

ГОЛОВКО Л.В.
доктор юридических наук,
профессор кафедры уголовного процесса,
правосудия и прокурорского надзора
юридического факультета
Московского государственного университета
им. М. В. Ломоносова,
член Консультативного совета
Центра исследования правовой политики

Закон об имплементации примирительных процедур (медиации) в судопроизводстве Республики Казахстан: Имитация деятельности или первый шаг?¹

Политико-правовой контекст разработки законопроекта

Несомненная заинтересованность казахстанских властей во внедрении в национальное уголовное и гражданское судопроизводство разнообразных примирительных процедур (в том числе медиации) заслуживает всяческой поддержки. Отрадно, что соответствующая инициатива была выдвинута на высшем политическом уровне и оформлена в виде одного из поручений, данных Президентом Республики Казахстан на V съезде судей 18 ноября 2009 года. Столь высокий уровень инициативы с очевидностью демонстрирует наличие в Казахстане **политической воли**, направленной на имплементацию в национальную правовую систему новейших процессуальных примирительных технологий, которые относительно давно известны на Западе и которых явно не хватает на так называемом постсоветском пространстве. Дальнейшее движение с неизбежностью потребовало **технического решения** поставленной политической задачи, в результате чего появился подготовленный Верховным судом РК проект Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам внедрения примирительных процедур (медиации)».

Обращает на себя также внимание Концепция законопроекта – прилагаемый к последнему документ, служащий обоснованием необходимости проведения соответствующих реформ. Данный документ подготовлен на очень высоком профессиональном уровне – в нем всесторонне и глубоко изложены все необходимые для уяснения сути реформ понятийные конструкции, включая понятие медиации, механизм и принципы ее проведения, показана ценность примирительных процедур и медиации для оптимального развития национального судопроизводства, представлен сравнительно-правовой обзор позитивного зарубежного опыта.

В этом смысле не может не вызывать восхищения колоссальный прогресс, всего за несколько лет достигнутый казахстанским политико-юридическим сообществом в направлении уяснения сути примирительных процедур (медиации) и необходимости их имплементации в национальную правовую систему. Напомним, что широкое обсуждение института медиации (по крайней мере, применительно к уголовному процессу) впервые

¹ Настоящий аналитический документ подготовлен Центром исследования правовой политики при поддержке Представительства *Freedom House* в Казахстане. Мнения и взгляды, содержащиеся в документе, могут не совпадать с позицией *Freedom House*.

состоялось в юридических кругах Казахстана в ходе Международной конференции «Альтернативы уголовному преследованию и защита прав человека в Центральной Азии», организованной при поддержке БДИПЧ ОБСЕ и проходившей в г. Алматы 25-26 ноября 2004 года². Будучи одним из участников данной конференции, автор настоящих строк не может не признать, что в тот момент ни понятие, ни правовая природа института медиации просто-напросто не были известны в странах Центральной Азии, включая Казахстан. Речь на конференции, по сути, шла не столько о перспективах имплементации примирительных процедур в национальное законодательство соответствующих стран, сколько об обсуждении самих конструкций «медиации» и «альтернатив уголовному преследованию», причем исключительно в сравнительно-правовой плоскости, казавшейся большинству представителей национального политико-юридического истеблишмента некоей «иностранный экзотикой». Вряд ли в тот момент кто-то из скептически настроенных участников конференции мог подумать, что *всего пять лет спустя* пожелание скорейшего внедрения медиации в казахстанское уголовное и гражданское судопроизводство прозвучит в качестве одного из поручений главы государства. Вряд ли в условиях абсолютного незнания концепции и практики медиации кто-то тогда также мог подумать, что опять-таки всего пять лет спустя законопроект о внедрении в Казахстане медиации будет сопровождаться подготовленной на столь высоком уровне объяснительной запиской с подробным изложением всех теоретических нюансов медиационных процедур. Прделанная за прошедшее непродолжительное время доктринальная работа без преувеличения впечатляет.³

Все это позволяет сделать вывод об успешном **завершении** в Казахстане **просветительно-педагогического этапа** развития процессуальных идей «альтернативных способов разрешения социальных конфликтов», «медиации» и т. д. – этапа, имевшего место во всех странах без исключения, когда соответствующие доктринальные концепции должны были найти позитивный отклик у законодателя и правоприменителей. В такой ситуации в рамках данного анализа мы избавлены от необходимости, во-первых, в очередной раз убеждать кого бы то ни было в плодотворности широкого применения примирительных процедур (медиации и др.) для успешного развития в современных условиях национального уголовного и гражданского судопроизводства, а, во-вторых, опять-таки в очередной раз останавливаться на разъяснении соответствующих понятий и конструкций, их соотношении, механизме применения и т. д.

В итоге мы здесь исходим из двух **аксиом**:

1) все сугубо теоретические аспекты, связанные с интересующими нас понятиями и конструкциями, в Казахстане достаточно хорошо изучены, о чем, в частности, свидетельствует прилагаемая к законопроекту Концепция;

2) казахстанское политико-юридическое сообщество прекрасно отдает себе сегодня отчет во всех позитивных последствиях широкого внедрения в судопроизводство примирительных процедур (медиации), в силу чего в стране имеет место соответствующая *политическая воля*, направленная на их внедрение и нашедшая, в частности, отражение в Концепции правовой политики на 2010- 2020 гг. и основанном на ней поручении Президента РК от 18 ноября 2009 г.

² См. отчет об этой конференции: Юрист. 2004. № 12 (2004).

³ Темпы качественного скачка в направлении реализации в Казахстане новейших медиационных технологий впечатляют, особенно с учетом личного опыта автора данных строк, полученного во время участия во второй международной конференции «Альтернативы уголовному преследованию в Центральной Азии: современное состояние и перспективы развития», организованной при поддержке БДИПЧ ОБСЕ в г. Алматы 4-5 июня 2007 г. В тот момент само понятие медиации было участникам конференции хорошо известно, однако перспективы ее реализации казались почти столь же туманными, что и в 2004 году. Ясно, что колоссальный сдвиг в этом направлении в сознании казахстанского политико-юридического сообщества произошел буквально в течение двух последних лет, то есть во много раз быстрее, чем в большинстве остальных западных и постсоветских стран.

В такой ситуации рассматриваемый законопроект по своей сути представляет собой техническую реализацию поставленной политической задачи. Именно в таком ракурсе он и должен рассматриваться. Иными словами, нас здесь интересует, в какой мере законопроект способен *технически корректно* реализовать выработанное политической властью направление судебно-правовой политики (и способен ли он его реализовать вообще) - направление, которое само по себе никаких сомнений не вызывает и может оцениваться исключительно положительно.

Суть законопроекта

Все положения законопроекта, предполагающие внесение изменений и дополнений в УК РК, УПК РК и ГПК РК, можно условно разделить на две группы:

- 1) те, что не имеют непосредственного отношения к имплементации в судопроизводство Республики Казахстан примирительных процедур (медиации), но свидетельствуют о стремлении законодателя несколько смягчить уголовную репрессию;
- 2) те, что непосредственно направлены на имплементацию в казахстанское уголовное и гражданское судопроизводство примирительных процедур (медиации).

Учитывая тему настоящего анализа, мы здесь лишь вскользь остановимся на тех положениях законопроекта, которые не касаются собственно примирительных процедур (**первая группа**).

Если специально не рассматривать теоретически верное, уголовно-политически оправданное, но, в общем-то, сугубо декларативное (при всем значении символизма в праве) изменение редакции ст. 8 УПК РК о задачах уголовного процесса, то речь в свою очередь идет о двух нововведениях: а) расширении в УК РК перечня наказаний путем восстановления в казахстанском праве известного с советских времен наказания в виде «возложения обязанности загладить причиненный вред»; б) возможности освобождения лица от уголовной ответственности «в связи с примирением с потерпевшим»⁴ не только по преступлениям небольшой и средней тяжести, но и по тяжким преступлениям. При этом освобождение от уголовной ответственности по данному основанию в случае совершения преступления средней тяжести (при наличии, разумеется, примирения) становится императивным. Иными словами, законодатель расширяет не только круг преступлений, по которым возможно освобождение от уголовной ответственности, но и круг императивных оснований такого освобождения.

Любое расширение номенклатуры альтернативных лишению свободы видов наказания в принципе можно только приветствовать. Постсоветская система наказаний (Казахстан в этом смысле не исключение) крайне бедна и архаична. Так называемых альтернативных санкций здесь крайне мало (в сравнении, например, с западными правовыми порядками), и даже те, что имеют место, на практике применяются недопустимо редко (в относительном выражении). Другое дело, что казахстанский законодатель, понимая суть проблемы, пытается действовать «по линии наименьшего сопротивления», восстанавливая известный «советский» вид наказания, не требующий к тому же никакой инфраструктурной пенитенциарной модернизации (создания специальных социальных служб, служб пробации и т. д.). Мы, конечно, далеки от того, чтобы «демонизировать» все советские по

⁴ Данное нововведение, как будет показано далее, в некоторых случаях может быть связано с примирительными процедурами. Однако в целом речь идет о так называемом простом примирении (когда стороны мирятся без медиатора), не имеющим отношения к примирительным технологиям, в силу чего мы и рассматриваем данное нововведение как непосредственно не касающееся примирительных процедур.

происхождению правовые институты и юридические конструкции (в техническом плане среди них было немало вполне нейтральных и даже разумных). Но ведь не следует забывать, что наказание в виде «возложения обязанности загладить причиненный вред» и в советское время относилось к видам наказаний, почти не применявшимся «в практике судов, хотя преступления, за которые они могли бы быть применены», были «довольно распространены»⁵, в силу чего советская уголовно-правовая доктрина (причем ее «либеральное крыло») ратовала за отказ от данной меры наказания еще в конце 1980-х годов.⁶ Что изменилось с тех пор? Есть ли у казахстанского законодателя какие-то данные, позволяющие утверждать, что данный вид наказания «заработает» 20 лет спустя и реально изменит карательную уголовную политику? В целом данное нововведение, разумеется, вполне «безвредно» с точки зрения прав личности, но в его пользе и эффективности уверенности нет.

Что касается расширения возможности применения освобождения от уголовной ответственности в связи с примирением сторон, то нас смущает не столько факт «расширения» (сам по себе он вполне может рассматриваться положительно), сколько используемый законодателем метод, направленный на «механизацию» применения данной альтернативы уголовному преследованию. Возможность освобождения от уголовной ответственности должна основываться (в отличие от дел частного обвинения) не на формальных требованиях (категория преступления, письменное обращение потерпевшего и т. д.), а на максимально гибком учете индивидуальных обстоятельств дела. В этом смысле любые альтернативы уголовному преследованию всегда должны быть, строго говоря, *дискреционными* и не зависеть от «категории преступления» и т. д. О том же, к слову, пишут и составители Концепции законопроекта, когда со ссылкой на итальянский опыт отмечают, что решение о направлении дела в центр примирения (ЦП) принимается в случае, если «преступление затрагивает интересы людей, уже знакомых друг с другом, и ... ставит под угрозу их взаимоотношения». Иными словами, применение альтернативы уголовному преследованию зависит не от категории преступления, а от социальной ситуации: в одной ситуации альтернатива должна применяться, в другой – нет, хотя категория и даже вид преступления будут совершенно идентичны. Скажем, кража остается кражей, невзирая на то, идет ли речь о профессиональном воре, случайном воре или краже одним членом семьи денег из кошелька другого члена семьи, но уголовно-правовая реакция на преступление во всех названных случаях должна быть дифференцирована. Казахстанский законодатель, правильно расставляя акценты в Концепции законопроекта, при редактировании самого текста закона поступает противоположным образом, предлагая, по сути, унифицированный вариант уголовно-правовой реакции во всех случаях совершения преступления определенной категории, что вряд ли правильно. В такой ситуации в реальной практике неизбежно будут возникать случаи, «шокирующие» широкие слои населения и ставящие в общественном мнении под угрозу легитимность самого института альтернатив уголовному преследованию, когда, например, циничный или даже профессиональный преступник будет «мириться» со своей жертвой и избегать заслуженного уголовного преследования.

Перейдем теперь к анализу тех предлагаемых нововведений, которые непосредственно направлены на имплементацию в казахстанское уголовное и гражданское судопроизводство современных примирительных технологий (**вторая группа**) – именно на них мы в дальнейшем и сосредоточимся, не возвращаясь более к остальным положениям законопроекта.

Соответствующие уголовно-процессуальные положения сконструированы на базе упоминавшегося и уже существующего в действующем праве Казахстана института освобождения от уголовной ответственности «в связи с примирением с потерпевшим», что, впрочем, технически вполне объяснимо. Речь идет о дополнении УПК РК новой статьей 38-

⁵ Уголовный закон. Опыт теоретического моделирования / отв. ред. В. Н. Кудрявцев, С. Г. Келина. М. 1987. С. 148.

⁶ Там же.

1, в соответствии с которой примирение может быть достигнуто не только собственными усилиями потерпевшего и обвиняемого (подозреваемого), но и посредством примирительных процедур (медиации) «в порядке, установленном» специальным Законом РК о примирительных процедурах (медиации), коего в готовящемся пакете законопроектов пока, насколько нам известно, нет. В такой ситуации основанием освобождения от уголовной ответственности будет не «простое примирение», а соглашение об урегулировании конфликта. Вот, собственно, и все...

Чуть подробнее законодатель предполагает урегулировать применение примирительных процедур (медиации) в гражданском процессе, сконструировав не новую статью, но новую главу ГПК РК (глава 12-1). В ней вполне квалифицированно, хотя и достаточно абстрактно изложены цели медиации, указаны категории гражданских дел, по которым допускается и соответственно не допускается ее применение, урегулирован механизм исполнения соглашения об урегулировании спора (пусть и несколько лапидарно). Что касается процедуры медиации, то из нового закона будет только понятно, что она должна завершаться «в срок не более тридцати суток». Много менее понятно, кто должен инициировать процедуру медиации, поскольку из новой ст. 135-1 ГПК должно вытекать, что решение о приостановлении производства по делу для проведения медиации суд принимает «по ходатайству сторон или по собственной инициативе с их согласия», а ст. 135-2 будет предусматривать, что «урегулирование спора проводится медиатором (посредником) по ходатайству одной (sic! – Л. Г.) или обеих сторон».⁷ Но совсем непонятно и не может быть понятно, где и как проводится «в течение тридцати суток» медиация, поскольку здесь законодатель вновь ограничивается отсылкой к несуществующему специальному закону о примирительных процедурах (медиации).

Как оценить предлагаемые законодателем нововведения и можно ли их рассматривать в качестве технически корректного механизма имплементации примирительных процедур (медиации) в судопроизводство Республики Казахстан?

Общая оценка законопроекта в части введения примирительных процедур

Совершенно понятно, что даже после принятия и вступления в силу разрабатываемого Закона институт медиации не начнет функционировать в Казахстане в качестве именно *правового института*. В большинстве случаев возможность медиационного урегулирования уголовно-правового или гражданско-правового конфликта останется исключительно «виртуальным правом» участников судопроизводства (*виртуальная медиация*). Реальное использование данного права либо не будет наблюдаться вовсе, либо (по незначительному числу дел) станет результатом случайного стечения обстоятельств (*стихийная медиация*).

Что должны сделать потерпевший и обвиняемый, чтобы реализовать право, предоставленное им ст. 38-1 предполагаемой редакции УПК РК? Видимо, самостоятельно и без малейшей помощи государства найти где-то на казахстанских просторах «медиатора», обратиться к нему, оплатить его работу и затем представить лицу, ведущему производство

⁷ Здесь законодателю неплохо было бы разобраться с терминологией, поскольку мы, конечно, можем при желании «распутать этот клубок» и понять, что здесь имеется в виду, но принцип правовой определенности никто еще не отменял. Алгоритм необходимых действий должен быть понятен не только специалистам по медиации, но и всем участникам судопроизводства. Возвращаясь к данной ситуации, видимо, под «инициативой» суда понимается «разъяснение» сторонам их права обратиться к медиатору, что предусмотрено ст. 170 готовящейся версии ГПК РК. Что касается «ходатайства одной из сторон», то, наверное, законодатель имеет в виду отнюдь не одностороннее действие, а нечто другое – скажем, тот факт, что стороны не обязаны излагать перед медиатором свою просьбу провести медиацию «хором» или путем составления общего документа. Но надо ли пытаться облекать эти очевидные вещи в процессуальные формы и создавать в результате двусмысленные терминологические процессуальные конструкции?

по делу, готовое медиационное соглашение. Но где они реально смогут найти компетентного медиатора, который к тому же отвечал бы требованиям, справедливо обозначенным в Концепции законопроекта: беспристрастность, нейтральность, отсутствие корыстной или иной заинтересованности и др.? Мы верим в способность волонтеров или неправительственных организаций активно включиться в оказание соответствующей помощи. Но можно ли ожидать их появления в каждом населенном пункте, в каждой деревне или городе? Волонтерская деятельность может привести лишь к появлению упомянутой «стихийной медиации», когда возможность реализации закрепленных в законе прав зависит не от институциональных факторов, а от случайного стечения обстоятельств.

Куда и к кому должны обращаться истец и ответчик, заинтересовавшись разъясненным им судом правом на мирное урегулирование гражданско-правового спора? Видимо, им опять-таки, как и в уголовном процессе, требуется самостоятельно найти «по телефонному справочнику» медиатора, что, откровенно говоря, будет делом нелегким даже в отведенные законом «тридцать суток». Можно ли в такой ситуации рассчитывать на нормальное развитие в Казахстане гражданско-правовой медиации?

В целом законопроект ограничивается созданием некоторых процессуальных норм, достаточно бессмысленных в отсутствие институционального каркаса (служб медиации и медиаторов) и надлежащего государственного финансирования. Ситуация напоминает попытку сконструировать судебную систему, приняв процессуальный кодекс, но не создав сами суды, не сформировав судейский корпус и не решив вопросы финансирования.

В этом смысле ключевыми в понимании реального значения «реформы» являются не предлагаемые изменения в УК РК, УПК РК и ГПК РК (при всех их достоинствах и недостатках), а два положения, содержащиеся в Концепции законопроекта. Согласно **первому** из них, необходимо разработать самостоятельный Закон «О примирительных процедурах (медиации) в Республике Казахстан», который и должен определить условия получения статуса медиатора, правила оплаты его деятельности и т. д. Уточним только, что вопреки мнению составителей Концепции, данный Закон является не средством «эффективного и комплексного решения всех вопросов, касающихся института примирительных процедур (медиации)», а *conditio sine qua non* существования в Казахстане института медиации как такового. Без его принятия все предлагаемые процессуальные нововведения являются лишь «декларацией о намерениях». Согласно **второму** – реализация законопроекта не потребует дополнительных финансовых затрат из государственного бюджета. На самом деле, это и есть ключевое положение Концепции, в свете которого все остальные ее положения, как и сам текст законопроекта, превращаются в сугубо доктринальный документ, лишенный практического значения.

Здесь-то и возникает главный вопрос: *каковы подлинные намерения законодателя?* Нам, разумеется, не дано их знать, но с учетом анализируемых текстов Концепции и самого законопроекта законодатель прекрасно отдает себе отчет в невозможности создания института медиации в отсутствие соответствующих институциональных и финансовых усилий. Об этом свидетельствуют многочисленные и совершенно справедливые пассажи Концепции, где говорится (пусть и исключительно в сравнительно-правовом аспекте) о «социальных службах», «центрах примирения», «бюджетном финансировании» и т. д. Не будем их все цитировать, тем более что выше мы уже признали в качестве аксиомы компетентность современного казахстанского законодателя в вопросе о значении надлежащей инфраструктуры для развития медиации. Поэтому, возвращаясь к поставленному вопросу о целях принятия анализируемого законопроекта и намерениях его составителей, вариантов ответа, на наш взгляд, может быть только **два**:

А) Казахстанский законодатель не видит реальных возможностей по выделению необходимых финансовых средств для развития в стране инфраструктуры медиации. В такой ситуации принятие закона о «виртуально-стихийной медиации» необходимо исключительно из «имиджево-бюрократических» соображений. С одной стороны, это

позволит формально относить Казахстан к числу стран, где якобы существует медиация. Принятие законопроекта превращается в такой ситуации в своеобразную «пиар-акцию», а реальное (социологическое) функционирование института отходит на второй план. С другой стороны, возникает возможность отчитаться «наверх» об исполнении поручения Президента РК, причем, не прилагая к этому никаких существенных усилий.

Б) Казахстанский законодатель рассматривает принятие закона в качестве первого формального шага на пути реального создания в стране института медиации и подобных ему примирительных процедур. Данный шаг при всей его кажущейся легкости, поверхностности и недостаточности абсолютно необходим для легализации в Казахстане института медиации, без чего нельзя поднимать вопрос о выделении соответствующих бюджетных ресурсов и совершении необходимых действий по налаживанию надлежащей инфраструктуры. После реализации первого шага (после принятия Закона о внесении дополнений в УК РК, УПК РК, ГПК РК) никто не собирается рапортовать «наверх» об исполнении поручения. Оно еще не исполнено. За первым шагом последуют следующие шаги, и только после того как инфраструктура и механизмы начнут реально функционировать, можно будет официально объявить о том, что в Казахстане появилась «подлинная медиация».

Первый из названных «сценариев» можно обозначить в качестве *пессимистического*, а второй – *оптимистического*. Пессимистический вариант развития событий мы здесь рассматриваем исключительно в качестве «теоретической спекуляции», не имеющей никакого отношения к реальным намерениям казахстанского законодателя. Если же исходить из оптимистического варианта развития событий, то становится ясно, что необходима четкая программа *дальнейших реформ*, направленных на реальную имплементацию примирительных процедур (медиации) в казахстанское уголовное и гражданское судопроизводство. В такой ситуации рассматриваемый законопроект является не «законом об имплементации», но исключительно «законом о легализации» института медиации в казахстанской правовой системе. Строго говоря, иного значения он не имеет, и иметь не может. Для имплементации требуется не столько конструирование уголовно-процессуальных и гражданских процессуальных норм, сколько несколько иной алгоритм действий и решений.⁸

Программа необходимых реформ по имплементации примирительных процедур

В максимально схематичном виде программа реальной имплементации в казахстанскую правовую систему института медиации должна включать следующие элементы:

- а) решение проблемы государственного финансирования;
- б) разграничение сфер применения социальной (финансируемой бюджетом) и коммерческой медиации;

⁸ Строго говоря, Казахстан не является первым государством Центральной Азии, легализующим у себя примирительные процедуры (медиацию). До того институт медиации был закреплен в Кыргызской Республике Законом от 25 июня 2007 г., дополнившим соответствующим положением (упоминанием «медиатора») п. 2 ч. 1 ст. 29 УПК КР. Другое дело, что в Кыргызстане так и не произошло реальной имплементации института медиации, который, по сути, остался лишь «на бумаге», существуя в «виртуально-стихийном виде» (об этом см., например, заявление кыргызстанских правозащитных организаций, сделанное в ходе Дополнительного совещания по человеческому измерению (Supplementary Human Dimension Meeting), организованного БДИПЧ ОБСЕ в Вене 12-13 июля 2007 г., где они сетовали на полное отсутствие инфраструктуры после принятия соответствующего Закона; http://www.osce.org/documents/odihr/2007/07/25565_ru.pdf). В этом смысле Казахстан может стать первым государством Центральной Азии, создавшим для медиации необходимую инфраструктуру и реально институционализировавшим ее в своей правовой системе с учетом неудач «предшественников». В противном случае казахстанскую инициативу ожидает судьба «кыргызстанской медиации».

- в) подготовка корпуса компетентных медиаторов и решение вопроса об их правовом статусе;
- г) определение форм деятельности медиаторов (службы медиации, индивидуальные медиаторы и т. д.) и организационное обеспечение их деятельности;
- д) уточнение процессуальной составляющей (уголовно-процессуальная и гражданская процессуальная адаптация института медиации).

На данном этапе законодатель стремится решить исключительно процессуальные проблемы, что является, пожалуй, наиболее организационно простым элементом программы реформ. Более того, качественная процессуальная адаптация института медиации, строго говоря, возможна только на завершающем этапе его имплементации – в противном случае процессуальные нормы приобретают декларативный и отсылочный характер (что мы и видим в предлагаемом законопроекте). Законодатель, предлагая участникам судопроизводства прибегнуть к медиации, в сущности, пытается отправить их «в пустоту», наличие которой абсолютно предопределено нерешенностью финансовых и организационных проблем.

На самом деле первоочередным вопросом, подлежащим решению казахстанским законодателем, является вопрос об объемах бюджетного финансирования, которое государство способно выделить для внедрения в национальное судопроизводство механизма примирительных процедур (медиации). Понятно, что данный вопрос находится в компетенции отнюдь не Верховного суда РК, определенного «в качестве основного разработчика» соответствующего законопроекта, но политической власти. Понятно также, что если законодатель будет и дальше исходить из того, что, как сказано в Концепции законопроекта, реализация последнего «не потребует дополнительных финансовых затрат из государственного бюджета», то никакая институционализация медиации в Казахстане просто-напросто недостижима (!). В такой ситуации «казахстанскую медиацию» ожидает судьба ее «кыргызстанской предшественницы». При этом нельзя не учитывать другое: если имплементация института медиации (как и его дальнейшее применение) неизбежно является для бюджета затратной, то отсюда вовсе не вытекает, что данный институт является экономически невыгодным. Здесь просто надо различать краткосрочные затраты и долгосрочную экономическую выгоду (постепенное уменьшение тюремного населения, сокращение тюремного персонала, снижение нагрузки на суды и т. д., не говоря уже об «имиджевых» приобретениях для казахстанского государства и соответственно казахстанской экономики).

Определив бюджетные возможности, и исходя из них, необходимо в теоретическом плане решить другую проблему, связанную с отказом от иллюзии, что медиация есть институт «самоокупаемый» и финансируемый исключительно сторонами. Никто, конечно, не оспаривает, что государство не обязано финансировать медиационные процедуры, например, в торговых (хозяйственных) спорах. Здесь его задача в другом – помочь участникам оборота создать необходимую инфраструктуру и подготовить необходимые для «коммерческой медиации» кадры медиаторов. Кроме того, необходимо, видимо, экономически заинтересовать участников споров, создав такую систему, при которой размер государственной пошлины будет меньше расходов по проведению медиации. Ясно также, что в случае с коммерческой медиацией создание такой системы лишь отчасти зависит от государства – важнейшую роль здесь будут также играть грамотные действия участников рынка медиационных услуг (выстраивание ими соответствующей ценовой политики и т. д.).

Однако нельзя также не отдавать себе отчета, что, скажем, уголовно-правовая медиация не должна быть «коммерческой» - в противном случае она не может отвечать общепризнанным ныне принципам, справедливо перечисленным в Концепции законопроекта: беспристрастность медиатора, отсутствие корыстной заинтересованности и т. д. Любой иной подход будет означать особую привилегию «ухода от уголовной ответственности» для состоятельных граждан, что вряд ли вызовет энтузиазм широких слоев населения. Право на помощь медиатора должно быть в соответствующих случаях доступно любому участнику

уголовно-правового конфликта, в силу чего здесь необходимо создание системы «социальной медиации», *постоянно* финансируемой государством.⁹ Кроме того, социальная медиация должна в определенных пределах существовать и в гражданском процессе по ряду категорий дел, которые законодателю предстоит определить. В качестве примера можно привести трудовые, семейные споры и т. д.¹⁰ В этом смысле необходимо учитывать, что бюджетные расходы на создание медиационной инфраструктуры не являются одноразовыми – в дальнейшем государству требуется финансировать деятельность по проведению «социальной медиации» в уголовном и отчасти гражданском процессах. Обратим также внимание еще на один нюанс: разграничение коммерческой и социальной медиации обязательно в материальном плане (с точки зрения финансирования медиации), но вовсе не обязательно в плане персональном. Иными словами, один и тот же медиатор вполне может быть как медиатором «социальным» (если медиация осуществляется за счет государства), так и медиатором «коммерческим» (если медиация осуществляется за счет сторон). Разграничение в зависимости от источника финансирования видов медиации вовсе не обязательно приводит к разделению корпуса медиаторов на «социальных» и «коммерческих». Профессиональный корпус медиаторов может быть един (по аналогии с адвокатами, попеременно выступающими по «назначению» и «соглашению»). Впрочем, в такой ситуации на первый план выходит проблема деонтологии медиатора – нельзя допустить расслоение медиации на «выгодную» и «невыгодную». Но варианты здесь в любом случае возможны.

Во многом в зависимости от решения предыдущей проблемы должен зависеть и подход к персональному составу корпуса медиаторов. Прежде всего, как отмечено ранее, необходимо обсудить целесообразность его единства или дуализма (с учетом существования социальной и коммерческой медиации), а также - в какой мере профессия медиатора должна быть основной или вспомогательной (в духе концепции «медиатора на полставки»), и возможны ли здесь сочетания (смешанные модели). Ясно также, что в персональном плане необходимо решить две фундаментальные проблемы, которые выше мы уже упоминали:

- 1) педагогической подготовки медиаторов, причем подготовки не «одноразовой», а перманентной;¹¹
- 2) четкого законодательного порядка наделения лица статусом медиатора и лишения его такого статуса (исходя из модели небюрократического корпуса медиаторов с особым статусом¹²).

⁹ Мы здесь не видим смысла насыщать данный анализ сравнительно-правовыми примерами, демонстрирующими возможные механизмы бюджетного финансирования работы медиаторов в рамках «социальной медиации» (учитывая отмечавшийся ранее высокий уровень Концепции законопроекта, данные механизмы, скорее всего, прекрасно известны казахстанскому законодателю). О механизме оплаты работы медиатора, например, во Франции, где медиатор получает от государства не заработную плату, а определенную фиксированную сумму за каждую проведенную медиацию, проводимую в бюджете по разряду «судебных издержек», см.: *Mbanzoulou P. La médiation pénale. Paris. L'Harmattan. 2002. P. 39.*

¹⁰ Можно ли, скажем, представить себе «нейтрального» коммерческого медиатора в споре работника и работодателя по поводу выплаты заработной платы, учитывая заведомое материальное неравенство сторон?

¹¹ Если исходить из того, что медиатором вовсе не обязательно должен быть юрист, то здесь возникает возможность использования инфраструктуры психологических, социологических и т. п. факультетов вузов, выпускники которых не всегда востребованы по специальности на рынке труда, хотя многие такие вузы финансируются из бюджета (проблема рационального расходования затрат на образование).

¹² Вариант, при котором (с учетом «социальной медиации») в реестре государственных должностей Республики Казахстан появится специальная должность «медиатора», действующего наряду с медиатором-коммерсантом, также может гипотетически рассматриваться, однако он нам кажется неудачным. Медиация чужда бюрократизации как таковая – любая неизбежная в такой ситуации иерархизация для нее губительна, не говоря уже о дополнительных рисках коррупции и раздувании государственного аппарата. В этом смысле оптимальным выглядит ставшая уже классической модель автономной профессии медиатора с особым статусом (по аналогии с нотариусом, адвокатом

При ответе на второй вопрос следует, видимо, взять в качестве образца методiku решения проблем статусов судей и адвокатов: требования к профессии; процедура наделения полномочиями; орган, уполномоченный принимать решение; основания лишения статуса медиатора в случае ненадлежащего выполнения им своих обязанностей; органы дисциплинарного контроля и т. д.

Наконец, требуется определить, должны ли медиаторы работать исключительно индивидуально или они могут объединяться в рамках коллективной «службы медиации». Думается, что оба варианта возможны, но при условии существования как минимум одной службы медиации (или группы индивидуальных медиаторов) в пределах территории каждого суда нижней инстанции. Государство должно обеспечить соответствующую деятельность в качестве обязательного элемента системы уголовной и гражданской юстиции. Речь здесь, разумеется, идет только о социальной медиации, поскольку коммерческая медиация будет неизбежно, причем без всякой «подсказки» государства, концентрироваться в границах крупных деловых центров. Возвращаясь к социальной медиации, перспективным выглядит концепция «домов правосудия», под крышей которых наряду с судами нижней инстанции могли бы разместиться службы медиации (индивидуальные медиаторы). Ясно, что создание таких центров на базе судов обойдется значительно дешевле, нежели строительство отдельных зданий или подготовка отдельных офисов, не говоря уже об удобстве для участников судопроизводства и прочих преимуществах такого рода. Очевидно также, что в той мере, в какой государство возлагает на медиаторов определенные социальные функции, оно обязано взять на себя организационное обеспечение их деятельности, включая «мелочи» (коммунальные расходы, оргтехника и т. д.), о которых здесь нет смысла даже говорить. В дальнейшем к службам медиации могли бы добавиться в рамках концепции «домов правосудия» (именно «домов», а не «дворцов») социальные работники, службы пробации и другие подобные институты, столь, откровенно говоря, необходимые для модернизации и социализации казахстанской уголовной (прежде всего) и гражданской (в значительной мере) юстиции.

В целом, начавшаяся в Казахстане работа по имплементации в национальное судопроизводство примирительных процедур либо превратится в кратковременную «пиар-акцию», которую быстро забудут и от которой останется лишь впечатление юридического «мыльного пузыря», либо ознаменует собой подлинный прорыв в реформировании судебной системы одного из постсоветских государств. По крайней мере, за пределами Евросоюза на постсоветском пространстве пока никому *технически корректно* имплементировать медиацию не удалось (разве что лишь формально легализовать). Успех или неудача мероприятия почти полностью зависят от того, готовы ли казахстанские власти приложить для реализации столь непростой задачи необходимые финансовые, организационные и интеллектуальные усилия.

Март 2010 г.

и т. д.). Впрочем, здесь мы вновь сталкиваемся с механизмом государственного финансирования оплаты труда медиатора, действующего для сторон бесплатно, который должен быть надежным, но гибким.