

О.В. Ким

МЕДИАЦИЯ В КАЗАХСТАНЕ: АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ

Медиация, в праве - одна из технологий альтернативного урегулирования споров (англ. *alternative dispute resolution, ADR*) с участием третьей нейтральной, беспристрастной, не заинтересованной в данном конфликте стороны — медиатора, который помогает сторонам выработать определенное соглашение по спору, при этом стороны полностью контролируют процесс принятия решения по урегулированию спора и условия его разрешения.

На сегодняшний день наиболее совершенной, эффективной, универсальной и оптимальной является судебная форма защиты нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов. Однако в современных условиях интенсивного развития всех сфер жизни общества налицо усложнение общественных отношений, следствием чего является учащение столкновений интересов участников данных отношений и качественная усложненность правовых споров. Число, сложность и масштабность споров увеличивается настолько, что судебная система объективно не способна обеспечить их надлежащее разрешение.

В Казахстане еще очень малоразвита такая альтернатива судебным заседаниям как медиация - решение гражданских споров без суда и следствия. Однако многие "продвинутые" граждане ратуют за ее главенство над "стандартной Фемидой".

В свете реализации Концепции правовой политики Республики Казахстан на 2010-2020 годы актуализируется вопрос о привнесении в процессуальное законодательство и правоприменительную практику элементов восстановительного правосудия (медиации, внесудебного урегулирования правонарушений). Необходимость его решения обусловлена как гуманизацией уголовной политики, так и необходимостью оптимизации процессуальных процедур. Говоря о перспективах внедрения медиации, необходимо, прежде всего, иметь в виду, что восстановительное правосудие представляет собой особое направление развития правосудия. В настоящее время под этим термином подразумевается и становящаяся практика, и мировоззренческая позиция, и мировое движение. Проблема внедрения элементов восстановительного правосудия является сложной, комплексной проблемой, поэтому ее решение должно носить, на наш взгляд, взвешенный характер.

Прежде всего, следует определиться с масштабами внедрения самой парадигмы восстановительного правосудия. Примирение по-разному вписывается в системы правосудия, что зависит от правовых и культурных традиций конкретного государства. Так, в ряде стран внедрению медиации способствуют религиозное, а также общинное правосудие.

Казахстан исторически обладал формой правосудия, содержащей элементы медиации, - судами биев. Однако последующее развитие форм судопроизводства происходило таким образом, что одним из основных принципов правосудия по уголовным делам стал принцип неотвратимости уголовного наказания. Необходимо концептуально определиться и с правовой основой медиации. Во избежание чрезмерного регулирования медиации и учитывая существование разнообразных подходов к нему, рекомендации Совета Европы не предлагают государствам обязательно отражать программы медиации на законодательном уровне. Однако возможность проведения медиации должна быть, на наш взгляд, официально закреплена, так как законодательство должно способствовать применению и развитию медиации. В последние годы активное распространение получают идеи применения медиации в уголовном и гражданском процессе.

В уголовном процессе медиация рассматривается как примирение жертвы преступления и правосудия и получила большое распространение на западе как «восстановительное» правосудие, в основном для несовершеннолетних правонарушителей. [1] В гражданском процессе медиацию рассматривают как примирительные процедуры между сторонами и сводят в основном к мировому соглашению.

О мировом соглашении в Гражданско-процессуальном кодексе РК (далее – ГПК) говорится достаточно скромно. О нем упоминается в статье 193 ГПК (об утверждении мирового соглашения суд выносит определение, которым одновременно прекращает производство по делу) и в статье 247 ГПК (мировое соглашение как основание прекращения производства по делу).

Более разработанной является процедура мирового соглашения в арбитражном (третейском) законодательстве. В статье 27 Закона РК от 28 декабря 2004 г. «О международном коммерческом арбитраже» закрепляется:

«1. Если стороны урегулируют спор в ходе арбитражного разбирательства, арбитраж прекращает разбирательство и по просьбе сторон фиксирует это урегулирование в виде арбитражного решения на согласованных условиях.

2. Арбитражное решение на согласованных условиях должно быть вынесено в соответствии с положениями статьи 28 настоящего Закона (форма и содержание арбитражного решения). Такое арбитражное решение подлежит исполнению так же, как и любое другое арбитражное решение по существу спора».

Аналогичная норма закреплена в Законе РК от 28 декабря 2004 г. «О третейских судах» (п. 3 ст. 34):

«Если в ходе третейского разбирательства стороны урегулируют спор путем заключения мирового соглашения, которое не будет противоречить законодательству Республики Казахстан и не будет нарушать права и законные интересы других лиц, третейский суд прекращает разбирательство, по просьбе сторон и при отсутствии возрений с его стороны фиксирует это урегулирование в виде решения третейского суда на согласованных условиях. Решение третейского суда на согласованных условиях выносится в соответствии с положениями статьи 35 настоящего Закона (форма и содержание решения третейского суда) и содержит указание на то, что оно является решением третейского суда. Это решение третейского суда имеет такой же статус и действие, как и любое решение третейского суда по существу спора». Практически не уделяется внимания мировому соглашению и в литературе. В лучшем случае оно упоминается как основание прекращения производства по делу [2].

В России дело обстоит лучше, хотя в учебниках по гражданскому и арбитражному процессу России мировое соглашение тоже обычно лишь упоминается как основание прекращения производства по делу. Тем не менее эта тема начинает обсуждаться и в учебной, и в научной литературе, есть диссертации на эту тему [3], и научные работы, хотя их не очень много [4], в основном это научно-практические статьи [5].

В науке и на практике мировое соглашение оценивается одинаково. Оно рассматривается как средство защиты прав, двух (много) сторонняя сделка (договор), добровольный отказ от публичной процедуры – судебного процесса или исполнительной процедуры, юридический факт гражданского права – сделка, как результат примирительной процедуры [6].

Но нигде мировое соглашение не рассматривается ни как примирительная процедура, ни тем более как медиация. Насколько правильно употребление термина «примирительные процедуры (медиация)» и рассмотрение мирового соглашения в контексте альтернативного разрешения споров? Чтобы ответить на этот вопрос, необходимо определить соотношение понятий: «мировое соглашение», «примирительные процедуры», «медиация». Мне кажется, нельзя мировое соглашение и примирительные процедуры отождествлять с медиацией. Связь между ними, безусловно, есть, но все-таки это разные понятия.

Мировое соглашение - это не медиация, и не примирительная процедура. Это результат самых различных процедур. Мировое соглашение может быть заключено в результате переговоров. Значит, мы имеем такой вид АПРС, как переговоры (negotiation). Мировое соглашение может быть результатом примирительных процедур, которые в соответствии с ГПК обязан будет провести суд. Тогда мы имеем такой вид АПРС, как примирение. Судья или сами стороны могут привлечь для достижения мирового соглашения медиатора. Тогда будет такой вид АПРС, как посредничество (mediation).

Таким образом, медиация - процедура эффективная и выгодная во многих отношениях, постепенно занимает свою нишу в сфере разрешения споров. Необходима более четкая и систематизированная разработка нормативно-правовой базы, а также конкретизация и более детальный подход к самой процедуре и ее субъектам. Несомненно, наши граждане будут все более доверять и использовать медиацию, что поспособствует совершенствованию ее применения и позволит наладить систему организации, занимающихся посредничеством.

Медиация в Казахстане – это необходимый институт, так как наше современное государство активно развивается во всех существующих сферах, а медиация, в свою очередь, как современный способ урегулирования споров поможет гражданами повысить свое качество жизни.

1. Гета М.Р., Рахимбердин К.Х., Кусе Р. Модель службы пробации в Казахстане и других государствах Центральной Азии. – Алматы: Киик, 2006; Восстановительное правосудие для несовершеннолетних и социальная работа. – М., 2001; Зер Ховард. Восстановительное правосудие: новый взгляд на преступление и наказание. – М., 2002 и другие.

2. Баймолдина З.Х. Гражданское процессуальное право Республики Казахстан: в двух томах. Т. 2. Особенная часть (Темы 16-30): учебник. – Алматы: КазГЮА, 2001. – С. 80.

3. Зинченко А.И. Мировые соглашения в гражданском судопроизводстве: дисс. канд. юрид. наук. – Саратов, 1981; Давыденко Д.Л. Мировое соглашение как средство внесудебного урегулирования частноправовых вопросов (по праву России и некоторых зарубежных стран): дисс. канд. юрид. наук. – М., 2004. – С. 17, 18; Пилехина Е.В. Мировое соглашение в практике арбитражного суда и суда общей юрисдикции: дисс. канд. юрид. наук. – СПб., 2001.

4. Рожкова М.А. Мировая сделка: Использование в коммерческом обороте. – г. Статут, 2005.

5. Рясенцев В. Мировые сделки (соглашения) Социалистическая законность. – 1984. – №

6. Сулейменов М.К., Куанышев Б.Г. Альтернативные процедуры рассмотрения споров. – В кн.: Международный коммерческий арбитраж: сб. статей и документов (на русс. и англ. яз.).

In the modern Kazakh society more developed market economy and all spheres of life, therefore more likely to have conflicts and disputes that we are used to resolve in court, but it has recently been developed in Kazakhstan Institute of Mediation. It helps to resolve the problem in more modern, rational, and convenient way. Therefore necessary to develop this institution in our state.

Қазіргі Қазақстандық қоғамда барлығы нарықтық қатынас және тіршілік әрекетінің барлық салалары көп дамыды. Қайшылық және біз соттарда рұқсат беруге дағдыланған даулар осыған байланысты жиірек пайда болады. Таяу мезгілдердің Қазақстанында бірақ медиацияның институты дамыды. Сондықтан осы институтты дамыту біздің мемлекетте керек.

С.Е. Исетова

ИСТОРИЯ РАЗВИТИЯ ЗАЛОГА И ЗАЛОГОВЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ

Реформы, проводимые в нашей стране, повлекли и существенное изменение действующего законодательства. Активное вовлечение в хозяйственную деятельность различных субъектов права требовало от государства новых подходов к регулированию такой деятельности.

Принятие первой Конституции Республики Казахстан, Гражданского кодекса Республики Казахстан и других нормативных актов открыло новые возможности в области экономики, отношения в которой регулируются во многом нормами права. Реформирование правовой системы положило начало формированию такого института современного казахстанского права, как залог.

История залога исчисляется многими столетиями. Упоминания о залоге встречаются еще в законах Хаммурапи (VI веке до нашей эры). Однако наиболее развитая форма залога существовала в Древнем Риме, потому что именно там уровень развития экономических отношений начал требовать применения института ссуды. Но нужны были гарантии возврата кредита, иными словами, способы обеспечения обязательств. Именно в это время происходит глубокая детализация правовых норм, и римское право оказало в дальнейшем наиболее сильное влияние на развитие систем права различных стран мира.

Понятие залога в Древнем Риме можно охарактеризовать как «право на чужую вещь». Институт залога получил свою разработку в законах XII Таблиц в форме «фидуции» - залога, основанного на доверии. Залогодержателю мог передаваться предмет залога; в случае, если последний оказывался недобросовестным владельцем, залогодатель мог подать иск (*actio fiduciae*): «...если должник был опутан и обманут по злому умыслу кредитора: обманно поступает тот кредитор, который имеет возможность вернуть залог, не возвращает его» [1].

Установленный в этом виде залог представлял для кредитора более чем полное обеспечение, так как переходил в собственность кредитора. «Становясь одновременно с возникновением залога собственником предмета, его кредитор имел право владеть, пользоваться и распоряжаться им по своему усмотрению; он имел возможность отчуждать его без предварительного согласия должника и, не дожидаясь времени, когда требование будет подлежать исполнению» [2].

Должник же лишался права собственности на предмет залога, а следовательно, лишался права на плоды, приносимые этим имуществом и, кроме того, права истребования его из рук третьих лиц. Наконец, даже удовлетворив требования кредитора, должник не мог быть в полной уверенности, что ему будет возвращено имущество, бывшее предметом залога, так как его могло уже не быть у кредитора или оно было обременено правами в чью-то пользу. В этом случае должник мог получить с кредитора только компенсацию за вред и убытки. Наряду с *fiducia* римское право выработало другую форму залога — *ignus*. Согласно традиционному определению, *ignus* есть форма залога римского частного права, при которой залогодатель (должник) отдает залогопринимателю (кредитору) вещь во владение, при этом для последнего возникает обязательство вернуть вещь в случае уплаты долга [3].

Этот вид залога имел существенные недостатки, которые были связаны, во-первых, с тем, что кредитор считался лишь владельцем заложенного имущества и не имел для защиты своего права вещного иска, а значит, не мог отыскать заложенного имущества у третьих лиц; а во-вторых, кредитор не имел права продать предмет залога с целью получения удовлетворения. И только при империи это право в случае просрочки долга стало признаваться. Кроме того, *fiducia* и *ignus* имели