

Teisės aktualijos

МЕДИАЦИЯ КАК АЛЬТЕРНАТИВНЫЙ СПОСОБ РАЗРЕШЕНИЯ ЗЕМЕЛЬНЫХ СПОРОВ В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН

Бакытжан Жарылкасынович Абдраим

доктор юридических наук
профессор Кафедры гражданского процесса и трудового права
Юридического факультета
Евразийского национального университета имени Л. Н. Гумилева
почетный академик Национальной академии наук Республики Казахстан
ул. Мунайтпасова, 5, 010008, г. Астана, Республика Казахстан
Тел.: 8 (7172) 35 38 06, факс: 8 (7172) 35 38 08
Электронная почта: enu@enu.kz
Интернет-сайт: www.enu.kz

Ержан Ошакбаевич Егембердиев

кандидат юридических наук
доцент Кафедры гражданского процесса и трудового права
Юридического факультета
Евразийского национального университета имени Л. Н. Гумилева
ул. Мунайтпасова, 5, 010008, г. Астана, Республика Казахстан
Тел.: 8 (7172) 35 38 06, факс: 8 (7172) 35 38 08
Электронная почта: enu@enu.kz
Интернет-сайт: www.enu.kz

Болат Нурболатович Бегалиев

докторант (PhD) Юридического факультета
Евразийского национального университета имени Л. Н. Гумилева
ул. Мунайтпасова, 5, 010008, г. Астана, Республика Казахстан
Тел.: 8 (7172) 35 38 06, факс: 8 (7172) 35 38 08
Электронная почта: enu@enu.kz
Интернет-сайт: www.enu.kz

Данная статья посвящается изучению правового института медиации как альтернативного способа разрешения споров, возникающих из земельных правоотношений. Показан многовековой опыт использования примирительных процедур при урегулировании общественных отношений в обычном праве казахов. На основе изучения действующего законодательства РК отмечены основания, порядок процедуры и участники медиации при разрешении споров, возникающих из земельных правоотношений. Показана тенденция развития медиации в разрешении земельных споров в Казахстане.

При возникновении различного рода споров, в том числе и земельного, неразумно сразу же восстанавливать против себя оппонента, рекомендуется предъявить претензию и обосновать свои требования с учетом того, что сами стороны в силах разрешить спор без обращения в суд общей юрисдикции путем примирения. Этот путь и будет фактически являться альтернативным способом разрешения споров в целом и земельных споров – в частности по отношению к судебному разбирательству.

История зарождения примирительных процедур в обычном праве казахов

В Казахстане существует многовековой опыт использования примирительных процедур при урегулировании общественных отношений. Об этих исторических фактах свидетельствуют положения обычного права (адаты) казахов.

Казахское обычное право представляет собой совокупность юридических норм и обычаев, регулирующих различные правовые отношения казахского общества в прошлом. Главным источником казахского обычного права является веками создававшийся и совершенствовавшийся устный обычный «адат».

В этом источнике права наряду с основным методом решения спора как мировое соглашение бытует понятие «примирение» («салауат»). Его значение непосредственно связано с условиями посредничества между людьми, если спор заканчивается «родством», следовательно, оно переходит в примирение. В таком случае обе стороны, «помирив-

шись», договариваются впредь не ворошить старое. Решение вопроса «породственному» обычно напрямую связано со сватовством. Казахи при оспаривании долга, крупной барымте¹, земельном споре, вдовьем споре предпочитают заканчивать дело «примирением». При решении данных споров главы родов старались избежать «кровопролития», «дачи клятвы», считали «родственное» решение вопроса наиболее эффективным соглашением, объединяющим роды и усиливающим сотрудничество [1; 2]. Поэтому процесс в Казахстане следует признать, очевидно, состязательным, причем рассмотрение гражданских и уголовных дел не различалось. Стороны могли примириться в самом судеговорении или до него. Сторона, не явившаяся на судеговорение после третьего вызова, считалась проигравшей дело.

Целесообразность и результативность процедуры примирения можно проследить из документов, принятых Советской властью: «...в годы образования и существования Советской власти ВЦИК и СНК РСФСР было принято Постановление «О примирительном производстве по борьбе с обычаем кровной мести» от 5 ноября 1928 г.» [3]. Согласно этому документу как средство борьбы с кровной мстью,

¹ Барымта – понятие, первоначально возникшее в казахской традиционной правовой культуре (обычном праве, то есть праве, основанном на обычаях). Обычай «барымта» сменил кровную месть на экономическую у казахов, башкир, калмыков и других кочевых народов в период феодализма. Практиковался в виде ритуализированного вооружённого набега (с запретом на использование боевого оружия) для захвата имущества и отгона скота.

при окружных или районных и волостных исполнительных комитетах были организованы примирительные комиссии. Они утверждались соответствующими исполнительными комитетами, в состав которых входили представитель соответствующего исполнительного комитета (председатель), народный судья, два представителя общественных организаций и представитель местной женской организации.

Аналогичное можно наблюдать и в настоящее время, когда бывшие страны СССР, самостоятельно выбирают свой путь развития и принимают законы для разрешения тех или иных конфликтов, споров, возникающих в различных общественных отношениях, используют процедуры примирения. Это связано с объективной необходимостью обеспечить правопорядок от имени государства как силы, стоящей над обществом и частными интересами отдельных граждан (Подробнее об этом изложено в следующей части статьи).

Присутствие практики урегулирования общественных отношений на основе норм обычного права создает предпосылки для более широкого применения примирительных процедур при разрешении спорных ситуаций в Казахстане. Психологическая готовность людей к взаимным уступкам и искреннее стремление не только участников, но и свидетелей конфликта к скорейшему его прекращению, – очень важный показатель социальной значимости примирительных процедур для современного общества. Подобная расположенность к разрешению споров миром – основа для

развития примирительных процедур и альтернативного разрешения споров как медиация.

Применение медиации в разрешении земельных споров на современном этапе развития Казахстана

На современном этапе развития, когда финансово-экономическая деятельность физических и юридических лиц является основой благосостояния любой страны. Осуществляя такую деятельность, ее участники вступают в общественные, в том числе правовые, отношения. При этом невозможно представить себе, чтобы эти отношения всегда носили ровный характер, потому что сталкиваются экономические и личные интересы участников, и возникают конфликтные ситуации. Именно конфликт, как правило, лежит в основе любого спора, в том числе и правового. Одним из таких сложных правовых конфликтов является земельный спор.

Земельные споры имеют острый характер, от их правильного и своевременного решения зависит многое в развитии и совершенствовании не только земельно-правовых отношений, но и социально-политического состояния общества.

Рассмотрение земельных споров считается элементом защиты прав и законных интересов собственников земли, землевладельцев и землепользователей. Правовое регулирование этих отношений, будучи комплексным правовым образованием, обеспечивается совокупностью норм материальных (земельного, гражданского, административного права)

и процессуальных отраслей (гражданского процессуального, хозяйственного процессуального права, арбитражного процессуального права).

Одной из тенденций современного земельного права является изучение проблемы разрешения земельных споров в Республике Казахстан, поскольку они являются неотъемлемым элементом земельных отношений. Закрепление рассмотрения земельных споров в судебном порядке наметилось со времени принятия Конституции РК 1995 года [4], но окончательно эта норма была зафиксирована в ст. 167 Земельного кодекса РК [5], что явилось новым этапом в развитии земельного законодательства.

Как альтернативный способ разрешения земельных споров в судебном порядке, урегулированный гражданским процессуальным кодексом РК, был принят закон РК «О медиации» от 28 января 2011 года №401-IV (далее – Закон «О медиации»), который регулирует применение медиации не только в гражданском процессе, но и в уголовном процессе, при наличии заключенного сторонами договора о медиации [6].

Медиация как альтернативный способ разрешения земельных споров на современном этапе развития республики дает более широкие возможности для достижения обоюдного приемлемого результата, конфиденциальность, шансы сохранить деловые отношения с партнером, с которым возник земельный спор, экономия денежных средств.

Закон «О медиации» был введен в действие по истечении шести месяцев после его первого официального опу-

бликования, то есть 5 августа 2011 года. Поскольку в первые официально закон был опубликован 5 февраля 2011 года в республиканской газете Республики Казахстан «Казахстанская правда».

Принятие такого же закона, устанавливающего альтернативные процедуры рассмотрения споров, можно наблюдать в государствах Таможенного Союза – Российской Федерации и Республике Беларусь.

Так, в Российской Федерации был принят Федеральный закон Российской Федерации от 27 июля 2010 г. N 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)», который вступил в силу с 1 января 2011 года [7].

В Республике Беларусь институт внесудебной медиации еще только начал развиваться. Проект закона Республики Беларусь «О медиации» разработан и находится на стадии согласования. Однако с вступлением в силу Закона Республики Беларусь от 10.01.2011 года №241-3 «О внесении дополнений и изменений в некоторые кодексы Республики Беларусь по вопросам сотрудничества хозяйственного судопроизводства» в Хозяйственный процессуальный кодекс Республики Беларусь от 15 декабря 1998 года введены положения о примирительной процедуре, которая может применяться на любой стадии хозяйственного процесса, в том числе на стадии исполнительного производства, и, по существу, представляет собой судебную медиацию [8].

Однако отметим, что до введения Закона РК «О медиации» в Казахстане

уже были приняты и действуют Законы «О третейских судах» от 28 декабря 2004 года № 22 [9] и «О международном коммерческом арбитраже» от 28 декабря 2004 года № 23 [10], которые также регулируют процедуры альтернативного разрешения и урегулирования споров между сторонами при наличии заключенного между сторонами арбитражного или третейского соглашения.

Проанализируем нормы Закона «О медиации» на предмет ее применения в разрешении земельных споров.

Сферой применения медиации являются споры (конфликты), возникающие из гражданских, трудовых, семейных и иных правоотношений с участием физических и (или) юридических лиц, а также рассматриваемые в ходе уголовного судопроизводства по делам о преступлениях небольшой и средней тяжести, если иное не установлено законами Республики Казахстан. (ст. 1 Закона «О медиации»). Из этого следует, что споры, возникающие из земельных правоотношений, с участием физических и юридических лиц могут быть разрешены путем применения процедуры урегулирования спора между сторонами при содействии медиатора (медиаторов) в целях достижения ими взаимоприемлемого решения, реализуемая по добровольному согласию сторон.

Важным условием осуществления медиации является письменное соглашение сторон, заключаемое с медиатором в целях разрешения земельного спора до начала медиации, основанное на принципах добровольности, равноправия сторон медиации, независимос-

ти и беспристрастности медиатора, недопустимости вмешательства в процедуру медиации, конфиденциальности. Медиация как процедура разрешения земельного спора может быть применена как до обращения в суд, так и после начала судебного разбирательства.

Место, время и язык проведения медиации определяется по согласию сторон. Общий срок проведения медиации составляет не более 30 календарных дней со дня заключения договора о медиации. В случаях необходимости по совместному письменному уведомлению сторон срок проведения медиации может быть продлен судом до 30 календарных дней, но не более 60 календарных дней в совокупности.

Если стороны пришли к соглашению об урегулировании земельного спора путем медиации после начала судебного разбирательства, то суд, на рассмотрении которого оно находится, обязан приостановить производство по делу (п. 7 ст. 242 ГПК РК) [11]. Об результатах медиации, проводимой в рамках гражданского процесса, стороны обязаны незамедлительно сообщить суду, в производстве которого находится гражданское дело, путем направления соглашения об урегулировании земельного спора либо письменного уведомления о прекращении медиации. Итог медиации может быть желательным либо неутешительным.

В случае наступления желательного соглашения об урегулировании земельного спора суд, рассматривавший дело, обязан прекратить производство по делу, утвердив заключенное согла-

шение сторон (п. 4–1 ст. 247 ГПК РК) [11]. Результат медиации можно считать неутешительным когда стороны не пришли ни к какому соглашению по земельному спору, а оно прекратилось в связи с установлением медиатором обстоятельств, исключающих возможность разрешения земельного спора путем медиации либо письменным отказом одной или обеих сторон от медиации в связи с невозможностью разрешения спора (конфликта) путем медиации либо истечением срока проведения медиации. В таком случае стороны продолжать земельный спор в суде.

Надо отметить еще не маловажную процессуальную возможность сторон урегулировать земельный спор, рассматриваемый в апелляционном и кассационном суде, путем медиации. Поскольку земельный спор, разрешенный в суде первой инстанции, может быть продолжен по жалобе сторон в апелляционном и кассационном суде, то и на этих стадиях гражданского процесса сторонам предоставляется возможность путем медиации разрешить продолжающийся земельный спор (ст. 342 и ст. 383-11 ГПК РК) [11].

Однако же не ко всем видам земельных споров можно применять процедуру медиации. Такое ограничение вызвано самой правовой природой медиации.

Так, процедура медиации не применяется к спорам, возникающим из земельных правоотношений, в двух случаях: 1) если такие споры затрагивают или могут затронуть интересы третьих лиц, не участвующих в процедуре ме-

диации, и лиц, признанных судом недееспособными; 2) когда одной из сторон является государственный орган.

Несмотря на то, что большая часть земельных споров рассматривается в порядке искового производства, есть споры, возникающие из земельных правоотношений, где стороной является государственный орган, которые рассматриваются в порядке особо искового производства. В основном это земельные споры, связанные с оспариванием решений и действий (или) бездействий органов государственной власти, должностных лиц и государственных служащих.

В целом же, на современном этапе развития Казахстана субъекты земельных правоотношений всегда оставляют за собой право выбора каким способом им целесообразнее и выгоднее разрешить земельный спор.

Перспективы развития медиации в разрешении земельных споров в Казахстане

Не смотря на короткий срок (не более полугода) действия Закона о медиации сегодня на территории Казахстана создан ряд центров медиации. По данным Конфедерации неправительственных организаций Казахстана (КНОК), в республике действует Центр развития переговорного процесса и мирных стратегий в разрешении конфликтов. В таких городах как Астана, Алматы, Караганда, Шымкент имеются медиаторы, получившие свидетельства о присвоении квалификации медиатора. Их обучали,

в частности, специалисты по медиации из города Санкт-Петербург Российской Федерации. Открыты центры медиации в городах Алматы, Астана, Атырау, Актобе [12; 13; 14; 15].

Применение процедуры урегулирования земельных споров путем медиации в Казахстане это, несомненно, перспективное направление развития национального законодательства и правовых отношений, однако, несмотря на заложенные Законом о медиации успешные предпосылки его развития, положительный результат внедрения процедуры в правоприменительной практике остается под сомнением. Основанием тому являются нормы Закона о медиации, регулирующие правовое положение медиаторов, порядок организации и проведения медиации.

В частности, для эффективности применения медиации в разрешении земельных споров, возможно и других категории споров, надо обратить внимание на следующие положения процедуры урегулирования споров между сторонами при содействии медиатора (медиаторов):

Во-первых, нормы, регулирующие правовое положение медиаторов, осуществляющих свою деятельность на профессиональной основе так и на не профессиональной основе, требуется в корректировке. Поскольку само деление медиаторов на профессионалов и не профессионалов вызывает сомнения в выборе медиаторов как лиц, которые способны выполнить цели медиации. Основное требование, предъявляемое к не профессиональным медиаторам это возрастная ценз (лицо, достигшее 40

лет) и предоставление заявление на имя акима (района города, города районного значения, поселка, аула (села), аульного (сельского) округа) для занесения в реестр. К заявлению прилагаются: копия удостоверения личности и медицинские справки (от наркологической и психоневрологической организации, об отсутствии судимости). Можно не сомневаться в том, что на современном этапе развития граждане республики, при выборе медиаторов, предпочтение отдадут профессионалу, который сможет компетентно разрешить земельный спор. Однако вот подготовка таких профессиональных медиаторов оставляет желать лучшего.

Согласно требованиям, предъявляемым к профессиональным медиаторам, помимо возрастного ценза (лицо, достигшее 25 лет) и состояния в реестре, предусматривается наличие высшего образования (не важного какого, поскольку выбор все равно за сторонами) и сертификата о прохождении обучения по программе подготовки медиаторов. Процесс организации и проведения обучения медиаторов вызывает много вопросов, поскольку эти положения до сих пор не регламентированы соответствующими нормативными правовыми актами. Есть Закон о медиации, закрепляющий норму о необходимости прохождения обучения профессиональных медиаторов, где так же имеется отсылочная норма на Постановление Правительством Республики Казахстан от 03 июля 2011 года №770, которым утверждены «Правила прохождения обучения по программе подготовки ме-

диаторов» [16]. В этих Правилах в основном упор делается на деятельность Организации медиаторов, которые самостоятельно разрабатывают и утверждают специализированные учебные программы по профессиональной подготовке и повышению квалификации медиаторов. Однако остается открытым вопрос о требованиях к Организациям медиаторов, которые по Закону о медиации и Постановлению Правительства Республики Казахстан от 03 июля 2011 года №770 должны на достаточно высоком уровне отнестись процессу организации и проведения обучения профессиональных медиаторов, поскольку фактически отсутствуют стандарты образования медиаторов. Главное в этом деле результат, который будет показан в юридической практике. От которого в свою очередь зависит доверие физических и юридических лиц к медиации как наиболее приемлемому способу разрешения земельных споров.

Во-вторых, осуществление медиации предполагает соблюдение принципов, которые закреплены Законом о медиации, а также принципов, которые не закреплены, но в то же время применяются. К таким можно отнести принцип языка медиации, доступность медиации. Для нас весьма сомнительной является доступность медиации для участников земельных споров, к которым в соответствии с Законом о медиации может быть применена медиации. Закон о медиации не устанавливает предельные показатели стоимости услуг медиаторов, соответственно, нельзя исключать возможность монополизации

данного сегмента рыночной экономики с вытекающей из этого дороговизной и доступностью медиации лишь для состоятельных участников предпринимательской деятельности.

В-третьих, процедура урегулирования земельного спора между сторонами требует содействия медиатора в целях достижения ими взаимоприемлемого решения, которая реализуется по добровольному согласию сторон. Однако наделение медиатора полномочиями отказаться от проведения медиации и тем самым прекратить медиацию в связи с нецелесообразностью дальнейшего разрешения земельного спора, предусмотренными пунктом 3 статьи 12 и пунктом 2 статьи 26 Закона о медиации, свидетельствует о возможности управления процедурой самим медиатором, что не всегда может положительно сказаться на результативности процедуры. При этом ставится под сомнение статус медиатора как независимого и беспристрастного лица, которое содействует разрешению земельного спора.

В завершение хотелось бы отметить, что не смотря на определенные проблемы, именно в плане дальнейшего развития и совершенствования земельных правовых отношений, Закон о медиации, о котором говорили в Казахстане, начиная с 2006 года, наконец, претворен в жизнь. Ведь в широком правовом смысле введенная Законом о медиации процедура способствует развитию в Казахстане гражданского общества, члены которого, обладая высоким уровнем ответственности за свои действия, самостоятельно разрешают возникающие

между ними разногласия, прибегая к помощи государственных институтов, обладающих властными полномочиями, только в крайних случаях. Судить о том на сколько законодатель не прогадал в принятии Закона о медиации, которая

должен способствовать развитию альтернативного способа разрешения земельного спора, полагаем можно будет спустя годы по результатам обобщения юридической практики в сфере применения этого закона.

ЛИТЕРАТУРА

1. ФУКС, С. Л. *Очерки истории государства и права казахов в XVIII и первой половине XIX в.* Под общ. ред. С. Ф. Ударцева. Астана, СПб.: ТОО «Юридическая книга Республики Казахстан», ООО «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2008. 816 с.

2. *Материалы по казахскому обычному праву.* Сост. З. Ж. Кенжалиев, С. О. Даулетова и др. Под ред. С. З. Зиманов. Алматы: Жеті жарғы, 1996. 480 с.

3. Постановление ВЦИК и СНК РСФСР от 5 ноября 1928 года «О примирительном производстве по борьбе с обычаем кровной мести». In *Библиотека нормативно-правовых актов СССР* [интерактивный]. Доступ через интернет: <<http://www.libussr.ru>>.

4. *Конституция Республики Казахстан*: официальный текст с изменениями и дополнениями от 21 мая 2007 года №254-III Закона Республики Казахстан. Алматы: Жеті жарғы, 2007. 136 с.

5. Земельный кодекс Республики Казахстан от 20 июня 2003 года № 442-II (с изменениями и дополнениями по состоянию на 15.02.2012 г.). *Ведомости Парламента Республики Казахстан*, 2003 г., № 13, ст. 99.

6. Закон Республики Казахстан «О медиации» от 28.01.2011 № 401-IV. *Ведомости Парламента Республики Казахстан*, 2011 г., № 2 (2579), ст. 27.

7. Федеральный закон Российской Федерации от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)». *Российская газета*. Федеральный выпуск № 5247 от 30 июля 2010 г.

8. МИСЕЛЮК, В. М.; *et al.* Опыт хозяйственных судов по применению медиации. *Вестник Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь*, № 11-2011, с. 75.

9. Закон Республики Казахстан «О третейских судах» от 28 декабря 2004 года № 22. *Ведомости Парламента Республики Казахстан*, 2004 г., № 24, ст. 151 (вышедшие из печати: 03.03.2005).

10. Закон Республики Казахстан «О международном коммерческом арбитраже» от 28 декабря 2004 года № 23. *Ведомости Парламента Республики Казахстан*, 2004 г., № 24, ст. 152 (вышедшие из печати: 03.03.2005).

11. Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан от 13 июля 1999 года № 411. *Ведомости Парламента Республики Казахстан*, 1999 г., N 18, ст. 644.

12. ПЕТРОВСКАЯ, В. Не доводя до суда. *Известия Казахстана*, 18.08.2006 г.

13. МЕРГЕНОВА, Ж. Медиация – путь к разрешению споров. *Юридическая газета*, 17.11.2006 г.

14. АБДИКАНОВ, Н. Окончательное примирение сторон. *Юридическая газета*, 16.01.2007 г.

15. АХПАНОВ, А.; ПЕН, С. Посредничество как инструмент правосудия. *Юридическая газета*, 27.12.2006 г.

16. Постановление Правительства Республики Казахстан от 03 июля 2011 года №770 «Об утверждении Правил прохождения обучения по программе подготовки медиаторов». *Казахстанская правда*, 14 сентября 2011 г. [интерактивный]. Доступ через интернет: <http://kazpravda.kz/_pdf/sep11/140911decision.pdf>.

Iteikta 2012 m. kovo 8 d.

Priimta publikuoti 2012 m. kovo 28 d.