лицо-арбитр выносит обязательное для сторон решение, гарантированное принудительным исполнением (Комаров, А.С., 1991: 130).

Нейтральное лицо может быть избрано самими сторонами по взаимному согласию либо назначено с согласия сторон судом или специализированной организацией. В любом случае, нейтральное лицо подбирается с учетом пожеланий сторон относительно его квалификации, специализации, жизненного и профессионального опыта, репутации и пр.

По мнению К.Д. Овчинниковой, при выборе третьего нейтрального лица стороны могут учитывать успешность его предыдущей деятельности по урегулированию отдельной категории споров, поскольку нейтральные лица, имея узкую специализацию, могут быть компетентны в урегулировании лишь определенной разновидности споров. В некоторых процедурах учитывается профессия и профессиональная деятельность, например, в процедурах, предусматривающих участие нейтрального лица в качестве эксперта, специалиста, арбитра. Репутация и жизненный опыт могут быть определяющими критериями избрания нейтрального лица, в частности, эти характеристики являются основными при избрании нейтрального лица в традиционных обществах. Например, в Австралии среди аборигенов распространенной практикой является разрешение правовых конфликтов ста-

рейшинами племени, так же как и для представителей коренного населения Новой Зеландии, Майори (Овчинникова К.Д., 2004: 35).

Следует отметить, что обязательного требования по наличию у нейтрального лица того или иного образования нет, то есть, эти функции могут выполнять не только юристы, но и обладатели иных профессий. Однако во всех случаях стороны, безусловно, заинтересованы в выборе квалифицированного специалиста, кроме того, не обладая специальными знаниями и навыками, лицо едва ли сможет оказать содействие в урегулировании и разрешении спора о праве.

Для подготовки нейтральных лиц созданы различные программы. Специальную подготовку можно пройти на базе школ права в виде повышения квалификации для лиц, имеющих юридическое образование, данная практика применяется в США, Германии. Имеются обучающие курсы при различных организациях. Так, например, ведущий по разрешению коммерческих споров в Европе и на международном уровне Центр эффективного разрешения споров Великобритании (Centre for Effective Dispute Resolution), основанный в 1990 г. при поддержке Конфедерации британской промышленности, подготавливает тренеров по посредничеству с навыками управления конфликтами, осуществляет подготовку посредников, повышение квалификации судей, адвокатов в области урегулирования споров. По результатам специальной подготовки участникам обучающих курсов выдается сертификат, удостоверяющий их квалификацию посредника или арбитра.

Конечно, найти нейтральное лицо, отвечающее требованиям сторон, которому можно было бы доверить урегулирование (разрешение) спора, достаточно сложно. Помощь сторонам при подборе нейтрального лица оказывают специализированные службы, такие как коллегии адвокатов, общественные организации и пр. К. Осаке: «как правило, данные службы имеют списки авторитетных высококвалифицированных юристов, желающих выполнять функции нейтральных лиц в урегулировании и разрешении споров, либо штатных сотрудников, оказывающих подобные услуги. Стороны могут получить информацию о специализации того или иного лица, его предыдущем опыте, стаже работы и пр.» (Осаке К., 2006: 90).

Таким образом, к совокупности негосударственных процедур урегулирования гражданско-правовых споров относятся процедуры, наделенные следующими признаками:

- 1) отсутствие вмешательства государства;
- 2) признание публичной властью;
- 3) договорный характер применения;
- 4) добровольность применения процедур;
- 5) сотрудничество сторон;
- 6) конфиденциальность;
- 7) относительная формальность (проявляется в большинстве процедур);
- 8) вариативность процедур, их многообразие (как свойство совокупности);
- 9) участие третьего нейтрального лица, избираемого или назначаемого по взаимному волеизъявлению сторон.

Эти признаки не присущи в одинаковой мере абсолютно каждой негосударственной процедуре урегулирования гражданско-правовых споров. Данные признаки характерны для большинства процедур, где они преобладают и выражены ярко; в отдельных процедурах некоторые из признаков могут проявляться слабо, либо вовсе отсутствовать. Тем не менее, рассмотренные признаки характеризуют данные процедуры как совокупность и подчеркивают их специфику.

Покровский И.А. считает, что приведенные признаки позволяют определить границы понятия «негосударственные процедуры урегулирования гражданско-правовых споров». Учитывая все вышеприведенные признаки, возможно определить объем понятия, то есть процедуры, обозначаемые термином «негосударственные процедуры урегулирования гражданско-правовых споров» (Покровский И.А., 1917: 90).

Таким образом, понятием «негосударственные процедуры урегулирования гражданско-правовых споров» охватываются: переговоры (negotiation); переговоры с участием посредника (facilitated negotiation или facilitation); посредничество (mediation); посредничество – третейский суд (mediation–arbitration–med–arb); «мини-суд» (mini-trial); независимая экспертиза по установлению фактических обстоятельств дела (neutral expert fact-finding); омбудсмен (ombudsman); частная судебная система (private court system) или судья «напрокат» (rent-a-judge), а также прочие процедуры, обладающие приведенными признаками. Арбитраж (третейский суд), следуя логике подобного видения, также входит в объем анализируемого понятия.

Возвращаясь к вопросу о процедурах, охватываемых понятием «негосударственные процедуры урегулирования гражданско-правовых споров», хотелось бы заметить, что нередко к ним относят претензионное производство и мировое соглашение. Однако, будучи направленными на

несудебное разрешение спора, претензионное производство и мировое соглашение отнюдь не входят в объем анализируемого понятия.

По мнению Д.Л. Давыденко, с которым сложно не согласиться, отношения негосударственных процедур урегулирования гражданско-правовых споров с мировым соглашением характеризуются тем, что последнее является результатом, на достижение которого направлены рассматриваемые процедуры, а также средством юридического оформления и закрепления прекращения спора, достигнутого в ходе таких процедур. При этом следует отметить, что мировое соглашение не является единственным результатом негосударственных процедур урегулирования споров, им также могут быть различные договоры либо иные юридические инструменты, закрепляющие прекращение спора. Тем самым, мировое соглашение не может рассматриваться как негосударственная процедура урегулирования гражданско-правовых споров, поскольку оно является только договором, закрепляющим урегулирование спора, как результат, достигнутый в ходе таких процедур.

К.В. Севрюгин считает относительно претензионного производства, что оно, как известно, подразумевает правопритязание в форме требования заинтересованного лица непосредственному контрагенту об исполнении обязательств – предъявление претензии и ответ на нее, что не подразумевает встречи сторон и непосредственного урегулирования разногласий. Подобные действия характерны для подготовительного этапа исследуемых процедур, но не могут быть восприняты как самостоятельная законченная процедура. Кроме того, претензионное производство является предпосылкой к динамике судебного процесса, иными словами средством досудебного правового урегулирования, а не негосударственной процедурой урегулирования споров (Севрюгин, К.В., 2009: 60).

Анализируя понятие негосударственных процедур урегулирования гражданско-правовых споров, вполне уместным представляется обращение к вопросу о месте анализируемых процедур в механизме защиты права. Данный вопрос нельзя назвать дискуссионным, поскольку единое мнение ученых по нему уже сложилось. Негосударственные процедуры урегулирования гражданско-правовых споров оправданно относят к формам защиты права. Как известно, «форма» защиты – это категория процессуального характера, которая обозначает определенный порядок защиты гражданских прав. Иными сло-

вами, это – комплекс внутренне согласованных организационных мероприятий по защите субъективных прав и охраняемых законом интересов.

В отечественной правовой науке появился совершенно иной взгляд на данный вопрос. Так, по мнению А.П. Сергеев, исследуемые процедуры – не что иное, как «совокупность средств и методов, применяемых сторонами для достижения соглашения по возникшему между ними спору, при необходимости привлекая третье независимое лицо, суждения которого по спору являются рекомендательными» (Сергеев А.П., 2004: 750).

Позднее R. V. Jhering в своем диссертационном исследовании пришла к выводу о том, что «международный коммерческий арбитраж – это частноправовой способ защиты гражданских прав для лиц, избравших или создавших его по своему усмотрению» (Jhering, R.V., 1861: 100).

Полагаем, что приведенные предположения ученых не выдерживают критики. Так, Б.Г. Куанышев, полагая, что анализируемые процедуры являются лишь совокупностью приемов и методов, исключает внутреннюю согласованность процедур урегулирования споров. Вместе с тем каждая процедура урегулирования (разрешения) споров как линейный процесс имеет внутреннее строение, последовательность, поэтапность развития, то есть своего рода модель. Следовательно, вывод о них как о простой совокупности (наборе) приемов и методов является некорректным.

Относительно мнения С.А. Сариной хотелось бы отметить подмену понятий способ и форма защиты права в ее исследовании. Способы защиты права подразумевают определенные меры принуждения, применяемые к нарушителю права. В наиболее общем виде Д.М. Чечот определяет их как предусмотренные законом действия, которые непосредственно направлены на защиту прав. Обозреваемые процедуры, будучи внутренне согласованными организационными мероприятиями по защите субъективных прав и охраняемых законом интересов, не могут быть отождествлены с мерами принуждения или отдельными действиями, которые направлены на защиту прав. Аналогична приведенной позиции логика ст. 9 ГК РК, в которой законодатель наряду с судебной формой защиты права указывает и арбитраж, как форму защиты права, не смешивая эту негосударственную процедуру со способами защиты права.

Известно, что понятие как форма мышления в формальной логике имеет два значения: первое

– понятие как категория, обозначающая определенное явление (термин); второе – понятие как дефиниция (определение).

Попытаемся сформулировать наиболее общее определение.

Негосударственные процедуры урегулирования гражданско-правовых споров – это основанные на соглашениях сторон, признаваемые публичной властью, самостоятельные по отношению к государственному правосудию процедуры, используемые для урегулирования (разрешения) гражданско-правовых споров.

Заключение

Заканчивая рассмотрение данного вопроса, подведем некоторые итоги:

1. В качестве обозначающего для рассматриваемого понятия предложен термин «негосудар-

ственные процедуры урегулирования гражданско-правовых споров».

2. Негосударственные процедуры характеризуются такими признаками как: отсутствие вмешательства государства; признание публичной властью; договорный характер применения; добровольность применения процедур; сотрудничество сторон; конфиденциальность; относительная формальность (проявляется в большинстве процедур); вариативность процедур, их многообразие (как свойство совокупности); участие нейтрального участника, избираемого или назначаемого по взаимному волеизъявлению сторон.

3. Объем понятия негосударственные процедуры урегулирования гражданско-правовых споров охватывает все процедуры, характеризующиеся приведенными признаками.

4. Сформулировано наиболее общее (широкое определение) рассматриваемого понятия.

Литература

- Адвокат: навыки профессионального мастерства / Е. Ю. Булакова, Л. А. Воскобитова, М. Р. Воскобитова [и др.]. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – 592 с.
- Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан от 31 октября 2015 г. № 377-V// *adilet. za. kz*.
- Гнищевич, К. В. Преддоговорная ответственность в российском гражданском праве (CULPA IN CONTRAHENDO) / К.В. Гнищевич // *Вестник Высшего арбитражного суда Российской Федерации*. – 2009. – № 3. – С. 18-43.
- Директива N 2008/52/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза «О некоторых аспектах посредничества (медиации) в гражданских и коммерческих делах» [рус., англ.](Принята в г. Страсбурге 21.05.2008
- Jhering, R. V. *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen* / R.V. Jhering // *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts (Jherings Jahrbücher)*. – 1861. – Bd. 4. – 112 S.
- Закон Республики Казахстан от 28 января 2011 года № 401-IV «О медиации» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 31.10.2015 г.)//*adilet. za. kz*.
- Загайнова С.К., Малюшин К.А. Медиация в гражданском процессе: опыт Финляндии и России // *Арбитражный и гражданский процесс*. – 2013. – N 8. – С. 40 – 46.
- Коннов А.Ю. Понятие, классификация и основные виды альтернативных способов разрешения споров // *Журнал российского права*. – 2004. – N 12. – С. 120-124.
- Комаров, А. С. Ответственность в коммерческом обороте / А. С. Комаров. – М. : Юрид. лит., 1991. – 200 с.
- Овчинникова, К. Д. Преддоговорная ответственность / К. Д. Овчинникова // *Законодательство*. – 2004. – № 4. – С. 30-38.
- Осакве, К. Свобода договора в англо-американском праве: понятие, сущность, ограничения / К. Осакве // *Журнал российского права*. – 2006. – № 7. – С. 84-93.
- Покровский, И. А. История римского права (по изд. 1917 г.) / И. А. Покровский. – Электрон. текстовые дан. – Режим доступа: <http://www.allpravo.ru/library/doc2527p/instrum3503>. -Загл. с экрана.
- Рожкова М.А., Елисеев Н.Г., Скворцов О.Ю. Договорное право: соглашения о подсудности, международной подсудности, примирительной процедуре, арбитражное (третейское) и мировое соглашения / Под общ. ред. М.А. Рожковой. – М.: Статут, 2008. – 408 с.
- Севастьянов Г.В. Теоретические основы альтернативного разрешения споров: концепция частного процессуального права / Хрестоматия альтернативного разрешения споров: Учебно-методические материалы и практические рекомендации / Сост. Г.В. Севастьянов. – СПб., 2009. – 426 с.
- Севрюгин, К.В. Преддоговорная ответственность в гражданском праве Российской Федерации / К.В. Севрюгин // *Вестник Челябинского государственного университета*. – 2009. – №21. – С. 59-61.
- Сергеев, А.П. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации / А.П. Сергеев. – М.: Проспект, 2004. – 896 с.
- Типовой закон о международной коммерческой согласительной процедуре и Руководство по принятию и применению на 2002 год // Организация Объединенных Наций. – Нью-Йорк, 2004.

Трещева Е.А. Правовое регулирование примирительных процедур на современном этапе // Вестник Самарского государственного университета. – 2012. – № 3.2 (94). – С. 88-92.

Худойкин А.В. Пробелы законодательного регулирования примирительных процедур разрешения правовых конфликтов// Пробелы в российском законодательстве. – 2010. – №4. – С.97-100.

References

Advokat: navyki professional'nogo masterstva / E. Ju. Bulakova, L. A. Voskobitova, M. R. Voskobitova [i dr.]. – M.: Volters Kluver, 2006. – 592 s.

Grazhdanskij processual'nyj kodeks Respubliki Kazahstan ot 31 oktjabrja 2015 g. № 377-V// adilet. zan. kz.

Gnicevich, K. V. Preddogovornaja otvetstvennost' v rossijskom grazhdanskom prave (CULPA IN CONTRAHENDO) / K.V. Gnicevich // Vestnik Vysshego arbitrazhnogo suda Rossijskoj Federacii. -2009. – № 3. – S. 18-43.

Direktiva N 2008/52/ES Evropejskogo parlamenta i Soveta Evropejskogo Sojuza «O nekotoryh aspektah posrednichestva (mediacii) v grazhdanskij i kommercheskij delah» [rus., angl.](Prinjata v g. Strasburge 21.05.2008

Jhering, R. V. Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen / R.V. Jhering // Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts (Jherings Jahrbücher). – 1861. – Bd. 4. – 112 S.

Zakon Respubliki Kazahstan ot 28 janvarja 2011 goda № 401-IV «O mediacii» (s izmenenijami i dopolnenijami po sostojaniju na 31.10.2015 g.) //adilet. zan. kz.

Zagajnova S.K., Maljushin K.A. Mediacija v grazhdanskom processe: opyt Finljandii i Rossii // Arbitrazhnyj i grazhdanskij process. – 2013. – N 8. – S. 40 – 46.

Konnov A.Ju. Ponjatie, klassifikacija i osnovnye vidy al'ternativnyh sposobov razreshenija sporov // Zhurnal rossijskogo prava. – 2004. – N 12. – S. 120-124.

Komarov, A. S. Otvetstvennost' v kommercheskom oborote / A. S. Komarov. – M. : Jurid. lit., 1991. – 200 s.

Ovchinnikova, K. D. Preddogovornaja otvetstvennost' / K. D. Ovchinnikova // Zakonodatel'stvo. – 2004. – № 4. – S. 30-38.

Osakve, K. Svoboda dogovora v anglo-amerikanskom prave: ponjatie, sushhnost', ogranichenija / K. Osakve // Zhurnal rossijskogo prava. – 2006. -№ 7. – S. 84-93.

Pokrovskij, I. A. Istorija rimskogo prava (po izd. 1917 g.) / I. A. Pokrovskij. – Jelektron. tekstovye dan. – Rezhim dostupa: <http://www.allpravo.ru/library/doc2527p/instrum3503>. -Zagl. s jekrana.

Rozhkova M.A., Eliseev N.G., Skvorcov O.Ju. Dogovornoe pravo: soglashenija o podsudnosti, mezhdunarodnoj podsudnosti, primiritel'noj procedure, arbitrazhnoe (tretejskoe) i mirovoe soglashenija / Pod obshh. red. M.A. Rozhkovoj. – M.: Statut, 2008. – 408 s.

Sevast'janov G.V. Teoreticheskie osnovy al'ternativnogo razreshenija sporov: koncepcija chastnogo processual'nogo prava / Hrestomatija al'ternativnogo razreshenija sporov: Uchebno-metodicheskie materialy i prakticheskie rekomendacii / Sost. G.V. Sevast'janov. – SPb., 2009. – 426s.

Sevrjugin, K. V. Preddogovornaja otvetstvennost' v grazhdanskom prave Rossijskoj Federacii / K. V. Sevrjugin // Vestnik Cheljabinskogo gosudarstvennogo universiteta. – 2009. -№21. – S. 59-61.

Sergeev, A. P. (2004) Kommentarij k Grazhdanskomu kodeksu Rossijskoj Federacii / A. P. Sergeev. – M. : Prospekt. – 896 s.

Tipovoj zakon o mezhdunarodnoj kommercheskoj soglasitel'noj procedure i Rukovodstvo po prinjatiju i primeneniju na 2002 god // Organizacija Ob#edinennyh Nacij. N'ju-Jork, 2004.

Treshheva E.A. Pravovoe regulirovanie primiritel'nyh procedur na sovremennom jetape // Vestnik Samarskogo gosudarstvennogo universiteta. – 2012. – № 3.2 (94). – S. 88-92.

Hudojkin A.V. Probely zakonodatel'nogo regulirovanija primiritel'nyh procedur razreshenija pravovyh konfliktov// Probely v rossijskom zakonodatel'stve. – 2010. – №4. – S.97-100.