**Атаханова С.К.**

**к.ю.н.,и.о. профессора кафедры**

**гражданского права и гражданского процесса,**

**трудового права**

**Муксинова А.Т.**

**старший преподаватель кафедры**

**гражданского права и гражданского процесса, трудового права**

**Некоторые вопросы применения альтернативных способов разрешения споров**

С 1 января 2016 года вступил в законную силу гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан. Новый кодекс принят с учетом недостатков, пробелов старого законодательства и качественно улучшил отправление правосудия по гражданским делам. В целях выполнения задач судопроизводства многие нормы были изменены и дополнены.

Существенным является дополнение касательно целей гражданского судопроизводства, где законодатель включил такую цель как содействие мирному урегулированию спора. Для достижения данной цели законодатель предусматривает альтернативные способы урегулирования спора.

При этом судья согласно норме ГПК оказывает содействие сторонам спора по его мирному урегулированию. В чем заключается содействие, кодекс не предусматривает, судья как носитель судебной власти, осуществляет правосудие как особую форму государственной власти. То есть, судья от имени государства должен выносит решения, при этом разрешая спор применяя действующее законодательство. Альтернативные способы разрешения спора применяются для разгрузки судов и представляют альтернативу судебному разрешению. С учетом этого мы полагаем, что содействие судьи заключается в предложении сторонам тех или иных способов альтернативного разрешения спора, но судья не должен выступать в качестве примирителя. Для подтверждения этого утверждения рассмотрим понятие альтернативного разрешения споров.

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

Нельзя не отметить, что заимствованный из американской доктрины термин «альтернативное разрешение споров» не совсем точно отражает суть рассматриваемых процедур и подвергается критике в теоретических дискуссиях как методологически неверное. В обоснование этого можно привести следующие доводы.

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

В соответствии с крайним направлением в исследовании АРС, термин «альтернативные» вообще неуместен. Согласно этому мнению, существует лишь система различных средств урегулирования споров, включающая как несудебные, так и судебные процедуры, следовательно, альтернативы нет, есть система взаимодействующих процедур. С данной позицией трудно не согласиться. Поскольку практика применения АРС в различных странах показывает, что рассматриваемые процедуры взаимодействуют с традиционной системой правосудия и, в некоторой степени, становятся ее частью. В отдельных странах АРС и судебная система взаимопроникают, становятся частью друг друга. Подобный опыт имеется в США, Великобритании, Франции и Австралии, где законодательством предусматривается возможность использования АРС в рамках производства по делу традиционным судом. Как видно, государственное правосудие и АРС создают успешный дуэт, следовательно, взаимоисключающее противопоставление, которое несет в себе термин «альтернативные», весьма условно.

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

Проанализируем насколько корректно употребление приведенных терминов для обозначения рассматриваемых процедур:

1.Термин «примирительные процедуры».

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

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

Анализируя смысловое значение слова «досудебное», можно сделать вывод, что в данном случае подразумеваются те способы, средства урегулирования и разрешения спора, которые используются «до суда», то есть они предшествуют обращению в суд, являясь предпосылкой к динамике судебного процесса в государственном суде.

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

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

3. Термин «внесудебные процедуры».

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

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

Термин «негосударственные процедуры урегулирования гражданско-правовых споров» не является широко используемым для обозначения рассматриваемых процедур. В частности, понятие «негосударственные процедуры урегулирования споров» использовано авторами одноименного учебного пособия А.И. Зайцевым, В.М. Мелиховым, О.А. Коробовым. К сожалению, в учебном пособии не приводится обоснование использования этого термина, в тексте пособия рассматриваемые процедуры обозначаются традиционно как АРС.

Конечно, негосударственные процедуры урегулирования конфликтов - понятие не однозначное. Так негосударственные процедуры урегулирования конфликтов могут иметь различные проявления:

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

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

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

Применительно к интересующим нас процедурам, уместно говорить о допускаемых и поощряемых государством негосударственных процедурах. Представляется, что в данном случае негосударственный характер процедур говорит не об их оторванности от государства, а об их самостоятельности по отношению как к системе государственного правосудия, так и к государственным органам в целом, тем самым очерчивается область вмешательства государства в урегулирование конфликтов. Так государство, поощряя и допуская существование негосударственных процедур урегулирования споров, все же оставляет за собой право контроля над этими процедурами, которое ограничивается лишь законодательным регулированием, или возможностями в строго ограниченных случаях отменить вынесенное решение.

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

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

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

Кроме того, в предлагаемом обозначении рассматриваемых процедур уточняется различие в терминах «разрешение» и «урегулирование» спора. Урегулирование означает постепенное, шаг за шагом, устранение противоречий сторон на основе взаимных уступок. Урегулирование разногласий в качестве основной цели применяется в большинстве интересующих нас процедур. Полное урегулирование разногласий ведет к разрешению спора, с устранением противоречий между сторонами, что влечет прекращение их противоборства и, как следствие, ликвидирует конфликт. Разрешение спора в отличие от урегулирования является стратегией, направленной на устранение основы спора путем вынесения решения, что также может привести к ликвидации конфликта. Разрешение спора, является главной задачей арбитра, а также характерно для традиционного судопроизводства.

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

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

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

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

Суть первой позиции сводится к тому, что понятием «альтернативные процедуры» объединяются все несудебные формы разрешения правовых конфликтов. В данном случае альтернативные процедуры противопоставляются судебному разбирательству. Согласно этому взгляду понятием охватываются такие процедуры как: переговоры (negotiation); переговоры с участием посредника (facilitated negotiation или facilitation); посредничество (mediation); посредничество – третейский суд (mediation—arbitration—med-arb); «мини-суд» (mini-trial); независимая экспертиза по установлению фактических обстоятельств дела (neutral expert fact-finding); омбудсмен (ombudsman); частная судебная система (private court system) или судья «напрокат» (rent-a-judge) и пр.

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

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

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

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

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

Единое определение понятия «Альтернативное разрешение споров» отсутствует. Очевидными преимуществами АРС являются активная позиция сторон в разрешении спора, конфиденциальный порядок разрешения споров, оперативность и другие особенности.

Альтернативные средства (формы) разрешения споров характеризуются целым рядом признаков:

1)они применяются вне юрисдикционной деятельности государственных органов и являют собой самостоятельную форму разрешения споров, которая, однако, может определенным образом комбинироваться с юрисдикционной;

2)они действуют как механизм сближения, согласования интересов, ориентированный на достижение соглашения между спорящими сторонами;

3)они отличаются экономичностью, простотой, отсутствием жестких процессуальных правил, дружественным характером процедуры, возможностью урегулирования спора на основе принципа справедливости;

4)альтернативные средства разрешения административных споров – это не замена, а дополнение административной юстиции, которая посредством судебной проверки (a posteriori) призвана обеспечить соблюдение принципов равенства, справедливости, беспристрастности и уважения прав при использовании альтернативного разрешения споров (далее АРС);

5)процедуры основаны не на принципе состязательности, что свойственно правосудию, а на принципе арбитрирования, т.е. достижения сторонами соглашения .

В зарубежной практике выделяют следующие примирительные процедуры: переговоры (англ. negotiation); медиацию (англ. mediation); независимую экспертизу по установлению спорных обстоятельств (англ. neutral expert factfinding); рассмотрение споров с помощью омбудсмена (англ. ombudsman; ombudsperson).

С учетом вышесказанного альтернативные способы должны осуществляться вне юрисдикционной деятельности суда, участие суда должен ограничиваться содействием.

Также хотелось бы отметить совершенно новый способ разрешения спора как партисипативная процедура. Это еще одно новшество гражданского процессуального кодекса.

Партисипативная процедура - это переговорный процесс урегулирования спора между сторонами с обязательным участием их адвокатов, без участия судьи, в целях достижения ими взаимоприемлемого решения и реализуемая по добровольному согласию сторон.

Целями партисипативной процедуры являются:

1) достижение варианта разрешения (урегулирования) спора, устраивающего обе стороны процедуры;

2) оперативное разрешение спора (не более 10 рабочих дней);

3) снижение материальных издержек сторон;

4) снижение уровня конфликтности сторон, формирование и сохранение стабильных отношений между сторонами вследствие устранения спорных моментов;

5) формирование правовой культуры у населения, способствующей укреплению деловой репутации на международном уровне;

6) снижение нагрузки на судебную систему.

Закон предусматривает условия применения партисипативной процедуры, такие как, не противоречие закону и отсутствие нарушений прав, свобод и законных интересов третьих лиц.

Основной особенностью данного способа разрешения спора является участие адвокатов сторон. Спор должен разрешаться с участием адвокатов сторон спора, которые должны рассматривать взаимовыгодное решение спора для своих доверителей.

Партисипативная процедура усиливает роль адвокатуры, возлагая на него задачу разрешения спора вне суда. Адвокат как квалифицированный специалист должен подходить к разрешению спора не только на началах общих принципов, но и учитывать законодательное регулирование сложившейся ситуации. При этом в случае безрезультатности партисипативной процедуры, работа проведенная адвокатами сторон существенно облегчает подготовку дела к рассмотрению в суде.

Внедрение новой альтернативы по разрешению спора, где основным участниками являются адвокаты сторон, придает адвокатам новый статус примирителя. Если ранее адвокат лишь выступал представителем сторон, то в ходе партисипативной процедуры адвокат ставит перед собой цель разрешения конфликта, тем самым осуществляя нарушенное право и охраняемый законом интерес своего клиента.

Успешное внедрение данного новшества гражданского процессуального законодательства зависит по нашему мнению от активности адвокатуры по осуществлению партисипативных процедур. Адвокаты должны быть заинтересованы в применении данной процедуры примирения сторонами спора, необходимо разъяснять преимущество такой альтернативы судебного рассмотрения.

Хотелось бы отметить, что альтернативные способы разрешения споров должны осуществляться вне суда и представлять именно альтернативу судебной деятельности, суды не должны заниматься этими способами разрешения дела. Суд орган государственной власти, осуществляющий особую форму власти как осуществление правосудия. Необходимо воспитывать в гражданах уважение к суду как к органу правосудия. Здесь определенную роль играют и альтернативные способы разрешения конфликтов. Применяя альтернативные способы, граждане должны стараться не доводить дело до суда, то есть обращение в суд должно рассматриваться как последняя инстанция в разрешении спора. При этом формируется понимание того, что суд поставить последнюю точку в деле и судебное решение как акт правосудия должен быть исполнен.

Таким образом, применение альтернативных способов разрешения споров способствует формированию в обществе уважения к суду, а также будет существенно влиять на снижение нагрузки на судебную систему и минимизацию издержек участников процесса, а также судов по рассмотрению и разрешению дел.

Использованная литература:

1. Носырева Е.И. Альтернативное разрешение гражданско-правовых споров в США: дис. …докт. юрид. наук. – Воронеж: Воронежский государственный университет, 2001. – 362 с.
2. Савчевко С.Ю., Мергенова Ж.Н. Альтернативные способы разрешение споров и защита прав потребителей: теория и практика.- Алматы: Лига Потребителей Казахстана, 2007. – 160 с.
3. Медникова М.Е. Досудебное урегулирование и альтернативное разрешение экономических споров: соотношение правовых категорий // Юрист. – 2006. – № 9. – С. 2-4.
4. Негосударственные процедуры урегулирования споров. Учебно-методическое пособие. / А.И. Зайцев В.М. Мелихов, О.А. Коробов и др.- Волгоград: Волгоградское научное изд-во, 2005. – 314 с.