

АКАДЕМИЯ ПРАВООХРАНИТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ  
ПРИ ГЕНЕРАЛЬНОЙ ПРОКУРАТУРЕ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

НУРМУХАМБЕТОВА АЙГЕРИМ ЖУМАХАНОВНА

Состояние и перспективы применения медиации  
при урегулировании гражданско-правовых споров в Республике Казахстан

Диссертация на соискание степени  
магистр юридических наук по образовательной программе  
7М04203 «Юриспруденция» (научное и педагогическое направление)

Научный руководитель:  
заведующий кафедрой  
Общеюридических дисциплин  
Института послевузовского образования  
Сырбу А.В.,  
кандидат юридических наук,  
доцент (ассоциированный профессор),  
старший советник юстиции

г.Косшы, 2022 г.

## ТҮЙІНДЕМЕ

Диссертация кіріспеден, 2 бөлімнен, 6 бөлімшеден, қорытындыдан және пайдаланылған әдебиеттер тізімінен тұрады.

Зерттеу Қазақстан Республикасында азаматтық дауларды реттеуде медиацияны қолданудың проблемалық мәселелерін талдауға арналған. Оның жаңашылдық дәрежесі медиацияның теориясы мен тәжірибесін оның қазіргі жай-күйін, соның ішінде шетелдік тәжірибені зерделеу арқылы жан-жақты зерттеуден және осы институтты жетілдіру бойынша дәлелді ұсыныстар әзірлеуден тұрады.

## РЕЗЮМЕ

Диссертация состоит из введения, 2-х разделов, 6 подразделов, заключения и списка использованных источников.

Исследование посвящено анализу проблемных вопросов применения медиации при урегулировании гражданско-правовых споров в Республике Казахстан. Степень его новизны заключается в комплексном изучении теории и практики применения медиации путем изучения ее современного состояния, в том числе зарубежного опыта, и выработки научно-обоснованных рекомендаций для совершенствования данного института.

## SUMMARY

The dissertation consists of an introduction, 2 sections, 6 subsections, a conclusion and a list of sources used.

The study is devoted to the analysis of problematic issues of the use of mediation in the settlement of civil disputes in the Republic of Kazakhstan. The degree of its novelty consists in a comprehensive study of the theory and practice of mediation by studying its current state, including foreign experience, and developing evidence-based recommendations for improving this institution.

## СОДЕРЖАНИЕ

|                                                                                                                                          |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| НОРМАТИВНЫЕ ССЫЛКИ.....                                                                                                                  | 5  |
| ОБОЗНАЧЕНИЯ И СОКРАЩЕНИЯ.....                                                                                                            | 7  |
| ВВЕДЕНИЕ.....                                                                                                                            | 8  |
| 1. ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ И ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ ПРИМИРИТЕЛЬНОЙ<br>ПРОЦЕДУРЫ С УЧАСТИЕМ ПОСРЕДНИКА (ПРОЦЕДУРЫ<br>МЕДИАЦИИ).....                        | 19 |
| 1.1 Понятие, сущность и принципы медиации.....                                                                                           | 19 |
| 1.2 Эволюция примирительных процедур в Центральной Азии и<br>Казахстане.....                                                             | 30 |
| 1.3 Анализ зарубежного опыта правового регулирования процедуры медиации в<br>гражданском праве.....                                      | 38 |
| 2. СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ И ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ МЕДИАЦИИ<br>ПРИ УРЕГУЛИРОВАНИИ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ СПОРОВ В<br>РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН..... | 43 |
| 2.1 Правовое обеспечение проведения процедуры медиации в Республике<br>Казахстан.....                                                    | 43 |
| 2.2 Проблемы применения медиации при урегулировании гражданско-правовых<br>споров в Республике Казахстан.....                            | 55 |
| 2.3 Возможности и перспективы применения медиации при урегулировании<br>гражданско-правовых споров в Республике Казахстан.....           | 61 |
| ЗАКЛЮЧЕНИЕ.....                                                                                                                          | 84 |

|                                       |    |
|---------------------------------------|----|
| СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ..... | 90 |
|---------------------------------------|----|

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| ПРИЛОЖЕНИЕ 1. Алгоритм взаимодействия Министерства юстиции Республики Казахстан, Министерства информации и общественного развития Республики Казахстан, судов и организаций медиаторов по вопросам применения медиации при урегулировании гражданско-правовых споров в Республике Казахстан..... | 96 |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                                                            |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| ПРИЛОЖЕНИЕ 2. Сравнительная таблица по внесению изменений и дополнений в некоторые правовые акты Республики Казахстан..... | 99 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                                          |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| ПРИЛОЖЕНИЕ 3. Акт о внедрении результатов диссертационного исследования в практическую деятельность..... | 109 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

|                                                                                       |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| ПРИЛОЖЕНИЕ 4. Акт о внедрении материалов научного исследования в учебный процесс..... | 110 |
|---------------------------------------------------------------------------------------|-----|

## НОРМАТИВНЫЕ ССЫЛКИ

Конституция Республики Казахстан (принята на республиканском референдуме 30 августа 1995 года) (с изменениями и дополнениями по состоянию на 23.03.2019 года).

Закон Республики Казахстан от 28 января 2011 года №401-IV «О медиации» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 20.12.2021 года).

Указ Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 года №858 «О Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года».

Кодекс Республики Казахстан от 31 октября 2015 года №377-V «Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 10.01.2022 года).

Указ Президента Республики Казахстан от 20 сентября 2002 года №949 «О Концепции правовой политики Республики Казахстан» (с изменениями и дополнениями от 13.07.2005 года) (утратил силу).

Закон Республики Казахстан от 28 декабря 2004 года №23-III «О международном арбитраже» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 02.07.2014 года) (утратил силу).

Закон Республики Казахстан от 8 апреля 2016 года №488-V «Об арбитраже» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 21.01.2019 года).

Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10.06.1958 года).

Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях от 5 июля 2014 года №235-V (с изменениями и дополнениями по состоянию на 02.03.2022 года).

Уголовный кодекс Республики Казахстан от 3 июля 2014 года №226-V (с изменениями и дополнениями по состоянию на 02.03.2022 года).

Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть), принят Верховным Советом Республики Казахстан 27 декабря 1994 года (с изменениями и дополнениями по состоянию на 12.01.2022 года).

Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан от 13 июля 1999 года №411-I (с изменениями и дополнениями по состоянию на 13.11.2015 года) (утратил силу).

Трудовой кодекс Республики Казахстан от 23 ноября 2015 года №414-V (с изменениями и дополнениями по состоянию на 30.12.2021 года).

Закон Республики Казахстан от 27 апреля 2018 года №149-VI «О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Казахстан «Об Ассамблее народа Казахстана».

## ОБОЗНАЧЕНИЯ И СОКРАЩЕНИЯ

ADR - Alternative dispute resolution

FMCS - Federal Mediation Conciliation Service Федеральная служба по  
посредничеству и примирению

ГК РК - Гражданский кодекс Республики Казахстан

ГПК РК - Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан

ЕНПФ - Единый накопительный пенсионный фонд

КОАП - Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях

ПРООН - Программа развития Организации Объединенных Наций

РК - Республика Казахстан

СНГ - Содружество Независимых Государств

СССР - Союз Советских Социалистических Республик

СМИ - Средства массовой информации

США - Соединенные Штаты Америки

УК РК - Уголовный кодекс Республики Казахстан

УПК РК - Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан

п. - пункт

ч. - часть

ст. - статья

## ВВЕДЕНИЕ

Актуальность исследования.

Концепцией правовой политики Республики Казахстан до 2030 года, утвержденной Указом Президента от 15 октября 2021 года №674 [1], развитие альтернативных способов урегулирования споров определено важным вектором развития правовой системы Казахстана.

Акцент на востребованность института медиации ставился и в Послании Главы государства народу Казахстана от 1 сентября 2020 года [2].

Следует отметить, что медиация является наиболее «мягкой» формой альтернативного разрешения споров. Во время процедуры медиации стороны, участвующие в конфликте, самостоятельно приходят к взаимоприемлемому решению, опираясь на опыт, знания и умения медиатора. Разрешение спора полностью зависит от воли самих спорящих.

Медиация только в 1990-х годах стала общепринятой частью юридического процесса.

В международной практике она имеет свои преимущества и недостатки.

Преимущества:

- медиация может быть проведена относительно быстро по сравнению с судебным разбирательством, занимая в среднем от 1 до 2 дней;
- если обе стороны соглашаются на посредничество, это явно демонстрирует готовность достичь решения путем переговоров;
- назначенный посредник будет независимым, он не будет давать советы или выносить решения;
- посредник должен способствовать и направлять обсуждения между сторонами с основной целью разрешения спора;

- именно стороны, участвующие в процессе посредничества, приходят к окончательному решению, а не посредник;
- это гибкий процесс, который предоставляет сторонам доступ к широкому спектру результатов, недоступных в судебном процессе. Например, суды обычно предписывают одной стороне выплатить деньги другой стороне, тогда как при посредничестве стороны приходят к собственному соглашению, и все отклоненные судом обстоятельства могут быть приняты во внимание;
- процесс будет пытаться сохранить деловые и человеческие отношения между сторонами;
- посредничество может позволить каждой стороне выслушать противоположную точку зрения в неконфронтационном окружении;
- обе стороны должны подписать соглашение об окончательной рекомендации, чтобы оно имело обязательную силу;
- стороны через посредника могут выносить на посредничество другие вопросы, выходящие за рамки самого договора, чтобы способствовать коммерческому урегулированию;
- это конфиденциальный процесс.

#### Недостатки:

- существуют опасения по поводу исковой силы соглашения о посредничестве;
- все стороны должны согласиться с решением;
- если одна из сторон утаивает информацию, процесс может «усложниться», потребовать больше времени;
- посредничество может быть неуместным, если одна из сторон требует публичного раскрытия информации;
- использование услуг неквалифицированного посредника может способствовать непродуктивному урегулированию;

- нежелание одной или обеих сторон сотрудничать может сделать весь процесс бессмысленным.

Во многих зарубежных странах институт медиации существует и применяется как особая форма урегулирования споров наряду и во взаимосвязи с судебным разбирательством.

«Анализ итогов судебных реформ, проведенных во второй половине XX века в странах континентальной Европы, свидетельствует о всеобщем отказе от «государственного патернализма». Разрешение правовых споров осуществляется исключительно в ходе правоприменительной деятельности посредством вынесения обязательного для исполнения решения и переходе к «плюралистическому подходу», то есть признанию необходимости обеспечения конфликтующим лицам права выбрать способ урегулирования их разногласий путем предоставления возможности использования примирительных процедур»[3].

Следует отметить, что в Казахстане Закон «О медиации» принят более 10 лет назад [4].

В соответствии с ним предложение стороне обратиться к медиации может быть сделано по просьбе другой стороны, судом или органом уголовного преследования (п. 4 ст. 20 Закона)[4].

Возможность разрешения спора в порядке медиации предусмотрена как Гражданским процессуальным, так и Уголовно-процессуальным кодексом [5,6].

Практика показывает, что для обеспечения защиты прав и интересов граждан суды и сотрудники правоохранительных органов предлагают гражданам обратиться к медиации.

«Согласно международной статистике, 30-40 % всех споров проходят через процедуру медиации, в 85 % из них были достигнуты положительные результаты»[7].

«При активном обращении к институту медиации как граждан, так и юридических лиц, можно существенно снизить нагрузку на судебную систему, тем самым повышая качество рассмотрения наиболее сложных дел и одновременно обеспечив защиту прав граждан, развитие их правосознания, правовой культуры и правовой грамотности» [7].

Вышеизложенные положения обуславливают актуальность избранной темы исследования.

Оценка современного состояния научной проблемы.

Медиация развивается очень динамично и все больше воспринимается международным сообществом как универсальный надюрисдикционный способ разрешения споров, отвечающий вызовам современного мира.

Вместе с тем, проводимый анализ показал, что медиаторы Казахстана сталкиваются с рядом проблем, требующих решения на законодательном и организационном уровне.

Особо остро выделяется проблема недостаточной осведомленности населения о преимуществах медиации. Например, многим неизвестно о том, что соглашение о медиации имеет юридическую силу и является быстрым способом решения спора.

Следует отметить, что в отечественных научных кругах обсуждались отдельные вопросы применения и развития процедуры медиации.

К числу казахстанских исследователей, научные работы которых напрямую касались данного института, можно отнести труды Буралкиевой Б.Б., Жакупова Ж.А., Досумова Д.У., Ашимова К.М., Умирбаевой З.А., Волкова В.В. и других.

Ими рассматривались отдельные вопросы, касающиеся применения медиации в уголовном процессе, а также в качестве инструмента работы профсоюзных организаций.

Учитывая, что предметных научных исследований современного состояния применения медиации при урегулировании гражданско-правовых споров в Республике Казахстан не проводилось, настоящая работа является актуальной и востребованной.

Цель диссертационного исследования:

Целью магистерской диссертации является комплексное изучение теории и практики применения медиации при разрешении гражданско-правовых споров, направленное на разработку предложений и рекомендаций по совершенствованию правового регулирования данной процедуры.

Для достижения указанной цели в процессе исследования реализованы следующие задачи:

- 1) анализ современного состояния медиации при урегулировании гражданско-правовых споров в Республике Казахстан;
- 2) изучение мировых достижений в области применения медиации к гражданско-правовым спорам и выработка предложений о возможности внедрения некоторых из них в Республике Казахстан;
- 3) разработка и предложение научно-обоснованных рекомендаций по внесению поправок в действующее законодательство;
- 4) выработка предложений о дальнейшем развитии института медиации при урегулировании гражданско-правовых споров в Республике Казахстан.

Объектом исследования являются общественные отношения в сфере применения процедуры медиации как самостоятельного способа урегулирования гражданско-правовых споров в Республике Казахстан.

Предмет диссертационного исследования - закономерности развития медиации при урегулировании гражданско-правовых споров в Республике Казахстан и зарубежных странах, существующих научно-теоретических представлений о ней в целях внесения вклада в ее совершенствование.

Нормативную базу исследования составили Конституция Республики Казахстан, Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан, Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан, Закон Республики Казахстан «О медиации» и иные нормативные правовые акты, имеющие отношение к теме исследования, а также положения некоторых международных документов и законодательство отдельных стран ближнего и дальнего зарубежья.

В ходе исследования и разработки предложений по усовершенствованию законодательства в сфере реализации медиации привлечены различные источники в области юридическо-правовой науки, в том числе издания и статьи зарубежных ученых.

Следует отметить значительный вклад в развитие медиации таких отечественных и зарубежных ученых как: Рогов И.И., Бычкова С.Ф., Дьяченко С.А., Романовская С.Ю., Велитченко С.Н., Арутюнян А.А., Гордейчик А.А., Гордейчик А.В., Гришина В.В., Коблева М.М., Магомедова А.Г., Мариненко М.С., Тайболина Ю.И., Сухова Н.В., Тюльканов С.Л., Федоров В.В. и других.

Институту медиации, а также проблемам его применения в уголовном процессе посвящены исследования таких ученых стран СНГ, как Комарова Ю.А., Гордийчук Н. В., Шамликашвили Ц. А., Сабитова Ж.С., Смаилова А.Л., Гроенхейзен М., Головкин Л.В., Ширкин А.А., Карягина О.В., Маткина А.И.

Данной теме уделяли внимание и казахстанские ученые, среди которых: Ахпанов А.Н., Жакупов Ж.А., Когамов М.Ч., Мицкая Е.В., Маматай У., Пен С.Г., Юрченко Р. И., Амуртаева Д.Т. и др.

В рамках настоящего диссертационного исследования изучены проблемные вопросы применения медиации при урегулировании гражданско-правовых споров в Республике Казахстан и выработаны предложения, способствующие дальнейшему развитию института их внесудебного урегулирования, в том числе путем совершенствования действующего законодательства.

Методы и методологические основы исследования.

Поставленные цели и задачи определяют методологическую основу настоящего исследования: всеобщий, общенаучные, частно-научные методы познания в сфере реализации медиации, а также сравнительно-правовой, историко-правовой, и формально-юридический методы исследования.

В рамках использования диалектического всеобщего метода познания объективной реальности, медиация рассмотрена с учетом исторических событий, повлиявших на национальное законодательство.

Значительную роль на содержание исследования оказали сравнительно-правовой, историко-правовой и формально-правовой методы познания. В частности, в разрезе сравнительно-правового метода изучен и проведен компаративистский анализ международной практики.

Применение формально-юридического метода познания позволило выявить наиболее сильные и слабые стороны отечественного законодательства в части темы исследования.

Научная новизна магистерской диссертации заключается в комплексном изучении теории и практики применения медиации при разрешении гражданско-правовых споров путем анализа ее современного состояния, в том числе зарубежного опыта, и выработки научно-обоснованных рекомендаций по совершенствованию данного института.

Положения, выносимые на защиту.

1. Определить Министерство юстиции Республики Казахстан уполномоченным государственным органом, осуществляющим единую политику и координацию деятельности в сфере регулирования альтернативных способов разрешения споров, путем внесения соответствующих поправок в некоторые правовые акты (Закон «О медиации», постановления Правительства об

утверждении положений о Министерстве информации и общественного развития, Министерстве юстиции, Приложение 2).

«На сегодня проблемами медиации занимаются Верховный Суд, Ассамблея народа Казахстана, местные представительные органы, но нет главного звена, которое бы осуществляло единую политику в сфере регулирования альтернативных способов разрешения споров. В связи с чем, Концепцией правовой политики Республики Казахстан до 2030 года, утвержденной Указом Президента от 15 октября 2021 года №674, и обозначена необходимость определения соответствующего уполномоченного государственного органа в этой области»[1].

«Анализ практики стран ближнего зарубежья свидетельствует, что в ряде стран координатором развития института медиации является Министерство юстиции (Молдова, Кыргызстан, Беларусь, Узбекистан)»[1].

В рамках диссертационного исследования автором разработан Алгоритм взаимодействия Министерства юстиции, Министерства информации и общественного развития, судов и организаций медиаторов по вопросам применения медиации при урегулировании гражданско-правовых споров в Республике Казахстан (Приложение 1). Он определяет порядок сотрудничества его участников в развитии института медиации, направленном на снижение уровня конфликтности в обществе.

2. Законодательно закрепить требование об обязательном наличии у профессионального медиатора юридического образования путем внесения изменений и дополнений в статьи 9 и 14 Закона "О медиации" (Приложение 2).

Введение данного критерия обусловлено тем, что на практике встречаются факты обжалования медиативных соглашений, заключенных в разрез с действующим законодательством, а для компетентного проведения примирительных процедур, сопровождающегося подготовкой необходимого

пакета документов, профессиональный медиатор должен уметь правильно ориентироваться в правовом поле.

Следует отметить, что в странах Европейского Союза, в целях обеспечения принципа верховенства закона, 83 % независимых медиаторов являются юристами. Среди них 35% - практикующие юристы, 17,5% - заслуженные юристы и 15% - заслуженные судьи.

3. Определить внесудебное урегулирование споров в качестве одного из основных принципов защиты прав путем внесения поправок в статью 9 Гражданского кодекса (Приложение 2). Закрепление данного положения в ГК РК не должно отменять либо заменять право на судебную защиту.

Известно, что соглашение об урегулировании спора в порядке медиации - это не простая сделка, а сделка, разрешающая правовой спор либо конфликт, направленная на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей сторон. В случае неисполнения, или ненадлежащего исполнения такого соглашения, сторона медиации, нарушившая соглашение, несет ответственность в порядке, предусмотренном законами Республики Казахстан.

Вместе с тем, анализ норм ГПК РК свидетельствует о том, что на сегодня судебная медиация гораздо более детально регламентирована и имеет преимущественную силу перед медиацией досудебной или внесудебной. Складывается парадоксальная ситуация для внесудебной медиации - после заключения сторонами соглашения по спору, у них остается право «еще раз» решить этот спор в суде. В связи с чем, полагаем, что соглашение об урегулировании правового спора (конфликта), заключенное в порядке внесудебного разрешения, должно быть идентичным по значению с соглашением об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации, заключенным в суде и утвержденным судом.

Как показал анализ международного опыта, в Китае, Австрии, Словении около 30 % споров решается во внесудебном порядке, в США без медиатора в сфере экономики, бизнеса, социальных отношений не проходит ни один переговорный процесс.

Законодательное закрепление внесудебного урегулирования споров в качестве одного из основных принципов защиты прав граждан позволит повысить статус рассматриваемой формы разрешения споров.

4. Разработан комплекс предложений по внесению изменений и дополнений в действующее законодательство Республики Казахстан (в Гражданский кодекс, Закон «О медиации», постановления Правительства об утверждении положений о Министерстве информации и общественного развития, Министерстве юстиции), направленный на определение уполномоченного госоргана в сфере регулирования альтернативных способов разрешения споров, законодательное закрепление требования об обязательном наличии у профессионального медиатора юридического образования, а также установление внесудебного урегулирования споров в качестве одного из основных принципов защиты прав (Приложение 2).

Реализация предлагаемых мер способствует развитию института внесудебного урегулирования гражданско-правовых споров в Республике Казахстан, являющегося наиболее благоприятным способом, позволяющим сохранить человеческие взаимоотношения, и принять справедливое решение с учетом интересов сторон.

Наряду с вышеизложенным, следует отметить, что на начальном этапе исследования в качестве одной из проблем обозначался запрет на применение процедуры медиации по делам, когда одной из сторон является государственный орган. На сегодня в связи с принятием Административного процедурно-процессуального кодекса [8] такой запрет снят.

### Апробация и внедрение результатов.

Основные положения, содержащиеся в диссертационной работе, обсуждены на заседании кафедры общеправовых дисциплин Академии правоохранительных органов при Генеральной прокуратуре Республики Казахстан, опубликованы в статьях по исследуемой проблематике, а также поддержаны Службой по защите общественных интересов и Департаментом координации нормотворческой деятельности Генеральной прокуратуры (имеется акт о внедрении результатов диссертационного исследования в практическую деятельность, Приложение 3).

Наряду с этим, выводы и предложения по диссертационному исследованию используются в учебном процессе Института послевузовского образования Академии правоохранительных органов при Генеральной прокуратуре Республики Казахстан по дисциплине «Применение медиации и иных программ восстановительного правосудия в процессуальной деятельности» при проведении учебных занятий магистрантов 1-го курса специальности 7М04203—Юриспруденция (имеется акт о внедрении материалов научного исследования в учебный процесс, Приложение 4).

В рамках научных семинаров на темы: «Актуальные вопросы возмещения вреда в правоприменительной практике Республики Казахстан» и «Медиация - элемент защиты гражданских прав», организованных Академией правоохранительных органов при Генеральной прокуратуре Республики Казахстан, осуществлена апробация результатов исследования.

Выводы и предложения, содержащиеся в исследовании, могут быть использованы при проведении научных исследований, проведении занятий, разработке методических рекомендаций, подготовке научных трудов, а также в практической деятельности медиаторов, судов и других государственных органов.

## 1. ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ И ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ ПРИМИРИТЕЛЬНОЙ ПРОЦЕДУРЫ С УЧАСТИЕМ ПОСРЕДНИКА (ПРОЦЕДУРЫ МЕДИАЦИИ)

### 1.1 Понятие, сущность и принципы медиации

Единого общепринятого определения медиации не существует. Дело не в том, что разные люди не предлагали определения медиации. Вместо этого это отсутствие единообразия проистекает из того факта, что посредничество может означать много разных вещей в разных контекстах[9, с. 83].

Медиация - это гораздо более новый процесс, чем арбитраж или судебный процесс, и он использовался для разрешения трудовых, коммерческих, общественных споров и бракоразводных дел. Медиация - это процесс, который может быть адаптирован ко многим различным типам споров. Хотя арбитраж, вероятно, является наиболее распространенным механизмом альтернативного разрешения споров (ADR—*Alternativedisputeresolution*), используемым за пределами зала суда, из-за относительно недавнего распространения положений арбитражного контракта посредничество используется все чаще. Коммерческие споры часто возникают между сторонами, которые в силу необходимости должны иметь возможность поддерживать дружеские рабочие отношения.

Неконфликтный подход медиации к разрешению споров является привлекательным вариантом. Успешное применение медиации в вышеуказанных областях привело к более широкому использованию медиации для урегулирования коммерческих и/или некоммерческих споров между конфликтующими сторонами.

Однако в некоторых юрисдикциях стороны спора иногда обязаны участвовать в посредничестве, чтобы в первую очередь исчерпать такой метод, а затем могут применять другие методы для получения решения по рассматриваемому спору.

Посредничество - это процесс, в ходе которого третья сторона (обычно нейтральная и беспристрастная) способствует достижению согласованного соглашения между сторонами без вынесения официального решения. Кроме того, посредничество определяется Голдбергом, Сандером и Роджерсом как «переговоры, проводимые третьей стороной» [10, с.90] [11, с.90] [12].

Проще говоря, посредничество - это метод ADR, при котором посредничество третьей стороны помогает конфликтующим сторонам достичь взаимовыгодного соглашения. Будет ли достигнуто соглашение или нет, и каким бы ни было содержание этого соглашения, если таковое имеется, стороны сами определяют, а не принимают что-то навязанное третьей стороной [13, с.10].

Посредничество определяется как частный, добровольный процесс переговоров с использованием обученной нейтральной третьей стороны для содействия окончательному, юридически обязательному урегулированию между сторонами, участвующими в споре [14, с.93].

Поскольку участие сторон и посредника является добровольным, стороны и/или посредник имеют право выйти из процесса в любое время.

Посредник может принять решение прекратить процесс по этическим или иным причинам, и стороны могут решить, что они не удовлетворены процессом. Соглашение, которое достигается между сторонами, является добровольным; стороны владеют им и несут ответственность за его выполнение. Соглашение подтверждено и ратифицировано судами.

Медиация - это не состязательное разбирательство. Здесь нет «истца» или «ответчика», как в случае с арбитражем, и посредник не стремится определить, «кто не прав» и «кто прав».

Посредничество имеет особое преимущество, когда у сторон есть постоянные отношения, которые должны продолжаться после разрешения спора,

поскольку соглашение заключается по согласию, и ни у одной из сторон не должно быть причин чувствовать себя проигравшей[15, с.30] [16, с.4].

Посредничество предоставляет конфликтующим сторонам возможность сохранить свои текущие отношения путем разрешения спора путем взаимовыгодного решения и, соответственно, установления прочных долгосрочных деловых отношений.

Помимо преимуществ, упомянутых выше, ниже подробно рассматриваются дополнительные преимущества посредничества.

Гибкость. Стороны спора имеют право определять процесс медиации в соответствии с интересами и потребностями каждой стороны. Это может включать выбор места проведения медиации, временных рамок, людей, которые должны быть задействованы, выбор приемлемых объективных критериев и многих других вариантов, связанных с процессом.

Менее Затратно. Посредничество обходится дешевле по сравнению с судебными методами ADR. Посредничество обычно может быть завершено в ходе нескольких конференций между конфликтующими сторонами. Кроме того, посредничество не является формальным процессом доказывания, требующим широкого использования свидетелей-экспертов или наглядных доказательств. В результате расходы, связанные с привлечением свидетелей-экспертов, адвокатов в суде и подготовкой дела, существенно сокращаются или даже устраняются.

Эффективность. Еще одной «очаровательной» особенностью медиации является скорость разбирательства, в ходе которого стороны могут разрешить свой спор быстрее, чем судебные методы. Этому обстоятельству есть различные причины; во-первых, посредники присутствуют для ведения переговоров, а не для того, чтобы представлять сторону или выносить юридическое решение, им не нужно тщательно готовиться к проведению конференции. Во-вторых, подавляющее большинство стран сталкиваются с серьезной проблемой

переполненности судебных заседаний, что приводит к значительным задержкам в судебных разбирательствах.

Широкий выбор вариантов урегулирования. Процесс посредничества предлагает широкий спектр вариантов урегулирования, который ограничен только «воображением» сторон и посредника. Хотя определенные формы судебного запрета возможны в судебном порядке, большинство судей и присяжных рассматривают разрешение гражданского дела в долларовом эквиваленте. И наоборот, посредничество позволяет сторонам рассмотреть гораздо более широкий спектр средств правовой защиты. Долгосрочные структурированные графики платежей и аннуитеты позволяют сторонам более «творчески» подходить к экономическим результатам.

В дополнение к этому при посредничестве также возможны неэкономические средства правовой защиты. Вкратце, стороны спора могут выработать решения, которые, по их мнению, соответствуют их спору, а также важны для поддержания важных деловых отношений, избегая конфронтации и раздражения, связанных с судебным разбирательством.

Неформальность. Медиация позволяет сторонам излагать свои аргументы в неформальной манере, не связанной процедурами правовой системы. Посредничество - это форма управляемого диалога, в котором стороны имеют возможность выражать свои чувства, а не только факты, так что выход гнева может помочь в достижении согласованного решения.

Возможность применять другие механизмы разрешения споров. Как упоминалось выше, стороны в любое время могут отказаться от процедуры медиации без какой-либо уважительной или обоснованной причины. Кроме того, процесс медиации не должен препятствовать основному праву сторон применять более формальные механизмы разрешения споров, такие, как арбитраж, или судебное разбирательство. Таким образом, стороны могут свободно стремиться к

урегулированию, не ставя под угрозу свои шансы на судебное разбирательство или в судебном разбирательстве, если посредничество окажется неудачным.

Конфиденциальность. Судебное разбирательство обычно открыто для публики, в то время как все письменные и /или устные переписки в ходе медиации являются частными. Конфиденциальность посредничества может побудить стороны говорить более открыто, и позволить быстрее выявить истинные причины споров. Общее право не гарантирует неприкосновенность частной жизни или конфиденциальность при обсуждении урегулирования.

Однако нередко законы некоторых стран запрещают представление доказательств того, что стороны пытались (безуспешно) достичь соглашения.

Как и другие методы ADR, посредничество также имеет свои недостатки. Наиболее «чувствительными» недостатками посредничества являются:

Отсутствие надлежащей правовой защиты. В медиации отсутствуют формализованные процессуальные и доказательственные правила надлежащей правовой процедуры, предназначенные для защиты сторон и связанные с судебным разбирательством или арбитражным разбирательством.

Отсутствие процесса обжалования. Стороны спора не могут подать апелляцию в том случае, если одна из сторон позже определит, что соглашение, заключенное в частном порядке, в какой-то степени является ошибочным. Весь процесс посредничества и соглашения строго конфиденциальны, и, соответственно, они никогда не выполняются в протоколе или не записываются клерком. Благодаря этому, в отличие от арбитража и судебных разбирательств, соглашения о посредничестве практически невозможно обжаловать. Следовательно, стороны процесса посредничества обычно связаны соглашением, достигнутым взаимно и в соответствии с интересами и потребностями конфликтующих сторон.

Можно утверждать, что соглашение было нарушено мошенничеством, принуждением или какой-либо другой правовой защитой контракта, но это сильно отличается от формального обжалования решения суда или решения арбитра.

Отсутствие стандартизированных правил и процедур. Отсутствие стандартизированных правил и процедур иногда делает посредничество непоследовательным, случайным, непредсказуемым и ненадежным.

С прошлого по настоящее время ученые и исследователи разрабатывали различные формы медиации, чтобы описать и сравнить подходы к медиации. Модели медиации, описанные этими таксономиями, демонстрируют повторяющиеся модели практики медиации, многие из которых часто используются в литературе по медиации в качестве сокращений для описания различных стилей, сочетающих ключевые характеристики.

Формы посредничества чаще всего делятся на три стиля - стимулирующий, оценочный и преобразующий.

Стимулирующее посредничество. Посредник управляет процессом, посредством которого стороны ведут переговоры по своему делу. Позиция посредника в стимулирующей медиации мотивируется тремя соображениями. Во-первых, посредники считают, что стороны находятся в наилучшем положении для определения того, какой результат(ы) наилучшим образом соответствует их потребностям. Во-вторых, посредники считают, что нейтральная позиция с большей вероятностью поставит под угрозу доверие сторон. Наконец, посредники, способствующие посредничеству, считают, что их подход максимизирует эффективность вмешательств посредника, поскольку посредник одновременно не сосредоточен на других вещах (таких как закон или достоинства различных вариантов).

При стимулирующей медиации посредник редко дает прямую оценку существу дел и не оценивает результаты, предлагаемые сторонами.

Вместо этого он или она разрабатывает процесс, который позволяет сторонам эффективно вести переговоры, предлагая процедурную помощь и необязательный вклад по существу [17, с.97] [18, с.85-86].

Стимулирующее посредничество - это общий термин, который охватывает ряд различных вариаций. Один из этих вариантов называется посредничеством, основанным на понимании. Применяя посредничество, основанное на понимании, посредник проводит частные встречи с одним из участников спора, не учитывая, что такие частные встречи ставят под угрозу его или ее нейтралитет или беспристрастность.

Оценочное посредничество. В то время как стимулирующие посредничества сосредоточены на изучении интересов сторон и возможности творческих вариантов урегулирования, оценочные посредничества сосредоточены в первую очередь на альтернативах сторон урегулированию.

Здесь роль посредника дает мало, если таковые имеются, суждений по делу, оценочный посредник часто является экспертом в области права или споров, с которыми сталкиваются стороны, и призван внести свой вклад с этой точки зрения после слушания дела с обеих сторон. Вкратце, в оценочной медиации посредник использует свой собственный творческий потенциал, выдвигает собственные идеи и предложения и играет доминирующую роль, объясняя конфликтующим сторонам сильные и слабые стороны своих дел и претензий.

Посредник оказывает непосредственное влияние на результат, достигнутый в процессе переговоров. Однако посредники не обладают какими-либо обязательными полномочиями, оценочные посредники могут использовать полномочия, предоставленные их опытом, чтобы предлагать решения или компромиссы и направлять стороны к ним.

Преобразующее посредничество. Как стимулирующее, так и оценочное посредничество направлено на разрешение конкретного спора. Преобразующее

посредничество, напротив, фокусируется на самих спорящих и на их взаимодействии, а не на специфике конкретного спора (независимо от того, насколько широко он определен). Преобразующий подход к посредничеству, основанный на двух компонентах: расширении прав и возможностей и признании.

Расширение прав и возможностей. Преобразующее посредничество расширяет возможности людей, чтобы они чувствовали себя более уверенно и могли слушать, доверять и уважать другую сторону, чтобы потенциально построить более продуктивные отношения и результат. Таким образом, расширение прав и возможностей дает сторонам возможность признавать и ценить ценности и перспективы своих партнеров.

Распознавание. «Стороны имеют возможность понять точку зрения другой стороны и почему они предложили решение, которое они сделали (не обязательно соглашаясь с ним). Преобразующая медиация имеет образовательную ценность для сторон. Приобретя способность размышлять над процессом, стороны могут использовать одни и те же методы, чтобы избежать будущих разногласий и споров. Стороны учатся использовать возможность конфликта как событие, от которого могут выиграть обе стороны» [17].

Как упоминалось выше, единого определения медиации не существует. Из-за этого было бы невозможно бесспорно проиллюстрировать процесс посредничества. В настоящее время многие авторы пытаются классифицировать этапы медиации, и некоторые из этих описаний являются поучительными и полезными, поскольку они предоставляют фундаментальную информацию о процессах, которым обычно будут следовать конфликтующие стороны.

Посредничество обычно начинается по просьбе одной из сторон с целью привлечения к участию других сторон спора. Получив запрос о посредничестве, потенциальный посредник должен заявить, что между ним или ею и сторонами спора нет конфликта интересов. Применение ограничения конфликта интересов

является довольно чувствительным вопросом, и поэтому существует множество открытых дверей для злоупотреблений. Если конфликта интересов не существует, посредник свяжется со всеми соответствующими сторонами, чтобы объяснить процесс посредничества и обеспечить участие сторон.

После получения согласия соответствующих сторон на проведение медиации посредник отправит посреднику соглашение, которое является официальным документом и демонстрирует ожидания сторон и посредника, когда начнется процесс переговоров. Соглашение, как правило, имеет договорную форму и содержит, среди прочего, гарантии конфиденциальности процесса, окончательности любого достигнутого соглашения и полномочий на урегулирование. Стороны обычно подписывают такое соглашение на первой посреднической встрече.

Посредник подтвердит, что все участвующие стороны согласны сделать это с полными полномочиями для урегулирования дела.

Процесс посредничества состоит из нескольких этапов.

Обычно процесс посредничества начинается с краткого, по существу и неофициального вступительного заявления посредника. Вступительное заявление содержит подробную информацию о процессе посредничества и ролях обеих сторон и посредника.

После вступительного заявления посредника, будут предоставлены вступительные заявления сторон. Вступительные заявления участников включают краткое изложение фактов, проблем и желаемых результатов.

Вступительное заявление сторон дает посреднику возможность изучить позиции сторон, чтобы действовать продуктивно. Впоследствии процесс посредничества будет продолжен при содействии переговоров. В течение облегченного периода переговоров посредник попытается способствовать постепенному компромиссу обеих сторон в направлении урегулирования.

Наиболее существенно это достигается за счет оказания помощи сторонам в расширении источников путем выявления активов, ранее не описанных сторонами, путем переопределения или перенастройки определенных активов или путем поиска неэкономических активов, которые могут представлять определенную ценность для сторон.

Посредник имеет право проводить частные встречи с каждой стороной вместе с посредническими встречами. Эти закрытые встречи называются совещаниями и позволяют сторонам решать вопросы, которые нецелесообразно обсуждать или раскрывать на открытых заседаниях, такие как сильные и слабые стороны конкретных аспектов дела. Заседания являются строго конфиденциальными, и поэтому стороны спора, о котором идет речь, чувствуют себя значительно свободнее в раскрытии конфиденциальной информации относительно своего дела и претензий.

Стороны имеют право отказаться от посредничества всякий раз, когда они сочтут такой процесс недостаточным. Тем не менее, если стороны найдут общий способ урегулирования спора, о котором идет речь, посредник окажет сторонам помощь в закрытии спора. На этом этапе посреднику предстоит сыграть две роли в заключительной сцене.

Во-первых, посредник поможет сторонам достичь точки окончательного, официального принятия урегулирования. Кроме того, посредник обязан напоминать сторонам об окончательности любого соглашения, достигнутого в процессе посредничества.

Во-вторых, посредник также будет помогать сторонам в разработке соглашения, потому что большинство успешных встреч по посредничеству заканчиваются соглашением, которое является окончательным, постоянным и немедленным.

Основными принципами медиации являются беспристрастность, самоопределение и осознанное согласие.

Беспристрастность. Посредник не должен быть заинтересован в существе или исходе спора, а также в каких-либо отношениях со сторонами спора, о которых идет речь. В ходе переговорного процесса посредник должен выступать в качестве посредника, а не сторонника какой-либо стороны. Благодаря этому посредник должен оставаться беспристрастным и сохранять дистанцию между сторонами спора.

Самоопределение. Самоопределение, идея о том, что стороны добровольно определяют элементы соглашения, является отличительной чертой медиации практически во всех формулировках основополагающих принципов медиации.

Информированное согласие. Основное различие между процессами посредничества и судебного разрешения споров заключается в предоставлении сторонам спора возможности вынести взаимоприемлемое решение, а удовлетворительные решения зависят от наличия у сторон адекватной информации.

К сожалению, в мировой практике, нет никаких предварительных условий для того, чтобы стать посредником. Для того чтобы передать наш спор в надежные руки, было бы крайне важно выбрать посредника, обладающего значительными знаниями и опытом в отношении рассматриваемого спора. Посредники обычно имеют опыт работы в области социальных наук или бизнеса. Наиболее важным фактором, который следует учитывать при определении медиатора, конечно же, является подготовка и опыт медиатора, а также любая связанная с этим профессиональная подготовка. Еще одним важным аспектом, который следует учитывать, является объем посреднических услуг. Не все посредники предоставляют все виды посреднических услуг.

Например, стороны, стремящиеся к обычному стимулирующему посредничеству, должны искать посредников, прошедших подготовку по этому виду посредничества.

В свете вышеизложенных объяснений, в настоящее время медиация считается важным механизмом разрешения споров для подавляющего большинства участников спора из-за ее неконфликтного, гибкого и эффективного характера. Однако все еще ведутся серьезные дискуссии относительно того, следует ли в обязательном порядке применять посредничество ко всем или некоторым спорам до применения наиболее желательного метода ADR.

Можно предположить, что обязательное посредничество может быть полезным для некоторых споров, связанных с семейными и простыми коммерческими спорами, поскольку использование такого метода позволит сократить количество дел в судах, а также обеспечит значительную эффективность (с точки зрения времени и затрат) для участников спора. Однако крайне важно иметь в виду, что неудачный процесс посредничества может привести к задержке процесса и пустой трате экономических ресурсов. В связи с этим участники спора должны сначала взвесить преимущества и риски применения медиации.

На историю развития медиации и ее периодизацию повлияли работы многих зарубежных юристов и ученых [19, с.87-96].

## 1.2 Эволюция примирительных процедур в Центральной Азии и Казахстане

Прежде чем обратиться к недавнему развитию медиации, следует рассмотреть в более общем плане эволюцию альтернативного разрешения споров в Центральной Азии и, в частности, в странах Содружества Независимых Государств (СНГ).

Существование советской нормативно-правовой базы, которая поощряла различные механизмы внесудебного разрешения споров, подрывает любой скептицизм в отношении того, что спорщикам не рекомендуется обращаться за помощью во внесудебном порядке, а также в отношении того, что формы ADR еще не имеют и не могут быть интегрированы в правовые рамки стран СНГ.

Принципы гражданского судопроизводства СССР и союзных республик предусматривали как товарищеские суды, так и третейские суды как альтернативу традиционному государственному судопроизводству[20].

Суды Сообщества представляли собой органы по разрешению споров, созданные вне обычной судебной системы, обычно внутри предприятия или организации, для разрешения мелких исков или исков предприятия.

Арбитражные суды были введены еще в 1917 году и действовали на разовой основе. Стороны спора могли свободно избирать судей, утвержденных государством, слушания были бесплатными и открытыми для публики (в первую очередь в образовательных целях), а решения подлежали непосредственному исполнению. Однако список предварительно отобранных судей, способных председательствовать в третейском суде, способствовал снижению популярности третейского суда, поскольку список предлагал ограниченный выбор судей, и они были выбраны государством на основе нечетких критериев. Кроме того, отсутствие конфиденциальности еще больше снизило привлекательность арбитража как альтернативы суду.

Сегодня третейские суды продолжают действовать в странах СНГ. Они похожи на форму частного арбитража и используются в основном для деловых споров. Обе стороны должны согласиться на обращение в третейские суды вместо государственного суда и должны оплатить связанные с этим расходы, включая гонорары арбитров. Решения третейских судов являются окончательными и могут быть обжалованы в арбитражных судах (хозяйственных судах, которые в

противном случае рассматривали бы такие дела) для принудительного исполнения без пересмотра существа дела.

В целях сокращения количества дел, рассматриваемых в государственных судах, в 1980-х годах советское законодательство ввело досудебный метод разрешения споров, называемый претензией (*pretenziia*), который представлял собой обязательную попытку урегулировать спор между предприятиями путем обмена письма. Законодательство конкретно требовало от предприятий, права собственности которых были нарушены, направлять письменное заявление предполагаемому правонарушителю, который, в свою очередь, был обязан дать ответ в установленный срок, в противном случае иск мог быть подан в суд. Претензионный досудебный способ разрешения споров, возможно, заложил основы досудебного порядка урегулирования споров.

Споры между советскими предприятиями, входившими в ведение разных министерств, разрешал государственный арбитраж. Это был квазисудебный орган, созданный в 1931 г. Первоначально он подчинялся Совету министров, а позже (1954 г.) был передан Министерству юстиции. В его сферу охвата входили споры, возникающие в связи с нарушением договора, внедоговорных обязательств (например, стоимости активов, передаваемых из одного министерства в другое), правонарушений, причиняющих ущерб, а также выплаченных и полученных денег [20].

Примечательно, что государственный арбитраж был также форумом, используемым для разрешения так называемых преддоговорных споров, представляющих собой разногласия между двумя государственными предприятиями по условиям предлагаемого между ними контракта. При рассмотрении таких предконтрактных споров, передаваемых в государственный арбитраж, арбитры рассматривают весь договор, исправляя незаконные действия или неясности и добавляя по мере необходимости существенные условия. Они

руководствовались не только интересами сторон, стоявших перед ними, но и общими интересами общества.

Особенностью споров, разрешаемых государственным арбитражем, является так называемый принцип примирения. Это было предусмотрено законом и требовало от судьи поощрения сторон к достижению соглашения по спору, а затем вынесения решения по делу на основе этого соглашения. В контексте семейных споров стороны часто пытаются достичь мирного урегулирования спора на любом этапе судебного процесса. Но в рамках коммерческих споров это было бы редким явлением.

Во многих традиционных обществах в странах СНГ, например в Кыргызской Республике, частные споры иногда относят к аксакалам, что буквально означает «белобородые». Исторически сложилось так, что это лица определенного возраста, пользующиеся большим уважением и доверием в обществе. Специальный президентский указ, опубликованный в 1995 году, предписал возродить суды аксакалов в Кыргызской Республике, в юрисдикцию которых входило имущественное, деликтное и семейное право. Доступ к этим сервисам бесплатный. Поощряемые отчасти как возрождение кыргызской национальной идентичности и воссоединение с кочевым прошлым страны, суды аксакалов широко распространены и хорошо зарекомендовали себя. В 2006 году в Кыргызской Республике действовало около 1000 судов аксакалов. Хотя система основана на суде, аксакалы часто считаются посредниками. Возможно, это связано с тем, что они разрешают споры, выходящие за рамки их основного предмета, а также предоставляют восстановительные, образовательные услуги [21].

Хотя существуют исторические примеры процедур квазимедиации в советских республиках, да и во всем Советском Союзе, медиация, в ее современной форме, начала набирать обороты на советском пространстве только в конце 1980-х годов [22].

Именно в это время, после распада производственных отношений и после забастовок, посредников из Соединенных Штатов пригласили провести семинары по посредничеству и разрешению конфликтов в промышленном угледобывающем регионе бывшей тогда Украинской ССР [23].

К 1990-м годам энтузиасты медиации были в авангарде продвижения медиации в новых независимых постсоветских странах. Они создали частные посреднические центры, работа которых была сосредоточена на создании общественного доверия к профессии [24].

В России, например, Национальная организация медиаторов была создана для содействия созданию профессионального сообщества медиаторов [25].

Эти инициативы были поддержаны мероприятиями, направленными на перевод мирного урегулирования споров из судебного процесса в процесс, осуществляемый внесудебными посредниками.

В Беларуси, например, до 2011 года Хозяйственный процессуальный кодекс разрешал назначать примирителей только из числа должностных лиц арбитражных судов. Поправки к кодексу в 2011 году впервые позволили привлекать внесудебных посредников [26].

Влияние таких событий невозможно переоценить. Совокупный эффект подавляющего доверия к государству и общего недоверия к частной инициативе, создающий эффективную монополию на административные средства разрешения споров, постепенно ослабляется передачей разрешения споров в руки независимых частных субъектов.

Совсем недавно, с 2010 года, Россия особенно активно продвигала посредничество. Этот сдвиг в политике отчасти был вызван желанием сократить количество нерассмотренных дел (несколько миллионов отложенных) в судах страны. Было принято новое законодательство и укреплены институты [27].

Если смотреть дальше, то законодательная картина в странах СНГ неоднозначна.

Беларусь, Молдова и Россия приняли отдельные законы о медиации.

Кыргызская Республика сделала то же самое в феврале 2018 года.

Закон о медиации был подписан президентом Узбекистана в 2019 году.

В отличие от этого, законы Армении, Азербайджана и Таджикистана еще не охватывают посредничество. Следует подчеркнуть, что закон о медиации не обязательно должен дать толчок или разрешить развитие медиации в данной юрисдикции. Действительно, ни в Таджикистане, ни в Грузии пока нет закона о медиации в статуте. Тем не менее, гражданско-процессуальные нормы обеих юрисдикций обязывают суды рекомендовать сторонам спора обратиться за помощью к посреднику.

Использование медиации как метода разрешения споров в Казахстане имеет долгую историю, уходящую корнями в те времена, когда казахи были кочевым народом. ПРООН работает с правительством Казахстана, чтобы возродить посредничество как средство решения проблем и предоставить реальную альтернативу обращению в суд.

В былые годы кочевые казахские племена следовали концепции адата, свода местных и традиционных законов и обычаев, признанных родами. Уважаемый член общины, часто лидер клана, выступал посредником между конфликтующими сторонами. Этот посредник был известен как бий, и его авторитет основывался на знании системы адат. Бий призывал эти знания для справедливого разрешения разногласий.

В 2011 году Правительство Казахстана приняло закон о медиации. После вступления закона в силу ПРООН и Верховный суд запустили совместный проект по продвижению медиации как правового института. По всему Казахстану проводились информационно-просветительские мероприятия с участием СМИ,

органов местного самоуправления, судебных и правоохранительных органов. Был разработан ряд учебных материалов для обучения профессиональных и непрофессиональных медиаторов, а также группы тренеров по медиации.

Посредничество можно отличить от других методов разрешения споров, таких как примирение, поскольку оно пытается выявить реальную, основную причину конфликта, а не просто разрешить его последствия. Посредничество – это попытка добраться до сути проблемы.

Вопросы медиации в современном обществе Казахстана были подробно изучены Н.П. Калашниковой и Н.Н. Калашниковым [28, с.88-92].

Посреднические традиции суда биев в бывшем казахском обществе были описаны казахским просветителем Ш.Ш. Уалихановым в 19 веке [29].

В традиционном казахском обществе кочевников существовал уникальный институт посредничества в виде казахского суда биев – авторитетных людей, которые брали на себя ответственность за разрешение споров между членами общины. На наш взгляд, главным преимуществом суда биев является отсутствие формальностей и какой-либо официальной рутины. Власть биев основывалась на авторитете, который рассматривался как патент на судебную практику.

Великий казахский просветитель Ш. Уалиханов отмечал, что казахские бии занимались своей профессией по призванию и имели причины дорожить своей репутацией. В противном случае нечестного судью можно было бы обойти без всяких скандалов: никто бы к нему не обратился, и дело было бы закончено.

Интересно, что суд биев пользовался абсолютным авторитетом среди всех жителей казахской степи. Во многих случаях русское население степи предпочитало суд казахских биев. Историки отмечают очень интересный факт, что за период с 1859 по 1865 год в Кокшетауском уезде было зафиксировано 117 обращений россиян в суд биев. Российские исследователи Аленкина и Турсунбаева отметили, что суд биев был быстрым, устным, достаточно

справедливым и всегда бескорыстным, и поэтому его уважали не только казахи, но и русские казаки, многие из которых обращались в суд биев. У казахов было отличное судопроизводство и такие процедуры расследования и судебного процесса, которым могли бы позавидовать многие цивилизованные народы. Это высшая оценка традиционной медиации [30, с.3-8].

С. Сулеймен, советник Верховного Суда Казахстана, отметил, что в каждом селе есть уважаемые, авторитетные люди. Необходимо было обучить их на курсах посредничества и присвоить им звание биев. Они смогли бы урегулировать конфликт без бюрократии, судебного разбирательства, используя силу слов и приведя людей к общему решению. Его идея заключалась в том, что это наследие предков должно быть восстановлено в Казахстане [31].

В настоящее время Казахстан переживает социально-политические последствия транзита государственной власти.

19 марта 2019 года Нурсултан Назарбаев объявил о прекращении своих полномочий на посту Президента Республики Казахстан. Один из старейших советских и постсоветских лидеров, Н.А. Назарбаев, являющийся президентом Казахстана почти 30 лет, продемонстрировал пример политического долголетия. Аналитики отметили, что транзит политической власти в Казахстане прошел гладко. Однако в последнее время наблюдаются некоторые социальные волнения, связанные с этническими столкновениями. В настоящее время посредничество в Казахстане в значительной степени успешно благодаря быстрому разрешению конфликтов, отсутствию чрезмерной бюрократии и высоким юридическим издержкам.

Закон «О медиации» был принят в Казахстане 28 января 2011 года[4].

В последние годы в Казахстане активно развивается медиация как механизм разрешения социальных, корпоративных и трудовых споров. Например, Центр медиации обучает профессиональных медиаторов использованию различных

методов управления конфликтами и ведения переговоров. Согласно статистике, предоставленной прокуратурой, по всему Казахстану насчитывается всего 1700 профессиональных медиаторов. Специалисты отмечают, что сфера коммерческих, социальных и трудовых контактов имеет большую потребность.

Медиация может быть введена и развита в любой юрисдикции, будь то традиция общего или гражданского права. Хотя это и не обязательно, принятие закона о посредничестве (и его использование для повышения осведомленности основных заинтересованных сторон в юридической профессии) дает определенные преимущества. Важно повышать осведомленность об арбитраже среди широкой общественности, уделяя особое внимание потенциальным пользователям посреднических услуг; его применение является универсальным и не должно ограничиваться деловыми спорами. Медиаторы не конкурируют с юристами. Это мнение следует решительно отвергнуть. Вместо этого следует поощрять юристов и студентов юридических факультетов рассматривать посредничество как вариант для своих клиентов и даже для своей собственной карьеры.

### 1.3 Анализ зарубежного опыта правового регулирования процедуры медиации в гражданском праве

Медиация впервые была разработана и изложена в Соединенных Штатах в 20 веке. Экономика США в то время стала свидетелем совершенно новой формы конфликта в борьбе между профсоюзами и работодателями по вопросу заработной платы и условий труда. Необходимо было оперативно разрешить спор, чтобы исключить риски протестов и непрерывных забастовок. Затем правительство США выступило с предложением сторонам обратиться в Министерство труда, чтобы разрешить спор нейтральным способом. «В 1947 году для выполнения этой

функции было создано специальное федеральное агентство - Федеральная служба США по посредничеству и примирению (FederalMediationandConciliationService, FMCS), которая существует до сих пор. Впервые был использован термин «посредничество»[32].

Второй предпосылкой для возникновения медиации стало появление в конце 1960-х годов таких организаций, как «Центры правосудия по соседству» и «Общинное посредничество». Это местные неправительственные организации, деятельность которых направлена на разрешение конфликтов между семьями, соседями, а также малообеспеченными группами населения. Таким образом, гражданам обеспечивается доступ к правосудию.

Третье обязательное условие, которое было установлено в 60-х годах, - это американский гражданский процесс. Медиация стала полностью независимой процедурой только с середины 1970-х годов [32].

«Первыми странами, взявшимися за посредничество после того, как США переняли англосаксонскую правовую систему, были Великобритания и Австралия»[33].

«Так, в Великобритании, медиация нашла свое основное применение при разрешении трудовых споров. В результате с 1976 года в Великобритании действует Консультативная Служба примирения и арбитража, целями которой являются: содействие улучшению производственных отношений, в частности, поддержка процесса коллективных переговоров»[33].

«В Австралии защита прав коренного населения (которое, инициируя многочисленные судебные иски, пыталось отстоять свое право на культурную автономию) требовала эффективного урегулирования. Чтобы разрешить спор, Национальный суд по правам коренного населения установил возможность для судьи направлять претензии независимому посреднику» [33].

За последние тридцать лет посредничество зарекомендовало себя как очень эффективный способ разрешения споров в странах Западной Европы и Северной Америки. По сравнению с другими альтернативными методами урегулирования споров, медиация отличается наличием одного или нескольких профессионально подготовленных посредников, которые всячески содействуют конфликтующим сторонам в поиске взаимоприемлемого решения их общих споров, заключая добровольное мировое соглашение.

«Опыт многих стран наглядно демонстрирует эффективность медиации в разрешении конфликтов во многих сферах»[33].

«Во Франции, например, Институт посредничества был создан в 1996 году. Значительный вклад в развитие медиации внесли председатели Апелляционного суда. Их сотрудничество привело к избранию посредников и судей, которые могли бы передавать дела квалифицированным специалистам, классифицируя эти дела по характеру. Кроме того, были разработаны эффективно функционирующие программы подготовки медиаторов. Эти программы были одобрены Апелляционным судом либо напрямую, либо при содействии организаций, предоставляющих процедуры медиации, либо по просьбе самих юристов»[33].

«Кроме того, были разработаны правила (устав), касающиеся практики медиации, которые требовали этики от медиатора. Это касается отношений между посредником и сторонами, судебными органами и адвокатами. Большое значение придавалось конфиденциальности посредничества»[33].

«Французские суды также организовали учебные программы для самих судей с целью разъяснения преимуществ этого способа урегулирования споров. Дополнительной целью такого рода программ было обучение судей методам, необходимым для того, чтобы убедить стороны и их адвокатов участвовать в медиации и предоставить подходящего посредника. В результате этой процедуры

стороны возвращаются в Суд, чтобы либо засвидетельствовать согласие сторон, либо, в случае отказа посредника, продолжить судебное разбирательство» [33].

«Наконец, были изданы процессуальные инструкции, дополняющие и разъясняющие нормы гражданского процессуального кодекса, целью которых было включить посредничество в процесс судебного разбирательства, чтобы избежать задержек» [33].

«В 2008 году Председатель Апелляционного суда в Париже инициировал создание стимулов для усиления работы по применению медиации в судебной системе. Была сформирована специальная группа, чтобы предложить ряд шагов по упрощению усвоения медиации. Именно: создать посреднические структуры, которые отвечали бы за осуществление медиации в каждом правоохранительном органе; создать пилотный отдел для рассмотрения судебных дел; назначить «авторитетную фигуру» из сотрудников в каждом правоохранительном органе, целью которой была бы координация деятельности посредника; расширить полномочия судей по информированию сторон о преимуществах медиации; создать доступ к профессиональной деятельности медиаторов в каждом Апелляционном суде» [33].

«Благодаря этим мерам медиация заняла свое достойное место во французской судебной системе. Это особенно эффективно при разрешении коммерческих, семейных и социальных конфликтов. Хотя, конечно, стоит отметить, что действия европейских институтов также оказали свое влияние на развитие альтернативных методов урегулирования споров. Посредничество поддерживается как Советом Европы, так и Европейским союзом. Последний издал директиву о некоторых аспектах посредничества в гражданских и коммерческих трансграничных отношениях 23 апреля 2008 года» [33].

«Во Франции часто проводятся конференции по продвижению и оценке использования медиации правоохранительными органами. Ведущие эксперты

делятся своим опытом в этой области, а самые опытные судьи в этой области проводят время, знакомя коллег, юристов и представителей предприятий с идеями медиации»[33].

«Существует также множество поставщиков посреднических услуг, которые работают в различных областях: семейной, социальной, коммерческой. Все эти организации располагают списком посредников, проводят их обучение, а также контролируют качество услуг, предоставляемых этими посредниками. Такие организации сыграли важную роль в продвижении посредничества в стране» [33].

«Медиация также является примером средства доступа к правосудию и в некоторых спорах является единственно возможным способом сохранения позитивных отношений между конфликтующими сторонами - например, в деловых или семейных спорах. Подходы, используемые медиатором, наиболее эффективны при разрешении таких споров. Они делают возможным диалог между сторонами, который не обязательно был бы возможен при других обстоятельствах. 83% независимых медиаторов являются юристами. Среди них 35% - практикующие юристы, 17,5% - заслуженные юристы и 15% - заслуженные судьи. Это говорит о том, что процедура медиации во Франции проводится высококвалифицированными специалистами, соблюдающими верховенство закона и, следовательно, способными разрешать конфликты без значительных затрат» [32, 33].

Таким образом, медиация как явление прочно вошла в судебную систему многих стран.

На наш взгляд, нам необходимо учитывать зарубежный опыт медиации, поскольку эти страны обладают богатым арсеналом приемов, методов и средств внесудебного разрешения споров.

## 2. СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ И ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ МЕДИАЦИИ ПРИ УРЕГУЛИРОВАНИИ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ СПОРОВ В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН

### 2.1. Правовое обеспечение проведения процедуры медиации в Республике Казахстан

«Конституция Республики Казахстан гарантирует каждому право на судебную защиту, а суд, в свою очередь, является единственным органом, уполномоченным осуществлять правосудие и призванным защищать права, свободы и законные интересы граждан и организаций» [34].

Следовательно, рассмотрение поданных в суд заявлений, соответствующих требованиям гражданского процессуального законодательства и других, относящихся к его юрисдикции, является обязанностью суда.

«В соответствии с Концепцией правовой политики Республики Казахстан определены направления модернизации правовой политики, в том числе консолидация различных путей и средств достижения компромисса между сторонами частноправовых споров (медиация и другие)» [35].

«На момент подписания Концепции, нормы Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан от 13 июля 1999 года предусматривали единственную альтернативу решению по делу - мировое соглашение, которое не называлось примирительной процедурой, и было урегулировано после получения соответствующего ходатайства сторон. Роль суда заключалась лишь в проверке условий соглашения на соответствие требованиям закона» [5].

«В связи с этим, для реализации задач, поставленных в Концепции, на основе международной практики 28 января 2011 года, был принят Закон Республики Казахстан «О медиации». Закон регулирует общественные отношения в сфере медиации и определяет, в какой категории дел она может применяться, ее

принципы и порядок, а также статус нейтрального агента - медиатора, участие которого обязательно для данного вида примирительной процедуры» [4].

«20 ноября 2013 года Елбасы в своем выступлении на VI съезде судей заявил: «В Казахстане создан Институт медиации - процесс примирения сторон с помощью внесудебного посредника. Этот институт необходимо развивать и выводить на мировой уровень... Это окажет положительное влияние на судебную систему Казахстана, поможет снизить нагрузку на суды... Процедура рассмотрения гражданских дел должна быть удобной и быстрой для участников процесса, ориентированной на их примирение...»» [36].

«Положительные результаты применения процедуры медиации в гражданском судопроизводстве с участием медиатора и примиряющего судьи послужили основой для их законодательного закрепления в Гражданском процессуальном кодексе от 31 октября 2015 года, вступившем в силу 1 января 2016 года, в котором глава 17 была посвящена примирительным процедурам» [36].

«В дополнение к заключению мирового соглашения и урегулированию спора посредством медиации, данная глава предусматривает процедуру участия, которая является инновационной для законодательства Казахстана и подразумевает примирение сторон с обязательным участием адвокатов сторон, без участия судьи» [36].

«Елбасы дал свою оценку использованию судами примирительных процедур на VII съезде судей, состоявшемся 21 ноября 2016 года: «... Необходим тщательный анализ того, почему меры по расширению процедур примирения и механизмов внесудебного урегулирования не дают ожидаемого результата. Здесь есть серьезные недостатки...» [36].

«Эта критика небезосновательна и опирается на статистические данные, и в первые годы после того, как институт примирительных процедур закрепился в

гражданском судопроизводстве в нашем государстве, он не дал ожидаемого результата»[37].

«Так, в 2016 году общее количество завершенных дел составило 764 963, из них суды республики завершили 7 647 дел (1 %) мировыми соглашениями, 19 805 дел (2,6 %) были завершены соглашениями о медиации, 533 дела (0,07 %) - соглашениями в порядке участия. В 2017 году из общего числа завершенных дел (904 464 дела) 5 677 дел (0,6 %) были завершены мировыми соглашениями, 29 011 дел (3,2 %) - соглашениями в порядке медиации, 784 дела (0,09 %) - соглашениями в рамках процедуры участия» [37].

Следовательно, увеличение использования медиации и процедур участия в процентном отношении, на тот период, не очень заметно.

«Как юридический термин понятие медиации было введено в правовую систему Республики Казахстан в 2011 году, когда был принят Закон «О медиации». Этот Закон в статье 2 включает юридическое определение медиации (подпункт 5)» [37].

«Закон от 28 января 2011 года «О медиации» служит правовой основой для организации медиации в Казахстане, определяет принципы медиации и регулирует процедуры медиации. Это также определяет статус посредника» [37].

«В частности, в Концепции правовой политики Республики Казахстан, принятой Указом Президента РК от 20 сентября 2002 года №949 (срок действия которой истек), предлагается, чтобы в дополнение ко всем усилиям по развитию судебной системы Казахстана «должны быть предусмотрены альтернативные методы разрешения гражданско-правовых споров, в частности, [с целью] регулирования функционирования арбитражных судов и приближения к международным стандартам»» [38].

«Позже, в главе 4 Концепции развития гражданского общества в Республике Казахстан на период 2006-2011 годов, было указано, что «в дополнение к

судебной практике применяются альтернативные способы урегулирования социальных, межличностных конфликтов и споров, и существует система согласования интересов...» [39].

В свою очередь, казахстанские ученые рассмотрели понятие ADR и различные типы ADR в своих публикациях.

«В частности, профессора Ю. Басин и М. Сулейменов указали, что, в основном, можно выделить следующие три типа ADR: переговоры, посредничество, арбитраж» [40].

«В своей более поздней статье профессор М. Сулейменов упоминает, что существуют две разные позиции относительно содержания концепции ADR: некоторые ученые считают, что ADR создает альтернативу судам общей юрисдикции, другие рассматривают судебную систему и арбитраж как два отдельных явления. Они рассматривают все другие процедуры как альтернативу (т.е. как ADR) разрешению споров, как в государственных судах, так и в арбитраже. Он лично рассматривает альтернативные процедуры разрешения споров как «совокупность средств и методов, используемых сторонами для достижения соглашения, а при необходимости - с привлечением независимой третьей стороны, чье окончательное решение по существу спорного дела является либо целесообразным, либо обязательным». И в той же статье, в дополнение к вышеупомянутому арбитражу, посредничеству и переговорам, он также упоминает такие виды ADR, как med-arb (посредничество и арбитраж), мини-судебное разбирательство, примирение сторон, необязательный арбитраж или экспертное заключение» [40].

В соответствии с теми концептуальными документами, утвержденными Первым Президентом Казахстана, как упоминалось выше, 28 декабря 2004 года были приняты два закона.

Первый из них - Закон «О международном арбитраже» (первоначальное название было Закон «О международном коммерческом арбитраже», и он был заменен на нынешнее название в июле 2013 года) регулирует отношения, возникающие в процессе функционирования международного арбитража на территории Казахстана, а также процедуры и условия признания и приведения в исполнение международных арбитражных решений в Казахстане [41].

Второй - Закон «Об арбитраже»; он регулирует условия создания и функционирования арбитражных судов в РК, а также процедуры исполнения их решений. Ни эти два Закона, ни Закон о медиации прямо не определяют (в юридических терминах) арбитраж, международный арбитраж и медиацию как виды ADR [42].

Однако, имея доступ к досье проектов всех этих Законов, включая пояснительные записки Правительства РК, заключения и заключения научных экспертов, которые были сделаны для сопровождения проектов Законов, когда они были представлены в Парламент РК, можно обнаружить, что эти акты изначально предназначались для регулирования соответствующих видов альтернативного разрешения споров гражданско-правовых споров и (в качестве посредничества) некоторых других типов конфликтов.

«Например, профессор М. Сулейменов определяет медиацию как урегулирование спора с помощью независимого нейтрального посредника, который способствует достижению соглашения между сторонами»[43].

«А. Дуйсенова подчеркивает: Медиатор не является арбитром, он не определяет, кто прав, а кто виноват, он не принимает решение по спору. Посредник помогает сторонам урегулировать конфликт с выгодой для всех сторон» [43].

«А.Шолимова предлагает, чтобы в качестве вида ADR посредничество представляет собой особую форму посредничества, которая не предполагает, что

третья сторона выносит решение по спору, но, соответственно, основная цель посредника - помочь сторонам [спора] как можно скорее привести спор к взаимовыгодному и жизнеспособному решению»[43].

В законодательстве Казахстана не действует понятие трансграничной медиации. Соответственно, в Казахстане нет какой-либо отдельной правовой базы, специально регулирующей трансграничное посредничество.

Как упоминалось выше, Закон о медиации (согласно его преамбуле) призван регулировать общественные отношения в сфере организации медиации в РК. В соответствии со статьей 1(1) Закона о медиации медиация может использоваться для урегулирования споров и конфликтов в рамках казахстанского законодательства. В связи с этим можно сделать вывод, что Закон о медиации вместе с соответствующими положениями других законов Казахстана (таких как, например, Гражданский процессуальный кодекс или Уголовно-процессуальный кодекс) представляет собой правовую основу только для внутренней медиации.

«Профессор М. Сулейменов обратил внимание на неспособность регулировать «посредничество с иностранным элементом». Он особо отметил, что соответствующее регулирование предполагает определенные особенности в регулировании соответствующих отношений с участием такого иностранного элемента, которые были пропущены в проекте Закона о медиации и все еще отсутствуют в нем после его принятия, а также в любом другом действующем законе Казахстана» [43].

Законы Казахстана напрямую не регулируют те аспекты, которые связаны с признанием и исполнением соглашений об иностранном посредничестве.

Однако для обеспечения исполнения соглашений, достигнутых в ходе иностранного посредничества, будут применяться общие правила казахстанского материального и процессуального законодательства. Должны существовать

отдельные категории таких поселений, дифференцированные, поскольку режимы принудительного исполнения различаются.

Если, например, урегулирование было достигнуто во внесудебном порядке посредничества, и стороны сформулировали соответствующее соглашение, то для того, чтобы оно было приведено в исполнение непосредственно в Казахстане, сторонам следует выбрать казахстанское законодательство в качестве регулирующего права для соответствующего мирового соглашения и, предпочтительно, судебного разбирательства в казахстанских судах или казахстанском арбитраже для разрешения споров в соответствии с таким мировым соглашением, чтобы обеспечить его исполнение в Казахстане.

Гражданский кодекс РК позволяет сторонам договора с участием иностранных физических и юридических лиц выбирать казахстанское законодательство в качестве регулирующего права для своих мировых соглашений, где такое регулирующее право будет применяться к правам и обязанностям сторон, исполнению по соглашению, последствиям неисполнения или ненадлежащего исполнения по нему и т.д.

Стороны также могут выбирать иностранные суды или иностранный арбитраж для разрешения споров в соответствии с такими мировыми соглашениями. В этом случае будут применяться соответствующие положения Гражданского процессуального кодекса РК для определения того, будет ли решение иностранного суда или иностранного арбитражного суда подлежать исполнению в Казахстане.

В соответствии со статьей 425 Гражданского процессуального кодекса РК решения иностранных судов и арбитражей признаются и исполняются в Казахстане, если это предусмотрено законом или международным договором Республики Казахстан и на основе принципа взаимности. В частности, исполнение судебных решений судов конкретного иностранного государства возможно при

наличии двустороннего договора между Казахстаном и соответствующим государством.

«Если говорить об исполнении иностранных арбитражных решений, то такое исполнение может быть осуществлено на основании Нью-Йоркской Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений от 10 июня 1958 года, к которой Казахстан присоединился в 1995 году в соответствии с Указом Президента РК от 4 октября 1995 года № 2485» [44].

Аналогичное соображение следует принимать во внимание при обсуждении соглашения о посредничестве, достигнутого в рамках процедуры, предусмотренной в приложении к суду, и в иностранном арбитраже при условии, что иностранный суд или арбитражный суд утвердит соответствующее мировое соглашение. Соответствующее судебное решение иностранного суда или иностранного арбитражного решения, которым одобрено или иным образом одобрено соглашение о посредничестве, может быть приведено в исполнение в Казахстане в соответствии с положениями, упомянутыми выше.

«Закон о медиации не затрагивает вопрос о возможном использовании информационных технологий в целях медиации. Это позволяет сторонам медиации договориться о процедуре проведения медиации при условии, что любая такая согласованная процедура не нарушает настоящий Закон, включая применение соответствующих правил, принятых центром медиации (статья 17)»[4].

В то же время это дает медиаторам право самостоятельно выбирать средства и методы посредничества, допустимые в соответствии с настоящим Законом (статья 7(1)) [4].

Однако этот Закон не предлагает какого-либо конкретного средства или метода медиации. Мы можем сослаться только на статью 10(1), где

предусмотрено, что посредник имеет право встречаться со всеми сторонами вместе или с каждой из них лично [4].

Можно сделать вывод, что Закон о медиации не запрещает использование электронных средств связи и не предписывает участникам медиации проводить только личные встречи во время процедуры или на любом ее этапе. Императивные положения закона РК или какие-либо принципы медиации (как явные, так и, если таковые имеются, подразумеваемые) не ограничивают эту свободу выбора в использовании электронных устройств и информационных технологий для внесудебной медиации в Казахстане [4].

Аналогичный вывод можно сделать в отношении посредничества, предоставляемого судом. Более того, казахстанская судебная система предлагает довольно широкий спектр возможностей для использования (электронного) устройства правосудия в ходе судебного разбирательства, начиная с подачи иска в суд.

«Можно сослаться на одно из интервью, которое Председатель Верховного Суда РК Б. Бекназаров дал средствам массовой информации в 2013 году»[45].

«Он особо отметил следующее: «Информационные технологии в Республике Казахстан используются с 1999 года. В частности, в нашей стране внедрена интегрированная автоматизированная информационно-аналитическая система судебных органов. Каждый иск регистрируется в единой базе данных, и это позволяет отслеживать процесс по делу: определять текущую стадию разбирательства, нет ли какой-либо волокиты. ... Система видеоконференцсвязи особенно важна для нас. Там довольно много судебных процедур осуществляется с помощью видеоконференции. ... Sms-сообщения используются для вызова свидетелей на слушания. ... Также используется специальная технология под названием «электронное наблюдение за процессом», позволяющая участникам процесса ознакомиться с материалами дела, находясь за пределами суда,

дистанционно: так, находясь дома, человек может ознакомиться со всеми документами, относящимися к процессу. Эта система показывает положительный эффект. Это очень удобно для горожан. Кроме того, истец может подать свой иск в суд в электронной форме и получить решение в той же форме. Это облегчает доступ к правосудию»[45].

Большинство из этих технологий и средств связи используются в судебном разбирательстве в соответствии с соответствующими положениями ГПК РК.

«Среди таких положений можно упомянуть статью 78 (об использовании научно-технических средств в процессе представления доказательств), статью 127 (которая позволяет вызывать на судебное заседание с использованием sms-сообщений на абонентский номер сотовой связи или сообщений электронной почты), статьи 150 и 151 (которые предусматривают подачу иска в электронном формате в виде электронного документа)»[5].

Можно сделать вывод, что эти технологии и средства коммуникации могут быть использованы для медиации, происходящей в ходе соответствующих судебных разбирательств.

Необходимо отметить и последние изменения в законодательстве Республики Казахстан применительно к теме нашего исследования.

#### 1. Поправки к Закону о медиации [46]

Сфера посредничества была расширена. Теперь в сферу медиации входят также споры, возникающие из административных правоотношений с участием административных органов и должностных лиц.

Предусмотрен уполномоченный орган в сфере медиации.

Расширен список участников медиации: помимо сторон в него теперь входят представители, переводчики, эксперты, специалисты и другие лица, участвующие в процедуре медиации. Сторонами медиации теперь являются не только

юридические и физические лица, но и группы лиц, административные органы и должностные лица, участвующие в процедуре медиации.

Понятие «непрофессиональный посредник» заменено на «общественный посредник», оказывающий помощь в примирении сторон на безвозмездной основе. Предусмотрена обязанность акима города районного значения (района в городе, города районного значения, поселка, села, сельского округа) вести реестр общественных посредников. Права и обязанности, число посредников было расширено.

Таким образом, медиатор вправе

(1) отказаться от медиации, если считает, что дальнейшие усилия в процессе медиации не разрешат спор (конфликт) между сторонами, или

(2) прекратить медиацию с письменного согласия стороны.

При этом посредник также обязан регулярно повышать свою профессиональную квалификацию. Предусмотрена возможность посредничества посредством использования технических средств связи, а также удостоверения соглашения об урегулировании спора (конфликта) посредством электронной цифровой подписи.

Более того, законом расширен круг лиц, которые могут составить алиментное соглашение. Теперь к таким лицам относятся медиаторы, юристы, члены палаты юридических консультантов.

Если ранее соглашение об урегулировании спора (конфликта) требовалось подписать только сторонами спора, то теперь его обязательно должен подписать посредник.

## 2. Гражданский процессуальный кодекс [46]

Областным судам и Верховному суду предоставлено право рассматривать однородные дела по правилам суда первой инстанции.

Проекты процессуальных документов могут быть подготовлены с использованием автоматизированной информационной системы суда. С 01.08.2022 исключено право судов выдавать судебные приказы о перечислении обязательных пенсионных взносов в ЕНПФ (Единый накопительный пенсионный фонд); теперь такая задолженность будет взыскана на основании исполнительного листа нотариуса.

С 01.08.2022 вступает в силу понятие договорной экстерриториальной подсудности, подразумевающее распределение спора путем автоматического отнесения дел к менее загруженным судам с учетом профиля. Иными словами, если, например, ответчик находится в г. Алматы, система может передать дело не в СМЭС г. Алматы, а, например, в СМЭС Жамбылской области.

Также появляется новое основание для приостановления производства по делу – в связи с обстоятельствами непреодолимой силы, временно препятствующими дальнейшему производству по делу. Например, чрезвычайное положение, угроза/чрезвычайная ситуация природного и техногенного характера.

Закон теперь предусматривает право государственных органов подавать жалобу только после разрешения вышестоящего органа.

Предполагается, что это позволит исключить формальное обжалование ответчиками государственных органов законных решений, принятых в пользу предпринимателей, и научит государственные органы признавать ошибки и принимать меры по их недопущению в будущем.

Апелляционный или кассационный суд, если дело направлено на рассмотрение, должен указать нижестоящим судам, какие процессуальные действия должны быть произведены при повторном рассмотрении дела.

Такие инструкции теперь являются обязательными для нижестоящих судов. При невозможности исполнения указаний вышестоящего суда нижестоящий суд должен обосновать причины невозможности исполнения.

Закон исключает заочное производство в связи с совершенствованием института упрощенного (письменного) производства. Важно отметить, что упрощенное (письменное) производство было перенесено из главы 13 в новую главу 21-1. Теперь рассмотрение дел в порядке упрощенного (письменного) производства возможно даже в том случае, если по делу требуется опрос свидетелей, назначение судебной экспертизы или иных процессуальных действий. Срок рассмотрения составляет один месяц без права продления.

Казахстан является страной с развивающейся экономикой, и его законодательство и правовая система находятся в постоянном развитии.

## 2.2 Проблемы применения медиации при урегулировании гражданско-правовых споров в Республике Казахстан

Сегодня мы можем с уверенностью сказать, что институт медиации, это наиболее эффективный альтернативный способ разрешения спора в отличие от судебного разрешения правового спора. И это объясняется факторами, которые уже неоднократно были описаны многими отечественными и зарубежными учеными цивилистами: сроки, доступность, малозатратность, добровольность, конфиденциальность, что придает медиации особую привлекательность. Процедура медиации направлена на разрешение спора исходя из истинных интересов конфликтующих сторон, а не из заявленных в начале позиций.

«Некоторые ученые считают, что 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» [47, с.20-31].

«Сам принцип конфиденциальности, на наш взгляд, недостаточно защищен, так как за нарушение данного принципа предусмотрена административная ответственность в виде штрафа в размере до 20 МРП статьей 85 Кодекса об административных правонарушениях» [48].

«Ни Законом Республики Казахстан «О медиации», никаким иным нормативно-правовым актом, принцип конфиденциальности не защищен. Исключение - статья 85 Кодекса об административных нарушениях, в части «ответственности за разглашение сведений, ставших известными в процессе медиации», а также статья 251 Уголовного кодекса, 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»» [4, 48, 49].

«В то же время, требование об условиях, объеме и основаниях ответственности медиатора, в качестве существенных условий договора о проведении медиации выдвинуто в статье 21 п.8 Закона Республики Казахстан «О медиации». В свою очередь, статья 393 Гражданского кодекса Республики Казахстан определяет, что договор считается заключенным, когда между сторонами, в требуемой в подлежащих случаях форме, достигнуто соглашение по всем существенным его условиям» [4, 50].

«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»[50].

«На наш взгляд, необходимо корректировать п.8 ч.2 статьи 21 Закона РК «О медиации» - «основания и объем ответственности медиатора (медиаторов),

участвующего (участвующих) в урегулировании спора (конфликта) сторон медиации, за действия (бездействие), повлекшие ущерб (убытки) для сторон медиации». Необходимо либо конкретизировать, какую именно ответственность имеет в виду законодатель, и каковы ее основания, либо исключить данную трактовку из существенного условия «договора о проведении медиации»» [51].

«Проблемы имеются и в области подготовки медиаторов. На практике имеются факты обжалования медиативных соглашений, которые заключены в разрез с действующим законодательством. На наш взгляд, подготовки в рамках курсов в объеме 50-ти 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. В связи с чем, предлагается пересмотреть правовое положение медиаторов, законодательно закрепив требования об обязательном наличии у профессионального медиатора высшего юридического образования» [51].

«С внедрением в Казахстане Закона «О медиации» основным «двигателем» развития медиации в государстве стал Верховный Суд Республики Казахстан. Отсюда произошли некоторые, на наш взгляд, недопонимания в области применения медиации» [51].

«Анализ норм законодательства, а также норм, регламентирующих процедуру медиации, показывает, что судебная медиации гораздо более детально регламентирована и имеет преимущественную силу перед медиацией досудебной или внесудебной» [51].

«Процедура досудебной медиации урегулирована только Законом Республики Казахстан «О медиации». Вч.4 статьи 27 Закона Республики Казахстан «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». В случае неисполнения, или ненадлежащего исполнения такого соглашения, сторона медиации, нарушившая соглашение, несет ответственность в порядке, предусмотренном законами Республики Казахстан» [51].

«Практика показывает, что соглашение об урегулировании спора в порядке медиации - это не простая сделка, а сделка, разрешающая правовой спор либо конфликт. В случае состоявшейся сделки, насколько законно действие лица, заключившее такую сделку снова обратиться в суд за рассмотрением дела по существу?»[51].

«Согласно статье 277 пунктов 2,4 старой редакции Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан, были установлены основания прекращения производства по делу» [52].

«Также нужно отметить, что часть 2 статьи 153 старой редакции ГПК РК в части оснований отказа в принятии искового заявления содержала следующее: если имеется вступившее в законную силу, вынесенное по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям решение суда или определение суда о прекращении производства по делу в связи с отказом истца от иска или об утверждении мирового соглашения сторон или соглашение об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации» [52].

Таким образом, из данной нормы следует, что отказ в принятии искового заявления имел место, в случае если имеется соглашение в порядке медиации об урегулировании спора (конфликта).

«Часть 1 статьи 151 действующего Гражданского процессуального кодекса в качестве оснований отказа в принятии искового заявления называет следующие»[51]:

«1) заявление не подлежит рассмотрению и разрешению в порядке гражданского судопроизводства»[51];

«2) имеется вступившее в законную силу решение суда или определение суда о прекращении производства по делу по основаниям, предусмотренным настоящим Кодексом, вынесенное по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям»[51];

«3) имеется принятое по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям решение арбитража и об этом стало известно суду»[51].

«Также непонятно по какой такой уважительной причине законодатели изъяли из оснований соглашение об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации для отказа в принятии искового заявления. Многочисленные оппоненты из судебной корпус заявляют о том, что Конституцией Республики Казахстан частью 2 статьи 13 каждому гарантировано право на судебную защиту своих прав и свобод» [51].

Как было уже выше сказано, согласно Закону РК «О медиации» соглашение об урегулировании спора, заключенное до рассмотрения гражданского дела в суде, представляет собой сделку. К той или иной сделке предъявляются определенные требования, одна из них, - это законность.

Другими словами если соглашение незаконно, его можно оспорить в судебном порядке, тем самым сторона может осуществить свое право на судебную защиту охраняемых законом прав и свобод.

Если посмотреть и проанализировать эту ситуацию ввиду такого умаления, то складывается парадоксальная ситуация внесудебной медиации. «Если стороны между собой заключают соглашение по спору, но у них остается право «еще раз» решить этот спор в суде» [52].

«Таким образом, получается, что эти два процесса могут идти параллельно и в результате могут быть приняты разные взаимоисключающие решения. Но при этом, если бы такое аналогичное соглашение об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации было принято в суде и соответственно

утверждено, ни одна из сторон уже не могла бы обратиться в суд за разрешением спора по существу. Но самое главное не в этом. Самое главное в том, что основной целью развития медиации в Республике Казахстан является снижение уровня конфликтности в обществе и повышение качества отправления правосудия путем снижения нагрузки на суды» [53].

«Мы настаиваем на том, что соглашение об урегулировании правового спора (конфликта), заключенное в порядке внесудебной медиации должно быть одинаково по значению с соглашением об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации, заключенному в суде и утвержденному судом» [53].

В связи с вышеизложенным, считаем необходимым установить внесудебное урегулирование споров в качестве одного из основных принципов защиты прав путем внесения поправок в статью 9 Гражданского кодекса (смотреть пункт 10 сравнительной таблицы (прилагается). При этом, данное обстоятельство не должно отменять, либо заменять право на судебную защиту.

«Во многих странах координатором развития института медиации является Министерство юстиции (Молдова, Кыргызстан, Беларусь, Узбекистан и др.). В Англии медиация контролируется Королевской службой, в США функционирует Федеральная служба медиации» [53].

С учетом изложенного, нами предложено определить Министерство юстиции Республики Казахстан уполномоченным государственным органом, определяющим единую политику и координацию деятельности в сфере регулирования альтернативных способов разрешения споров.

В целом, анализ применения института медиации показал, что в последние годы медиация развивается очень динамично и все больше как альтернативный способ разрешения спора.

«С принятием Закона «О медиации», были внесены соответствующие поправки в ряд законодательных актов. Для реализации потенциала медиации

предлагается рассматривать медиацию именно в качестве самостоятельного вида профессиональной деятельности, которая заключается в оказании квалифицированной помощи участникам спорных правоотношений в урегулировании возникшего между ними спора».

### 2.3 Возможности и перспективы применения медиации при урегулировании гражданско-правовых споров в Республике Казахстан

В данном подразделе рассмотрим перспективы применения медиации при урегулировании гражданско-правовых споров по нескольким направлениям.

#### 1. Межнациональные и межэтнические споры.

«Президентом страны 28 апреля 2018 года подписаны дополнения в Закон Республики Казахстан «Об Ассамблеи народа Казахстана», согласно которому, в соответствии с подпунктом 14-1) статьи 6 Закона, Ассамблея народа Казахстана оказывает содействие развитию института медиации в сфере общественного согласия и общенационального единства»[54].

«В настоящее время Ассамблея народа Казахстана проводит системную работу по формированию и развитию института общественных медиаторов и показывает определенные положительные результаты. В республике созданы 29 Советов медиации»[54].

В связи с этим, считаем необходимым и дальше развивать это направление для поддержания в стране общественного согласия и общенационального единства.

#### 2. Перспективы применения медиации при спорах между кредитором и должником.

В Казахстане темпы развития медиации пока невысоки, несмотря на ее необходимость в условиях закредитованности населения. Как отмечают эксперты,

в странах ОЭСР 90% споров не доходят до суда, заканчиваясь примирением. В Казахстане темпы развития медиации пока не столь высоки, несмотря на ее необходимость в условиях закредитованности населения.

Быстрые онлайн-займы сегодня предоставляет масса субъектов. Их деятельность до недавнего времени вообще никак и никем не контролировалась и не ограничивалась. Такое «бери – сколько и кто хочешь» породило абсолютную вседозволенность кредиторов. Нашлось предостаточно тех, кто опрометчиво подписал, часто не глядя, договор займа и взвалил на себя непосильную ношу. Свою лепту внесла пандемия, приумножив ряды заемщиков. «Тянуть» свои кредиты стало не по силам и многим предпринимателям [53].

Сейчас закон ограничивает данную сферу, но проблему закредитованности рано считать решенной. При этом редкие банки, микрофинансовые организации и коллекторы готовы пойти на разрешение спора во внесудебном порядке. Причин тому, отмечает Каленова, несколько – излишний консерватизм, недоверие к новому институту медиации, нежелание вести переговоры с должниками, аффилированность некоторых юристов и вера в наибольшую эффективность силовых методов решения споров.

Последствия очевидны и крайне плачевны: убийства при исполнении решений судов о выселении по ипотечным займам, самоподжоги, самоубийства должников. Выход – привлечь субъектов финансового рынка к диалогу о расширении применения процедуры медиации для урегулирования споров о займах. Ведь только в рамках данной процедуры стороны приходят к взаимоприемлемому решению, что позволит снизить долговую нагрузку заемщиков без ущерба для субъектов финансового рынка. Именно медиация способствует развитию партнерских отношений между участниками процедуры. Не исключается и внедрение медиативной оговорки в договоры о предоставлении займов субъектами финансового рынка.

При разрешении спора одним из альтернативных способов взыскателям приходится чем-то жертвовать: снизить неустойку, отказаться от штрафа, предоставлять отсрочку, рассрочку исполнения обязательств. С финансовой точки зрения, понятно, выгоды нет. Но ведь так увеличивается вероятность вернуть долг. Причем большинство исков, игнорирующих требование закона о соблюдении досудебки, поступает от юристов. И ссылка на их правовую неграмотность неубедительна.

Развитие альтернативных методов разрешения споров «тормозит» недостаточная осведомленность людей и, соответственно, недоверие. По нашему мнению, необходимо законодательно закрепить обязанность сторон попытаться решить спор примирением до совершения исполнительной надписи.

### 3. Применение медиации в трудовых спорах.

«Общее трудовое право это частно-общественная сфера права, регулирование которой осуществляется на основе сочетания императивного и диспозитивного метода»[55].

В соответствии со статьей 159 Трудового кодекса Республики Казахстан неурегулированные конфликты и разногласия между работодателем и работником можно назвать трудовым спором [55].

Трудовые споры можно разделить на несколько специальных групп (конфликты в сфере определения заработной платы и других денежных гарантий и компенсаций, о невыплате или несвоевременной выплате заработной платы, о непредоставлении очередного отпуска, о незаконном увольнении, о порядке выплаты социальных гарантий и т.д.).

Можно выделить множество причин, провоцирующих трудовые конфликты. Иногда цели и задачи, поставленные между работодателем и работником, результаты работы работника за год, заработная плата и многое другое. Когда

внутренние меры будут исчерпаны в ходе разрешения спора, сторонам придется обратиться за внешней помощью.

«Значимость медиации в трудовых спорах обуславливается положительными моментами: во-первых, уменьшаются затраты и средства на разрешение споров в коллективе, на предприятиях; во-вторых, повышается скорость решения проблем, что не останавливает производственные и другие процессы; в-третьих, медиация как инновационный метод урегулирования конфликтов позволяет сохранить звание и авторитет предприятий»[55].

Использование навыков медиации и применение медиации в более формальном ключе позволит руководителям эффективнее разрешать сложные ситуации и разбираться с жалобами до того, как они перерастут в конфликт.

«Отличительным преимуществом медиации является то, что это сотрудничающий, а не индивидуалистический процесс» [55].

«Медиация базируется на предпосылке, что все участники конфликта должны быть задействованы в его определении и разрешении» [55].

Таблица 1 - Преимущества медиации в коллективе:

### 1. Снижение затрат, возникающих по причине конфликта

- Стресс, болезни и потеря кадров из-за частых трудовых конфликтов негативно влияют на прибыль компании.
- Менеджеры, выступающие в роли медиаторов, смогут избавить коллектив от излишнего стресса, вернуть сотрудников к работе и наладить их взаимодействие независимо от того, нравятся они друг другу или нет.

### 2. Недопущение перерастания конфликта в затратные состязательные процедуры

- Если есть возможность обратиться к медиатору, большинство сотрудников при возникновении конфликта с коллегами решают отказаться от формальной процедуры, включающей расследование и вынесение судебного решения.

### 3. Восстановление рабочих отношений

- Использование навыков медиации дает возможность находить эффективные практические решения сложных проблем, добиваться понимания и взаимного доверия и фокусировать внимание коллектива на первоочередных рабочих задачах.

### 4. Повышение эффективности общения

- Разрешение конфликта посредством медиации помогает людям лучше понять друг друга, что от них требуется, а также искать причины возникновения в прошлом той или иной проблемы.

#### 5. Побуждение к здоровым переменам и предотвращение стагнации

- Зачастую причиной конфликта становится разная реакция коллектива на происходящие в компании изменения. Некоторые сотрудники хотят, чтобы все оставалось по-прежнему, другие с готовностью принимают изменения и устремляются в будущее.
- Медиация помогает людям поделиться своими страхами и опасениями и сосредоточиться на том, что между ними общего. Это, в свою очередь, стимулирует открытое общение и обмен мнениями, в результате чего новое уже не выглядит так страшно.
- Если люди чувствуют, что они могут свободно выражать свои мнения и взгляды, а также выслушать, как и почему происходят перемены, они будут менее уязвимы к изменениям и смогут лучше справиться с ними.

#### 6. Воспитание чувства собственного достоинства на работе

- Проблема равенства возможностей становится причиной большого числа конфликтов, ее сложно решить. Медиация успешно используется при разрешении подобных противоречий.
- Она помогает перейти от личных обвинений к рассмотрению самого конфликта, выяснить, что же на самом деле произошло или происходит, и что люди хотят изменить. В центре внимания медиатора - особенности поведения сотрудников, связанные с предубеждениями, дискриминацией и притеснениями; медиация позволяет создать атмосферу безопасности, в которой люди могут обсудить сложившиеся проблемы.

#### 7. Более полное понимание того, как предотвращать дорогостоящие конфликты

- Если раньше многие конфликты имели личностную окраску, то в процессе разрешения споров с использованием принципов медиации во главу угла ставятся истинные причины противоречий, такие как организационные сложности, нечеткое распределение обязанностей или неподходящие технологии работы.

#### 8. Поощрение сотрудников к разрешению возникающих между ними противоречий

- Знакомство с менее состязательными методами разрешения конфликтов поможет коллективу по-новому решать возникающие проблемы. Вместе с медиатором на каждом этапе решения проблемы они оттачивают навыки, необходимые для эффективного разрешения споров.

Именно медиация лучше всего подходит для разрешения межличностных споров на рабочем месте. Этот метод можно эффективно использовать и в других областях, таких как урегулирование жалоб клиентов.

Многие конфликты на работе создают стены между людьми, которые должны работать совместно. Если вовремя не решить проблему, разногласия

могут разрушить отношения и «заразить» им всю команду. Вместо того чтобы повернуться друг к другу лицом, люди становятся спиной.

Конфликты разрушают команды, и даже целые организации, и портят отношения между людьми в основном из-за того, что вовремя не были предприняты правильные действия или, напротив, совершались ошибки, которые лишь усугубили конфликт.

Бездействие просто недопустимо в условиях трудового конфликта.

Люди в конфликтной ситуации не всегда могут контролировать свои эмоции. Очень часто сильный гнев или разочарование, отчаяние или чувство вины не позволяют участнику спора продвинуться вперед без посторонней помощи.

Интерактивная медиация признает чувства спорящих сторон и позволяет им почувствовать себя реализованными, т. е. ощутить, что их понимают и принимают без осуждения. Это помогает участникам конфликта продвигаться вперед и открывает возможности для трансформации.

Постепенно изменяется и восприятие «противника»: оппоненты кажутся более «человечными», они уже не представляются «совершенно неправыми». Интерактивные медиаторы контролируют ситуацию, не обвиняя участников спора. Они организуют безопасный процесс разрешения конфликта в соответствии с потребностями участвующих в нем сторон.

Широко распространено заблуждение, что медиация проводится только на последнем этапе, когда все заинтересованные стороны собираются вместе.

На самом деле медиация начинается уже при первом контакте с участниками, в ходе которого многие проблемы можно направить на путь успешного разрешения.

Для людей, попавших в конфликтную ситуацию, очень полезно бывает пообщаться с медиатором, понять, что их слушают и слышат, помогают определить интересы, так как все это способствует принятию решения. Для

разрешения спора также может быть, необходимо провести прямые переговоры с противоположной стороной или признать интересы стороны, которые могут быть удовлетворены иначе.

Покажем, на примере, как можно урегулировать конфликт путем применения медиации в коллективе.

Процесс медиации в трудовом коллективе будет состоять из трех блоков:

1. Индивидуальные беседы со спорящими сторонами в конфиденциальной обстановке.

2. Поиск ответа на вопросы: подходит ли медиация для урегулирования сложившейся ситуации? Какие люди участвуют в урегулировании?

3. Совместная встреча заинтересованных сторон.

Процесс медиации будет проведен поэтапно

1 этап: «Раздельные встречи со сторонами»

Целью этого этапа является обеспечение безопасной и конфиденциальной обстановки, в которой стороны могут по отдельности, не боясь огласки, поразмышлять о том:

- что произошло?
- какие в связи с этим испытывают чувства?
- как продвинуться вперед?
- может ли в этом помочь медиация и подход «выигрыш-выигрыш»?

• 2 этап: «Оценка вариантов решения проблемы и подготовка к совместной встрече» Этот этап позволяет участникам процесса сделать следующее:

• Подготовить совместную встречу в удобное для обеих сторон время и в удобном месте, если стороны приняли решение об использовании медиации.

• Продолжать анализировать и оценивать ситуацию и консультироваться со спорящими сторонами и другими заинтересованными лицами.

- Подтвердить всем (в том числе медиатору) готовность участвовать в процессе либо сообщить о своей неуверенности в том, что стоит продолжать процедуру.

- Рассмотреть существующие альтернативы, если стороны или медиатор не видят смысла продолжать процедуру.

- Объяснить, почему было принято решение не продолжать процедуру медиации (если решение об этом было вынесено медиатором).

В ходе совместных заседаний на нейтральной территории поощряется размышление сторон над сложившейся ситуацией в течение достаточно длительного времени.

3 этап: «Создание благоприятной обстановки и предоставление сторонам возможности высказаться по проблеме»

### 3.1. Создание благоприятной обстановки и заявления сторон

Здесь стороны просят по очереди изложить свое видение ситуации, ответив на следующие вопросы:

- Что произошло?
- Какие они испытывают в связи с этим чувства?
- Что больше всего их тревожит и беспокоит?
- Как продвинуться вперед?

### 3.2. Изучение и обсуждение проблем

Теперь взаимодействие сторон постепенно становится более интерактивным. До этого момента общение между ними проходило в основном через медиатора. Сейчас же стороны получили возможность начать контролируемый обмен:

- идеями,
- чувствами,
- информацией,

- своим видением ситуации.

### 3.3. Достижение договоренностей и построение отношений

Это первая по-настоящему прогрессивная фаза урегулирования конфликта, так как стороны при поддержке медиатора участвуют в открытом, честном и открытом обмене мнениями, без обоюдных оскорблений. В ходе предыдущих шагов стороны настраивались на общение и готовились к нему. Теперь медиатор просит стороны обменяться:

- идеями,
- чувствами,
- информацией,
- своим видением ситуации,
- вариантами продвижения к разрешению спора.

### 3.4. Завершение

На этом этапе стороны «пожинают плоды» обмена мнениями. Это стимулирует переход к следующим действиям:

- планированию выхода из сложившейся ситуации, приемлемого для обеих сторон;
- нахождению исполняемых решений, учитывающих все детали и полностью понятных сторонам;
- если невозможно нахождение решений, идет переход к анализу сторонами сценариев развития ситуации;
- нахождению как можно более конструктивного решения проблем, завершению общения и процесса медиации.

В таблицах 2-5 наглядно покажем случай урегулирования конфликта путем применения медиации в коллективе.

Таблица 2 – Разработка случая урегулирования конфликта путем медиации в коллективе – Исходная ситуация

| Стадия            | Описание                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|-------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Исходная ситуация | <p>Однажды в процессе медиации участвовали руководители страховой компании, действующей по системе прямых продаж и через сеть региональных центров обслуживания. Команда старших менеджеров, внутри которой произошел конфликт, состояла из компетентных специалистов, которые, по мнению коллектива, являлись просвещенными людьми с прогрессивными взглядами.</p> <p>Глава компании назвал произошедший конфликт «вихрем, затягивающим даже самых выносливых и стойких». Каждая попытка разрешить его оказывалась неудачной; люди приходили в отчаяние из-за конфликта, но были слишком заняты или находились слишком далеко друг от друга, чтобы решить противоречия.</p> <p>Два топ-менеджера избегали контактов друг с другом, обстановка становилась все напряженнее. Работа компании в регионах носила все менее согласованный характер, потому что каждый менеджер вел свою команду в направлении, выбранном самостоятельно.</p> <p>Постепенно конфликт начал оказывать негативное воздействие на бизнес, и генеральный директор, наконец, понял, что настало время раз и навсегда решить эту проблему, собрав всех менеджеров вместе в их свободный день.</p> <p>Роль медиатора исполнял Дмитрий – один из руководителей, прошедший обучение навыкам медиации. Хотя он также являлся топ-менеджером, он не был непосредственным участником спора.</p> |

После ознакомления с исходной ситуацией, необходимо будет перейти к 1 этапу.

1 этап включает в себя отдельные встречи со сторонами.

- Первый контакт с первой спорящей стороной.

- Первый контакт со второй спорящей стороной.

Таблица 2 - Разработка случая урегулирования конфликта путем медиации в коллективе – Этап 1

| Стадия                                     | Описание                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
|--------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>Этап 1: первый контакт со сторонами</p> | <p>Дмитрий пообщался по телефону с каждой стороной конфликта индивидуально, чтобы понять, готовы ли они к совместной встрече в рамках медиации.</p> <p>На этом этапе он выяснял и обобщал чувства, проблемные вопросы и видение ситуации, а также принимал первоначальные идеи по поводу продвижения вперед.</p> <p>Он выстраивал раппорт и объяснял, в чем суть медиации, обращая внимание менеджеров на то, какие преимущества эта процедура может им дать в зависимости от того, что их беспокоило. Дмитрий прояснял, какие чувства испытывают люди, участвующие в конфликте, задавал в мягкой форме вопросы, чтобы получить необходимую ему дополнительную информацию, но при этом оставался беспристрастным.</p> <p>В ходе этих телефонных переговоров каждый получил возможность рассказать о конфликте, а активное слушание позволило им оценить ситуацию и подумать о способах разрешения спора.</p> <p>Дмитрий терпеливо выслушивал людей, когда те говорили о том, что их беспокоит, и помогал понять преимущества разрешения конфликта и рискованность его игнорирования. Постепенно он добился готовности сторон к проведению процесса медиации. При этом между медиатором и участниками установились доверительные отношения, и в итоге, шаг за шагом, все согласились принять участие в совместной встрече.</p> <p>Рассказывая о своих чувствах, участники конфликта говорили о том, что они «закипают», «оскорблены», и о том, что их «неверно понимают». В довольно резких выражениях они вспоминали события прошлого и выдвигали предположения о том, кто на самом деле</p> |

| Стадия | Описание                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
|--------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|        | <p>виноват в происходящем и что следует предпринять в данной ситуации.</p> <p>Стороны высказывали много разумных, по их мнению, доводов против рассмотрения конфликта: они говорили, что это «пустая трата времени», «обречено на неудачу». Некоторые также считали, что приглашение медиатора будет воспринято как признание коллективом своего поражения. Все боялись, что раскрытие информации о конфликте постороннему лицу будет унижительным, ослабит команду и вообще не приведет ни к каким положительным результатам.</p> |

Далее необходимо перейти ко 2 этапу.

Таблица 3 - Разработка случая урегулирования конфликта путем медиации в коллективе – Этап 2

| Стадия         | Описание                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
|----------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Этап 2: оценка | <p>Одной из целей отдельных, конфиденциальных бесед с каждой из сторон была оценка ситуации на предмет пригодности медиации для разрешения конфликта.</p> <p>Дмитрию стало также ясно, в какой тупик завел людей этот конфликт, сколько разочарований он им принес и насколько беспомощными их сделал и как отдельных личностей, и как команду. Единственное, с чем были согласны все, - больше так продолжаться не может. Конфликт становился невыносимым, ущерб от него просто нельзя уже было игнорировать дальше. Некогда мощная команда распадалась на части. При этом все проблемы можно было решить силами самой группы, поскольку команда обладала достаточными навыками и полномочиями, чтобы изменить ситуацию к лучшему.</p> |

Основная цель 2 этапа – это оценка вариантов решения проблемы.

После ознакомления с исходной ситуацией, встречей со сторонами и оценкой всей сложившейся ситуации, необходимо будет перейти к этапу №3.

Таблица 4 - Разработка случая урегулирования конфликта путем медиации в коллективе – Этап 3

| Стадия                                                                                                  | Описание                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Этап 3: создание благоприятной обстановки и предоставление сторонам возможности высказаться по проблеме | <p data-bbox="643 653 1490 730">3.1. Создание благоприятной обстановки и заявления сторон</p> <p data-bbox="643 741 1528 947">Участники конфликта находились в довольно возбужденном состоянии в начале совместной встречи. Когда каждому было предоставлено время высказаться, другие участники так и норовили перебить говорящего агрессивными замечаниями.</p> <p data-bbox="643 957 1539 1119">Медиатору удалось взять под контроль ситуацию: он давал понять участникам конфликта, что признает их чувства, и поощрял их продолжать общаться до тех пор, пока они не поймут позиции друг друга полностью.</p> <p data-bbox="643 1129 1539 1335">Менеджер-медиатор старался максимально использовать навыки активного слушания, а затем обобщил сказанное (проблемы, беспокойства участников конфликта, их чувства), постоянно при этом проверяя, что правильно их понял.</p> <p data-bbox="643 1346 1230 1377">3.2. Изучение и обсуждение проблем</p> <p data-bbox="643 1388 1544 1549">После того как все высказались, медиатор задал несколько уточняющих вопросов, чтобы конкретней определить проблемные вопросы и позиции, прежде чем идти вперед дальше.</p> <p data-bbox="643 1560 1528 1843">Он помог менеджерам начать диалог на общие темы, что позволило им успешно перейти от заявлений к составлению списка проблем, которые, по мнению всех присутствующих, необходимо решить. В итоге группе удалось составить повестку обсуждения, соответствующую их целям на следующих этапах, сформулированную в позитивных выражениях.</p> |

## Стадия

## Описание

## 3.3. Выработка договоренностей и построение отношений

Медиатор способствовал открытому, честному обмену мнениями, переводя общение в более спокойный формат и помогая участникам перейти от взаимных обвинений к более толерантной позиции. Все присутствующие теперь гораздо лучше понимали, почему раньше им было сложно общаться.

Например, некоторые постоянно ощущали на себе давление системы оценки эффективности работы; другим же эта система, напротив, помогала работать. Раньше они не могли обсуждать эту проблему, не обвиняя друг друга.

Хотя не обошлось без вспышек раздражения. Медиатор контролировал общение, обеспечивал соблюдение участниками основных правил и поддерживал их, когда они пытались высказываться, избегая обвинений в адрес других. Это, в свою очередь, помогало остальным участникам прислушиваться к говорящему, а не заниматься отражением его нападений.

Медиатор помог определить общую цель, которая в данном случае заключалась в обеспечении адекватной и конструктивной системы стратегического мониторинга, позволяющей сотрудникам учиться и приобретать знания, а не стимулирующей неадекватную конкуренцию.

После этого собравшиеся перешли к выработке вариантов разрешения конфликта и выбору наиболее выигрышных вариантов для последующей оценки.

Подобным образом были рассмотрены и другие проблемы, отмеченные ранее в повестке дня встречи.

## 3.4. Завершение

После того как собравшиеся обсудили все проблемы и предложили несколько вариантов их решения, менеджеры были готовы оценивать и выбирать конкретные альтернативы. Это стало возможным

| Стадия | Описание                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
|--------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|        | <p>благодаря поддержке со стороны медиатора в сложные моменты. Он напоминал им о прошлых успехах и целях медиации, когда казалось, что обсуждение зашло в тупик.</p> <p>Договоренности были достигнуты по всем вопросам, которые были зафиксированы медиатором в виде памятки для каждого участника встречи. Медиатор также попросил их подумать о том, что произойдет, если договоренности не будут исполняться на практике.</p> |

После создания благоприятной обстановки и предоставления сторонам возможности высказаться по проблеме, перейдем к прогрессивной фазе урегулирования конфликта.

Таблица 5 - Разработка случая урегулирования конфликта путем медиации в коллективе – Этап 4

| Стадия    | Описание                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
|-----------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Результат | <p>От участников конфликта были получены самые разнообразные мнения:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• «Какое невероятное облегчение! Люди снова стали слушать друг друга!»</li> <li>• «Предложенная схема имела смысл. Нам действительно стоило сначала рассмотреть проблему с различных точек зрения и только после этого думать, как решить ее».</li> <li>• «Решение проблемы заключалось в самом споре. Мы искали людей со стороны, которые могли бы нам помочь, но мы и сами могли прекрасно справиться, и медиатор помог нам это осознать».</li> </ul> |

Таким образом, конфликт в коллективе был исчерпан.

Здесь необходимо отметить профессионализм самого медиатора.

Есть четыре важные характеристики успешного медиатора.

1. Успешные медиаторы налаживают взаимопонимание. Успешный медиатор - это тот, кто может установить взаимопонимание со сторонами и адвокатами.

(а) Навыки активного слушания. Юристы часто говорят слишком быстро. Чаще они не слушаются. Успешный медиатор должен использовать навыки активного слушания, чтобы не обращать внимания на риторику и позерство, чтобы увидеть, в чем заключаются проблемы для каждой из сторон в споре. Медиатор не должен начинать медиацию, полагая, что он или она знает «это дело», потому что это похоже на другое дело, рассмотренное в прошлом году. Медиатор должен отдать сторонам должное.

(б) Понимание межличностной динамики. Другой способ выразить это — «эмпатия», которой нельзя научить, но ее можно усилить через понимание и практику. Основным препятствием во многих медиациях является отсутствие осведомленности или нечувствительность к потребностям, желаниям другой стороны или потребности другой стороны просто в том, чтобы к ней относились с уважением и достоинством. Борьба часто больше связана с победой (или сокрушением противника), чем с легитимностью спора. Были задеты чьи-то чувства. Кто-то не сдержал обещание. Кто-то кажется маленьким и слабым своим друзьям или коллегам. Неспособность медиатора распознать человеческую динамику может привести к неудаче посредничества.

(с) Поиск решения. Медиатор, который говорит конфликтующим сторонам, что они должны делать, обречен на провал. Правильный подход заключается не в том, чтобы диктовать условия, а в том, чтобы учить — исследовать вместе со стороной судебного разбирательства путем надлежащего допроса слабые стороны

защиты по существу или процессуальным вопросам. Сторона в споре с большей вероятностью поймет и поверит в реальность своей позиции, если ее подведут к ответу и найдут его сами. В этот момент между медиатором и конфликтующей стороной возникает состязательный вопрос.

2. Успешный медиатор обладает чувством реальности. Успешный медиатор привносит в конфликт ощущение реальности, развеивая чрезмерные ожидания и драматизируя риск судебного разбирательства.

а) Опыт посредника. Успешный медиатор должен иметь опыт работы в предметной области рассматриваемого права. Это укрепляет доверие и уверенность в оценке медиатором спора и возможном результате судебного разбирательства.

(b) Неконфронтационное изложение дела. Объяснение различий во мнениях и точках зрения в посредничестве может быть сложным. Ни один адвокат, представляющий тяжущуюся сторону, не хочет быть оспоренным перед своим клиентом при посредничестве по поводу его или ее точки зрения на дело. Сторона судебного процесса также имеет глубоко укоренившиеся взгляды на свое дело. Разговор с адвокатом наедине может быть полезен для защиты его отношений с клиентом, и крайне важно найти неконфронтационный способ обучения клиента. Успешный посредник будет использовать наводящие вопросы или прошлые примеры, чтобы представить неконфронтационное средство для пересмотра позиции стороны. Тщательное рассмотрение вопросов «что, если» и «если это так» может предоставить средства изучения наихудших сценариев и пролить свет на потенциальные риски судебного разбирательства.

3. Успешный посредник настойчив и сосредоточен на миссии. Стороны медиации положительно реагируют, когда видят, что их посредник пришел на медиацию подготовленным и заинтересованным в достижении справедливого урегулирования. Активное и видимое участие посредника, а не пассивный подход,

создает у сторон уверенность в том, что с этим посредником урегулирование возможно. Делая заметки, задавая вопросы, переходя от позиций сторон к их интересам и потребностям, переформулируя проблемы, выявляя идеи и исследуя новые альтернативы, а также проверяя жизнеспособность любого предлагаемого урегулирования, стороны получают внешнее подтверждение того, что посредник выступает за урегулирование. Завоевать доверие сторон с самого начала очень важно, потому что это помогает медиатору отклонить эмоции, сосредоточиться на практических решениях и удерживать внимание сторон. Успешный медиатор не только заставляет стороны прийти к соглашению, но и дает свою оценку того, может ли их соглашение быть реализовано, т. е. осуществимо ли оно, если оно предполагает что-то иное, чем выплата денег. Разрешение спора/решение проблемы должно быть миссией медиатора. Полная документация об урегулировании является обязательной, и посредник должен отслеживать предложения обеих сторон.

#### 4. Успешный медиатор хорошо чувствует время и людей.

(а) Установка тона. Посредник должен задавать тон медиации, уделяя ему все свое внимание, поощряя и исследуя проблемы, а также выступая за урегулирование. Медиатор должен быть и казаться беспристрастным и хранить конфиденциальность. Неважно, что посредник уже видел подобное дело раньше и считает, что у него есть ключ к урегулированию. Медиатор, который приходит на заседание и говорит сторонам, что им нужно делать, обречен на провал. Стороны должны быть подтолкнуты к урегулированию. Самые успешные посредники добиваются согласия своих сторон, полагая, что это была их идея. Успешные медиаторы постараются получить представление о сторонах, заранее связавшись с соответствующими юристами, чтобы они ознакомились с критическими вопросами, личностными качествами, эмоциональным содержанием и т. д.

(б) Развитие доверия. Доверие к посреднику имеет решающее значение. Успешный медиатор воспринимается как беспристрастный, объективный, честный, надежный, умный и уважаемый коллегами в юридическом сообществе. Он или она должен быть быстрым учеником, который сразу схватывает проблемы и понимает динамику и сложности спора. В ходе процесса стороны должны понять, что посредник заботится об их интересах и заботится об их благополучии как участников спора. Чтобы развить это доверие, посредник должен демонстрировать свое уважение к сторонам, включая «ролевых игроков», т.е., «страховой агент», и должен обеспечить достойное обращение со всеми. Доверие строится на умении активно слушать, признавать опасения участников спора и узнавать ключи к более глубоким эмоциям, лежащим в основе конфликта. Выявление слабых сторон позиции стороны должно быть сделано с некоторым умением – оно должно быть объективным, разумным и неконфронтационным.

(с) Искусный экзаменатор. Успешный посредник обладает исследовательскими навыками хорошего психиатра, задавая уместные и проницательные вопросы, которые выявляют фундаментальные предположения, твердые убеждения и другие факторы, которые будут определять принятие решения стороной. Медиатор должен устанавливать границы и основные правила, противодействовать нарушителям и перенаправлять их внимание на текущие вопросы, а также быть активным в обобщении и переформулировании позиций сторон, чтобы способствовать пониманию и принятию того факта, что существует нечто большее, чем просто мировоззрение этой стороны. Посредник должен отсеивать вопросы, которые не могут быть разрешены им, но также должен быть осторожным, чтобы не потерять чувство творчества, чтобы предлагать альтернативные, «нестандартные» решения или соображения. Иногда медиатор должен разрядить эмоционально сложные ситуации и контролировать свои чувства.

(г) Чувство времени. Успешные посредники, похоже, обладают врожденным чувством времени. Может быть, это просто встроено в их гены, или может быть, они не пытаются спешить с решением и позволяют разгадке развиваться, прежде чем действовать. Чтобы прийти к «да», успешный посредник должен преодолеть позерство стороны, эго юристов и ложные предположения сторон о том, что только их «истина» на самом деле является «Правдой». Это требует времени, терпения и выносливости. Некоторые посредники просто изматывают участников спора, «переживая» их. Выбор времени также включает в себя оценку того, когда «пришло время бросить курить» – либо «закрыться на день», либо, возможно, «выложить на стол рекомендацию посредника». Предоставление нескольких дней на рассмотрение рекомендации посредника дает время истцу (и его или ее супругу) «потратить» деньги или поговорить с семьей или друзьями о поддержке. Это также может позволить представителю ответчика или страховому агенту поговорить с вышестоящими руководителями компании и получить больше удобства при заключении сделки. Успешный посредник не прекращает своего участия после завершения формальной конференции, а продолжает устанавливать контакты, предлагать новые предложения или оценивать, делают ли события в судебном процессе более вероятными новые усилия по урегулированию.

Все люди разные — некоторые посредники могут отличаться интеллектом и знанием соответствующей области материального права, в то время как другие могут быть более чуткими или лояльными к сторонам.

При всех перечисленных выше положительных качествах медиатора, отметим и присущие некоторым посредникам отрицательные характеристики.

1. Посредник, который знает ответ. Несправедливо по отношению к тяжущимся сторонам или их адвокатам иметь посредника, который заранее решил исход дела. Закрытость не создает доверия и не может отражать сочувствие к сторонам, чей спор нарушил их личную и/или профессиональную жизнь и бизнес.

2. Посредник, который скорее будет говорить, чем слушать. Некоторые юристы, практикующие медиацию, и некоторые судьи в отставке, которые практикуют медиацию, привыкли говорить другим, что они должны делать, а затем ожидают, что они будут делать то, что им говорят. Я считаю, что это редко работает в посредничестве. Дело не только в том, что сторона рассказывает историю, но и в том, что посредник слушает историю, которая достигает эмоционального катарсиса, который в противном случае блокирует сторону от участия в разумном диалоге и рассмотрении различных сценариев урегулирования. Разговор вместо того, чтобы слушать, отражает отсутствие эмпатии у посредника и не дает коэффициента доверия, необходимого для завоевания доверия сторон в процессе. Следует также подвергнуть сомнению терпение, настойчивость и стойкость того, кто просто хочет направить стороны к своему предвзятому решению и положить этому конец.

3. Отсутствие честности. Посредник, который не может сохранить конфиденциальность, является анафемой для процесса посредничества и отражает отсутствие честности, которое имеет решающее значение для построения доверия и уверенности. Любой признак пристрастия к истцу, его адвокату, правовой позиции или политике также может повредить процессу. В небольших юридических сообществах вполне вероятно, что профессиональные отношения и даже семейные отношения будут частью расчетов при выборе посредника. Крайне важно, чтобы потенциальные конфликты интересов, вызванные этими отношениями, были раскрыты и всесторонне обсуждены до начала взаимодействия. Это также отражает честность посредника, если он или она не может подготовиться к «заданию».

Эта неподготовленность может возникнуть по любой из нескольких причин, без сомнения, но хуже всего, когда посредник считает себя слишком важным, слишком знающим, или слишком совершенным, чтобы сделать предварительную

работу, необходимую для того, чтобы прийти к посредничеству, готовым довести дело до конца. Некоторые юристы просто слишком погружены в себя для такого рода работы, несмотря на их многолетний опыт ведения судебных дел и разрешения собственных дел.

Посредник без навыков процесса или навыков межличностного общения. Даже фасилитативный посредник должен обладать навыками процесса и должен участвовать в динамике отношений, потому что именно люди принимают важные решения о своей личной жизни, своем бизнесе и своем кошельке. Повторение и уточнение позиций, подведение итогов «торгов» и даже подталкивание сторон к тому, чтобы они смотрели за пределы их собственного набора фактов, имеют важное значение. Медиатор, который, как кажется, просто «выполняет свои действия», не сделал ничего для ускорения урегулирования дела и, возможно, повредил способности урегулировать дело в будущем.

Таким образом, сфера применения медиации определена гражданскими, трудовыми, семейными, потребительскими, административными спорами, уголовными делами и делами о правонарушениях.

В целях дальнейшего развития судебной системы Республики Казахстан нужно внести дополнения в национальное законодательство о медиации.

Правовая позиция Казахстана в сфере медиации должна опираться на принципы демократии и гуманности. Использование практики зарубежных стран в законодательном обеспечении и применении медиации позволит разработать перспективы развития национального законодательства Республики Казахстан, совершенствовать альтернативные способы урегулирования споров в целях защиты прав и интересов граждан и юридических лиц.

## ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Целью магистерской диссертации являлось комплексное изучение теории и практики применения медиации при разрешении гражданско-правовых споров в Республике Казахстан.

Исследование направлено на разработку предложений и рекомендаций по совершенствованию правового регулирования данной процедуры.

В процессе исследования реализованы поставленные в исследовании задачи:

1. Проведен анализ современного состояния медиации при урегулировании гражданско-правовых споров в Республике Казахстан.

В Казахстане Закон «О медиации» вступил в силу 5 августа 2011 года.

Медиация является альтернативой судам, дает возможность решать споры мирно, не доводя дела до судов. Многие страны имеют положительный опыт разрешения споров с помощью медиации. Так, в Англии 87% дел разрешается с помощью медиаторов, то есть до суда. В США – 95%.

Последние изменения, внесенные в Закон «О медиации» в 2021 году, направлены на развитие досудебного и внесудебного урегулирования споров.

Так, в Закон «О медиации» внесены поправки, разграничивающие деятельность профессиональных и общественных медиаторов, которые соответственно входят в реестр профессиональных медиаторов и реестр общественных медиаторов. По опыту, в городах развивается профессиональная медиация, а в селах – общественная.

Понятие «непрофессиональный медиатор» заменено на «общественный медиатор», определены основные функции организации медиаторов и компетенция уполномоченного органа, а также уточнены права и обязанности медиатора. Предусмотрены поправки, направленные на развитие онлайн-медиации.

Законом расширен круг лиц, у которых может быть составлено соглашение об уплате алиментов, - это медиаторы, адвокаты, юрисконсульты. Отдельные

нормы приведены в соответствие с АППК, где предусмотрена возможность заключения медиативного соглашения по публично-правовым спорам.

Последние изменения, внесенные в ГПК РК, направлены на совершенствование гражданского процессуального законодательства.

Для удобства участников процесса в гражданском судопроизводстве объединены термины «заявление», «исковое заявление», «иск» в единый термин «иск», за исключением дел особого производства; из мировой практики адаптирован институт «образцовое судебное решение»; введен в гражданский процесс новый институт «досудебный протокол», который позволит сторонам использовать возможность урегулирования спора в досудебном порядке; ряд категорий дел из искового производства переведено на упрощенный порядок рассмотрения, при котором судебное разбирательство не проводится, а решение принимается судом по письменным документам в месячный срок; расширена сфера применения исполнительной надписи, совершаемой нотариусами, а также соглашений о примирении, заключенных адвокатами или юридическими консультантами.

Сторонам предоставлено право выбора экстерриториальной подсудности. С целью сокращения необоснованных длительных судебных тяжб государственных органов с гражданами, бизнесом и инвесторами территориальные органы будут осуществлять апелляционное и кассационное обжалование судебных актов путем согласования позиции с вышестоящим органом; будет внедрен новый IT-сервис, использующий элементы искусственного интеллекта, который направлен на подготовку проектов судебных актов на основе четких алгоритмов принятия решений. Решения будет подписывать судья, ответственность за их законность и качество сохраняется за судьей; исключено заочное производство в связи сегоневостребованностью.

2. Изучена передовая мировая практика в области применения медиации к гражданско-правовым спорам и выработаны предложения о возможности внедрения некоторых из них в Республике Казахстан.

Так, во Франции, большое значение придается конфиденциальности посредничества. В этой связи в исследовании нами отмечено, что принцип конфиденциальности в процессе медиации в Республике Казахстан недостаточно защищен. За нарушение данного принципа предусмотрена административная и уголовная ответственность. Однако в самом Законе Республики Казахстан «О медиации» этот момент упущен. В связи с чем, предложено конкретизировать п.8 ч.2 статьи 21 Закона «О медиации».

В странах Европейского Союза 83% независимых медиаторов являются юристами. Среди них 35% - практикующие юристы, 17,5% - заслуженные юристы и 15% - заслуженные судьи. Это говорит о том, что процедура медиации проводится высококвалифицированными специалистами, соблюдающими верховенство закона.

В нашем исследовании отмечено, что в Республике Казахстан, на практике, имеются факты обжалования медиативных соглашений, которые заключены в разрез с действующим законодательством, что говорит о низком профессионализме отечественных медиаторов.

В связи с этим предложено пересмотреть правовое положение медиаторов, законодательно закрепив требования об обязательном наличии у профессионального медиатора юридического образования.

Медиация имеет возможность стать весьма сильным инструментом, когда она используется правильно, а медиатор является квалифицированным специалистом.

3. В рамках проведенного исследования разработаны научно-обоснованные рекомендации по внесению поправок в действующее законодательство Республики Казахстан.

Как показывает международный опыт, в Китае, Австрии, Словении около 30% споров решается во внесудебном порядке, в США без медиатора в сфере экономики, бизнеса, социальных отношений не проходит ни один переговорный процесс. Если такие вопросы, как трудовые, земельные отношения, социальные вопросы, мелкие хулиганства, кражи и другие, обязать рассматривать только в порядке медиации, этот рынок получил бы хороший толчок для развития, а решения по делам выносились бы с выгодой для обеих сторон. Кроме того, в настоящее время медиаторы сталкиваются с рядом проблем, которые требуют своего решения на законодательном и организационном уровне.

Прежде всего особо остро выделяется проблема информированности населения о самой сути медиации, ее плюсах и минусах. Одна из причин слабого применения примирительных процедур - недостаточная осведомленность населения. Люди, если и знают о примирительных процедурах, то имеют только общее представление. К примеру, многим неизвестно о том, что соглашение о медиации имеет юридическую силу, является быстрым способом решения спора. В юридических изданиях, газетах и журналах, других средствах массовой информации этот вопрос почти не освещается. В этой связи, работа в СМИ по улучшению информационного освещения преимуществ института медиации должна вестись более активно. Наряду с этим считаем, что уполномоченные государственные органы должны пересмотреть формат донесения до населения информации, от стандартного телерадиовещания и устарелых информационных листовок к более дешевому, но прогрессивно действенному способу – рассылке информации через социальные сети и мессенджеры в виде коротких социально направленных видеороликов. При принятии действующего Закона "О

медиации" не раз подчеркивалось, что развитие процедуры медиации поможет разгрузить суды и позволит им сосредоточиться на исключительно сложных процессах.

В Стратегии «Казахстан-2050» четко обозначено: «в целях разгрузки судов следует продолжить развитие институтов внесудебного урегулирования споров».

В этой связи нами предложено рассмотреть возможность установить внесудебное урегулирование споров в качестве одного из основных принципов защиты прав путем внесения поправок в статью 9 Гражданского кодекса (смотреть пункт 9 Приложения 2). При этом, данное обстоятельство не должно отменять, либо заменять право на судебную защиту.

4. Выработаны предложения, способствующие дальнейшему развитию института медиации при урегулировании гражданско-правовых споров в Республике Казахстан.

Несмотря на то, что с момента принятия Закона "О медиации" прошло более десяти лет, до сих пор не имеется уполномоченного государственного органа, надлежащим образом определяющего единую политику и координацию деятельности в сфере регулирования альтернативных способов разрешения гражданско-правовых споров.

На сегодня проблемами медиации занимаются и Верховный Суд, и Ассамблея народа Казахстана, и местные представительные органы, и сами сообщества, но нет главного звена, которое бы осуществляло единую политику в этой сфере, вело реестр, выдавало разрешительные документы, устанавливало единые стандарты и тарифы, сертифицировало обучающие центры.

В ряде стран ближнего зарубежья координатором развития института медиации является Министерство юстиции (Молдова, Кыргызстан, Беларусь, Узбекистан). В Англии медиация контролируется Королевской службой, в США функционирует Федеральная служба медиации.

С учетом изложенного, нами предложено определить Министерство юстиции Республики Казахстан уполномоченным государственным органом, определяющим единую политику и координацию деятельности в сфере регулирования альтернативных способов разрешения споров.

## СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

1. Указ Президента Республики Казахстан от 15 октября 2021 года № 674 «Об утверждении Концепции правовой политики Республики Казахстан до 2030 года».
2. Послание Президента Республики Казахстан «Казахстан в новой реальности: время действий» от 1 сентября 2020 года.
3. Directive 98/27/EC of the European. Parliament and of the Council of 19.05.1998 on injunctions for the protection of consumers' interests // <http://ec.europa.eu/consumers/policy/developments/accejst/accejst09en.pdf>.
4. Закон Республики Казахстан от 28 января 2011 года № 401-IV «О медиации» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 20 декабря 2021 года).
5. Кодекс Республики Казахстан от 31 октября 2015 года № 377-V «Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 10 января 2022 года).
6. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 4 июля 2014 года № 231-V (10 января 2022 года).
7. Интернет-источник <https://egov.kz/cms/ru/articles/mediation> (дата обращения: 1 апреля 2022 года).
8. Кодекс Республики Казахстан от 29 июня 2020 года № 350-VI «Административный процедурно-процессуальный кодекс Республики Казахстан» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 7 марта 2022 года).
9. Michael L. Moffitt, Andrea Kupfer Schneider, Dispute Resolution: Examples and Explanations, Wolters Kluwer Law & Business, Second Edition, 2011, p.83.
10. Lucille M. Ponte, Thomas D. Cavenagh, Alternative Dispute Resolution in Business, West Educational Publishing Company, 1991, p.90.
11. Carrie Menkel Meadow, Mediation, Arbitration and Alternative Dispute Resolution, Legal Studies Research Paper Series No. 2015-59, p.2.

12. Goldberg, Sander, and Rogers, *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes*, Second Edition, 1992.
13. Subhan Jelil, *Arbitration Conciliation and Mediation- Conflict between Formal and Informal Setups*, p.10.
14. Lucille M. Ponte, Thomas D. Cavenagh, *Alternative Dispute Resolution in Business*, West Educational Publishing Company, 1991, p. 93.
15. Yona Shamir, *Alternative Dispute Resolution Approaches and Their Application*, No.7, p.30.
16. Ivan Bernier, Nathalie Latulippe, *Conciliation as a Dispute Resolution Method in the Cultural Sector*, *The International Convention on The Protection and Promotion of The Diversity of Cultural Expressions*, p.4.
17. Lucille M. Ponte, Thomas D. Cavenagh, *Alternative Dispute Resolution in Business*, West Educational Publishing Company, 1991, p. 97.
18. Michael L Moffitt., Schneider Andrea Kupfer, *Dispute Resolution: Examples and Explanations*, Wolters Kluwer Law & Business, Second Edition, 2011, p.85-86.
19. Fedorenko N.V., Denisenko S.V. , Sukhovenko A.V. , Dzyuba L.M. *Comparative Legal Analysis of Mediation in Russia and the EU*. *European Research Studies* Volume XX, Issue 1, 2017. p.87-96.
20. Birken, M., & O’Sullivan, K. (2019). "Chapter 13 The Evolution of Mediation in Central Asia: The Perspective of the European Bank for Reconstruction and Development". In *International Organizations and the Promotion of Effective Dispute Resolution*. Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff. doi: [https://doi.org/10.1163/9789004407411\\_014](https://doi.org/10.1163/9789004407411_014).
21. Beyer J, ‘Revitalisation, Invention and Continued Existence of the Kyrgyz Aksakal Courts: Listening to Pluralistic Accounts of History’ (2006) 38 *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial* 141.

22. Conference Materials First Specialised International Conference—“Modern Practice of Mediation: Types, Technologies, Approaches”, ‘Материалы конференции Первая Специализированная Международная конференция—«Современная Практика Медиации: Виды, Техники, Подходы»’ <<http://arbimed.ru/pervaya-specializirovannaya--mezhdunarodnaya-konferentsiya>> accessed 25 February 2019.
23. Kyselova T, ‘Mediation in Ukraine: Challenges of Peace and War’ (2017) 26 *Tulane Journal of International & Comparative Law* 108 <<https://ssrn.com/abstract=3177543>> accessed 25 February 2019.
24. Report on the Context, Needs and most effective ways to establish mediation mechanism in Tajikistan.
25. ‘State of Mediation in Russia’ <[www.european-mediation.eu/pdfs/State%20of%20mediation%20in%20Russia\\_brief%202015\[5\].pdf](http://www.european-mediation.eu/pdfs/State%20of%20mediation%20in%20Russia_brief%202015[5].pdf)> accessed 25 February 2019.
26. ‘Analysis of the Experience of Meditative Practice of Countries of Near Foreign Countries’, ‘Анализ Опыта Медиативной Практики Стран Ближнего Зарубежья’ <<http://fedim.ru/wp-content/uploads/2014/07/149-206.pdf>> accessed 25 February 2019.
27. Federal Law No 193-FZ ‘On the alternative dispute resolution procedure involving mediator (mediation procedure)’ was passed in 2010. In 2014, the Russian Supreme Court issued a report on applying the federal mediation law. Also in 2014, Russia was the first country in the world to recognise mediator as a profession with professional standards approved by the Ministry of Labour and Social Development (Order of 15 December 2014, No 1041n).
28. Kalashnikova N.P, & Kalashnikov N.N (2017). “New media trends: features and challenges”. Proceedings of the International Scientific and Practical Conference “World Science”, 8 (24), pp. 88-92.

29. Ualikhanov SH.SH, & Ualikhanov CH.CH (1985). "Note on judicial reform. The court of Biys in the ancient folk form". Collected Works in five volumes: volume 4. Alma-Ata.
30. Alenkina N, & Tursunbaeva N (2017). "Courts of Biys and Aksakals in Kyrgyzstan: What the History Teaches About?". Russian Journal of Comparative Law, (4), pp. 3-8.
31. Suleimen S (2018). "The Biys' court proposed to revive in Kazakhstan".
32. Горблюк А.В. Зарубежный опыт применения процедуры медиации // StudNet. 2020. №10. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/zarubezhnyy-opyt-primeneniya-protsedury-mediatsii> (дата обращения: 30 марта 2022 года).
33. Быкова А. И. Зарубежный опыт правового регулирования процедуры медиации//Отечественная юриспруденция. 2019. №2 (34). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/zarubezhnyi-opyt-pravovogo-regulirovaniya-protsedury-mediatsii> (дата обращения: 30 марта 2022 года).
34. Конституция Республики Казахстан (принята на республиканском референдуме 30 августа 1995 года) (с изменениями и дополнениями по состоянию на 23 марта 2019 года).
35. Указ Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 года № 858 «О Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года».
36. Выступление Первого Президента Республики Казахстан Н.А. Назарбаева на VII Съезде судей [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.akorda.kz>.
37. Информация о применении примирительных процедур [Электронный ресурс]. - Режим доступа: <http://sud.gov.kz>.
38. Указ Президента Республики Казахстан от 20 сентября 2002 года № 949 «О Концепции правовой политики Республики Казахстан» (с изменениями и дополнениями от 13 июля 2005 года) (утратил силу).

39. Концепция развития гражданского общества в Республике Казахстан (2006-2011 годы) Астана, 2005 год №112аа.
40. Сулейменов М.К., Басин Ю.Г. Гражданское право (учебник для вузов, академический курс, том 1, (главы 1 - 15) <https://online.zakon.kz>.
41. Закон Республики Казахстан от 28 декабря 2004 года № 23-III «О международном арбитраже» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 2 июля 2014 года) (утратил силу).
42. Закон Республики Казахстан от 8 апреля 2016 года № 488-V «Об арбитраже» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 21 января 2019 года).
43. Сулейменов М.К. Развитие медиации как альтернативного способа разрешения споров. [https://online.zakon.kz/Document/?doc\\_id=31644604](https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31644604).
44. Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 года). [https://online.zakon.kz/Document/?doc\\_id=1007771](https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007771).
45. Бекназаров Б. В Казахстане совершенствуется судебная система Казахстана. 17 июля 2013 года. <https://strategy2050.kz/ru/news/318/>.
46. Шарибаев Б. Поправки к законам о разрешении споров <https://signumlaw.com/en/posts/ob-izmeneniyakh-v-zakonodatelstve-ob-uregulirovani-sporov>.
47. Sander F. Dispute Resolution Within and Outside the Courts: an Overview of the U.S. Experience// Attorneys General and New Methods of Dispute Resolution. National Association of Attorneys General and ABA. – 1990. – p. 20-31.
48. Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях от 5 июля 2014 года № 235-V (с изменениями и дополнениями по состоянию на 2 марта 2022 года).
49. Уголовный кодекс Республики Казахстан от 3 июля 2014 года № 226-V (с изменениями и дополнениями по состоянию на 2 марта 2022 года).

50. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть), принят Верховным Советом Республики Казахстан 27 декабря 1994 года (с изменениями и дополнениями по состоянию на 12 января 2022 года).
51. Дячук М.И. Проблемы и перспективы развитие медиации в Республике Казахстан // Международный научно-популярный журнал. Наука и жизнь Казахстана/Қазақстанның ғылымы мен өмірі №3/2 (47), С. 63-66. <https://naukazan.kz/jurnal/category/2017>.
52. Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан от 13 июля 1999 года № 411-І (с изменениями и дополнениями по состоянию на 13 ноября 2015 года) (утратил силу).
53. Каленова А. «Юристы рассказали о причинах низких темпов развития медиации в Казахстане», «Zakon.kz», 17 ноября 2021 года <https://sud.gov.kz/rus/massmedia/yuristy-rasskazali-o-prichinah-nizkih-tempov-razvitiya-mediicii-v-kazahstane-zakonkz>.
54. Закон Республики Казахстан от 27 апреля 2018 года № 149-VІ «О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Казахстан «Об Ассамблее народа Казахстана».
55. Трудовой кодекс Республики Казахстан от 23 ноября 2015 года № 414-V (с изменениями и дополнениями по состоянию на 30 декабря 2021 года).