

МИНИСТЕРСТВО НАУКИ И ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ  
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ  
федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение  
высшего образования  
«Тольяттинский государственный университет»  
Институт права  
\_\_\_\_\_  
(наименование института полностью)

Кафедра «Предпринимательское и трудовое право»  
(наименование)

40.04.01 Юриспруденция

\_\_\_\_\_  
(код и наименование направления подготовки)

Правовое обеспечение предпринимательской деятельности  
\_\_\_\_\_  
(направленность (профиль))

## **ВЫПУСКНАЯ КВАЛИФИКАЦИОННАЯ РАБОТА (МАГИСТЕРСКАЯ ДИССЕРТАЦИЯ)**

на тему Договорные формы регулирования споров в сфере  
предпринимательской деятельности

Студент

Р.А. Щепетов

(И.О. Фамилия)

\_\_\_\_\_  
(личная подпись)

Научный  
руководитель

кандидат юридических наук, доцент Е.В. Чуклова

\_\_\_\_\_  
(ученая степень, звание, И.О. Фамилия)

Тольятти 2020

## Оглавление

Введение.....	3
Глава 1 Способы разрешения спорных ситуаций.....	11
1.1 Проблема разграничения категорий «конфликт» и «спор».....	11
1.2 Классификация альтернативных способов разрешения споров, их договорная природа.....	18
1.3 Договорные механизмы ранней диагностики споров.....	34
Глава 2 Особенности договоров о разрешении споров с привлечением стороннего лица (аккомодатора) .....	43
2.1 Стороннее лицо, привлекаемое по соглашению сторон для урегулирования спора.....	43
2.2 Внесудебная медиация предпринимательских споров.....	50
2.3 Сущность третейского разбирательства.....	65
2.4 Администрирующие институты и их роль в регулировании коммерческих споров .....	74
Глава 3 Проблема создания замкнутых договорных систем урегулирования предпринимательских споров.....	87
3.1 Договорные способы урегулирования споров в рамках дящихся проектов .....	87
3.2 Договорные способы разрешения конфликтных ситуаций при реализации инвестиционных проектов.....	100
3.3 Договорный порядок урегулирования споров в отношениях государственно-частного партнерства.....	108
Заключение .....	113
Список используемой литературы и используемых источников.....	119

## Введение

Актуальность исследования. Систематизация критериев, необходимых для формирования системы гражданско-правовых договоров, на основе их анализа, обеспечивающих механизм разрешения конфликтов, минимизации операционных издержек сторон и снижения нагрузки по рассмотрению и разрешению дел на суды, обуславливает актуальность темы исследования. Современный этап развития международных экономических отношений свидетельствует о необходимости проведения объективного исследования различных методов разрешения предпринимательских споров во досудебном порядке. Такие методы рассматриваются через призму гражданского права в тесной взаимосвязи с гражданским процессом. Речь идет о гражданско-правовых договорах, которые наделены возможностью непосредственного исполнения судебными органами Российской Федерации.

Заключая договор, стороны управляют рисками, снижают транзакционные издержки, что позволяет учитывать интересы сторон и устанавливать их баланс, оптимизировать этапы разработки договора и его исполнения с точки зрения предвидения. Следовательно, актуальность обусловлена необходимостью всестороннего изучения альтернативных способов разрешения предпринимательских споров, в том числе с иностранным элементом. Результаты проведенного исследования систематизируют меры, способствующие повышению осведомленности предпринимателей, развитию правовой культуры в данной области, а также является актуальным и может помочь в создании системы мер, которые повысят осведомленность субъектов предпринимательства, их правовую культуру и позволят привить им первичные навыки ведения переговоров.

Следует отметить, что с 1 июня 2016 года сторонам многих экономических споров было предписано сделать обязательную попытку досудебного урегулирования своих разногласий перед обращением в арбитражный суд. 25 октября 2019 года вступили в силу поправки в АПК,

ГПК и КАС РФ, касающиеся примирительных процедур. Помимо уже известной процедуры медиации, появились новые: переговоры и судебное примирение. Условия переговоров будут определять сами стороны. Судебное же примирение будет проводиться в порядке, предусмотренном соответствующим процессуальным кодексом и Регламентом, утвержденным ВС РФ. Для того, чтобы эти предписания не превратились в дополнительное бремя для сторон и не были оформлены только в форме процедуры урегулирования претензий, а, наоборот, использовались сторонами в споре в качестве дополнительной возможности для разрешения своих разногласий, необходимо, чтобы они понимали, как эти различия могут быть разрешены и как сделать правильный выбор из доступных альтернатив. Проблема оптимизации участия государства в разрешении предпринимательских споров осуществляется по принципу, что государство вмешивается только в тех случаях, когда нарушаются законные права и интересы государства.

Глобализация международных экономических отношений и интенсификация экономического оборота, естественно, приводят к увеличению числа предпринимательских споров. В то же время становится очевидным, что распространению согласительных процедур препятствует отсутствие юридической силы их результата: окончательное соглашение, достигнутое сторонами, не имеет силы исполнительного документа. Именно по этому вопросу в настоящее время ведется работа в Рабочей группе II Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ).

Актуальным остается вопрос совершенствования национального законодательства в сфере признания и обеспечения выполнения соглашений, достигнутых в результате АРС, поскольку, с одной стороны, оно способствует вовлечению отечественных предпринимателей в международную систему разделения труда, а с другой - это обеспечивает эффективную защиту инвесторов.

При формировании договорных отношений по урегулированию споров в международном коммерческом обороте стороны широко применяют нормы частной унификации права, разработанные различными ассоциациями предпринимателей, а также международными ассоциациями юристов. Совокупность таких правил, восходящих к обычаям бизнеса, значительно выросла за последние годы. Изучение этих правил, практики их применения и перспектив их использования в отношениях с участием российских предпринимателей также придает исследованию практическую значимость.

Объект исследования: общественные отношения, возникающие в сфере договорных форм регулирования споров в сфере предпринимательской деятельности.

Предмет исследования: нормы российского и международного права, регулирующие особенности договорных форм регулирования споров в сфере предпринимательской деятельности.

Цель исследования. Целью исследования выступает теоретический и практический анализ договорных форм регулирования споров в сфере предпринимательской деятельности.

Гипотеза исследования. Природа соглашений о порядке урегулирования споров, разновидностями которых являются, в частности, соглашение о проведении переговоров об урегулировании спора, соглашение о проведении переговоров сотрудничества при содействии юристов, соглашения о проведении согласительных процедур (например, медиации), подразумевает существование взаимных обязательств сторон по сотрудничеству друг с другом.

Использование консенсуальных АРС особенно показано для разрешения споров из сложных долгосрочных договоров, существенными условиями которых являются взаимозависимость и сотрудничество сторон, в которых важную роль играет субъективный фактор (личность участников) и достижение общей цели которых предопределяется добросовестным взаимодействием сторон.

Задачи исследования. Указанная цель обусловила решение следующих задач:

1. исследовать проблему разграничения категорий «конфликт» и «спор»;
2. изучить особенности классификации АРС, их договорной природы;
3. исследовать договорные механизмы ранней диагностики споров;
4. исследовать статус стороннего лица, привлекаемого по соглашению сторон для урегулирования спора;
5. исследовать особенности внесудебной медиации предпринимательских споров;
6. исследовать сущность третейского разбирательства;
7. исследовать особенности администрирующих институций и их роль в регулировании коммерческих споров;
8. рассмотреть научно-практические аспекты договорных способов урегулирования споров в рамках делящихся проектов;
9. исследовать договорные способы разрешения конфликтных ситуаций при реализации инвестиционных проектов;
10. исследовать сущность и практическую реализацию договорного порядка урегулирования споров отношений государственно-частного партнерства.

Теоретико-методологическая основа исследования. Данная тема весьма слабо отражена в работах современных ученых, что может быть связано с относительной «молодостью» института договорного регулирования споров.

Вместе с тем, общетеоретические особенности договорных форм регулирования споров можно найти в трудах таких ученых, как Ю.М. Бражников, М.А. Егорова, А.Я. Курбатов, В.Н. Кудрявцев, Б.Н. Мезрин, А.А. Мохов, В.А. Ойгензихт, Т.В. Соيفер, Ю.А. Тихомиров, С.Ю. Филиппова и т.д.

Базовыми для настоящего исследования также стали труды таких ученых, как В.И. Бенова, Г.В. Севастьянов, О.Н. Шеменова.

Методология исследования. При проведении исследования были использованы общеправовые и частноправовые методы исследования, в число которых входят анализ, синтез, системный, структурный, формально-правовой, формально-логический, сравнительно-правовой и т.д.

Опытно-экспериментальная база. Материалы исследования использовались при подготовке программы обучения основам сопровождения в международных коммерческих примирительных процедурах студентов Всероссийской академии внешней торговли Минэкономразвития РФ (ВАВТ) и медиаторов.

Научная новизна диссертационного исследования. В настоящей выпускной квалификационной работе решаются научные проблемы, имеющие теоретическое и практическое значение в сфере договорных форм регулирования споров в сфере предпринимательской деятельности.

В диссертационном исследовании выявляются проблемы практической реализации соответствующих положений современного процессуального законодательства. В итоге в представленном исследовании выработаны предложения по совершенствованию действующего законодательства в анализируемой области, которые направлены на улучшение указанной сферы деятельности.

Теоретическая значимость исследования. В рамках исследования впервые проведено детальное изучение договорных способов решения предпринимательских споров, сделан анализ их правового регулирования и дальнейшие перспективы их развития.

Практическая значимость исследования. Полученные в результате проведенного анализа материалы могут быть использованы в деятельности специалистов и организаций, специализирующихся на внесудебных способах регулирования предпринимательских споров.

Достоверность и обоснованность результатов исследования обеспечивается, прежде всего, проведенным анализом значительного числа отечественных и зарубежных публикаций по проблематике исследования, а также продуктивным применением комплекса общенаучных методов. Достоверность выводов и предложений, изложенных в диссертации, подтверждается компетентной постановкой исследовательской проблемы, сформулированной гипотезой, целями и совокупностью решаемых задач по ее достижению, адекватным и корректным применением методических средств.

Личное участие автора в получении результатов заключается в разработке, подготовке и личном проведении этапов исследования в непосредственной организации проводимой аналитической работы.

Апробация и внедрение результатов работы велись в течение всего исследования. Его результаты докладывались на следующей конференции:

- Международной научно-практической конференции «Актуальные проблемы права и правоприменения», 21-22 ноября 2019 года, по адресу: Самарская область, г. Тольятти, ул. Ушакова, д. 57, корпус Э (в здании Института права ТГУ).

На защиту выносятся следующие положения:

1. В рассматриваемой области формируется система договоров, обеспечивающая возможность разрешения экономических споров без обращения к процедурам, проводимым в государственных судебных органах. Отличительной чертой этой системы является потенциальная возможность непосредственного признания и исполнения результата договоренности об урегулировании спора.

2. Соглашение о порядке урегулирования спора, с одной стороны, закрепляет выбор сторон относительно способа (последовательности действий сторон для урегулирования спора); с другой стороны, - обязывает стороны действовать в порядке, соответствующем выбранному ими способу урегулирования спора.



3. Специфическим свойством соглашения о порядке урегулирования спора является его автономность. Несмотря на автономный, самостоятельный по отношению к основному обязательству характер, соглашение о порядке урегулирования спора, тем не менее, непосредственным образом связано с основным обязательством, из которого возник спор.

4. Потенциал различных механизмов АРС позволил условно разделить их на договорные процедуры на основе интересов (они используются для выявления потребностей и интересов их участников, то есть они направлены на выявление причин конфликта и мотивов, которые могут использовать стороны при решении сесть за стол переговоров).

5. Элементом гарантии беспристрастности и независимости аккомодатора является разделение функций технического администрирования. Наблюдается явная тенденция к формированию единообразных стандартов квалификации, поведения аккомодаторов и правил проведения ими процедуры урегулирования или разрешения спора.

6. Проектирование системы разрешения споров (ПСРС) лучше подходит для систематического управления несколькими однородными спорами, чем для управления отдельными спорами. Проектирование может включать оценку потребностей заинтересованных сторон (среди них, в первую очередь, стороны спора акционеры, в случае компаний, менеджмента и сотрудников, в случае физических лиц); разработку системы работы с этими потребностями; повышение квалификации; внедрение, оценку и периодические изменения в системе, чтобы адаптировать ее к изменяющимся обстоятельствам. В основе теорий проектирования лежит разработка систем, которые предоставляют спорящим сторонам выбор из множества вариантов разрешения споров. Основатели Гарвардской школы интегративных переговоров Юри, Бретт и Голдберг.

7. Обоснован вывод о необходимости участия Российской Федерации в разработке международного документа об исполнении

международных коммерческих соглашений, достигнутых в результате проведения согласительных процедур.

8. В рамках комплексных систем сложных многокомпонентных договоров, опосредующих достижение единой экономической цели, АРС образует замкнутую систему урегулирования споров внутри системы договорных связей между профессиональными участниками договорных отношений.

9. Установлена роль администрирующих институций (институционных центров) в АРС и специфика их функций как аккомодаторов, выделены критерии надлежащего осуществления таких функций, подчеркнута важность ограничения их полномочий техническими функциями, хотя в ряде случаев допускается точечное организационное вмешательство администрирующих институций в процедуру АРС.

10. Необходимость закрепления единого порядка проведения процедуры медиации, нормативное закрепление гарантии исполнения медиативного решения, легитимирование их оспаривания в государственном компетентном суде и установление порядка получения исполнительного листа на принудительное исполнение медиативного соглашения с целью придания огласки и распространения данной процедуры в российской системе права, как в зарубежных странах.

Структура исследования. Работа состоит из введения, трех глав, содержащих десять параграфов, заключения, списка используемой литературы и используемых источников (47 источников). Основной текст работы изложен на 124 страницах.

## **Глава 1 Способы разрешения спорных ситуаций**

### **1.1 Проблема разграничения категорий «конфликт» и «спор»**

Конфликт представляет собой сложное явление, сочетающее социальную, экономическую, правовую, психологическую составляющие в их конфронтации и взаимодействии. Теория конфликта и практика его разрешения широко освещена в отечественной и зарубежной литературе. Однако ни одно из определений конфликта не может считаться универсальным и общепринятым.

Видится целесообразным поднять этот вопрос, поскольку для определения юридической сущности альтернативных механизмов разрешения споров необходимо понять, что именно подразумевается под спором. Связь между спором и конфликтом очевидна, спор в предпринимательской деятельности является вторичным, опосредованным правовыми нормами, проявлением обострения конфликта. Кроме того, с помощью альтернативных методов могут быть разрешены не только споры, но и конфликты до их объективации в виде спора [37, с. 15].

Имеет смысл обратиться к философскому пониманию конфликта как к форме взаимодействия (взаимосвязанных целенаправленных действий) его сторон. Если, продвигаясь к достижению своих целей, стороны помогают друг другу в своих действиях (одна сторона поддерживает любую цель другой стороны), то они вступают в позитивное взаимодействие (сотрудничают). Вмешательство в действия другой стороны для достижения собственной цели, наоборот, влечет отрицательное взаимодействие. Целесообразно согласиться с точкой зрения Т. В. Сойфер, которая видит в своих интересах «мотивирующую причину и воплощение потребностей личности» [36, с. 132].

Поскольку человек существует в обществе, он может удовлетворить свои потребности, от самых основных, направленных на сохранение его как

биологического субъекта, до самых сложных, состоящих в самореализации, только взаимодействуя со своим собственным видом (тоже людьми). Отношения в обществе относительно реализации частных интересов своих членов опосредованы правовыми нормами, поэтому работа многих российских и зарубежных ученых посвящена понятию интереса к праву. Не вдаваясь в изучение этой темы, тем не менее, целесообразно представить здесь краткий обзор наиболее интересных теорий. Как отмечает Ю.А. Тихомиров: «право посредством интереса выражает притязания личности, правовую и иную оценку явлений, действий в правовой сфере» [39, с. 4]. Существуют разные взгляды на природу интереса. Сторонники субъективной теории считают, что интерес, характеризующий отношение субъекта к условиям его бытия, является конкретной потребностью, которую он удовлетворяет в связи с конкретными жизненными обстоятельствами. Сторонники объективной теории, напротив, считают, что содержание интереса представляет собой социально значимую потребность. Существует также точка зрения, согласно которой в интересующем содержании комбинируются как субъективный, так и объективный компоненты, либо сосуществующие в нем одновременно, либо последовательно возникающие один за другим. Думается, что последняя точка зрения наилучшим образом отражает динамический характер интереса и объясняет его эволюцию в направлении реализации заложенной в нем потребности. А. Я. Курбатов отмечает: «Интерес, проявляющийся в результате влияния социальных условий, после его индивидуального осознания превращается в субъективный интерес» [16, с. 98]. Т. В. Сойфер, при рассмотрении этапов реализации интереса, обратила внимание на то, что потребность трансформируется в интерес через осознание потребности, определение товара, который ее удовлетворяет, и выбор цели – способа получения этого товара. Интерес как правовая категория формируется (и может быть реализован) путем вступления в общественные отношения, регулируемые законом и позволяющие субъекту получать желаемые выгоды посредством

осуществления субъективных прав и обязанностей [36, с. 133].

Конфликт возникает уже при выборе способа разрешения спора, в частности – спора, возникающего в результате предпринимательской деятельности. Предпринимательская деятельность характеризуется независимостью участников, в том числе – при принятии решений, связанных с урегулированием споров, а также риском, неразрывно связанным с независимостью принимаемых решений и последствиями применения выбранного метода разрешения споров.

Конфликт – это динамическое явление. По своему становлению он проходит три этапа: формирование конфликтной ситуации, конфликтное взаимодействие (открытая стадия конфликта) и окончание конфликта. На стадии формирования конфликтной ситуации возникают какие-то причины для инцидента, формируется объективное противоречие (проблема). Стадия конфликта – первая попытка решить проблему. После конфликта интересов между сторонами конфликт либо обостряется, либо переходит в упадок (когда его участники либо теряют желание или способность решить проблему). Концом конфликта может быть либо устранение конфликта (проигрыш одной или обеих сторон, перерастание в новый конфликт), либо разрешение его (путем взаимных уступок (компромисса), без разрешения противоречия, лежащего в основе конфликта), либо разрешение его (устранение инцидента, вызвавшего конфликт). Для участников такие ситуации становятся либо «выигрыш-проигрыш», либо «проигрыш-проигрыш», либо «выигрыш-выигрыш». Обратите внимание, что последняя ситуация невозможна при выборе состязательного метода разрешения конфликта – например, обращения в суд или арбитраж.

При выборе метода разрешения спора стороны определяют способы разрешения спора, при этом их соглашение будет определять юридическую обоснованность результатов применения альтернативного способа разрешения спора (далее по тексту – АРС). Результатом является рекомендация, договор или обязательное решение, постановление,

предписание или указание третейского суда. Различные механизмы в АРС выполняют разные функции, в том числе профилактическую (превентивную); корректирующую (моделирующую) действия сторон в споре, связанные с выполнением взаимного обязательства по договору или в связи с его заключением, исполнением или прекращением. Также можно выделить стимулирующую функцию (способствующую возобновлению обсуждений новых условий, касающихся существующих отношений сторон). Государство гарантирует применение результатов АРС посредством императивных предписаний.

Изучение конфликта, пути и пределы правового воздействия на него находятся в начале пути. Тема обоснованности существования правовой конфликтологии как самостоятельной области науки является дискуссионной – достаточно сказать, что более или менее единодушно принято определение предмета исследования – правовой конфликт – а также обоснования выделения правового конфликта как отдельного явления – не существует. Таким образом, Ю. А. Тихомиров определяет правовой конфликт как «противоречие между существующими правовыми нормами, актами и существующими институтами и исками, действиями по их изменению, нарушению, отклонению ... мы говорим о

- а) правовом понимании и толковании;
- б) правовом порядке разрешения конфликтов;
- в) об использовании и оценке доказательств;
- г) наличии органа, уполномоченного разрешать конфликты;
- д) признании обязательной силы спора;
- г) возмещении ущерба и восстановлении прежнего правового статуса или образовании нового государства» [39, с. 4].

В.Н. Кудрявцев считает, что правовой конфликт – это «активное противодействие сторон, вызванное полярностью их интересов или разным отношением к ценностям и нормам общественной жизни» [15, с. 121]. По словам Ю. М. Бражникова, правовой конфликт – это «конфронтация

субъектов правоотношений на правовой основе, которая имеет правовые последствия и разрешается или прекращается в форме судебных процедур и законными средствами» [8, с. 87]. Разные исследователи воспринимают конфликт по-своему, часто сводя его к одному из моментов его существования – обострению, они видят только отрицательную сторону конфликта, игнорируя его творческую часть (способность сторон активно участвовать в его разрешении), чтобы услышать друг друга и совместно разрешить разногласия в достижении целей каждого из них, заменить существующие правовые отношения, не отвечающие общим интересам, качественно новыми, расширяя возможности каждого из них и выводя их на новый уровень, часто ограничивая способы его урегулирования приводят к прекращению отношений (расторжение договора, новация), о поправке к договору упоминается реже.

С. Ю. Филиппова считает, что «конфликт является неотъемлемым свойством легальной деятельности», однако ее мнение в части того, что конфликты могут возникать только между равными субъектами, является спорным [41, с. 94]. Правильно отмечая, что «скорее всего судебное разрешение споров не затрагивает конфликтующие интересы сторон, не может примирить или помочь в поиске компромиссного решения», видя причины в формальном подходе суда, принципе состязательности, рисках непредсказуемых судебных решений, продолжительности процедур для разрешения споров, которые приводят к трудно поддающимся количественному определению издержкам для сторон, С. Ю. Филиппова не замечает, что она уже говорит о споре, а не о конфликте. Необходимо различать эти два явления.

Кажется, что конфликт является естественным явлением общества, у которого есть как отрицательные стороны (так что неразрешенный, игнорируемый конфликт может привести к разрушению социальной системы), так и положительные (в процессе разрешения конфликта стороны могут найти инновационные решения), что может вывести отношения сторон

на качественно новый уровень и позволить сторонам совместно достичь своих целей. В то же время субъективный фактор имеет решающее значение в развитии и разрешении конфликта. Результат разрешения конфликтной ситуации зависит от восприятия и осознания конфликта отдельными лицами – сторонами или представителями сторон, и представители сторон могут иметь свои собственные интересы, которые не совпадают с интересами представляемого лица.

Стороны в конфликте или их представители по-разному воспринимают причины конфликта, по-разному они включают: их собственные потребности, интересы и цели сторон в конфликте, которые могут противоречить или совпадать с их собственными потребностями, интересами и целями личности, учитывая их компетенцию, влияние культуры, в которой они сформировались и социальной среды. Конфликт представляет собой сложное и многоплановое междисциплинарное явление, сочетающее социальную, экономическую, правовую, психологическую, этническую, культурную составляющие, и поэтому изучение этого явления в рамках правовых наук нецелесообразно, поскольку не позволяет разработать эффективные средства для его регулирования и управления им.

Спор – это объективация позиций сторон на открытой стадии конфликта, которая проявляется через нормы права, применимые к отношениям сторон. Позиции сторон изложены в официальных уведомлениях, которыми стороны обмениваются на основе императивных норм применимого права или порядка, установленного в соглашении сторон (претензия – ответ на претензию; акт приемки оказанных услуг – мотивированный отказ от его подписания; исковое заявление – ответ на иск).

Швейцарские эксперты в сфере применения АРС и его правового регулирования Биргит Самбет-Глазнер и Джереми Лак ярко изображают конфликт как айсберг, вершину которого составляют факты, законодательство и позиции сторон, а невидимая подводная часть – это недоразумение, интересы, эмоции, чувства, ценности и потребности.



Очевидно, что по существу невозможно разрешить конфликт, если он разрешен только на основе информации, имеющейся на вершине айсберга.

Принимая во внимание только положения закона и разрешая спор по существу в соответствии с действующим законодательством, невозможно устранить первопричины конфликта, которые могут быть очень отдаленно связаны с его юридическим проявлением и носят чисто субъективный характер. Как Г. В. Севастьянов справедливо указывает, что разрешение спора подразумевает возможность поддержания конфликтных отношений, а разрешение конфликта, наоборот, должно привести к его ликвидации [34, с. 12]. С нашей точки зрения, необходимо использовать терминологию, которая позволяет точно указывать разницу между двумя возможными подходами и в первом случае говорить о разрешении спора, а во втором – о разрешении конфликта.

Если рассматривать АРС в качестве правового средства достижения целей конфликта, разрешения конфликта или урегулирования спора, то для выбора этого средства требуется согласование процедуры урегулирования спора – согласие сторон на его использование (соглашение сторон о ведении переговоров, оговорка о посредничестве, переговоры о заключении договора с участием адвоката, оговорка об арбитраже).

С.Ю. Филиппова отмечает, что пределы свободы выбора правовых инструментов определяются отсутствием императивной нормы, предписывающей определенное поведение сторонам, или наличием императивной нормы, предписывающей сторонам самостоятельно выбирать определенное поведение [41, с. 95; 9].

Такое правило содержится в части 5 ст. 4 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации [5] с изменениями, вступившими в силу 1 июня 2016 года: оно устанавливает обязательство сторон в гражданских спорах в большинстве категорий дел пытаться разрешить их спор в течение тридцати календарных дней до передачи дела в суд. Однако существует опасность, что стороны будут подходить к этому

условию формально, ограничивая себя направлением иска. Тем не менее, было положено начало, и, несомненно, в Единый ЕПК должно быть включено единственное положение, предписывающее сторонам попытаться разрешить их спор в досудебном порядке.

Таким образом, спор – это объективация позиций сторон на открытой стадии конфликта, которая проявляется через нормы права, применимые к отношениям сторон. Позиции сторон изложены в официальных уведомлениях, которыми стороны обмениваются на основе императивных норм применимого права или порядка, установленного в соглашении сторон (претензия – ответ на претензию; акт приемки оказанных услуг – мотивированный отказ от его подписания; исковое заявление – ответ на иск).

В рамках данной работы термины «спор» и «конфликт» используются взаимозаменяемо, если иное прямо не вытекает из контекста.

## **1.2 Классификация альтернативных способов разрешения споров, их договорная природа**

Методы разрешения коммерческих споров без обращения в государственные суды традиционно объединяются под названием «альтернатива» (т. е. другие, которые предполагают выбор из множества вариантов). Значение слова «альтернативный» во фразе «альтернативные способы разрешения споров» можно интерпретировать несколько шире, чем «отличается от обращения в государственные суды». Это слово подчеркивает гражданско-правовую природу этих методов. Как правильно заметил В.А. Ойгензихт, альтернативой является проявление диспозиции, присущей гражданскому праву, то есть способность «осуществлять правосубъектность по своему усмотрению, приобретать гражданские права и обязанности, управлять ими, определять их содержание в определенной степени» [26, с. 37]. Кроме того, «альтернатива предписанию диспозитивной нормы допустима только в отношении взаимной воли, согласия сторон, а не в

отношении одностороннего создания правоохранительного органа». Поэтому справедливо сказать, что все АРС объединены своим договорным характером, и каждый из них является соглашением сторон.

Все эти методы (механизмы) объединены тем, что они основаны на соглашении сторон (как о порядке, структуре их поведения, так и об ожидаемом юридическом эффекте результата), заключенном сторонами добровольно и конфиденциально. Можно согласиться с тем, что каждый из этих механизмов имеет определенную структуру, построенную таким образом, чтобы стороны могли достичь результата наиболее эффективным и наименее затратным (как с точки зрения финансов, так и с точки зрения времени, а также с точки зрения рационального использования людских ресурсов) способом [46].

Для альтернативных методов разрешения споров характерно то, что путь к соглашению по вопросу урегулирования (основное содержание разногласий сторон) трудно отделить от соглашения об урегулировании этого разногласия. Это может объяснить возникновение таких теорий АРС, как теория частного процессуального права. Признавая право авторов теории на их точку зрения, мы полагаем, что процессуальное право по своей природе подразумевает наличие элемента (государственного) принуждения. Современные исследователи также подчеркивают роль власти в гражданском судопроизводстве: как отмечает А.А. Мохов, гражданский процесс «служит формой исполнения гражданских, семейных, юридических, трудовых и иных обязанностей. Служебная роль гражданского процессуального права заключается именно в защите и обеспечении соблюдения прав, закрепленных в нормах материального права» [19, с. 154]. Элемент принуждения со стороны государственных судов и правоохранительных органов опирается на императивные нормы процессуального законодательства и является внешним по отношению к договорным отношениям сторон в отношении урегулирования разногласий или споров между ними.

Наоборот, альтернативные механизмы разрешения споров строятся в

первую очередь на добровольном (определяемом экономическим интересом) вступлении в переговоры по их применению, определении содержания регулируемых отношений и порядка такого урегулирования, а также реализации достигнутого соглашения. Таким образом, даже в частном правосудии – арбитраже – нет процесса в том смысле, в котором он определяется процессуальным правом, даже при сохранении таких базовых принципов процесса, как спор, независимость и беспристрастность арбитра. Стороны самостоятельно определяют правила рассмотрения спора, в том числе путем предоставления арбитрам права выбора порядка рассмотрения спора по своему усмотрению. Поэтому мы считаем, что аргументы, приводимые в поддержку концепции частного процессуального права, фактически свидетельствуют в пользу субстантивного, договорного характера механизмов АПК. Однако в рамках данной работы мы рассматриваем только споры, возникающие между предпринимателями в ходе их коммерческой деятельности на основе договоров между ними.

По нашему мнению, в отношении понятия «коммерческий» следует руководствоваться пояснением, содержащимся в примечании 2 к пункту 1 статьи 1 Типового закона Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) о международной коммерческой согласительной процедуре (далее упоминается в качестве Типового закона ЮНСИТРАЛ) и толковать его «в широком смысле, с тем, чтобы он охватывал вопросы, возникающие в связи со всеми коммерческими отношениями, как договорными, так и не договорными» [38].

Что касается трансграничных коммерческих споров, возникающих между участниками международных коммерческих сделок, чьи участники на момент заключения соглашения об урегулировании спора имели коммерческие предприятия или резиденции в разных государствах, то внимание уделяется выбору права, применимого к соглашению об урегулировании спора и окончательным соглашениям об урегулировании спора.

Ссылаясь на критерии классификации альтернативных методов разрешения споров, отметим следующее: «как часть альтернативных методов разрешения споров, общим условием для которых является согласие сторон, можно выделить консенсуальные (т. е. основанные на общем согласии сторон в отношении порядка их проведения и в отношении результата, завершающегося соглашением об урегулировании спора, условно называемого миром). Под консенсуальными методами разрешения споров понимаются механизмы, основанные на добровольном согласии сторон, с помощью которого стороны стремятся разрешать споры между собой путем переговоров, не обращаясь в суд, где судья назначит им решение.

Консенсуальные способы разрешения коммерческих споров включают любые механизмы разрешения споров, которые не противоречат обязательным законам, с которыми стороны согласились добровольно. Это определение совпадает с определением альтернативных механизмов разрешения споров, нюансы могут заключаться в том, насколько активно стороны играют ведущую роль в определении процедуры разрешения своего спора и статуса принятого решения (некоторые исследователи исключают арбитраж из АРС, поскольку стороны делегируют нейтральным третьим сторонам (если они не договорились о специальном арбитраже) полномочия принимать за них решение, соглашаясь подчиняться решению, предписанному ими).

Из консенсуальных методов разрешения споров можно выделить более узкую группу согласительных. Согласительные методы разрешения споров характеризуются участием независимого третьего лица (аккомодатора или организатора взаимодействия сторон), привлеченного по соглашению сторон. В качестве посреднических процедур выбирают либо индивидуальный порядок (так называемый *ad hoc*) или процедуры, администрируемые постоянно действующими центрами.

Под аккомодатором в данной работе понимается стороннее лицо, которое стороны договариваются задействовать для урегулирования своего

конфликта или спора.

Аккомодатор выполняет технические и организационные функции, предоставляя сторонам условия для самостоятельного взаимодействия при разрешении спора. Это формально подтверждает тот факт, что процедура примирения состоялась.

Таким образом, в число согласительных методов разрешения споров будут входить переговоры сторон или их представителей, переговоры о сотрудничестве и «процедуры участия» (переговоры, предусматривающие участие интересов сторон, специально подготовленных юристов или адвокатов, действующих в рамках служебных обязанностей предусмотренные трудовым договором с ними или на основании договора об оказании услуг и договора поручения); экспертиза проводится по соглашению сторон (включая процедуры ранней диагностики споров); советы (комиссии) по разрешению споров и все варианты этих процедур, согласованные сторонами для решения конкретных неотложных вопросов. Такие вопросы могут включать технические вопросы, устранение противоречивых толкований определенных фактов, в том числе технических и правовых, а также вопросы, связанные с разрешением определенной категории споров, с учетом специфики отрасли, в которой стороны осуществляют свою деловую активность.

Концепция процедур урегулирования примирительных споров была разработана Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) и закреплена в Типовом законе ЮНСИТРАЛ и Руководстве по его принятию и применению.

В преамбуле к Резолюции, принятой Генеральной Ассамблеей ООН 57/18 «Типовой закон Комиссии ООН по праву международной торговли о международной коммерческой согласительной процедуре» гласит, что методы разрешения споров, обозначаемые такими терминами, как «согласительная процедура» и «процедура посредничества», и термины аналогичного значения применяются в международной национальной

коммерческой практике в качестве альтернативы судебному разбирательству.

В п. 3. ст. 1 Типового закона ЮНСИТРАЛ, согласительная процедура описывается как процедура, в рамках которой стороны просят третье лицо или лиц («посредник») оказать им помощь в попытке мирного урегулирования их спора, вытекающего из договорных или иных правовых отношений или в связи с ними. Посредник не имеет полномочий приказывать сторонам разрешить спор. Исходя из вышеизложенного, согласительные процедуры не включают переговоры и право на сотрудничество, а также международный коммерческий арбитраж. Тем не менее, утверждение об исключении арбитража представляется спорным, поскольку ст. 12 Типового закона содержит временное правило, согласно которому посредник, изначально не наделенный полномочиями по разрешению спора для сторон, может, по соглашению сторон, стать арбитром и, соответственно, приказывать сторонам решить их спор.

Законодательство, принятое на основе этого модельного закона, в настоящее время принято в 16 государствах. К сожалению, Россия не входит в их число.

Таким образом, медиация (независимо от ее стиля – фасилитативного или директивного), которая проводится по соглашению сторон, включена в число примирительных методов разрешения споров. Такое соглашение может быть заключено как под влиянием, так и на основании императивного положения закона, предписывающего сторонам попытаться мирно разрешить спор, прежде чем передать дело в государственный суд, в том числе в рамках арбитражного разбирательства и в сочетании с другими методами разрешения споров, определяемыми по соглашению сторон. Сразу же отметим, что, на наш взгляд, как национальное, так и международное законодательство должно предусматривать возможность обеспечения соблюдения не только соглашений сторон, достигнутых в результате согласительных процедур, но и в результате переговоров, в том числе переговоров с юристами.

Согласительные методы не включают в себя состязательный (арбитражный) метод, результатом которого является обязательное решение третьего нейтрального лица или коллегии таких лиц, которое подлежит исполнению сторонами, исполнение которого обеспечивается государством посредством механизмов, специально созданных для этого. Однако здесь требуется уточнение: можно сказать, что арбитраж является условно-согласованным механизмом, поскольку в случае добровольного исполнения решения сторон ответчиком не выходит из частноправовой сферы. Согласие теряется в тот момент, когда ответчик нарушает добровольное обязательство подчиняться решению, принятому арбитражем, и истец вынужден обратиться в государственный суд за защитой своих нарушенных прав с целью обеспечения исполнения решения, вынесенного в его пользу.

Термин «согласительные процедуры» является двусмысленным, обычно связан с деятельностью суда или международного арбитража, направлен на примирение сторон, и поэтому, по нашему мнению, нежелательно использовать его в связи с альтернативными механизмами разрешения споров, которые используются автономно.

Потенциал различных механизмов АРС также позволяет условно разделить их на договорные процедуры на основе интересов (они используются для выявления потребностей и интересов их участников, то есть они направлены на выявление причин конфликта и мотивов, которые могут использовать стороны при решении сесть за стол переговоров), договорные процедуры, которые основаны на формально закрепленных правах сторон (позволяют определить, какие права назначены сторонам по закону или иным образом систематизированы, а также свод правил и, соответственно, какие возможности имеют стороны для защиты этих прав), а также процедуры, основанные на использовании властных ресурсов (цель таких процедур состоит в том, чтобы добиться максимально возможного, оказывая давление на другую сторону и заставляя ее принять вариант решения, отвечающего большинству предпочтений «ресурсной стороны»).



Властный ресурс – это обширная концепция. Властный ресурс в деловых отношениях формируется на основе финансовых преимуществ, обученного персонала, административного ресурса.

Применяя эти критерии для классификации АРС, к которым добавляются такие показатели, как степень контроля сторон за процедурой разрешения споров, степень конфиденциальности процедуры (включая допустимость использования аргументов, представленных в ее ходе в последующем арбитражном и судебном разбирательстве), степень его формальности, возможно построение системы АРС от переговоров до арбитража.

Целесообразно рассматривать участие третьих сторон в их проведении, а также функции и полномочия, которыми наделены стороны, в качестве классификационных признаков механизмов диагностики и разрешения споров.

Механизмы переговоров, которые не подразумевают участия нейтральных третьих сторон, включают переговоры (переговоры внутри предприятия, в ходе которых анализируется спор и принимается решение о дальнейших действиях по его разрешению, в том числе формируется переговорная группа для участия в переговорах с другой стороной и переговоры представителей сторон).

В эту группу также входят переговоры с участием юристов и посредников сторон (юрисконсультов предприятия или юристов, приглашенных сторонами). Роль адвокатов ограничивается сопровождением на переговорах, функция адвоката прекращается после завершения переговоров без достижения соглашения (переговоры о сотрудничестве), или адвокаты продолжают представлять сторону в последующих процедурах урегулирования споров (переговоры об участии). В обоих случаях речь идет о переговорах с организационной помощью модератора – человека, который не является нейтральным и независимым от обеих сторон спора, но, помимо основной специальности, обладает специальными знаниями в области

коммуникационных технологий. Кроме того, отношения модератора и сторон носят фидуциарный характер.

Ранняя односторонняя оценка (рассмотрение) спора с привлечением стороннего эксперта, нанятого по соглашению о предоставлении услуг предприятием, участвующим в споре, имеет определенную специфику.

Механизмы, включающие участие нейтральных третьих лиц (организаторов или организаторов взаимодействия сторон), включают в себя следующее:

- согласительные процедуры – включая все процедуры, описанные в Типовом законе ЮНСИТРАЛ [38] (включая – посредничество в любом из его стилей и методов (включая «челночную дипломатию»)), без права посредника давать советы или рекомендации сторонам; согласительная процедура (с правом посредника-примирителя давать рекомендации);

- контрактная экспертиза (эксперт в области, в которой возник спор, или группа таких специалистов, действующих на основе соглашения со сторонами в споре), дает свое мнение по конкретному вопросу в положении об экспертизе, закрепленной сторонами в соглашении, из которого возник спор, или в соглашении об экспертизе сторон определяет, будет ли экспертное мнение рекомендацией или станет обязательным для сторон. Отдельный вид экспертизы представляет собой оценку обстоятельств спора с приглашенным нейтральным представителем. Мы отмечаем разницу между процедурой ранней оценки дела и частной технической или юридической экспертизой. Роль эксперта, привлеченного по соглашению всех сторон в споре, ограничивается изложением обстоятельств закона или факта. В то же время между сторонами и экспертом нет фидуциарных отношений;

- совет (комиссия) по разрешению споров (постоянная группа экспертов формируется из специалистов, имеющих ключевое значение для реализации долгосрочного проекта – строительства или инвестиционного проекта на ранней стадии, и действует до завершения проекта). Правление оперативно разрешает различные споры, возникающие в ходе реализации

проекта. Совет может иметь право давать только рекомендации или давать рекомендации и инструкции. Особенность этого механизма разрешения споров заключается в том, что, как правило, по соглашению сторон устанавливается мораторий на обжалование решений совета до завершения проекта, с тем, чтобы уложиться в сроки, не отвлекая ресурсы на судебные или арбитражные разбирательства;

- арбитражное разбирательство или международный коммерческий арбитраж (нейтральная третья сторона, назначенная сторонами или назначенная по их распоряжению, рассматривает дело по существу и принимает решение, которое стороны согласились принять и добровольно исполнить в качестве обязательного); интересы стороны, в пользу которой арбитражное решение было принято (защищены его исполнительным механизмом, предоставленным государством);

- комбинированные или гибридные процедуры (сочетание переговоров и арбитража, посредничества и арбитража, коллегиального рассмотрения, посредничества и арбитража в любой последовательности, необходимой для эффективного урегулирования спора, согласованного сторонами, можно проводить две или три процедуры параллельно, любые другие процедуры или их комбинации).

Механизмы разрешения споров различаются по степени участия сторон в разрешении спора: от переговоров и посредничества, когда стороны играют активную роль в принятии решений и независимо определяют результаты процедуры, до договорного рассмотрения и арбитража, когда стороны готовы представить свою проблему для разрешения эксперту, решение которого является обязательным, или арбитражу, решение которого они согласились выполнить.

Во всех механизмах, предусматривающих участие нейтрального посредника, к такому человеку должны предъявляться обязательные требования независимости от сторон, беспристрастности (или, скорее, равного предвзятого отношения ко всем сторонам), честности и

профессионализма. Организатор должен соответствовать этим требованиям на протяжении всей проводимой им процедуры, что соответствует обязательству информировать стороны об обстоятельствах, препятствующих его дальнейшему участию в процедуре, и праву посредника прекратить процедуру или отказаться от ее дальнейшего участия. Право сторон оспаривать нейтральную третью сторону, если есть сомнения относительно ее соответствия указанным требованиям, защищает стороны от предвзятого (или воспринимаемого как предвзятое) отношения посредника и, соответственно, предотвращает возможность наступления результата, который не соответствует ожиданиям сторон.

В качестве дополнительного критерия для классификации альтернативных методов разрешения споров с участием аккомодаторов можно рассмотреть степень законодательного усмотрения в отношении регулирования требований к лицам, выдвигаемым сторонами договорного спора для оказания помощи в разрешении спора.

В зависимости от того, является ли результат процедуры урегулирования спора окончательным или подлежит последующему рассмотрению сторонами или третьей стороной (результаты переговоров), эти договорные процедуры могут быть классифицированы как обратимые (переговоры) и необратимые (арбитраж). Сразу сделаем оговорку, что необратимость (окончателность) результата устанавливается в первую очередь соглашением сторон, договорившихся о том, что решение будет окончательным и обязательным для них, а также положениями законодательства страны, где это решение должно быть исполнено.

Согласно п. 1 ст. 34 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» от 07.07.1993 № 5338-1 «арбитражное решение является окончательным и не подлежит отмене, только если стороны прямо предусмотрели это в своем соглашении и, если арбитраж осуществляется постоянным арбитражным учреждением» [27].

Тем не менее, все эти способы урегулирования спора объединены их

договорным характером: их использование и реализация основаны на соглашении сторон в споре между собой; по договору сторон в споре с юридическим переговорщиком (трудовой договор или договор о предоставлении юридических услуг) и по договору между сторонами в споре и посредником (организатором взаимодействия сторон).

Это утверждение основано на следующих соображениях.

1. Соглашения об урегулировании споров, оба из которых включены в основной договор сторон в виде пункта о порядке разрешения споров (многоуровневого или одноуровневого, или общего, предполагающего гибкость подхода к избранию одного из наиболее оптимальных методов в данном конкретном случае) и заключаются в качестве независимых соглашений (соглашение о проведении переговоров, соглашение о применении процедуры посредничества, соглашение о проведении процедуры посредничества) являются независимыми (автономными) в отношении договора, и там, где возник спор, и может быть предметом права государства, кроме права основного договора. В то же время соглашение о порядке урегулирования спора, предусматривающее использование АРС, в большинстве случаев объединяет положения об использовании конкретного типа АРС, в котором указывается конкретный метод разрешения спора, согласованный его сторонами, а также положения о проведении такой процедуры АРС или путем включения в нее правил постоянного административного учреждения (например, арбитражной оговорки) или путем предоставления достаточно подробного описания порядка действий сторон для урегулирования спора или оказания услуг и распоряжения акцепторами действий (организатор сотрудничества сторон). В любом случае довольно сложно найти (и оформить) соглашение об использовании АРС, которое не содержало бы элементов соглашения об их проведении.

2. Это гражданские договора. Авторы концепции единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в а. 15.3.1. отмечают, в частности, в отношении переговоров, что они выступают в

качестве основной согласительной процедуры, «которая проводится по воле сторон без каких-либо посредников или другого «внешнего» участия. Правила ведения переговоров не должны определяться процессуальным законодательством» [14]. Позиция законодателя, дополненная с 1 июня 2015 г. Гражданского кодекса Российской Федерации такими статьями, как статья 434.1 [10], а также новой редакцией ч. 5 ст. 4 АПК РФ от 1 июня 2016 г., также, говорит в пользу гражданско-правовой природы соглашений о порядке разрешения споров. Они подпадают под действие части 1 ст. 2 Гражданского кодекса Российской Федерации, согласно которому «Гражданское законодательство определяет правовой статус участников гражданского оборота, основания возникновения и порядок осуществления имущественных прав и иных имущественных прав, прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальные права), регулирует отношения, которые связаны с участием в корпорациях или с их управленческими (корпоративными отношениями), договорными и другими обязательствами, а также другие имущественные и личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной независимости участников». Характерно, что основополагающие источники договоров о досудебном урегулировании конфликта (соглашения об урегулировании спора) не вызывают сомнений у процессуалистов.

Соглашение об урегулировании спора представляет собой особый вид гражданско-правового соглашения, направленного на установление взаимных обязательств сторон по выполнению действий, направленных на урегулирование спора без обращения в суд (и воздержание от действий, которые могут осложнить разрешение спора) в определенный сторонами (с учетом обязательных положений закона) срок.

Такое соглашение может либо описывать последовательность действий сторон по урегулированию их спора, либо просто ссылаться на положения стандартных правил (положений), принятых административными

институциями, согласованных сторонами для проведения процедур разрешения своих споров. Представляется, что основой соглашения о процедуре урегулирования спора, связанного с использованием АРС, в любом случае, является соглашение сторон о ведении переговоров.

Соглашения о порядке урегулирования спора, заключенные вне связи с каким-либо судебным или административным процессом принятия решений, означают взаимный переход от частноправовых отношений сторон к процессуальным: они вне процесса, но оказывают влияние на формирование процессуальных норм (в частности, в отношении формулирования правил их непосредственного исполнения в виде типовых законодательных положений сначала на наднациональном, а затем на национальном уровне). Практика соглашений об урегулировании споров формирует обычаи делового оборота, в том числе на наднациональном уровне, превращаясь в нормы *lex mercatoria*.

Таким образом, соглашения о порядке разрешения спора можно рассматривать как специальные соглашения, которые обслуживают потребности экономического оборота и направлены на предотвращение и устранение препятствий на пути эффективного взаимодействия участников экономического оборота.

Остановимся подробнее на некоторых аспектах формализации соглашения о порядке разрешения спора. Невыполнение условий соглашения, оформленного надлежащим образом, приводит к негативным последствиям, прямо предусмотренным в законе.

Соглашение о досудебной или судебной форме урегулирования имеет свою специфику, которая выражается в том, что нарушение условий договора является следствием не только правовых негативных последствий, но и процессуальных. В связи с чем момент определения отраслевой принадлежности договоров такого рода, а также их основных характеристик, является дискуссионным, существуют различные мнения об их правовой природе. Так, например, Б.Н. Мезрин относит одну из разновидностей таких договоров - соглашение об использовании процедуры посредничества - к

особому виду юридических фактов двойственного значения (поскольку это влечет за собой определенные правовые последствия как материального, так и процессуально-правового характера) и в то же время отвергает частно-правовую природу правоотношений, возникающих из его использования [18, с.199]. Эта точка зрения противоречива, так как соглашение о применении процедуры посредничества служит независимым организационным договором, порождающим права и обязанности сторон в отношении его предмета - действий, которые должны выполнить стороны, связанные соглашением или должны воздерживаться от создания условий, позволяющих попытаться разрешить спор, вытекающий из гражданско-правовых отношений, с использованием технологии медиации.

Например, невыполнение существенных условий соглашения об использовании процедуры медиации предусматривает возможность процессуальных последствий в виде отклонения судом искового заявления или отложения судебного процесса вплоть до их надлежащего выполнения.

Несмотря на это, такое соглашение обладает уничтожительным эффектом, который можно считать условным, поскольку несмотря на эти обстоятельства, суд имеет право рассмотреть дело с подобными недостатками, если посчитает необходимым защиту прав той или иной стороны. Исходя из чего можно сделать вывод, что невозможность одновременного проведения двух параллельных процедур определяет сторона.

Определение размера ущерба во всех случаях является сложным процессом. Если кредитор по данному соглашению желает реализовать свое право на возмещение убытков, то такие убытки будут определены в соответствии со ст. 393 Гражданского кодекса Российской Федерации, возникает вопрос, возможно ли с «разумной степенью достоверности» точно определить, какую позицию занимал бы кредитор, если бы должник не нарушил свое обязательство, и переговоры или посредничество могли привести к использованию других средств правовой защиты, таких как выход



из договора (то есть соглашение о досудебном урегулировании спора), вряд ли выгодно для добросовестной стороны. Поэтому в интересах сторон как можно точнее сформулировать соглашение о процедуре предарбитражного урегулирования спора, указав как критерии, по которым процедура считается соблюденной, так и санкции (штраф) за несоблюдение этой процедуры. Кажется, это правильный подход, основанный на изучении каждого конкретного соглашения и обстоятельств спора.

Соглашение об урегулировании спора, достигнутое в результате использования АРС (окончательное соглашение об урегулировании спора).

Стороны могут урегулировать спор путем заключения любого соглашения, выполнение которого, по их мнению, позволит урегулировать спорную ситуацию и либо прекратить отношения, либо продолжить сотрудничество, согласившись изменить или дополнить условия существующего между ними соглашения, или путем согласия расторгнуть соглашение, которое ранее связывало их, и заключить одно или несколько новых, отражающих изменения в ситуации и удовлетворяющих новые потребности сторон в дальнейшем сотрудничестве.

В качестве конкретного обозначения категории договоров, заключаемых сторонами на основе результатов использования любого согласованного способа урегулирования спора в рамках судебного или арбитражного разбирательства, предлагается использовать термин окончательное мировое соглашение. Использование слова «соглашение» связано не с акцентированием вспомогательной или подчиненной функции указанного контракта по отношению к материальным отношениям, вызвавшим спор, а с соображениями соблюдения общей терминологии в контексте международных стандартов по обеспечению выполнения соглашений, достигнутых в результате международных коммерческих согласительных процедур, мировых соглашений, *acuerdos de transaccion*. Кроме того, в пользу терминологического разделения окончательного соглашения об урегулировании спора, достигнутого без учета судебного или

арбитражного разбирательства, его приписывания гражданско-правовым договорам и неидентификации этого соглашения с мировым соглашением, утвержденным в суде, говорит тот факт, что мировое соглашение не может быть заключено на всех этапах процесса, за исключением этапа возбуждения дела. Необходимость разделения понятий окончательных соглашений об урегулировании споров (независимо от того, были ли они достигнуты сторонами самостоятельно или с участием, или с помощью посредника), реализуется в отдельном договоре, главным образом за счет обеспечения правовой определенности и упрощения процедуры их исполнения. Желательно предусмотреть единый (простой и не обременительный) для всех договоров этого типа порядок предоставления им исполнительной силы. Поскольку это является официальным подтверждением соответствия окончательного соглашения критериям, установленным в материальном и процессуальном законодательстве, логично предусмотреть нотариальное заверение таких соглашений. Похоже, что это решение позволит сторонам коммерческих споров максимально использовать свободу договора.

### **1.3 Договорные механизмы ранней диагностики споров**

Ранняя диагностика и разрешение коммерческого спора может сэкономить время и ресурсы его участников.

Система разрешения гражданских споров на самых ранних стадиях (раннее урегулирование дела (РУД)) представляет собой набор различных процедур, которые позволяют решать различные задачи, направленные на достижение единой цели. Проводится углубленный анализ обстоятельств спора (протоколы оценки спора на ранних этапах составляются в частном порядке (частные протоколы ранней оценки случая)). Также споры могут быть урегулированы путем переговоров между сторонами (досудебные встречи (переговоры) (досудебные конференции и системы управления спорами (системы управления делами))). Споры могут быть разрешены в

зависимости от обстоятельств, применяя более предписывающий (директивный) подход или ссылаясь на более стимулирующие методы, позволяющие установить диалог между сторонами, прибегая к помощи юристов в разрешении споров. К ней Дж. Ланде относит деятельность нейтральной третьей стороны, которая по соглашению сторон выступает в качестве эксперта, посредника и арбитра при разрешении споров, возникающих в процессе реализации долгосрочных проектов, – единственное воплощение - совет по урегулированию споров (адвокат по урегулированию споров), переговоры при содействии юридических посредников, представляющих стороны.

Раннее урегулирование дела отличается от традиционного судебного разбирательства, АРС и предотвращения конфликта, и которое заключается в решении проблемы до того, как она станет предметом рассмотрения. Место досрочного урегулирования дела находится на полпути между моментом, когда проблема превратилась в спор, и моментом, когда ее решение вступило на путь обычного судебного разбирательства. В то же время Дж. Ланде отмечает, что невозможно отделить эти методы друг от друга, они находятся в диалектическом единстве: управление спорами неизбежно требует аналитической работы, а разрешение спора включает как анализ, так и управление спором. Все эти процедуры могут использоваться как в рамках разрешения частных споров, так и в связи с судебным разбирательством [42, с. 65].

РУД является важным компонентом в теории и практике проектирования системы урегулирования споров. Цель РУД – предоставить сторонам в споре возможность принять обоснованное и оперативное решение о том, как разрешить спор на зачаточной стадии. РУД предполагает коллективную работу команды специалистов по сбору информации о ключевых обстоятельствах конкретного спора, выявлению основных проблем, оценке рисков и затрат для компании. В результате этой работы принимается обоснованное решение о выборе метода разрешения спора или

дается рекомендация по его разрешению.

Проектирование системы разрешения споров (ПСРС) лучше подходит для систематического управления несколькими однородными спорами, чем для управления отдельными спорами. Проектирование может включать оценку потребностей заинтересованных сторон (среди них, в первую очередь, стороны спора акционеры, в случае компаний, менеджмента и сотрудников, в случае физических лиц); разработку системы работы с этими потребностями; повышение квалификации; внедрение, оценку и периодические изменения в системе, чтобы адаптировать ее к изменяющимся обстоятельствам. В основе теорий проектирования лежит разработка систем, которые предоставляют спорящим сторонам выбор из множества вариантов разрешения споров. Основатели Гарвардской школы интегративных переговоров, Юри, Бретт и Голдберг, в 1980-х годах первыми разработали системы разрешения споров (ПСРС) для разрешения хронических конфликтных ситуаций или повторяющихся споров в кризисных организациях, компаниях или целых отраслях. Суть ПСРС состоит в том, чтобы превратить «больную», неэффективную систему разрешения споров в «здоровую», позволяющую урегулировать спор с наименьшими затратами и на длительный период времени.

В больной системе большинство споров разрешается с помощью принудительных крайних мер, в здоровом конфликте в большинстве случаев можно локализовать на низовом уровне – уровне координации интересов. Во-первых, дешевле примирить интересы, чем искать защиту прав в суде или применять силу. Во-вторых, в результате согласования интересов стороны находят решение, которое является удовлетворительным для каждого из них, в то время как в суде или при принудительном подавлении одна из сторон выигрывает, а другая проигрывает. В-третьих, при применении силы проигравшая сторона часто озлоблена и может попытаться «воспроизвести» решение в свою пользу как можно скорее. В-четвертых, переговоры на основе интересов (также называемые интегративные), как правило, проходят

быстрее. Системы ПСРС построены на классических принципах интегративных переговоров. Таким образом, они предполагают изучение интересов сторон и сосредоточение на них внимания; если интеграционные переговоры провалились, предлагаются недорогие процедуры разрешения споров, основанные на правах и применении силы; однако, как можно скорее, интеграционные переговоры возобновляются. Кроме того, ПСРС предусматривает создание механизмов предотвращения споров на основе предварительных консультаций и получения обратной связи от сторон в конфликте. Типичная схема ПСРС включает в себя этапы диагностики, построения системы и ее внедрения; после того, как система выполнила свои задачи, она прекращает свое существование. Затем следует оценка результатов. На основе тех же принципов – анализа всех обстоятельств спора сразу после его возникновения, изучения и учета интересов заинтересованных сторон в исходе конфликта – и строятся индивидуально смоделированные системы РУД.

Одним из преимуществ РУД является сокращение времени разрешения споров, большой потенциал эффективности благодаря тому, что РУД позволяет сосредоточить усилия на критических моментах спора (эффективность возрастает многократно, если стороны действительно хотят сотрудничать), уменьшение косвенных затрат, связанных с отвлечением ресурсов – как материальных, так и трудовых – для длительных испытаний.

Тем не менее, бывают случаи, когда использование РУД неоправданно (небольшой объем спора, который не позволяет окупить привлечение ресурсов), преждевременно (стороны все еще эмоционально не готовы конструктивно работать над делом), проблематично и непривлекательно для юристов, особенно при почасовой оплате.

РУД не является готовым серийным продуктом, который можно встроить в существующие системы работы, исходя из предположения, что люди будут просто следовать «инструкциям по их использованию». При разработке систем управления спорами необходимо оценить мотивацию

участников системы и адаптировать к ней процедуры, чтобы участники были заинтересованы в использовании этих систем. Для этого Дж. Ланде считает необходимым разработать гибкие протоколы для оценки приемлемости использования процедур РУД и адаптировать их к определенным спорам и системам споров.

Некоторое время назад предполагалось, что хартии об использовании определенных типов АРС (предприниматели и юристы, подписавшие такие хартии добровольно обязуются рассмотреть возможность использования АРС до обращения в суд) могут способствовать распространению систем раннего разрешения споров в деловой среде. Целью таких уставов было обеспечение того, чтобы в рамках корпоративной политики юристы отдавали предпочтение переговорным процедурам, а не конкурентным, а также, чтобы руководители юридических фирм могли поощрять своих сотрудников к активному использованию АРС в их ежедневной работе. Однако исследования показали, что подписание уставов никак не повлияло на практику использования АРС и не привело к увеличению включения оговорок об использовании АРС в контракты с клиентами.

Ранняя оценка спора и протоколы применимости АРС позволяют определить, какой метод урегулирования подходит для данного конкретного спора. Протоколы предполагают подробный анализ обстоятельств спора с учетом таких обстоятельств, как цели и интересы сторон, суммы, ожидаемые результаты судебного разбирательства, с учетом всех рисков (дерево решений). Такие механизмы разрабатываются и используются многими крупными корпорациями (Motorola, Cascade, AT & T, Bombardier). Аналогичный механизм оценки спора с целью определения его медиаизвестности предложен Международным институтом медиации. Форма анкеты, предложенная Международным институтом по предотвращению и разрешению споров, включает пункты о деле, стадии судебного разбирательства, договорных обязательствах по разрешению споров, основных участниках спора, обзоре исходной информации и проблем,

краткое изложение контактов с другой стороной или адвокатом другой стороны, информация о клиенте, интересах клиента и другой стороны, анализ обстоятельств дела и правовых вопросов, соотношение затрат и возможных выгод. Организация может выбрать, какой из методов разрешения спора она хочет использовать.

Спор – это объективация позиций сторон на открытой стадии конфликта, которая проявляется через нормы права, применимые к отношениям сторон. Позиции сторон изложены в официальных уведомлениях, которыми стороны обмениваются на основе императивных норм применимого права или порядка, установленного в соглашении сторон (претензия – ответ на претензию; акт приемки оказанных услуг – мотивированный отказ от его подписания; исковое заявление – ответ на иск).

Раннее урегулирование дела и разработка систем разрешения споров являются аналитически-превентивными договорными механизмами для предотвращения и разрешения конфликтных ситуаций. Как раннее урегулирование дела, так и разработка систем разрешения споров предполагают работу с большим объемом информации, ее обработку и управление.

Как первый, так и второй методы могут быть успешно использованы для предотвращения конфликтов внутри коммерческих организаций, а также для разработки стандартного алгоритма действий в случае повторяющихся споров (прежде всего связанных с отраслью, если речь идет о межкорпоративных отношениях, а также споры, возникающие между работниками, горизонтальными или вертикальными). Раннее урегулирование дела, а также разработка системы разрешения споров являются своего рода предварительным рассмотрением, которое позволяет выявить причины развития спора, на основании которых стороны в конфликте могут принять решение о способе разрешения спора, который подходит для данной ситуации, и, если он является согласованным, определяет порядок его применения. Основной целью РУД и ПСРС является вовлечение в эти

процедуры тех, кто заинтересован в исходе конфликта, чтобы помочь сторонам в конфликте осознать необходимость активного участия в выборе наилучшего способа разрешения спора.

Вопрос узаконивания процедур ранней диагностики и разрешения споров является дискуссионным. В любом случае основанием для их применения может быть только соглашение сторон о порядке разрешения будущих споров. Дальнейшие действия сторон по предотвращению или урегулированию спора в определенной степени поддаются стандартизации и могут в форме подробного вопросника, предусматривающего выбор из нескольких ответов, быть частью общих условий или общего соглашения о процедуре для предотвращения или урегулирования спора. Представляется, что с учетом объема разнородной информации, которую необходимо систематизировать и проанализировать для разработки вариантов разрешения дела или прогнозирования оптимального исхода конкретной правовой ситуации, автоматизации как минимум предварительной (подготовительной) стадии этих процедур, разработки общих условий и правил [9, с. 120].

Мы считаем, что создание эффективной и простой в использовании системы для оценки и разрешения споров возможно только при взаимодействии специалистов из разных областей знаний: юристов, социологов, прикладных математиков, антропологов, нейрофизиологов и ИТ-специалистов. Поэтому, кратко описывая потенциал этих методов, можно сделать вывод о необходимости их дальнейшего теоретического и практического развития.

Таким образом, все способы разрешения споров, традиционно относящиеся к альтернативным, носят договорный характер и связаны с материальным обязательством, являющимся его автономным продолжением (недействительность части обязательства не влечет за собой признания недействительной оговорки о разрешении спора). Стороны, выбирая способ разрешения спора, предоставляют своим соглашением правовую силу



результату применения АРС (результатом может быть рекомендация, договор или обязательное решение сторон, указание или предписание третейского суда). Механизмы АРС выполняют различные функции: предупредительные (превентивные), корректирующие (моделирующие) действия сторон в споре по исполнению взаимных обязательств по договору или в связи с его заключением, исполнением и расторжением, стимулирующие (для возобновления обсуждения новых условий существующих отношений сторон). П. 2 ст. 1 Гражданского кодекса предусматривает право граждан (физических лиц) и юридических лиц приобретать и осуществлять свои гражданские права по собственной воле и в своих интересах.

Эта же статья дает им право свободно устанавливать свои права и обязанности на основании договора, а также определять любые условия договора, которые не противоречат законодательству. Исходя из этого положения, а также прав субъектов гражданского права, закрепленных в п. 1 ст. 9 Гражданского кодекса Российской Федерации, осуществлять свои гражданские права по своему усмотрению, вытекает право участников гражданского оборота на самостоятельное определение порядка разрешения возникающих между ними споров. В содержании принципа недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в личные дела ключевым является понятие частного дела как деятельности гражданина или юридического лица (как физического лица), основанного на личных интересах. В то же время понятия «их воля», «автономия воли» и «в их интересах» определяют общее направление действия этого принципа на этапе применения гражданского права.

Кроме того, стороны определяют порядок разрешения споров и формулирования окончательного соглашения об их разрешении и воплощают принцип эквивалентности гражданских отношений, выражающийся во взаимном равноправном обеспечении правовых отношений субъектами при осуществлении ими субъективных прав и выполнении соответствующих

обязанностей. Субъекты правоотношений (в частности, предприниматели) самостоятельно оценивают, равны ли их взаимные выгоды и, соответственно, насколько сохранен баланс их интересов.

## **Глава 2 Особенности договоров о разрешении споров с привлечением стороннего лица (аккомодатора)**

### **2.1 Стороннее лицо, привлекаемое по соглашению сторон для урегулирования спора**

Стороннее лицо, которое стороны договариваются задействовать для урегулирования своего конфликта или спора (аккомодатор), выполняет различные функции.

Функция модератора заключается в создании рабочей среды для конструктивного совместного обсуждения вопросов, представляющих интерес для специально собравшихся с этой целью людей (переговорщиков). Модераторы устанавливают правила форума, собрания или встречи. Модераторы выстраивают процедуры обсуждения и корректируются по мере изменения ситуации. В переговорах один из участников неизбежно будет выступать в качестве модератора, то есть организатора процесса. Никакого официального соглашения между сторонами для определения отведенной ему роли не требуется [1, с. 215].

Модератор отвечает за обеспечение непрерывности переговоров, контроль за соблюдением сроков, напоминание сторонам о сроках ответов, организацию встреч и других сообщений, а также поддержание рабочей среды для переговоров. Модератор не может быть независимым. Он должен быть одним из участников переговоров или одним из адвокатов и защитников участников переговоров.

Переговорщик вступает в переговорный процесс с одной или несколькими сторонами и представляет их на основании договора поручения. Его цель – достичь заранее определенной цели и реализовать свои интересы или интересы лица, которого он представляет. Переговорщик постарается получить как можно больше от переговоров, принеся как можно меньше жертв. Переговорщик вовлечен в решение проблемы и является либо

стороной в споре, либо лицом, прямо или косвенно затронутым спором, либо лицом, которому поручено найти решение спора. Переговорщик выступает посредником при разрешении споров между несколькими сторонами. Его цель состоит в том, чтобы найти общую основу для предметного обсуждения проблемы или помочь сторонам прийти к компромиссу, а также помочь в разрешении конкретных споров в соответствии с потребностями и ожиданиями сторон. Функция посредника состоит в том, чтобы организовать общение между сторонами и поддерживать диалог между ними. Он честен и участвует в процессе с согласия всех сторон, при этом не участвует ни в каких спорах [43].

Надо сказать, что различие между функциями арбитра и посредника стало проводиться сравнительно недавно. Арбитры рассматривались как представители сторон в споре, а не как нейтральные третьи стороны (число арбитров часто было четным числом). Постоянные изменения в роли арбитров и посредников в одном и том же процессе разрешения споров считались нормальными. Обращаясь к арбитру, стороны в споре сначала пытаются самостоятельно урегулировать спор и уладить его. И только когда невозможно урегулировать спор самостоятельно, посредник, ставший арбитром, должен был разрешить его. Кроме того, решение арбитра было признано окончательным.

«Арбитр (физическое лицо) - лицо, избираемое или назначаемое стороной или избираемое в порядке, установленном федеральным законом, для разрешения спора третейским судом». Функция арбитра как частного судьи заключается в разрешении споров между сторонами.

Арбитр:

– Назначается на основании соглашения сторон в споре. Назначение арбитра не может быть принудительным (поскольку это необязательная процедура);

– Он принимает решение;

– Может быть отозван только по взаимному согласию всех

заинтересованных сторон;

– Обязанность арбитра заключается в принятии законного (на основе закона и естественного права) решения по позициям сторон. Для этого одних юридических знаний недостаточно, и арбитр должен обладать определенными личными качествами. У него должно быть обострено чувство справедливости, он должен быть любителем правды и ни в коем случае не терять справедливого и объективного отношения к сторонам.

С целью урегулирования создавшегося разногласия между сторонами избирается третье лицо – посредник (его место - между медиатором и арбитром). От арбитра и медиатора его отличает то, что он не разрешает правовой спор по существу. Его советы, также как и рекомендации медиатора или арбитра, не обязательны для сторон. Медиатор может не иметь юридического образования. Стоит отметить, что третьи лица могут менять свой статус по воли сторон, переходя из одной роли в другую.

Требования ко всем лицам идентичные, уже были перечислены нами выше: независимость и беспристрастность. Аналогичные требования применяются к экспертам, которые привлекаются в исключительных случаях, требующих экспертного мнения. Дополнительные требования могут быть предусмотрены конкретной администрирующей институцией. Кроме того, сами стороны могут самостоятельно определить конкретные требования для стороннего лица.

Выбор того или иного аккомодатора остается за участниками спора, они вправе использовать имеющиеся списки в администрирующих институциях или выбрать абсолютно любое другое лицо. Главное, чтобы и та, и другая сторона могли доверить урегулирование спора выбранному нейтральному стороннему лицу.

Пункт 2.2. Европейского кодекса поведения для медиаторов закрепляет требования к медиатору: «Медиатор должен действовать и стараться выглядеть действующим беспристрастно по отношению к сторонам и стремиться одинаково оказывать услуги всем сторонам применительно к

процессу медиации» [11].

Арбитражные институты отбирают лиц, основываясь на требованиях закона. К таким требованиям относится:

1. Физическое лицо, обладающее дееспособностью;
2. Старше 25 лет;
3. Отсутствие судимости.

При этом председатель или лицо, рассматривающее дело единолично, обязано иметь высшее юридическое образование. По соглашению сторон может быть определено гражданство, требуемое для третьего лица. Также к нему могут быть предъявлены дополнительные требования в части квалификации, к опыту.

Для толкования вопросов, возникающих в связи с необходимостью разъяснения требований, предъявляемым к арбитрам, в области международного коммерческого арбитража существенное значение имеют Международная ассоциация юристов, Международная торговая палата, Лондонский международный третейский суд и иные руководства и разъяснения международных профессиональных объединений и ведущих центров, администрирующих арбитраж. Они действуют с целью систематизирования существующих правил, направления разбирательства в единое русло, отвечают на вопросы, которые могут возникнуть в ходе урегулирования спора.

Однако, стоит отметить, что на практике данные нормы начинают обладать обязательным характером, что становится проблемой для мягкого права. Нужно внимательно следить за тем, чтобы предотвратить «окостенение» мягкого права и его превращение в императивные нормы практики.

Ч. 3 ст. 2 Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» [21] определяет медиаторов «как независимых физических лиц», ч. 3 ст. 9 этого закона упоминает «о беспристрастности

медиатора и обязательстве сообщить сторонам и администрирующей институции об обстоятельствах, способных скомпрометировать его независимость и беспристрастность».

Требования к медиатору различны и зависят от того, действует ли как «любитель» или профессионал. Любителем-медиатором может стать любое дееспособное совершеннолетнее лицо.

Данное положение достаточно нетипично и не отвечает прослеживающимся в мировом масштабе тенденциям к профессионализации медиативной деятельности. Как ранее уже отмечалось, медиатор, оказывающий услуги как профессионал, должен достигнуть 25-летнего возраста, иметь высшее образование (как и арбитр), а также должен иметь профессиональное образование.

Афанасьева Е.Г. справедливо отмечает: «Как и арбитр, медиатор должен быть независимым и беспристрастным независимо от того, кем администрируется процедура урегулирования спора - сторонами или администрирующей институцией» [6, с. 214].

Специфика требований к компетенции медиатора объясняется тем, что он не обязан быть юристом. Проведению качественной процедуры медиации может препятствовать конфликт интересов, коррупционная составляющая, финансовая или иная заинтересованность в исходе дела, личные приятельские отношения с одной из сторон и другие причины.

На сегодняшний день распространено мнение о том, что поскольку арбитры вершат правосудие и фактически выполняют роль судьи в разрешении спора, требования к их кандидатурам должны предъявляться такие же, как к судьям.

Однако в их действиях есть существенные различия. Арбитр не является государственным служащим, его источник власти не государство, а соглашение сторон. В данном случае стоит учитывать, что власть – это не только те или иные учреждения, должностные лица, но и те функции, которые им принадлежат, и осуществление этих функций, их реализация.

Характерной чертой действий арбитра является независимость от государства, чем судебная система не обладает, поскольку является носителем одной из трех ветвей государственной власти - судебной. Арбитр действует в качестве трансграничного частного судьи. В международном арбитраже его юрисдикция распространяется за пределы территории его проживания, а решение подлежит исполнению за пределами страны.

Автономия воли сторон – важнейший принцип процедуры альтернативного урегулирования спора с привлечением аккомодатора. Принудительного исполнения решения быть не может. За исключением случаев, когда решения отвечают конкретным императивным нормам закона.

Таким образом, автономия воли существенно расширилась, что связано с расширением сферы гражданско-правового регулирования. При этом к особой группе причисляются договора особого рода, которые объединены в соответствии с целевым назначением, направленностью, свойством их исполнимости.

В связи с этим была также обоснована принадлежность таких договоров к области гражданско-правового регулирования, хотя в науке можно найти мнение о том, что они относятся к сфере процессуального регулирования.

Медиация может быть использована для разрешения споров по гражданским вопросам, в том числе тем, которые возникают в связи с предпринимательской и другой экономической деятельностью.

Было установлено, что стороны соглашения об урегулировании споров одновременно договариваются о выборе метода разрешения споров (последовательности действий) и будут действовать в соответствии с выбранным методом разрешения споров.

Поскольку выбор способа разрешения спора определяется сторонами с учетом рисков, связанных с выполнением или неисполнением определенных обязательств, вытекающих из основного договора, такое соглашение оказывается непосредственно связано с основным обязательством и при этом



обладает автономным характером. Разница между характером АРС и арбитражной оговоркой заключается в том, что в процессе разрешения спора можно выходить за пределы основного обязательства, не связывая стороны в обязательном порядке соглашением о разрешении спора.

Россия стала одной из первых стран мира, где официально формально признана профессия «специалист в области медиации (медиатор)». Приказ Министерства труда и социальной защиты РФ от 15 декабря 2014 г. № 1041н «Об утверждении профессионального стандарта: Специалист в области медиации (медиатор)» [24] в основном воспроизводит положения Программы подготовки медиаторов.

Согласно ст. 195.1 Трудового кодекса РФ «профессиональный стандарт - характеристика квалификации, необходимой работнику для осуществления определенного вида профессиональной деятельности» [40]. В этой же статье указано: «квалификация работника - уровень знаний, умений, профессиональных навыков и опыта работы работника». Пп.б) п. 25 Постановления Правительства РФ от 22 января 2013 г. № 23 «О Правилах разработки, утверждения и применения профессиональных стандартов» [29] предусматривал применение образовательными организациями профессионального образования.

С 1 июля 2016 г. Постановлением Правительства РФ от 13.05.2016 № 406 этот пункт незаслуженно исключен. По факту имеется профессиональный стандарт, основанный на документе, применение которого не требуется, и использовать который при разработке профессиональных образовательных программ также не требуется.

В примечании 3 к стандарту «медиация в международной сфере (проведение процедуры медиации в трансграничных и\или межкультурных спорах, возникших в конкретной сфере - либо семейной, либо коммерческой)» отнесена к отдельной сфере специализации. В связи с чем делаем вывод, что квалификация соискателя должна быть подтверждена по каждой сфере отдельно.

Получение сертификата в добровольном порядке подтверждает профессиональные навыки медиатора в выбранной сфере. Однако полагаем, что определяющим фактором для выбора медиатора станет наличие у него опыта, сопряженного с областью, в котором возник спор, его квалификации и положительных отзывов о его деятельности в выбранной сфере, нежели чем сертификат, выданный неизвестным им учреждением. Международный институт медиации проводит контроль качества.

На основании изложенного определено, что аккомодератор выполняет технические и организационные функции, предоставляя сторонам условия для самостоятельного взаимодействия при разрешении спора.

Модератор отвечает за обеспечение непрерывности переговоров, контроль за соблюдением сроков, напоминание сторонам о сроках ответов, организацию встреч и других сообщений, а также поддержание рабочей среды для переговоров. Модератор не может быть независимым, он должен быть одним из участников переговоров или одним из адвокатов и защитников участников переговоров.

Переговорщик вступает в переговорный процесс с одной или несколькими сторонами и представляет их на основании договора поручения. Его цель – достичь заранее определенной цели и реализовать свои интересы или интересы лица, которого он представляет.

Функция модератора заключается в создании рабочей среды для конструктивного совместного обсуждения вопросов, представляющих интерес для специально собравшихся с этой целью людей (переговорщиков). Модераторы устанавливают правила форума, собрания или встречи. Модераторы выстраивают процедуры обсуждения и корректируются по мере изменения ситуации.

## **2.2 Внесудебная медиация предпринимательских споров**

В настоящее время, при возникновении споров, люди спешат

обращаться в судебные органы, и, редко кто задумывается о досудебных способах урегулирования конфликтов. Медиация – это процедура, к которой обращаются стороны для урегулирования конфликта через посредника (третье нейтральное лицо), предполагающая в итоге выработку такого решения, которое могло бы устроить обе стороны.

Наиболее точное и развернутое определение медиации сделано Носыревой. Она пишет: «Посредничество представляет собой усовершенствованную форму переговоров, а его правовая природа определяется особой ролью посредника. Правильное понимание сути посредничества позволяет избежать ошибок на практике, когда стороны воспринимают посредника либо как своего адвоката, либо как арбитра или судью, а посредник пытается превратить процедуру в состязательный процесс или недооценивает роли сторон в ведении переговоров» [17, с.123].

Обращаясь за помощью не в суд, а к медиатору, можно, во-первых, разрешить спор, а, во-вторых, избежать массу сложностей, которые могут возникнуть при судебном разбирательстве. Разбирательство спора в суде может занять много времени, ведь нередко случаются ситуации, когда рассмотрение одного спора затягивается на месяцы или даже годы. Проблему дорогостоящего процесса можно также решить, используя сначала досудебный метод, так как медиация может вообще обойтись бесплатно, использовав данную процедуру не придется обращаться в суд.

Медиаторам запрещено представлять какую-либо из сторон или предоставлять юридическую, консультационную или иную помощь любой из сторон. Этот запрет не распространяется, если все стороны в споре обращаются за советом. Следовательно, медиатор имеет право давать разъяснения сторонам, если они на это согласны.

Медиация может быть использована для разрешения споров по гражданским вопросам, в том числе тем, которые возникают в связи с предпринимательской и другой экономической деятельностью.

Медиация означает метод посредничества для разрешения споров,

основанный на принципах добровольности, конфиденциальности, сотрудничества и равенства сторон, а также справедливости и независимости медиатора. Несмотря на существование специального закона, невозможно говорить о наличии самостоятельной отрасли – медиативного права, также как невозможно относить медиацию к институту процессуального права.

Стороны могут договориться применить медиацию как до обращения в суд, так и в связи с разбирательством дела в любой момент до принятия судом или третейским судом решения по существу спора, в том числе по предложению судьи или третейского судьи (п. 2. ст. 7 Федерального закона от 27.07.2010 № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» (далее – Закона) [21]). Медиацию по спору, переданному на рассмотрение суда или третейского суда, может проводить только профессиональный медиатор (п. 3. ст. 16 Закона).

Закон предусматривает два вида деятельности медиаторов:

1. На профессиональной основе;
2. На непрофессиональной основе.

К личности медиатора предъявляются следующие требования:

1. Наличие высшего образования (для осуществления деятельности на профессиональной основе);
2. Достижение 25-летнего возраста (18 лет для осуществления деятельности на непрофессиональной основе);
3. Полная дееспособность;
4. Отсутствии судимости;
5. Наличие дополнительного профессионального образования в сфере медиации (для осуществления деятельности на профессиональной основе).

Исходя из изложенного можно сделать вывод, что для того, чтобы осуществлять данную деятельность не обязательно иметь особые навыки и знания и поэтому заниматься ей может большинство граждан Российской

Федерации.

Важным является тот факт, что медиатор не сможет в дальнейшем быть представителем стороны в суде, а также консультировать ее по каким-либо юридическим и иным вопросам.

При этом по общему правилу согласно п. 6. ст. 1 ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»: «действия судьи или третейского судьи по примирению сторон под действие закона о медиации не подпадают».

Сторонами являются лица, желающие разрешить спор, возникающий из отношений, предусмотренных законодательством РФ.

Отсюда следует, что в качестве сторон могут выступать как физические лица, так и юридические. Публично-правовые образования могут быть также сторонами в медиативной процедуре, так как Российская Федерация, субъекты Российской Федерации (республики, края, области, города федерального значения, автономная область, автономные округа, а также городские, сельские поселения и другие муниципальные образования) выступают в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, наравне с иными участниками этих отношений - гражданами и юридическими лицами.

Стороны, заинтересованные в разрешении своего спора с помощью процедуры медиации, заключают соглашение о проведении процедуры медиации, которое должно содержать сведения:

- о предмете спора;
- о медиаторе, медиаторах, или об организации, осуществляющей деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации;
- о порядке проведения процедуры медиации;
- об условиях участия сторон в расходах, связанных с проведением процедуры медиации;
- о сроках проведения процедуры медиации.

Медиатор изучает соглашение и обозначает, какие документы или какая иная информация ему понадобится для определения возможности проведения процедуры в данном споре.

Проведение процедуры медиации считается начатым с того дня, когда между сторонами было заключено соглашение о проведении процедуры.

Единый порядок проведения медиации не закреплен законодателем, поэтому каждый медиатор вправе выбирать сам технику и методику проведения процедуры. Как правило, медиация проходит в кабинете медиатора, где за стол садятся стороны и медиатор. Практикуется челночная медиация, когда стороны находятся в разных комнатах, а медиатор ходит из одной комнаты в другую.

Содержание процедуры может быть самым разным, разрешается применение разных техник и методик ее проведения. Медиатором выбирается та или иная методика с учетом каждой ситуации в отдельности, индивидуальных особенностей сторон и стадии конфликта, на которой к нему обратились [17, с. 125].

Медиатор организует переговоры, помогает сторонам определить свою позицию относительно сложившегося конфликта и объясняет позицию противоположной стороны. Предлагает варианты решения, но при этом никогда не заставляет стороны принимать их.

Процедура медиации начинается со слов медиатора, где он объясняет, что представляет из себя данная процедура. Говорит что это такое; осведомляет о принципах, которыми руководствуется медиация; рассказывает о правилах поведения сторон; устанавливает, достаточно ли лиц, присутствующих на процессе для разрешения ситуации. Цель таких слов – выработать у сторон понимание и доверие - как к самой процедуре, так и к личности медиатора. Также медиатор сразу выясняет целесообразное время для обеих сторон для проведения процедуры, и о перерывах, когда их делать, и нужны ли они вообще.

Затем, если сторонам все понятно, им предлагается подписать соглашение об участии в медиации. Вступительная часть может занять около 20 минут. Далее медиатор предлагает сторонам объяснить свои позиции относительно предмета спора. Первой, как правило, предлагается начать стороне, обратившейся с просьбой о проведении процедуры. Медиатор выслушивает стороны, по ходу задает вопросы, уточняющие неясные моменты. Потом сам пересказывает услышанное и спрашивает у стороны, верно ли это. После этого подобным образом заслушивается вторая сторона и повторяет, как он понял. При этом медиатор не дает никаких своих оценок случившегося.

На следующем этапе сторонам предлагается обсудить услышанное и самим проанализировать конфликт. Главной задачей здесь является сформулировать проблемы.

Далее формируется повестка переговоров. После ее составления, медиатор убеждается, что обе стороны согласны с ней и не желают ничего изменить. Далее вырабатываются предложения для разрешения спора с помощью медиатора.

Как только сформированы предложения, стороны переходят к подготовке соглашения. Здесь решается, каким образом выработанные предложения отразятся на реальности и их окончательное закрепление в письменном виде. Определение обязанностей для каждой из сторон, плюс, обсуждаются меры, которые могут быть применены, в случае их несоблюдения.

Предпоследний этап – выход из медиации. Медиатор благодарит за проделанную работу. Стороны оценивают, насколько они удовлетворены достигнутым соглашением, и насколько удовлетворены самой процедурой урегулирования споров с участием посредника.

Последний этап процесса схож со стадией исполнения судебного акта – прослеживание в дальнейшем развития ситуации. Здесь оценивается реальная результативность и эффективность процедуры, исполняется ли

заключенное соглашение сторонами. Нуждаются ли они в дополнительной помощи, например, провести еще одну медиацию.

Медиация считается законченной, если:

1. Стороны заключили медиативное соглашение - со дня подписания такого соглашения.
2. Заключение соглашения сторон о прекращении процедуры медиации без достижения согласия по имеющимся разногласиям - со дня подписания такого соглашения.
3. Заявление медиатора в письменной форме, направленное сторонам после консультаций с ним по поводу прекращения процедуры медиации ввиду нецелесообразности ее дальнейшего проведения - в день направления данного заявления.
4. Заявление в письменной форме одной, нескольких или всех сторон, направленной медиатору, об отказе продолжения процедуры медиации - со дня получения медиатором данного разрешения.
5. Истечение срока проведения процедуры медиации - со дня его истечения.

Что касается оплаты проведения и организации процедуры, это заранее оговаривается в каждом соглашении на медиацию. В стоимость будет входить вознаграждение медиатору, оплата за предоставленное помещение, также могут быть обговорены иные расходы, например, оплата поездки медиатора, необходимые для разрешения спора.

Стороны, по общему правилу, оплачивают расходы в равных долях, если в соглашении не договорятся об ином. Если издержки несут стороны процесса, оплачивать будут сами, каждый за свое.

Существуют саморегулируемые организации медиаторов, которые непосредственного участия в процедуре медиации не принимают, но осуществляют деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации.

Саморегулируемая организация медиаторов:



- Разрабатывает и утверждает стандарты и правила профессиональной деятельности медиаторов;
- Разрабатывает и утверждает правила деловой и профессиональной этики медиаторов, в том числе кодекс профессиональной этики медиаторов;
- Разрабатывает правила проведения процедуры медиации;
- Разрабатывает стандарты подготовки медиаторов;
- Осуществляет контроль за профессиональной деятельностью своих членов, устанавливает и применяет меры дисциплинарного воздействия в отношении своих членов;
- иные функции, в соответствии с законодательством РФ.

Нередко встречаются случаи, когда стороны не могут самостоятельно выбрать кандидатуру медиатора, и тогда у них есть возможность обратиться в такую организацию, которая сможет им рекомендовать посредника и заодно определит порядок проведения процедуры.

Согласно Закона такой организацией является юридическое лицо, одним из основных видов деятельности которого является деятельность по организации проведения процедуры медиации, а также осуществление иных предусмотренных законом действий [21].

Задача этого субъекта состоит в создании условий для нормального проведения процедуры медиации. Организация определяет правила проведения процедуры, в которой указывает:

- 1) виды споров, урегулирование которых проводится в соответствии с данными правилами;
- 2) порядок выбора или назначения медиаторов;
- 3) порядок участия сторон в расходах, связанных с проведением процедуры медиации;
- 4) сведения о стандартах и правилах профессиональной деятельности медиаторов, установленных соответствующей организацией,

осуществляющей деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации;

5) порядок проведения процедуры медиации, в том числе права и обязанности сторон при проведении процедуры медиации, особенности проведения процедуры медиации при урегулировании отдельных категорий споров, иные условия проведения процедуры медиации.

Следует отметить, что организация, осуществляющая деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации, может устанавливать собственные правила профессиональной деятельности медиаторов и дополнительные требования к самой персоне медиатора.

Письменное соглашение, достигнутое сторонами в результате медиации (медиативное соглашение), может быть утверждено судом или третейским судом в качестве мирового соглашения (и, следовательно, получить силу исполнительного документа), лишь если оно достигнуто в ходе медиации по спору, переданному на рассмотрение суда или третейского суда. Согласно п.п. 3, 4 ст. 12 ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» «медиативное соглашение, заключенное сторонами в ходе досудебной или внесудебной медиации, остается просто гражданско-правовой сделкой» [21].

В настоящее время процедура медиации не распространена и избирается неравномерно. Это вызвано тем, что, во-первых, о самой процедуре знают мало, во-вторых, обученные медиаторы имеются не во всех регионах России, и их явно недостаточно [7, с.10].

Препятствием для широкого распространения медиации является отсутствие законодательного урегулирования возможности закрепления соглашения сторон, достигнутого в результате проведенной процедуры и наделением его функцией принудительного исполнения. Как отмечала В.И. Бенова, «законодатель предлагает в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения такого соглашения защищать свои права способами, предусмотренными гражданским законодательством путем

обращения в суд, что для добросовестной стороны безусловно снижает привлекательность обращения к медиатору и не достигает конечной цели - полного перевода в русло несудебного урегулирования спора не только на стадии его разрешения, но и на стадии исполнения» [7, с. 11].

Принципами, лежащими в основе процедуры медиации, являются:

1. Во-первых, добровольность процедуры.

Данный принцип заключается в том, что каждая из сторон действует по собственному желанию, решаясь обратиться к медиатору для урегулирования спора. Медиатора они также выбирают сами, опираясь только на свои предпочтения. Никто не может им навязывать кандидатуру, и если одна из сторон не согласна с выбором другой стороны, она вправе отказаться. И в целом никто не может заставить стороны обращаться к медиатору, если они того не хотят сами. Соглашаясь на данную процедуру у сторон всегда есть право отказаться в дальнейшем и прекратить переговоры. Такой принцип отсутствует в судебном разбирательстве. Медиатор, прежде чем начинать процедуру, обязан разъяснить сторонам, что медиация основывается на данном принципе и следить в последующем, чтобы все решения были приняты по взаимному согласию.

2. Во-вторых, принцип равноправия сторон.

Каждая сторона имеет равные преимущества при разрешении конфликта, и никто не может иметь более выигрышное положение. Сторонам предоставляются равные права и обязанности. Они могут наравне высказывать свои мнения, выражать согласие или несогласие, обсуждать условия соглашения.

3. В-третьих, беспристрастность и независимость медиатора.

Эти два принципа взаимосвязаны. Если медиатор зависим, то нельзя сказать, что он беспристрастен. Отсюда следует, что принцип независимости охватывается принципом беспристрастности, поэтому я рассмотрю его подробнее.

Медиатором должно являться лицо, относящееся к ситуации,

требующей разрешения, с полной нейтральностью и не заинтересованностью к результату процедуры. Если медиатор понимает, что не может относиться к данной ситуации равнодушно или что на него давят эмоционально, он обязан отказать сторонам в своей кандидатуре. Каждая сторона также вправе отказаться от проведения медиации, если чувствует, что медиатор несправедлив. Медиатор должен понимать, что если обратился его знакомый, то, скорее всего он не сможет объективно рассмотреть конфликт. Хотя сам по себе этот факт не влечет автоматически нарушение принципа беспристрастности. Но может повлечь. Он должен думать и понимать риск. И отвечать себе сам откровенно.

#### 4. В-четвертых, конфиденциальность.

Вся информация, появляющаяся в ходе проведения медиации, составляет тайну и ни стороны, ни медиатор не вправе ее разглашать. Полученную информацию от одной стороны, медиатор не вправе сообщать ее другой стороне, если не получил от сообщившей стороны разрешение.

В мировой практике применение медиации дает весьма ощутимые результаты - по некоторым данным, до 70-80% споров, разрешаемых при содействии медиаторов, заканчиваются соглашением, которое стороны исполняют добровольно.

В качестве примеров стран, где медиативному соглашению, достигнутому вне судебного разбирательства, возможно придать обязательную силу, можно привести Францию (ст. 1565 ФГПК). Ст. LIII-3 1 Кодекса исполнительных процедур по гражданским делам (code des procedures civiles d'execution) предусматривает, что утвержденные судами общей юрисдикции или административными судами медиативные соглашения являются исполнительными документами. Медиативное соглашение может быть заверено судом или нотариусом также в Австрии и Бельгии. Законодательством ряда кантонов Швейцарии допускается придание силы исполнительного документа медиативным соглашениям, достигнутым при содействии медиатора, принесшего присягу

Государственному совету кантона и внесенному в реестр присяжных медиаторов [45].

Хотелось бы разобраться в причинах такого маленького спроса на данную процедуру в России.

В настоящее время мало кто верит в перспективу данного института. Он не востребован, все привыкли обращаться в суд, потому что это первое, что приходит в голову, когда дело касается какого-то спора. А не востребован он, во-первых, в силу неосведомленности людей, а во-вторых, из-за недоверия населения. Гражданам кажется, что судья может более адекватно и объективно рассмотреть ситуацию и разрешит спор, поскольку по определению является более компетентным в данном вопросе, его знания проверены квалификационной коллегией, он обладает большим арсеналом рассмотренных аналогичных дел, а медиатор всего лишь человек со стороны, который ничего решить не может, не обладает достаточным интересом в исходе дела. И граждане вынуждены обращаться в суд за помощью, платить государственную пошлину за разбирательство, тратить годы жизни на судебный процесс, портить отношения с противоположной стороной, рискуют опорочить свое имя, так как суд не гарантирует конфиденциальности, в отличие от медиации.

Во-первых, главной причиной невостребованности процедуры медиации является незнание общества о таком способе урегулирования споров как таковом. Опять же, причина вытекает из-за отсутствия практики применения. Потому что люди за всю жизнь ни разу не слышали о такой процедуре. А если и слышали, то мало что представляют о ней. Итак, первая причина – низкая правовая культура населения.

Еще одной причиной неиспользования такой процедуры является отсутствие практики медиации. Это в какой-то степени замкнутый круг, потому что люди не обращаются к медиаторам из-за отсутствия практики, а практика, в свою очередь, не сложится, если люди не будут обращаться к медиаторам. Так почему же люди не обращаются в принципе? Почему не

складывается практика по разрешению экономических споров с помощью посредника? Рассмотрим основные причины.

Во-первых, недоверие российского населения. Недоверие как к процедуре в целом, так и в частности к медиаторам. Процедуре не доверяют, потому что она кажется слишком простой, и, в отличие от суда, слишком приоритетной. Общество заранее пугает такое количество отличий от судебных разбирательств, причем, хороших отличий, что они, по своей природе, ищут подвох. А медиатор отталкивает тем, что это какой-то человек со стороны, готовый практически безвозмездно разрешить все их вопросы. И люди заранее боятся, что лишь потеряют время, потому что простой человек, такой же как он сам, им не поможет. Если задуматься глубже, судья тоже обычный человек, однако общество доверяет статусу судьи гораздо больше. Так сложилось временем, и, вероятно, никто не станет доверять процедуре медиации, пока само звание «медиатор» не завоюет доверия у граждан всей страны.

Достижение соглашения между сторонами еще не гарантирует его исполнения. Потому что у медиации не предусмотрен механизм, подталкивающий недобросовестную сторону к исполнению заключенного соглашения. А потерпевшая сторона всегда желает каких-то гарантий. Судебное решение является такой гарантией, потому что предусмотрен принудительный порядок его исполнения. Причина – отсутствие гарантии.

Следующей причиной является страх низкой квалифицированности медиатора. Как было рассмотрено выше, перечень требований к медиаторам, собирающимся осуществлять деятельность на непрофессиональной основе, довольно узок. Необходимо лишь достичь 18 лет, быть дееспособным и не иметь судимостей. Конечно, законодатель пытается привлечь как можно больше людей, разумеется, желающих, быть посредниками в чьем-то споре. Но другой стороной медали является как раз недоверие такому медиатору разрешения своего спора, суд кажется более компетентным в таком вопросе.

Важно понимать сущность медиации. Ведь ее целью является не выявить недобросовестную сторону, а найти такое решение, которое могло бы удовлетворить обе стороны. Необходимо вселить в сознание людей, что такая процедура способствует примирению сторон, а не выявлению виноватых.

Что касается зарубежных стран, в отличие от России, Англия и Америка очень быстро внедрили медиацию. В 60-е годы в районные суды США до процесса доходило 80%, а в 2019 году – всего 1,8%. Нагрузка на федерального районного судью снизилась с 20,8 дел в месяц до 7,4. Наша страна может только позавидовать такому прогрессу.

Еще одной причиной хотелось бы назвать экономическую. Она покажется несколько противоречивой, но все-таки, российские процессы, в отличие от европейских, достаточно быстры и не очень дороги, поэтому обращение к медиатору в некоторых случаях просто теряет смысл. Но раз на раз не приходится. Даже существует предложение о том, чтобы увеличить госпошину, для того, чтобы расслабить нагрузку судов и заставить таким образом население обращаться к альтернативным способам урегулирования конфликтов.

В свою очередь, спрос на обучение медиации в России только растет. Большинство успешных адвокатов и юристов в настоящее время выражают желание получить возможность содействовать разрешению спора своих клиентов, что является частью их профессионального долга.

Тем более что по статистике, более 60% процедур медиации завершаются заключением соглашения и более 80% медиативных соглашений исполняются сторонами добровольно.

Таким образом, несмотря на большое количество преимуществ процедуры медиации перед судебным разбирательством, люди продолжают обращаться за помощью в суды.

Урегулирование правового спора с помощью посредника имеет достаточно много преимуществ перед судебным разбирательством. Но,

несмотря на это, процедура медиации в стране не развита и к медиаторам за помощью обращаются намного реже, чем в зарубежных странах.

Так что же делать, чтобы медиация была распространенной и востребованной процедурой разрешения конфликтов в России?

Тем не менее данный вопрос является вопросом времени. Люди всегда стараются выбирать лучший способ и медиация вполне может являться таковой, поскольку отвечает всем необходимым требованиям для справедливого урегулирования конфликта. Постепенно, само общество содействует развитию правового института медиации в России и поможет как сторонам – быстро урегулировать спор без судебного разбирательства, так и медиаторам – в востребованности их кандидатур. И, конечно, разгрузит суды от поступающих заявлений граждан, количество которых с каждым годом пока только увеличивается.

Таким образом, медиация означает метод посредничества для разрешения споров, основанный на принципах добровольности, конфиденциальности, сотрудничества и равенства сторон, а также справедливости и независимости медиатора. Медиация может быть использована для разрешения споров по гражданским вопросам, в том числе тем, которые возникают в связи с предпринимательской и другой экономической деятельностью. Процедура медиации основывается на принципах добровольности, конфиденциальности, равноправия сторон, беспристрастности и независимости медиатора. Законодательство, регулирующее данную процедуру, стоит продолжать совершенствовать и устранять существующие проблемы, мешающие развитию процедуры.

Например, стоило бы закрепить единый порядок проведения процедуры медиации, чтобы люди заранее были готовы и знали, чего им ожидать в результате его применения.

Кроме того, было бы правильным ввести гарантии для сторон, заключивших медиативное соглашение, в области его исполнения. Например, легитимировать оспаривание медиативных соглашений в



государственном компетентном суде и предусмотреть порядок получения исполнительного листа на принудительное исполнение медиативного соглашения. Также считаем, что вполне было бы логичным, закрепить на законодательном уровне, право нотариусов и адвокатов быть медиаторами. Так как их основной задачей также является осуществлять защиту прав и законных интересов лиц, обратившихся к ним за юридической помощью.

### **2.3 Сущность третейского разбирательства**

О сущности третейского разбирательства (арбитража) и его правовым проблемам посвящено значительное количество научных доктрин. В целях нашего исследования мы определим основные черты урегулирования споров данным способом, рассмотрим специфику данной процедуры.

Если роль «внутреннего» третейского разбирательства варьируется от страны к стране, то международный коммерческий арбитраж на сегодняшний день является наиболее распространенной и востребованной процедурой урегулирования споров между участниками международного экономического оборота.

На протяжении нескольких лет российский законодатель проявлял пристальное внимание к вопросам регулирования третейского разбирательства и международного коммерческого арбитража; «в результате вызвавшие ожесточенные дискуссии законопроекты о реформе арбитража были приняты и вступили в силу с 1 сентября 2016 года. В то время как закон о международном коммерческом арбитраже претерпел минимальные редакционные изменения, обусловленные его приведением в соответствие с последней редакцией Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже». Закон о третейских судах (положения которого в существенной их части распространяются и на международный коммерческий арбитраж) кардинальным образом изменяет закон о третейских судах 2002 года. Для нового регулирования характерно усиление

роли административного усмотрения, расширение функций государственных судов в связи с назначением третейских судей, ужесточение требований к арбитрам.

Законодательное определение международного коммерческого арбитража отсутствует. Как правило, международный коммерческий арбитраж определяется через совокупность присущих ему черт, общих для других альтернативных способов разрешения споров, с одной стороны, и отличающих его от них, с другой.

Таковыми чертами являются: правовая природа; специфика рассматриваемых споров; роль нейтральных сторонних лиц (арбитров); правовой статус результата процедуры разрешения спора; возможность принудительного исполнения результата (решения арбитража) с использованием публично-правовых средств.

Как отечественные, так и зарубежные ученые подчеркивали частное, договорное происхождение арбитража. Так, Рене Давид определял арбитраж как «инструмент, посредством которого вопрос, представляющий интерес для двух или нескольких лиц, доверяется одному или нескольким другим лицам, чьи полномочия проистекают из частного соглашения, а не исходят от государственного органа. Эти лица должны рассмотреть дело и вынести по нему решение на основании такого соглашения».

Таким образом, в основе арбитража - «частного правосудия»- договор между частными лицами, на основании которого другие частные лица выносят «судебное решение».

Путем системного толкования положений п.п. 1, 2 и 16 ст. 2 Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» [22], арбитраж можно определить как процесс разрешения спора третейским судом - единоличным арбитром или коллегией арбитров - физических лиц, избранных сторонами или избранных (назначенных) в согласованном сторонами или в установленном федеральным законом порядке и принятия

решения третейским судом.

Предметом рассмотрения в третейском суде могут быть споры между сторонами гражданско-правовых отношений, передаваемые на его рассмотрение по соглашению сторон.

Как справедливо отмечает Е.Ш. Агеева «обращение к третейскому судье для урегулирования разногласий может существовать лишь как частноправовой институт в том смысле, что его задействование возможно по инициативе тяжущихся сторон. Попытка поставить его в зависимость от государственной системы отправления правосудия, жестко регламентировать его по всем статьям, лишить самостоятельности и независимости - будет означать, по сути дела, ликвидацию третейской юрисдикции как таковой» [2, с. 72].

Администрирующая институция специального профиля ориентирована на определенную отраслевую специализацию пользователей и специфику споров, возникающих между ними (например, Морская арбитражная комиссия при ТПП РФ). Она предоставляет четко выверенный, отвечающий потребностям ее аудитории, набор услуг, создавая пользователям наиболее благоприятные условия для урегулирования их споров. В таком случае факторами ее привлекательности для пользователей являются:

1. Простота доступа к услугам, прежде всего понятный адрес сайта, многоязычный удобный интерфейс, доступность регламентов на разных языках;
2. Услуга личного кабинета; возможность оплаты он-лайн сборов администрирующей институции и депозитов на оплату гонораров нейтрального третьего лица;
3. Наличие в правилах специальных положений об обеспечении конфиденциальности сведений, предоставляемых сторонами и другими участниками процедур в ходе их проведения и по завершении процедур;
4. Наличие ускоренных процедур, в том числе - процедур, проводимых исключительно на основании документов, поданных он-лайн;

5. Предоставление специальных условий (скидок) для пользователей, на которых рассчитаны процедуры;

6. Возможность зачета средств, внесенных в оплату за проведение первой процедуры, за проведение другой процедуры, потребность в которой возникла по ходу первой.

Универсальная администрирующая институция ориентирована на самый широкий круг пользователей, предоставляет услуги по организации и сопровождению широкого набора процедур разрешения споров, имеет набор разработанных правил для каждой из них. Факторами ее привлекательности для пользователей-участников внешнеэкономического оборота являются:

1. Простота доступа к услугам (см. п. 1 для администрирующих институций общего профиля);

2. Доступность качественных услуг на нескольких языках;

3. Наличие ускоренного порядка урегулирования спора, в том числе - процедур, проводимых исключительно на основании документов, поданных онлайн;

4. Возможность зачета средств, внесенных в оплату за проведение первой процедуры, за проведение другой процедуры, потребность в которой возникла по ходу первой;

5. Наличие списков нейтральных сторонних лиц (аккомодаторов) для каждой из предлагаемых процедур, включение в списки специалистов из разных юрисдикций с тем, чтобы по требованию сторон обеспечить нейтральность, независимость и непредвзятость;

6. Активная просветительская работа (регулярное участие в организации и проведении конференций, опросов).

Нишевая администрирующая институция (рассчитана только на определенный круг пользователей - например, одноязычный или принадлежащий к определенной культурной или религиозной традиции) не сможет рассчитывать на популярность и видимость на международном рынке услуг АРС. Как правило, услуги для пользователей с особыми

потребностями предоставляет арбитражная институция общего профиля, располагающая соответствующим регламентом и списком специалистов-аккомодаторов.

Нейтральные сторонние лица - арбитры - выносят решение по спору, представленному на их рассмотрение выбравшими их сторонами. Таким образом, арбитры являются частными судьями. Такая роль обуславливает и особые требования к ним. А.Д. Карпенко подчеркивал, что их роль является одним из «существенных факторов развития торгового арбитража как правосудия, осуществляемого лицами, сведущими в области торговли» [17, с. 134].

С целью урегулирования создавшегося разногласия между сторонами избирается третье лицо – посредник (его место - между медиатором и арбитром). От арбитра и медиатора его отличает то, что он не разрешает правовой спор по существу. Его советы, также как и рекомендации медиатора или арбитра, не обязательны для сторон. Медиатор может не иметь юридического образования. Стоит отметить, что третьи лица могут менять свой статус по воли сторон, переходя из одной роли в другую. Требования ко всем лицам идентичные, уже были перечислены нами выше: независимость и беспристрастность. Аналогичные требования применяются к экспертам, которые привлекаются в исключительных случаях, требующих экспертного мнения.

Дополнительные требования могут быть предусмотрены конкретной администрирующей институцией. Кроме того, сами стороны могут самостоятельно определить конкретные требования для стороннего лица. Выбор того или иного аккомодатора остается за участниками спора, они вправе использовать имеющиеся списки в администрирующих институциях или выбрать абсолютно любое другое лицо. Главное, чтобы и та, и другая сторона могли доверить урегулирование спора выбранному нейтральному стороннему лицу.

Обращаясь к арбитру, стороны в споре сначала пытаются

самостоятельно урегулировать спор и уладить его. И только когда невозможно урегулировать спор самостоятельно, посредник, ставший арбитром, должен был разрешить его. Кроме того, решение арбитра было признано окончательным. «Арбитр (физическое лицо) - лицо, избираемое или назначаемое стороной или избираемое в порядке, установленном федеральным законом, для разрешения спора третейским судом». Функция арбитра как частного судьи заключается в разрешении споров между сторонами.

Арбитр: 1) Назначается на основании соглашения сторон в споре. Назначение арбитра не может быть принудительным (поскольку это необязательная процедура). 2) Он принимает решение. 3) Может быть отозван только по взаимному согласию всех заинтересованных сторон. 4) Обязанность арбитра заключается в принятии законного (на основе закона и естественного права) решения по позициям сторон. Для этого одних юридических знаний недостаточно, и арбитр должен обладать определенными личными качествами. У него должно быть обострено чувство справедливости, он должен быть любителем правды и ни в коем случае не терять справедливого и объективного отношения к сторонам.

Протокол между Сингапурским центром международного арбитража (Singapore International Arbitration Centre, SIAC) и Сингапурским центром международной медиации (Singapore International Mediation Centre, SIMC) предусматривает «возможность уплаты сторонами регистрационного сбора, предусмотренного положением о расходах и сборах Сингапурского Центра международной медиации, Сингапурскому центру международного арбитража за процедуру АМА при подаче уведомления об арбитраже, и последующее совместное администрирование обоими Центрами средств, полученных в оплату депозитов на покрытие расходов по проведению этих процедур, при этом каждый центр извещает другой о полученных им от обеих сторон или от одной из сторон средствах и арбитражный центр вправе, не обращаясь к сторонам, самостоятельно перевести полученные в оплату

депозита средства на счет центра международной медиации» [29].

Полномочия государственного арбитражного суда при рассмотрении заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения международного коммерческого арбитража ограничены. Государственные арбитражные суды не являются вышестоящей инстанцией по отношению к третейским судам и международным коммерческим арбитражам, не осуществляют контроль законности и обоснованности принимаемых ими решений. Государственный суд не вправе исследовать установленные третейским судом обстоятельства, оценивать приведенную им правовую аргументацию и не вправе пересматривать решение третейского суда по существу.

В преамбуле закона о международном коммерческом арбитраже (как в прежней редакции, так и в редакции, действующей с 1 сентября 2016 г.) прямо указано, что он учитывает положения о таком арбитраже, содержащиеся в международных договорах Российской Федерации (прежде всего - Нью-Йоркской Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. далее - Нью-Йоркская Конвенция), а также в Типовом законе о международном торговом арбитраже, принятом в 1985 году Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) и одобренном Генеральной Ассамблеей ООН (далее - Типовой закон ЮНСИТРАЛ). Поскольку российское законодательство о международном коммерческом арбитраже построено на базе типового закона ЮНСИТРАЛ, и расхождения текста Закона о международном коммерческом арбитраже с текстом Типового закона минимальны, предполагается унифицированный подход к его применению.

В Пояснительной записке Секретариата ЮНСИТРАЛ к Типовому закону ЮНСИТРАЛ разъяснено, что положения ст. 36, воспроизводящие положения Нью-Йоркской Конвенции, должны применяться одинаково независимо от того, где они вынесены - в стране приведения в исполнение или в другой стране, - и что эти нормы должны близко соответствовать Нью-

Йоркской конвенции. Судебная практика применения ст.36 Типового закона ЮНСИТРАЛ и ст. V (2) (Б) Нью-Йоркской Конвенции в основном единообразна и свидетельствует об ограничительном толковании оснований для отказа в признании и исполнении решений международного коммерческого арбитража.

Исчерпывающий список оснований для отказа в признании и исполнении решений международного коммерческого арбитража приводится в ст. 36 Закона о международном коммерческом арбитраже [27], полностью воспроизводящей текст ст. 36 Типового закона ЮНСИТРАЛ. Эти основания делятся на процессуальные и материальные. «Сторона, против которой было вынесено решение международного арбитража, должна доказать государственному суду, где спрашивается исполнение решения, что ее процессуальные права были нарушены».

Противоречие публичному порядку предполагает нарушение основных принципов правовой системы страны, где испрашивается исполнение решения. Тем не менее, принципы по-разному формулируются в странах. В странах континентальной системы права описания публичного порядка обычно отсылают к основополагающим принципам или ценностям, на которых «зиждется общественное устройство», но сами эти принципы не перечисляются. В странах общего права для описания категории «публичный порядок» суды чаще приводят отсылки к широко понимаемым базовым ценностям, таким, как справедливость, честность и мораль [47].

Судебная практика в отношении применения такого основания для отказа в исполнении решения международного арбитража, как его противоречие публичному порядку, свидетельствует об ограничительном подходе к его применению. «Оговорка о публичном порядке может применяться лишь в случае, если арбитражное решение кардинальным образом (очевидно, явно, конкретно и грубо) нарушает основополагающие и прямо выраженные принципы правосудия и справедливости в государстве, где испрашивается его исполнение, или свидетельствует о вопиющем



невежестве или коррупции со стороны арбитражного суда». Таким образом, защитная функция оговорки о публичном порядке должна срабатывать лишь тогда, когда именно исполнение решения способно кардинально, т.е. существенно и грубо, нарушить прямо сформулированные принципы правосудия и справедливости в государстве исполнения.

Подчеркивая свойства третейского суда как продукта частной инициативы и, в частности, исключая третейское инстанционное производство, Г. В. Севастьянов указывал, что он не является «ни органом, ни организацией, ни учреждением» - а «образованием, созданным любой организацией для разрешения спора избранными сторонами третейскими судьями» [35, с. 63]. Он показывает, что третейский суд не осуществляет правосудие как государственную функцию, но тем не менее, как подчеркивал КС РФ, является одним из способов защиты прав и институтом гражданского общества, наделенным публично значимыми функциями по разрешению гражданско-правовых споров между частными лицами.

Таким образом, с целью урегулирования создавшегося разногласия между сторонами избирается третье лицо – посредник (его место - между медиатором и арбитром). От арбитра и медиатора его отличает то, что он не разрешает правовой спор по существу. Его советы, также как и рекомендации медиатора или арбитра, не обязательны для сторон. Медиатор может не иметь юридического образования. Стоит отметить, что третьи лица могут менять свой статус по воли сторон, переходя из одной роли в другую. Требования ко всем лицам идентичные, уже были перечислены нами выше: независимость и беспристрастность. Аналогичные требования применяются к экспертам, которые привлекаются в исключительных случаях, требующих экспертного мнения.

На основании изложенного можно сделать вывод о том, что за государством сохраняется монополия на насилие и в том, что касается приведения в исполнение не исполненных добровольно решений третейских судов. Выделяется природа арбитража как частного правосудия (источник

полномочий третейских судей (арбитров) - договор между сторонами спора, а не акт властного делегирования полномочий со стороны государства); «одноактность» процедуры (решение третейского суда окончательно для сторон спора и не подлежит обжалованию), а также свойство самозащиты, т.е. отсутствие механизма «принудительного частного исполнения» (по крайней мере, легитимного).

#### **2.4 Администрирующие институции и их роль в регулировании коммерческих споров**

Динамика экономического развития, развитие сложных экономических взаимодействий между предпринимателями, из стран разных хозяйственных складов и культур влечет за собой увеличение числа внешнеэкономических конфликтов, для оптимального разрешения которых необходимы гибкие, способные отвечать потребностям конкретных участников и обстоятельств спора механизмы их разрешения. Как показывают многочисленные опросы, выбирая между процедурами *ad hoc* и процедурами, администрируемыми постоянно действующими центрами, предприниматели отдают предпочтение последним. Этот выбор понятен: с точки зрения бизнеса наличие разработанных правил, экономическая предсказуемость цены избранного по соглашению сторон порядка урегулирования спора, сопровождение и «контроль качества» сторонних аккомодаторов (устроителей взаимодействия сторон) и результата их работы независимым специализированным центром позволяют предпринимателям сосредоточиться на своей основной работе, передав функции разрешения спора профессионалам.

За последние годы в мире отмечается рост числа институционных центров АРС, предоставляющих участникам международного коммерческого оборота услуги по организации и сопровождению широкого спектра механизмов АРС, одновременно обеспечивая контроль качества результатов. Так, активно развиваются постоянно действующие центры АРС в Юго-

Восточной Азии (Международный арбитражный центр Сингапура, Сингапурский центр медиации; Региональный арбитражный центр Куала-Лумпура (Малайзия)). Под давлением конкуренции, стремясь соответствовать растущим потребностям потенциальных пользователей в эффективных с точки зрения развития бизнеса несудебных способах разрешения споров, легко доступных, ресурсосберегающих (как с точки зрения финансовых затрат, так и с точки зрения экономии времени и трудозатрат работников пользователей, вовлеченных в подготовку и сопровождение процедур АРС), давно зарекомендовавшие себя на рынке услуг институционные центры АРС пересматривают свои регламенты, добавляют новые сервисы с тем, чтобы привлечь новых пользователей и удовлетворить потребности постоянных клиентов, изменяющиеся под влиянием развития рыночных потребностей, усиления динамики экономического оборота и взаимозависимости его участников, вызванной, прежде всего, внедрением новых технологий и сложных логистических цепочек, опосредующих производство и сбыт товаров и услуг.

В рамках данного исследования понятие «администрирующая институция» используется для обозначения организации любой организационно-правовой формы, учрежденной в любой юрисдикции, или обособленного подразделения такой организации, основная деятельность которой заключается в предоставлении пользователям услуг по организации и сопровождению процедур АРС. Как правило, администрирующая институция имеет разработанный ею набор правил (регламентов) проведения таких процедур.

Сразу отметим, что свои преимущества и особенности имеют как специализированные на предоставлении какой-либо одной процедуры (в частности, арбитража и вспомогательных для его проведения инструментов), так и многопрофильные центры (предоставляющие набор разнообразных услуг по разрешению споров), как администрирующие институции общего профиля, ориентированные на широкий круг пользователей в

предпринимательских кругах (например, Центр АРС Международной торговой палаты), так и институции, ориентированные на определенную целевую аудиторию (такие, как Центр арбитража и медиации Всемирной организации интеллектуальной собственности).

Провести подлинно глобальное исследование силами одной или нескольких стран, принадлежащих к одной правовой семье и культуре, вряд ли возможно. Представляется, что идея проведения опроса в рамках инициативы глобальной конференции по проблемам применения АРС, предложенная Международным институтом медиации, может оказаться удобным инструментом для получения объективных данных о состоянии рынка АРС в мире. В рамках подготовки к глобальной конференции предполагалось выработать единую анкету, которая будет переведена на языки тех стран, в которых будут проводиться мероприятия конференции, и распространена среди пользователей и спонсоров АРС. Местные организационные комитеты вправе включить в нее дополнительные вопросы, если считают важным прояснить их для формирования картины состояния рынка АРС в своих странах. Данные опросов, проведенных на конференциях, публикуются на сайте, посвященном серии конференций. Потребность в проведении такого рода исследований на русскоязычном пространстве очевидна.

Среди безусловных лидеров международных арбитражных институций общего профиля Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (МКАС при ТПП РФ). Число дел в этом имеющем более чем 80 летнюю историю арбитраже непрерывно растёт, о чем свидетельствуют сравнительные статистические данные за 2014 год, приведенные на сайте МКАС. Помимо богатой истории и репрезентативного списка арбитров, МКАС стал одним из центров научного обобщения практики применения арбитража. Тем не менее, в условиях быстро меняющейся внешнеэкономической конъюнктуры, роста запросов пользователей и правовой «турбулентности» на повестке дня стоит вопрос о

приспособлении действующего механизма, включая регламент и инфраструктуру, к оптимальному для пользователей стандарту, позволяющему учесть в том числе и процессы, происходящие в сфере развития арбитражных институций в соседних государствах. В частности, росту популярности этого института могло бы способствовать установление более тесных связей с Коллегией посредников при ТПП РФ, чья работа начала набирать обороты, в частности, предусмотреть возможность зачета арбитражного сбора в счет оплаты процедуры медиации, если потребность в ее проведении возникнет у сторон по ходу арбитражного разбирательства. Следовало бы подумать о более широком освещении деятельности арбитража, организации конференций для пользователей. Представляется, что со вступлением в силу пакета законов о третейской реформе МКАС при ТПП РФ, объединяющий под сенью единой администрирующей институции Третейский суд для разрешения экономических споров и Спортивный арбитраж, получает существенные организационные и ресурсные преимущества и при их грамотном использовании может укрепить свои позиции.

Следующим по популярности среди российских предпринимателей является Лондонский международный третейский суд (LCIA). Нетрудно констатировать, что популярность этого института объясняется благоприятным инвестиционным климатом и стабильной законодательной базой, популярностью корпоративных и иных инвестиционных конструкций, выбором английского права в качестве применимого как к договорным отношениям между предпринимателями, так и к соглашениям о порядке разрешения споров. Привлекательность миграционного режима способствовала тому, что за последние годы Лондон стал одним из мест сосредоточения состоятельных российских предпринимателей. О том, что они стали активными пользователями услуг Лондонского международного третейского суда, свидетельствует то обстоятельство, что на его сайте размещен неофициальный перевод на русский язык действующего с

1 октября 2014 года Арбитражного регламента этого суда. Заметим, что Медиативный регламент от 1 июля 2012 года на другие языки не переведён. Со слов генерального директора Лондонского международного третейского суда Джакомин Д. ван Харсолт-ван Хоф, дела с участниками из России и СНГ составляют примерно треть от общего числа дел, рассматриваемых в этом арбитраже. Для удобства пользователей Лондонский международный третейский суд разработал руководства для сторон и арбитров, в доступной форме разъясняющие участникам процедуры содержание Регламента и возможный порядок их действий.

Помимо Лондонского третейского суда, сохраняет свои позиции Арбитражный институт Торговой палаты г. Стокгольма (Швеция), в которой создан специальный отдел Восточной Европы и СНГ. Споры с участием сторон из России традиционно занимают второе место. Это объясняется, скорее всего, традициями, сохранившимися со времен Советского Союза.

Несомненным авторитетом в среде предпринимателей пользуются Арбитражный суд Международной торговой палаты (МТП) 51% и Центр АРС МТП. В период с 2012 по 2014 гг. были приняты новый Арбитражный регламент и Примирительный регламент, с 2015 года действуют новые правила экспертизы и советов по урегулированию споров. Центр также предлагает услуги администрирующей институции для проведения арбитража по регламенту ЮНСИТРАЛ. Центр выработал Принципы проведения международных коммерческих переговоров (действуют с 2014 г.) в качестве рекомендательного документа. Центр проводит большую разъяснительную и просветительскую работу. В 2017 году состоялись XII международные соревнования по международной коммерческой медиации среди студенческих команд. Пожалуй, на сегодняшний день это самый авторитетный международный конкурс в этой области.

Из традиционных центров разрешения внешнеэкономических споров упомянем Швейцарию. Арбитражный регламент Арбитражного института Швейцарских торгово-промышленных палат действует с 1 июня 2012 г.

Одним из ведущих по набору администрируемых услуг европейских центров АРС является Центр арбитража и медиации ТПП Парижа (СМАР).

Упомянем также об арбитражных центрах Нидерландов и Дании. Арбитражный институт Нидерландов предоставляет услуги по администрированию арбитража (новый регламент вступил в силу с 1 января 2015 года одновременно с разделом ГПК Нидерландов об арбитраже), а также медиации. В этих странах господствует прагматический подход к АРС. Потребности оборота, прежде всего - обслуживания торгового мореплавания, разрешения коммерческих споров, связанных с морской перевозкой грузов и поставкой грузов морем - привели к развитию АРС в отсутствие законодательного регулирования.

Исследуя вопрос о ставших заметными в последнее время международных центрах АРС, можно прийти к выводу, что большинство из активно развивающихся в последние годы центров образовались в странах, относящихся к системе общего права (Сингапур, Гонконг, Малайзия). Нельзя, конечно, не упомянуть о Китайской международной экономической и торговой арбитражной комиссии, являющейся ведущим центром международного арбитража Китая.

Исследуя вопрос об оптимальном наборе услуг по администрированию разрешения споров, предлагаемых пользователям администрирующими институциями, представляется целесообразным обратить внимание на «пакет» регламентов, предложенный Центром арбитража и медиации Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) [47].

Система механизмов АРС на примере регламентов ВОИС (2014-2016). Центр арбитража и медиации ВОИС ввел в действие четыре новых регламента - Арбитражный регламент, Регламент ускоренного арбитража, Примирительный (медиативный) регламент и Правила проведения экспертизы. Совокупность этих правил представляет собой продуманную экономичную систему, обеспечивающую свободную «циркуляцию» спора от одной конфиденциальной процедуры к другой с тем, чтобы максимально

увеличить шанс на урегулирование спора (то есть устранение его причины) на выходе. Система способов разрешения споров, построенная Центром арбитража и медиации ВОИС, обеспечивает: 1) привлекательные финансовые условия для целевой аудитории пользователей услуг Центра Арбитража и медиации ВОИС (Положением о расходах и сборах ВОИС предусмотрена 25% скидка с административного сбора Центра в случае, если сторона (или обе стороны) спора указаны в качестве заявителя или изобретателя в патентных заявках, опубликованных согласно Договору о патентной кооперации, владельцы международных регистраций по Гаагской или Мадридской системам либо заказчики и поставщики инновационных экологических технологий на электронной платформе Зеленой технологии ВОИС); 2) выбор между различными процедурами разной степени директивности, соответствующими обстоятельствам спора и пожеланиям сторон; 3) конфиденциальность всех процедур и раскрываемой по ходу их проведения информации, что имеет особое значение, поскольку предметом спора являются права интеллектуальной собственности; 4) лёгкость «циркуляции», перетекания спора от одной процедуры к другой (Центр Арбитража и Медиации ВОИС вправе зачесть любую сумму, уплаченную в счет административного сбора за проведение процедуры медиации по правилам ВОИС или экспертизы по правилам ВОИС против уплаты регистрационного или административного сбора за проведение арбитражного разбирательства по правилам ВОИС по тому же спору). Таким образом обеспечивается «циркуляция» спора в системе конфиденциальных способов его разрешения, от консенсуального фасилитативного (медиация) к оценочному (экспертиза) или наоборот, и далее к директивному (арбитраж). При этом стороны могут выбрать между «традиционным» арбитражем и более экономичным и быстрым ускоренным арбитражем (ускоренный арбитраж проводится единоличным арбитром, для его назначения, уплаты сбора, представления иска и возражений на иск установлены сокращенные сроки). В течение 15 дней с момента формирования состава арбитраж



проводит предварительное заседание для организации и планирования последующего разбирательства экономичным с точки зрения финансовых и временных затрат образом. Срок для вынесения решения - 3 месяца с момента вручения отзыва на иск или формирования состава, в зависимости от того, какое из этих событий произошло позже. Регламент предусматривает меры давления на арбитра, работающего недостаточно оперативно: если арбитр не вынес окончательное решение в течение 1 месяца после завершения разбирательства, он обязан направить письменное объяснение Центру и каждой из сторон, и должен направлять такие объяснения раз в месяц, пока не вынесет решение. Ускоренный арбитраж в два раза дешевле обычного.

Содержание Правил Центра Арбитража и Медиации ВОИС и, прежде всего, - его Медиативного регламента позволяет сделать вывод о том, что предпочтение в них явно отдано консенсуальным способам разрешения споров, предполагающим активное участие сторон в решении судьбы их спора. Так, в случае, если медиатор сочтет, что какие-либо вопросы нельзя урегулировать при помощи медиации, Медиативный регламент ВОИС предоставляет ему право предложить сторонам возможность договориться о порядке урегулирования спорного вопроса при помощи таких процедур или способов, какие, по мнению медиатора и с учетом обстоятельств спора и деловых отношений между сторонами, могут привести к наиболее эффективному, наименее затратному и самому продуктивному урегулированию этих вопросов. В частности, медиатор может предложить экспертизу по одному или нескольким отдельным вопросам, арбитраж, и так называемый «арбитраж последнего предложения», когда каждая из сторон представляет своё последнее предложение по урегулированию спора и, если в медиации стороны не придут к соглашению, арбитраж примет решение на основе этих последних предложений, причем арбитражное разбирательство будет сведено к тому, чтобы установить, какое из последних предложений имеет преимущественную силу. Таким образом, медиатор исполняет свою

универсальную роль - содействует урегулированию спорных вопросов между сторонами любым способом, какой сочтет надлежащим, при этом не навязывая сторонам решение.

Разумеется, арбитраж сохраняет за собой право предложить сторонам рассмотреть вопрос о примирении в любое время, когда арбитраж сочтет это подходящим. В случае, если «стороны пришли к мировому соглашению, арбитраж прекращает разбирательство и по совместному ходатайству сторон фиксирует достигнутое ими соглашение в виде арбитражного решения на согласованных условиях» [42, с. 62].

Как явствует из приведенного исследования, большинство новейших арбитражных регламентов международных арбитражных институций предоставляют пользователям выбор между разными консенсуальными способами урегулирования спора, в том числе - комбинированными или многоступенчатыми, регламенты доступны он-лайн, в большинстве случаев предусмотрена возможность обратиться к ускоренным процедурам арбитража, существует возможность подачи исковых материалов и коммуникации между участниками процедуры урегулирования спора и администрирующей институцией с использованием электронных средств связи. Все эти возможности призваны обеспечить эффективность арбитража в глазах его пользователей.

Администрирующая институция общего профиля (т.е. не ориентированная на определенную отраслевую специализацию пользователей - например, морское право, право интеллектуальной собственности) может отвечать современным потребностям, если она предоставляет традиционный набор услуг (например, все или некоторые виды арбитражного разбирательства). В таком случае факторами ее привлекательности для пользователей являются:

1. Простота доступа к услугам, прежде всего понятный адрес сайта, многоязычный удобный интерфейс, доступность регламентов на разных языках, услуга личного кабинета, дающая возможность подать заявление об

арбитраже, исковое заявление и встречный иск с использованием защищенных каналов электронной связи; возможность оплаты регистрационного и административного сбора, а также депозита на оплату гонораров арбитров онлайн;

2. Наличие ускоренного порядка урегулирования спора, в том числе процедур, проводимых исключительно на основании документов, поданных онлайн;

3. Возможность зачета средств, внесенных в оплату за проведение первой процедуры, за проведение другой процедуры, потребность в которой возникла по ходу первой;

4. Возможность присоединения сторон и объединения исков;

5. Активная просветительская работа (регулярное участие в организации и проведении конференций, опросов, регулярное освещение деятельности институции в социальных сетях, обеспечивающее ее видимость и узнаваемость).

Администрирующая институция специального профиля ориентирована на определенную отраслевую специализацию пользователей и специфику споров, возникающих между ними (например, Морская арбитражная комиссия при ТПП РФ). Она предоставляет четко выверенный, отвечающий потребностям ее аудитории, набор услуг, создавая пользователям наиболее благоприятные условия для урегулирования их споров. В таком случае факторами ее привлекательности для пользователей являются:

1. Простота доступа к услугам, прежде всего понятный адрес сайта, многоязычный удобный интерфейс, доступность регламентов на разных языках;

2. Услуга личного кабинета; возможность оплаты он-лайн сборов администрирующей институции и депозитов на оплату гонораров нейтрального третьего лица;

3. Наличие в правилах специальных положений об обеспечении конфиденциальности сведений, предоставляемых сторонами и другими

участниками процедур в ходе их проведения и по завершении процедур;

4. Наличие ускоренных процедур, в том числе - процедур, проводимых исключительно на основании документов, поданных он-лайн;

5. Предоставление специальных условий (скидок) для пользователей, на которых рассчитаны процедуры;

6. Возможность зачета средств, внесенных в оплату за проведение первой процедуры, за проведение другой процедуры, потребность в которой возникла по ходу первой.

Универсальная администрирующая институция ориентирована на самый широкий круг пользователей, предоставляет услуги по организации и сопровождению широкого набора процедур разрешения споров, имеет набор разработанных правил для каждой из них. Факторами ее привлекательности для пользователей-участников внешнеэкономического оборота являются:

1. Простота доступа к услугам (см. п. 1 для администрирующих институций общего профиля);

2. Доступность качественных услуг на нескольких языках;

3. Наличие ускоренного порядка урегулирования спора, в том числе - процедур, проводимых исключительно на основании документов, поданных онлайн;

4. Возможность зачета средств, внесенных в оплату за проведение первой процедуры, за проведение другой процедуры, потребность в которой возникла по ходу первой;

5. Наличие списков нейтральных сторонних лиц (аккомодаторов) для каждой из предлагаемых процедур, включение в списки специалистов из разных юрисдикций с тем, чтобы по требованию сторон обеспечить нейтральность, независимость и непредвзятость;

6. Активная просветительская работа (регулярное участие в организации и проведении конференций, опросов).

Нишевая администрирующая институция (рассчитана только на определенный круг пользователей - например, одноязычный или

принадлежащий к определенной культурной или религиозной традиции) не сможет рассчитывать на популярность и видимость на международном рынке услуг АРС. Как правило, услуги для пользователей с особыми потребностями предоставляет арбитражная институция общего профиля, располагающая соответствующим регламентом и списком специалистов-аккомодаторов.

Таким образом, в мире отмечается рост числа институционных центров АРС, предоставляющих участникам международного коммерческого оборота услуги по организации и сопровождению широкого спектра механизмов АРС, одновременно обеспечивая контроль качества результатов. Администрирующая институция специального профиля ориентирована на определенную отраслевую специализацию пользователей и специфику споров, возникающих между ними (например, Морская арбитражная комиссия при ТПП РФ). Она предоставляет четко выверенный, отвечающий потребностям ее аудитории, набор услуг, создавая пользователям наиболее благоприятные условия для урегулирования их споров.

Упомянем также об арбитражных центрах Нидерландов и Дании. Арбитражный институт Нидерландов предоставляет услуги по администрированию арбитража (новый регламент вступил в силу с 1 января 2015 года одновременно с разделом ГПК Нидерландов об арбитраже), а также медиации. В этих странах господствует прагматический подход к АРС. Потребности оборота, прежде всего - обслуживания торгового мореплавания, разрешения коммерческих споров, связанных с морской перевозкой грузов и поставкой грузов морем - привели к развитию АРС в отсутствие законодательного регулирования.

Исследуя вопрос о ставших заметными в последнее время международных центрах АРС, можно прийти к выводу, что большинство из активно развивающихся в последние годы центров образовались в странах, относящихся к системе общего права (Сингапур, Гонконг, Малайзия). Нельзя, конечно, не упомянуть о Китайской международной экономической

и торговой арбитражной комиссии, являющейся ведущим центром международного арбитража Китая.

## **Глава 3 Проблема создания замкнутых договорных систем урегулирования предпринимательских споров**

### **3.1 Договорные способы урегулирования споров в рамках длящихся проектов**

В длящихся проектах участвуют многие заинтересованные стороны, задействованные в различных соглашениях от определения процедур финансирования до завершения производства готовой продукции. Такие проекты становятся основанием для возникновения злоупотреблений и многочисленных конфликтов. Главной особенностью этих споров является то, что они должны быть решены быстро.

Если рассматривать АРС в качестве правового средства достижения целей конфликта, разрешения конфликта или урегулирования спора, то для выбора этого средства требуется согласование процедуры урегулирования спора – согласие сторон на его использование (соглашение сторон о ведении переговоров, оговорка о посредничестве, переговоры о заключении договора с участием адвоката, оговорка об арбитраже). Как ранее отмечалось, пределы свободы выбора правовых инструментов определяются отсутствием императивной нормы, предписывающей определенное поведение сторонам, или наличием императивной нормы, предписывающей сторонам самостоятельно выбирать определенное поведение [35, с. 9]. Такое правило содержится в части 5 ст. 4 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации [5] с изменениями, вступившими в силу 1 июня 2016 года: оно устанавливает обязательство сторон в гражданских спорах в большинстве категорий дел пытаться разрешить их спор в течение тридцати календарных дней до передачи дела в суд. Однако существует опасность, что стороны будут подходить к этому условию формально, ограничивая себя направлением иска. Тем не менее, было положено начало, и, несомненно, в Единый ЕПК должно быть включено единственное положение,

предписывающее сторонам попытаться разрешить их спор в досудебном порядке.

Решение должно приниматься не столько юристом, сколько техническим экспертом. Чтобы рекомендация или решение эксперта были выполнены какой-либо стороной, эксперт, участвующий в разрешении спора, должен быть признан сторонами независимым и беспристрастным.

По этой причине был разработан специальный механизм для разрешения споров в делящихся проектах с помощью специализированных организаций – советов по урегулированию споров. К помощи советов по разрешению споров в основном прибегают в строительном секторе. У этих организаций есть хорошие перспективы, в том числе при реализации проектов в рамках государственно-частного партнерства.

Многие участники связаны рядом обязательств, основанных на разнородных контрактах, которые имеют строгие сроки завершения проекта, согласованные санкции (особенно в строительных проектах, государственно-частном партнерстве), альтернативное разрешение споров. Методы разрешения споров в таком случае должны отвечать определенным конкретным требованиям: спор должен быть решен быстро, эффективно и объективно (иначе невозможно уложиться в сроки). Процедура должна быть гибкой и неформальной. Нейтральные третьи стороны, которые являются частью расчетной организации, должны быть специалистами, которые представляют различные части проекта (инженеры, строители, финансовые компании) и могут выступать в качестве экспертов в случае необходимости. Процедура создания посреднического органа будет согласована после корректировки условий финансирования проекта. Результаты рассмотрения спора посредником могут носить как рекомендательный, так и обязательный для участников проекта характер. Если один посредник может работать на небольшой строительной площадке (это обычно строитель или профессиональный архитектор) и проводить большое количество микромедиаций в рабочее время, то над сложными проектами обычно



работает группа специалистов – Совет по урегулированию конфликтов (СОРАС).

«СОРАС – это совет профессионалов, основывающих свои суждения на объективности и беспристрастности». Этот совет создается на ранней стадии проекта строительства, который контролирует его реализацию, избегает конфликтных ситуаций посредством реализации проекта и разрешает конфликты.

Практика создания и использования комитета по разрешению споров, в том числе международных проектов, активно поддерживается Всемирным банком, Международной федерацией инженеров-консультантов (СОРАС), которая публикует типы договоров для применения в строительной сфере на международной арене. Типичные условия МФИК 1995 г. предусматривали «разрешение споров по письменному решению инженера заказчика, которое было окончательным и могло быть изменено только по решению арбитража. Письменное решение техника вступало в силу с момента его принятия и могло быть обжаловано в установленный срок, и в этом случае спор был оставлен на рассмотрение международного арбитража» [3, с. 54].

Нормативные источники СОРАС включают в себя стандартные рекомендации, контракты и нормативные акты, в том числе правила для СОРАС и кодексы поведения, разработанные ассоциацией экспертов, в число которых входят стандартные (МТП) и специализированные (ФИДИК, Всемирный банк). Это единое правило. Тем не менее, основным источником правил СОРАС является соглашение между исполнителем проекта и сторонами-членами СОРАС.

СОРАС – механизм разрешения споров, который применяется по соглашению сторон. В большинстве строительных контрактов положения СОРАС включены в документы, представленные участниками тендера для выбора подрядчика. Кандидаты в члены Совета отбираются и утверждаются заказчиками и подрядчиками сразу после объявления результатов конкурса. После формирования СОРАС и подписания контракта следует определить

порядок работы, желательно до начала строительства. Использование СОРАС с самого начала проекта максимизирует преимущества и выгоды от его использования.

СОРАС считается официально утвержденным после подписания трехстороннего соглашения между сторонами договора и участниками СОРАС. Членам Совета предоставляются все контрактные документы и отчеты о ходе работы, а также протоколы еженедельных совещаний проектной группы. Таким образом, СОРАС всегда в курсе хода работ и готов немедленно реагировать в случае возникновения проблем или споров.

Хотя любая из сторон имеет право передавать споры на рассмотрение СОРАС, эти споры не могут быть разрешены быстро и независимо.

Процедура разрешения спора заключается в следующем. СОРАС проведет слушание (соблюдая принцип состязательности), на котором каждая сторона кратко и ясно объяснит природу проблемы. Выслушав мнения сторон и изучив письменные доказательства, представленные сторонами, СОРАС рассмотрит документы, касающиеся спора, на основании которых даст отчет о данных рекомендациях. Каждая сторона подготовит объяснение своей позиции и письменное обоснование встречи. На заседании совета стороны заслушают заявление, в результате которого совет подготовит письменный отчет, содержащий рекомендации совета. Разногласия, которые могут быть сведены к противоречию, могут быть разрешены на ранней стадии в упрощенном неформальном порядке. По этой причине до заседания совета стороны должны отправить краткое описание запроса совету и другим сторонам вместе с сопроводительными документами.

Рекомендации не связывают стороны в споре. Это уменьшает враждебность между сторонами, и, как следствие, последующие переговоры между сторонами позволяют быстро и экономически эффективно разрешать споры.

Процесс отбора членов СОРАС должен обеспечивать полный нейтралитет и справедливость. Придерживаясь критериев отбора членов совета, можно отслеживать и эффективно предотвращать коррупцию и ее причины уже на этапе формирования совета.

Предоставляя кандидатов в совет для разрешения споров, стороны договора обеспечивают, чтобы каждый член совета был объективным, нейтральным и беспристрастным в течение всего срока действия договора. На него не должен также влиять конфликт интересов. Член совета должен понимать работу совета и следовать основным принципам работы. Квалификация члена совета состоит в том, чтобы правильно интерпретировать документы, относящиеся к контракту, и разрешать споры, возникающие в процессе строительства, иметь представления о строящихся объектах, методах строительства и рабочих местах, где могут возникнуть конфликты.

Каждый член совета должен полностью соблюдать требования участников проекта (сторон контракта) в отношении опыта, технической квалификации, беспристрастности и отсутствия конфликта интересов.

Предлагая кандидатов в совет, каждая сторона должна стремиться избегать создания у другой стороны впечатления, что предложенный кандидат является предвзятым (например, один и тот же кандидат предлагался дважды) [44].

Отбор кандидатов осуществляется с учетом следующего: наличие экономических или профессиональных связей со сторонами, непосредственно участвующими в реализации проекта (такими сторонами являются стороны договора и все стороны соглашения о совместной деятельности) является абсолютным препятствием для включения. Финансовая коммуникация означает, в частности, участие в уставном капитале, отношения, основанные на договоре займа. Профессиональное общение включает трудовые договоры и консультационные услуги.

Дружеские или профессиональные отношения кандидата с исполнителями проекта, также препятствуют его избранию в совет.

Если такие отношения существовали в прошлом, кандидат должен раскрыть эту информацию сторонам. Когда речь идет о финансовых отношениях, необходимо не только информировать стороны проекта, но и получать от них письменное согласие на участие в совете.

В то же время сторонам запрещено обсуждать возможности трудоустройства с кандидатами, заключать соглашения о предоставлении консультационных услуг или устанавливать другие финансовые отношения в будущем (в течение некоторого времени после окончания проекта).

Если кандидат на текущий момент или ранее является членом комитета по разрешению споров другого проекта, и если в нем участвует одна или несколько сторон этого проекта, кандидат должен раскрыть эту информацию сторонам. Необходимо получить письменное разрешение сторон этого проекта относительно его возможности участвовать в будущих проектах.

При наличии личных отношений с представителями сторон кандидатам рекомендуется избегать такого общения или раскрывать об этом информацию участникам.

Если речь идет об отношениях со стороной, которая косвенно участвует в реализации проекта, безоговорочным запретом выступают только трудовые отношения с участвующими в совете лицами. Дискуссии о возможности найма этого кандидата в будущем также исключены. Во всех других случаях информация о наличии общения между ними должна быть раскрыта сторонам, а письменное разрешение сторон получено в связи с действующими или будущими соглашениями относительно предоставления консультационных услуг или участия в другом совете.

В зависимости от достигнутого соглашения сторон, председатель совета избирается сторонами или членами совета, избранными сторонами.

Во время создания совета, если стороны соглашаются следовать правилам Фонда советов по урегулированию споров, члены совета должны

соблюдать стандарты поведения, установленные Кодексом этики, разработанные фондом.

Полномочия отдельных членов совета или всей структуры совета могут быть прекращены только по соглашению сторон, заказчика и подрядчиков. В результате такого решения член совета имеет право ходатайствовать о его исключении из совета, чтобы стороны смогли урегулировать спор вне суда. Тем не менее, члены правления должны отказаться от выхода из правления, если требование об отводе требуется одной стороной, пытающейся получить преимущество над другой.

Члены совета должны быть честными на протяжении всего проекта. По этой причине все коммуникации между советом и сторонами производятся только через председателя совета.

Члены совета не занимаются консультированием сторон. Фонд советов по урегулированию споров – это некоммерческая организация, деятельность которой направлена на предотвращение и разрешение споров, возникающих в результате строительства, путем предоставления консультаций по разрешению споров.

Советник должен воздерживаться от оценки любых споров или потенциальных споров, связанных с этими отношениями.

Стороны в совете не являются представителями сторон договора, которые их назначили. Во время осмотра строительной площадки в ней должны участвовать представители каждой стороны. Команда должна работать вместе на протяжении всей инспекции.

Независимость и справедливость СОРАС также необходимо соблюдать при обеспечении системы оплаты труда членов Совета. Стороны равномерно распределяют оплату стоимости работы совета. Члены Совета получают суточные и месячные оклады (в размере трех суточных гонораров). Стоимость компенсируется сторонами полностью. Члены Совета высылают счет на оплату услуг напрямую подрядчику. Подрядчик получает одобрение клиента, оплачивает счет и сбрасывает половину этой суммы клиенту.

Совет призывает обе стороны участвовать в открытом и прямом диалоге, где споры могут быть разрешены без проведения публичных слушаний. В случае разногласий совет призывает обе стороны обратиться к совету и провести собрание.

Процедуры разрешения споров в Совете по разрешению споров осуществляются следующим образом. Споры могут быть переданы в СОРАС. Совет соглашается со сторонами, чтобы определить процедуру подготовки к встрече и установить дату. Каждая сторона подготовит объяснение своей позиции и письменное обоснование встречи. На заседании совета стороны заслушают заявление, в результате которого совет подготовит письменный отчет, содержащий рекомендации совета.

Разногласия, которые могут быть сведены к противоречию, могут быть разрешены на ранней стадии в упрощенном неформальном порядке. По этой причине до заседания совета стороны должны отправить краткое описание запроса совету и другим сторонам вместе с сопроводительными документами. На встрече каждая сторона обобщает свою позицию, члены совета задают вопросы, а после перерыва совет представляет устные мнения сторонам.

Такие мнения всегда основаны на имеющейся в настоящее время информации и не могут быть отозваны при последующем рассмотрении будущих споров по тому же вопросу. Сторонам не нужно соглашаться или отвергать это мнение. По просьбе обеих сторон заключение совета может быть подготовлено в письменной форме.

Стороны также обещают следовать определенным правилам, которые обеспечивают качественное выполнение проектов в согласованные сроки и эффективно разрешают споры, возникающие в ходе исполнения.

Рекомендации Совета основаны на информации, полученной от сторон, и должны быть совместимы с применимыми положениями договора, ситуацией спора и применимым законодательством. Рекомендации и отчеты Правления сводятся только к вопросам, поднятым сторонами (эта

рекомендация аналогична заключению эксперта). Отчет должен быть в достаточной мере ясен и детализирован, чтобы даже те лица, которые не знакомы с сущностью спора, имели возможность понять его природу, позицию сторон и рекомендации Совета. Отчеты должны составляться профессионально и объективно.

Стороны соглашаются с отчетом или отказываются принять содержащиеся в нем выводы. Если стороны не принимают рекомендацию Совета, спор может быть перенаправлен на следующий этап для разрешения. Рекомендации СОРАС не являются обязательными для сторон и могут использоваться в качестве доказательств для последующего арбитражного или судебного разбирательства.

Однако в принципе стороны продолжают вести переговоры на основе рекомендаций Совета, и такие переговоры являются успешными. Отчет может быть пересмотрен Советом только в случае обнаружения новых ситуаций.

Члены СОРАС не несут личной или профессиональной ответственности за действия, предпринятые во время выполнения своих функций, за исключением случаев, когда они действуют злонамеренно.

Члены СОРАС могут сменяться или отказываться от своих полномочий только с согласия обеих сторон.

Члены СОРАС:

- соблюдают Кодекс этики и с самого начала раскрывают всю информацию об отношениях или интересах, которые могут поставить под угрозу нейтралитет и беспристрастность;

- ведут себя честно и избегают действий, которые могут вызвать подозрение в предубеждении. Члены Совета не защищают интересы ни одной из сторон;

- не допускают конфликт интересов и немедленно уведомляют стороны о ситуациях, которые могут быть восприняты как таковые;

– не получают финансовой заинтересованности в действиях сторон, участвующих в договоре или подготовке и обсуждении договора. Пока работа над СОРАС не будет завершена, нельзя обсуждать возможность дальнейшей работы с организациями сторон;

– знакомятся со всеми документами, связанными с контрактом, включая графики работы;

– не просят документы, которые не нужны в ходе обычной работы;

– не разглашают информацию о ходе исполнения договора без согласия сторон;

– не дают советы по выполнению работы;

– поощряют стороны обсуждать и разрешать спорные ситуации до их эскалации;

– не способствуют разжиганию конфликта;

– не поддаются просьбе одной из сторон об отставке, не договорившись с другими членами СОРАС о том, что выход из СОРАС является лучшим решением для интересов сторон.

Рекомендации и отчеты СОРАС:

– относятся только к предмету спора, согласованного сторонами;

– даются на основании обстоятельств дела и с учетом условий договора;

– должны быть точными и полными;

– отражать намерения СОРАС в единогласной подготовке и принятии рекомендаций;

– предоставлять объяснения по мере необходимости.

СОРАС будет изменять свои рекомендации только в исключительных случаях. Основанием для формулировки требований по пересмотру рекомендации является вновь обнаруженная ситуация, которая может быть подтверждена дополнительными доказательствами.

В зависимости от соглашения сторон результатом работы Совета по разрешению конфликтов может быть рекомендация или решение. Основные



типы классификации рекомендаций перечислены в Типовых правилах предоставления консультаций по разрешению споров (Правила МТП), разработанных Международным центром МТП ARS в 2004 году.

Совет по урегулированию конфликтов - это постоянная организация, состоящая из одного-трех членов. Обычно он устанавливается при заключении договора и помогает сторонам в разрешении разногласий и споров, которые могут возникнуть в будущем при исполнении договора. Как правило, они используются для реализации средне- и долгосрочных контрактов.

Совет по разрешению споров может оказывать неофициальную помощь, давать рекомендации и принимать решения. Решения должны быть немедленно исполнены сторонами с момента их получения, также как и рекомендация должна быть соблюдена, если при этом ни одна из сторон не выражает несогласия в течении срока, установленного Советом.

Правила МТП (2004) предоставляют сторонам выбор из следующих трех советов по разрешению споров: рекомендательный совет (предоставляет рекомендации); советы, принимающие решения; комбинированный совет, который обычно дает рекомендации, но также способен принимать решения, если один участник спора этого требует, а другой не против.

Принимает решение в свете следующих ситуаций: если оно упростит выполнение договора, принимая во внимание срочность ситуации или другие обстоятельства, или для предотвращения значительных потерь или ущерба любого из участников спора; поспособствует предотвращению временной остановки выполнения контракта; поможет собрать доказательства.

Контракт подписывается с каждым участником Совета для определения его миссии, вознаграждения и продолжительности контракта.

Центр Советов по разрешению споров МТП предоставляет управленческие услуги. В частности, Центр имеет право назначать членов совета, принимать решения по вопросам и пересматривать решения, принятые советами по принятию решений. Совет не является арбитражным

судом, и его решение не является обязательным. Стороны добровольно соглашаются с тем, что эти решения они должны исполнять.

Совет формируется по тем же правилам, что и состав третейского суда. Если стороны согласны с тем, что совет состоит из одного члена, он должен быть назначен совместным решением в течение 30 дней. В противном случае центр назначит его по требованию любой из сторон.

Есть две полезные функции для разрешения споров. Прежде всего, превентивная, которая помогает предотвратить конфликты. Кроме того, можно выделить функцию быстрого разрешения споров, которые уже произошли.

Предотвращение конфликтов: само существование системы разрешения споров, которая может быть использована немедленно, когда это необходимо, обладает технической квалификацией, необходимой для выполнения этого конкретного проекта, и является опытным нейтральным лицом, выбранным по взаимному согласию. Она помогает достичь соглашения по спорным вопросам, которые в ином случае после долгого противостояния в конечном итоге будут рассмотрены в суде.

Опыт показывает, что процедуры разрешения споров СОРАС способствуют построению позитивных отношений, открытого диалога, доверия и сотрудничества, необходимых для разрешения споров на дружественной основе.

Есть несколько причин, почему это возникает: 1) В принципе стороны не занимают крайних позиций. 2) Поскольку СОРАС будет немедленно рассматривать споры в индивидуальном порядке, не будут накапливаться нерешенные вопросы.

СОРАС призывает стороны разрешать споры быстро и по-деловому. Во время регулярных встреч члены совета выявляют потенциальные проблемы, выясняют, в чем заключается спор или жалоба, и анализируют состояние существующих споров. Стороны привыкли концентрироваться на раннем выявлении и решении проблем. Если возникает тупик, можно связаться с

СОРАС для быстрого разрешения спора. Во многих проектах стороны разрешают споры самостоятельно и официально не связываются с СОРАС.

Процедуры разрешения споров СОРАС очень экономичны, особенно в отношении арбитража и судов, по сравнению с другими методами разрешения споров.

Если спор будет урегулирован в течение короткого периода времени, расходы сторон, особенно на адвокатов и консультантов, будут значительно сокращены. Кроме того, непроизводительные затраты времени значительно сокращаются, что экономит время специалистов. СОРАС позволяет провести квалифицированный анализ споров, потому что уже есть сторона, которая владеет ситуацией.

Важно, чтобы у подрядчика была оговорка об урегулировании споров в СОРАС. Подрядчик знает, что в случае возникновения спора, такой способ будет выбран соглашением сторон и будет незамедлительно рассмотрен группой технически компетентных и беспристрастных экспертов, которые уже знакомы с проектом. Это исключает риск длительного простоя и связанных с ним дополнительных затрат.

С точки зрения клиента, наличие СОРАС обеспечивает последовательное разрешение споров и снижает риск претензий в конце контракта. Это позволяет клиентам управлять своими бюджетами и избегать рисков, связанных с судебными издержками и непредсказуемостью результатов. Рекомендованные документы, разработанные СОРАС, являются основой для принятия решений сторонами.

Опыт показывает, что присутствие СОРАС может повлиять на действия сторон договора и снизить частоту споров. В случае конфликта СОРАС может предоставить рекомендации для быстрого разрешения, прежде чем конфликт между сторонами вырастет до той стадии, которая окажет негативное влияние на сроки и качество проекта.

Представляется необходимым поощрять практику внедрения СОРАС в инвестиционные проекты. Это позволяет сторонам быстро разрешать споры, возникающие в ходе их работы.

### **3.2 Договорные способы разрешения конфликтных ситуаций при реализации инвестиционных проектов**

Возможность объективного и справедливого разрешения споров между частным инвестором и государством составляет одну из важнейших гарантий, предоставляемых инвестору принимающим государством, а также один из факторов, обеспечивающих формирование благоприятного инвестиционного климата.

Что касается регулирования привлечения капиталов, следует заметить, что иностранные инвесторы, как правило, стремились избежать подчинения национальной юрисдикции принимающего государства.

В числе первых прецедентов «ухода» из-под юрисдикции принимающего капитал государства упоминается дело фабрики Хорзов (Chorzow) 1922 года. Особенным в этом деле было то, что «Международный суд в Гааге принял к рассмотрению и вынес решение по иску частного лица - германского владельца фабрики на основании международно-правовых норм Версальских мирных соглашений, завершивших I Мировую войну. Решение было принято в пользу частного инвестора, чье имущество оказалось национализированным Польшей, к которой перешли территории, где находилась фабрика (Верхняя Силезия), после окончания войны перешедшая к Польше на основании Версальских договоров».

Прецедентность «дела Хорзов», на которое иногда ссылаются до сих пор, состоит в том, что: «во-первых, было признано право государства национализировать имущество иностранного частного лица; во-вторых, было признано право частного инвестора на получение компенсации за национализированное имущество». В качестве альтернативы

государственным юрисдикционным органам в то время рассматривались органы международного коммерческого арбитража.

И здесь можно упомянуть еще об одном деле. Речь идет «о споре, связанном с национализацией Россией английской золотодобывающей компании Lena Goldfields (Лена Голдфилдс)»: Даже принятие уже после II Мировой войны Нью-Йоркской Конвенции ООН о признании и принудительном исполнении иностранных арбитражных решений 1958 г. не гарантировало частному инвестору принудительное исполнение решения, вынесенного против принимающего государства.

Масштабная национализация иностранной собственности, предпринятая развивающимися государствами в первой половине 60-х гг., «заставила международное сообщество задуматься о международном судебном механизме защиты прав инвесторов. Таковым стала Вашингтонская конвенция 1965 г., на основании которой был учрежден МЦУИС. Он сочетал в себе преимущества и простоту международного коммерческого арбитража». В числе достоинств МКА обычно называют: «возможность сторонам самим избирать арбитра для разрешения спора; относительная простота и неформальность процедуры рассмотрения спора; окончательность решений, что избавляет стороны от длящихся годами процессов и таким образом сокращает расходы; наконец, относительная простота принудительного исполнения решений зарубежом». Примером может служить возможность представлять дело без адвоката. Сохраняя перечисленные выше преимущества МКА перед государственными судами, МЦУИС добавляет к ним еще одно преимущество - обязательство государства признавать решения МЦУИС и исполнять их, как если бы это было решение суда высшей инстанции принимающего государства (ст. 26 Вашингтонской конвенции).

Такой подход способствовал активизации организации, со временем превратившейся в основной юрисдикционный орган для разрешения международных инвестиционных споров.

Будет интересен к рассмотрению спор Российской Федерации с фирмой «Нога». Одной из причин конфликта стали проблемы, возникшие с юридическим оформлением документов. Стоит учитывать, что исполнительный лист подлежит аннулированию. Действует правило, что если сторона проигрывает дело в арбитражном суде Стокгольма, есть шанс выиграть дело в кассационной инстанции во Франции. В этих случаях создается межведомственная комиссия под контролем Президента РФ. С момента возникновения конфликта проводится анализ работы Минфина.

Что касается правового регулирования инвестиционных споров в нашей стране: Российская Федерация подписала, но до сих пор не ратифицировала Вашингтонскую конвенцию об урегулировании инвестиционных споров между инвестором и государством.

Особенностью российского законодательства, в определенной степени, усложняющей понимание категории «инвестиционный спор» является сохранение своего рода «двойных стандартов» в определении категории инвестиции, инвестиционный спор.

Такая двойственность является следствием наличия двух законов, касающихся регулирования инвестиций: Федерального закона от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений» и Федерального закона от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях на территории Российской Федерации». Наличие двух самостоятельных правовых актов в определенной степени предопределяет различия в практике разрешения споров.

В Российской Федерации категория «инвестиционные споры» была впервые определена в Законе РСФСР от 4 июля 1991 г. № 1545-1 «Об иностранных инвестициях в РСФСР» (Закон 1991 г.), и подход к регулированию иностранных инвестиций соответствовал стремлению проведения политики «открытых дверей» и «тотальной либерализации» регулирования.

Такой подход характеризуется отсутствием четко сформулированного в законодательстве определения категории «инвестиции». Современное определение основывается на перечислении видов активов, в которые могут быть вложены средства инвесторов.

Федеральный закон от 09.07.1999 № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» (Закон 1999 г.), заменивший Закон 1991 г., тем не менее, сохранил подход к определению категории «иностранная инвестиция», состоящий в максимально широком перечне способов инвестирования капитала. Существующий одновременно с Законом 1999 г. Федеральный закон от 25.02.1999 № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений» (Закон об инвестиционной деятельности) определяет инвестиции как «денежные средства, ценные бумаги, иное имущество, в том числе имущественные права, иные права, имеющие денежную оценку, вкладываемые в объекты предпринимательской и (или) иной деятельности в целях получения прибыли и (или) достижения иного полезного эффекта».

Таким образом, схожие по своей природе отношения регулируются двумя различными по структуре и содержанию законодательными актами.

Согласно пп. 4 п. 3 ст. 39 Налогового кодекса РФ, передача имущества, если такая передача носит инвестиционный характер, не признается реализацией товаров, работ или услуг. При этом налогоплательщики исчисляют налоговую базу по налогу на прибыль по итогам каждого отчетного (налогового) периода на основе данных налогового учета (ст. 313 Налогового кодекса РФ) [20].

В Арбитражном суде Московской области был рассмотрен спор по делу № А40-149653/2015, в котором судом были удовлетворены требования истца об обязанности ответчика подписать акт о результатах реализации инвестиционного проекта [31]. Судебная практика свидетельствовала о том,

что единственным надлежащим способом защиты прав в рамках инвестиционного контракта является иск о понуждении к подписанию акта.

Рассматривая кассационную жалобу на решение суда первой инстанции и суда апелляционной инстанции, суд кассационной инстанции сослался на Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ №1276/13 от 04.06.2013 г. (дело «Ремонтник»). Следует отметить, что в указанном Постановлении правовая позиция суда была основана на ст. 24.2 Федерального закона от 21.07.1997 № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», согласно которой объект инвестиционной деятельности, строительство которого осуществляется с привлечением внебюджетных источников финансирования на земельном участке, находящемся в государственной или муниципальной собственности, по договору, заключенному с органом государственной власти, органом местного самоуправления, государственным или муниципальным учреждением либо унитарным предприятием до 1 января 2011 года и предусматривающему распределение площади соответствующего объекта инвестиционной деятельности между сторонами данного договора, признается долевой собственностью сторон данного договора до момента государственной регистрации права собственности на этот объект.

Президиум пришел к выводу, что уклонение стороны инвестиционного контракта, в котором участвует публично-правовое образование, от подписания акта о реализации инвестиционного проекта представляет собой неисполнение договорного обязательства, препятствующее другим его участникам оформить права на объект, созданный на их средства, поэтому иск о понуждении исполнения этого обязательства является надлежащим способом защиты их нарушенных прав [33].

Ни постановления Пленума Верховного Суда РФ, ни постановления Пленума нынедействующего Высшего арбитражного суда РФ не содержат информации о том, какой способ защиты можно считать надлежащим



относительно исковых требований об обязанности ответчика подписать акт о результатах частичной реализации инвестиционного контракта. Так, согласно постановлению арбитражного суда г.Москвы РФ по делу №А40-131958/2015 судом отказано в удовлетворении исковых требований об обязанности ответчика подписать акт о результатах частичной реализации инвестиционного контракта с признанием его как «ненадлежащий способ защиты».

В рамках дела № А40-36915/2011 были рассмотрены иски инвестора о признании договора аренды не действительным и выселении из занимаемых помещений. Истец указал: «строительство завершено, что акт о реализации инвестиционного контракта не подписан, помещения ТПУ «Планерная» между участниками инвестиционной деятельности не распределены, право собственности на объект в установленном ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» порядке не зарегистрировано».

По мнению истца, обжалуемые договоры аренды, заключенные между первым ответчиком и остальными, являются «недействительными (ничтожными) сделками, поскольку не соответствуют требованиям ст.ст. 219, 247 и 608 ГК РФ».

Постановлением Федерального арбитражного суда Московского округа от 24.02.2012 г. отменены постановления Девятого Арбитражного апелляционного суда от 05.12.2011 г. и решение Арбитражного суда г.Москвы от 21.10.2011 г. по делу №А40-36915/2011, которым отказано в удовлетворении исковых требований. При повторном рассмотрении иск удовлетворен. Судебные акты мотивированы «установлением режима долевой собственности у участников инвестиционных отношений и невозможностью индивидуального распоряжения имуществом одним из инвесторов путем передачи его в аренду без согласия других участников долевой собственности в отсутствие регистрации права собственности на созданный объект недвижимости».

Впоследствии решение Арбитражного суда города Москвы от 07.02.2013 г. отменено по новым обстоятельствам. Суд первой инстанции применил к отношениям сторон - участников инвестиционной деятельности положения ГК РФ о долевой собственности, что явилось основанием для вывода о возможности распоряжения недвижимым имуществом путем передачи его в аренду третьим лицам исключительно с согласия всех участников долевой собственности, а приведенные ответчиком постановления ВАС РФ определили невозможность применения к отношениям по поводу объекта инвестиционной деятельности режима долевой собственности в отсутствие государственной регистрации права на него, то суд первой инстанции правомерно пришел к выводу о наличии оснований для пересмотра судебного акта по новым обстоятельствам.

Примечательно, что производство по делу № А40-36915/2011 было прекращено в связи с отказом от исковых требований. Однако это не свидетельствует о том, что проблема защиты прав инвестора в отсутствие государственной регистрации прав на объект инвестиций при его фактическом, физическом существовании, отсутствует [30].

Приведенные выше дела являются всего лишь частью того, что рассматривается российскими судами помимо споров о расторжении инвестиционных договоров, взыскании инвестиционных взносов, споров, связанных с участием инвесторов на рынке ценных бумаг [12].

Принятое ВАС РФ Постановление от 11.07.2011 г. № 54 «О некоторых вопросах разрешения споров, возникающих из договоров по поводу недвижимости, которая будет создана или приобретена в будущем» содержит разъяснение, согласно которому «при разрешении споров, связанных с инвестиционной деятельностью, судам следует следовать правилам одной из глав 30, 37, 55, (см п. 4 Постановления).

Судам разъяснено, что они обязаны определять правовую природу спорных отношений, вытекающих из договоров, связанных с инвестиционной деятельностью в сфере финансирования строительства или

реконструкции объектов недвижимости, и квалифицировать их с применением норм ГК РФ о договорах купли-продажи, подряда, простого товарищества и т.д. Отказывая в признании за инвестором первичного права собственности на объекты строительства, ВАС РФ тем самым исключил из системы исков, подаваемых инвестором в защиту своих прав по инвестиционному договору, широко применявшийся вещно-правовой иск о признании права собственности на объект строительства» [28].

В целях поощрения экспорта частного капитала, составившего впоследствии основу внешнеэкономической экспансии США, была учреждена Корпорация по частным капиталовложениям (Overseas Private Investment Corporation - OPIC).

В случае нарушения прав инвестора, экспроприации собственности инвестора, «инвестору США выплачивается компенсация, а к государственной корпорации OPIC переходят все права требования в силу принципа суброгации по договору страхования. Особенностью OPIC является крайняя политизированность ее действий: чтобы получить страхование от инвестиционных рисков, инвестор должен размещать капитал в государствах, политику которых одобряет США (требование, чтобы страна, в которую инвестируется капитал, проводила демократические преобразования и соответствовала иным критериям не всегда экономического характера)». Представляется, что проблемой формирования благоприятного климата в ЕАЭС является то, что сформировавшееся к настоящему времени в Договоре о ЕАЭС регулирование не отражает особенностей и тенденций периода постглобализации и окончания действия Вашингтонского консенсуса [12, с. 36].

Было установлено, что стороны соглашения об урегулировании споров одновременно договариваются о выборе метода разрешения споров (последовательности действий) и будут действовать в соответствии с выбранным методом разрешения споров. Поскольку выбор способа разрешения спора определяется сторонами с учетом рисков, связанных с

выполнением или неисполнением определенных обязательств, вытекающих из основного договора, такое соглашение оказывается непосредственно связано с основным обязательством и при этом обладает автономным характером. Разница между характером АРС и арбитражной оговоркой заключается в том, что в процессе разрешения спора можно выходить за пределы основного обязательства, не связывая стороны в обязательном порядке соглашением о разрешении спора.

Таким образом, представляется невозможным отрицать тот факт, что рассмотренные выше споры имеют особый характер, поскольку лицо, вступая в инвестиционные отношения, предполагает получение результата от вложенных средств, что отличает инвестиционные договоры от других видов договора.

### **3.3 Договорный порядок урегулирования споров в отношениях государственно-частного партнерства**

По смыслу ст. 3 Федерального закона 224-ФЗ от 13 июля 2015 года «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (вступил в силу с 1 января 2016 г.), гражданско-правовые соглашения о государственно-частном и муниципально-частном партнерствах заключаются на срок не менее 3х лет с целью привлечения в экономику частных инвестиций. Согласно ст. 7 Закона, объектами соглашений могут являться объекты дорожного строительства, транспорта, транспортных средств [25].

Основные условия контракта определены в п. 2 ст. 12 Закона и, среди прочего, установлен правовой статус сторон, которые сотрудничают в выполнении контракта для успешной реализации общего проекта. Таким образом, соглашения о государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве обладают всеми свойствами, создающими предпосылки

для разрешения споров, возникающих по ходу их исполнения, при помощи механизмов альтернативного разрешения споров, позволяющих оперативно урегулировать сложности исполнения договора, сохраняя отношения сторон и график исполнения совместного проекта. К таким свойствам относятся технологическая сложность предмета договора (общий проект), продолжительность срока его исполнения.

Гарантия прав индивидуального инвестора и законных интересов определяется ст. 15 Закона. Стороны могут по своему усмотрению определить порядок разрешения споров, возникающих в ходе выполнения таких договоров. Положения, касающиеся использования АРС, должны быть привычной частью соглашения, например, «другие условия, не противоречащие законодательству Российской Федерации» (статьи 12 и 11 Закона). Правила, изложенные в Регламенте МАЮ (с поправками), могут играть ведущую роль в разработке соответствующих положений соглашений о государственно-частном, муниципальном и частном партнерстве.

Если на этапе предварительного одобрения проекта допускается согласование позиций сторон при помощи переговоров, споры, возникающие в ходе реализации соглашения о ГЧП (или в результате неисполнения), регулируются законодательством субъекта, а при состязательном АРС - только Арбитражный суд и Международный коммерческий арбитраж.

Переговоры, как средство согласования позиций сторон по содержанию будущих соглашений о ГЧП регулируются Постановлением Правительства Российской Федерации № 1309 от 3 декабря 2015 года [23]. Вступило в силу 1 января 2016 года. Характер этого документа был сокращен до следующего: инициативы по ведению переговоров должны исходить от компетентных органов, проявляющих интерес к представляемым предложениям. Уполномоченные органы направляют письменные приглашения государственным партнерам и инициаторам проекта для участия в переговорах. Переговоры определяют форму действий, повестку

дня и перечень дополнительных материалов и документов по мере необходимости.

Срок ответа на приглашения и подачи дополнительных документов составляет 5 рабочих дней. Молчание расценивается как отказ от участия в переговорах. Если согласие получено в течение указанного периода, орган по аккредитации организует переговоры в течение 10 дней. Общая продолжительность переговоров составляет 90 дней, что соответствует периоду рассмотрения предложений по реализации проекта. Орган по аккредитации отвечает за согласование и составление протоколов на основе результатов. Такие предложения излагаются в постановлении в установленной форме и могут быть изменены только с согласия всех участников. Постановление также содержит требование к составу участников и сведения об их полномочиях.

Законы субъектов Российской Федерации, связанные с ГЧП, приняты 68 субъектами, и только девять из них на законодательном уровне урегулировали процедуры разрешения споров в соответствии с соглашением о ГЧП. Некоторые организации утвердили стандартную рекомендуемую форму контракта [6, с. 213].

Таким образом, законодательство субъектов Российской Федерации и разработанные на их основе типовые договоры отражают сложившуюся ситуацию в области разрешения споров и являются направлением состязательного разрешения конфликтов. Судебные споры и, в исключительных случаях, международные коммерческие и арбитражные разбирательства являются предпочтительными. Процедура посредничества для разрешения гражданско-правовых споров более уместна для выравнивания дисбаланса между сторонами, в частности, с учетом экспертных оценок, рекомендаций по разрешению споров и посредничеству, если какая-либо сторона наделена сильными управленческими ресурсами.

Форма типового договора, утвержденная Постановлением Правительства РФ от 16 июля 2015 г. № 708 «О специальных

инвестиционных контрактах для отдельных отраслей промышленности», в п. 1 ст. 11 содержит положение об урегулировании споров «путем переговоров и положение о передаче не разрешенных путем переговоров споров на рассмотрение Арбитражного суда г. Москвы» [32].

С точки зрения удовлетворения потребностей сторон в защите экономических интересов в государственно-частных партнерствах наилучшим подходом представляется использование полузакрытой системы разрешения споров [4, с. 72].

Полузакрытые системы разрешения споров имеют две категории участников (например, профессиональные участники рынка ценных бумаг и частные инвесторы, государственные и частные инвесторы). Между этими категориями существует дисбаланс сил и ресурсов, характеризующийся наличием экономического неравенства и возможностью доступа к административным или силовым ресурсам, а также два контура разрешения конфликтов [13, с. 20].

Если рассматривать АРС в качестве правового средства достижения целей конфликта, разрешения конфликта или урегулирования спора, то для выбора этого средства требуется согласование процедуры урегулирования спора – согласие сторон на его использование (соглашение сторон о ведении переговоров, оговорка о посредничестве, переговоры о заключении договора с участием адвоката, оговорка об арбитраже). Основополагающие источники договоров о досудебном урегулировании конфликта (соглашения об урегулировании спора) не вызывают сомнений у процессуалистов. Соглашение об урегулировании спора представляет собой особый вид гражданско-правового соглашения, направленного на установление взаимных обязательств сторон по выполнению условий договора и иных обязательств.

В рамках системы сложных многофакторных соглашений, которые обеспечивают достижение общих экономических целей, АРС является закрытой системой для разрешения споров в рамках системы договорных

отношений между профессиональными участниками договорных отношений. Она также может быть полузакрытой, если спор решается между профессиональными предпринимателями и потребителями, не включенными в систему. Те, кто не является частью системы, имеют право выбирать различные варианты разрешения споров, в том числе с привлечением стороннего лица, следовать инструкциям профессиональных участников до конца или покинуть систему в любое время и обратиться за защитой в судебные органы.

Таким образом, законодательство субъектов Российской Федерации и разработанные на их основе типовые договоры отражают сложившуюся ситуацию в области разрешения споров и являются направлением состязательного разрешения конфликтов. Судебные споры и, в исключительных случаях, международные коммерческие и арбитражные разбирательства являются предпочтительными. Процедура посредничества для разрешения гражданско-правовых споров более уместна для выравнивания дисбаланса между сторонами, в частности, с учетом экспертных оценок, рекомендаций по разрешению споров и посредничеству, если какая-либо сторона наделена сильными управленческими ресурсами.



## Заключение

Подводя итог сказанному можно сделать следующие выводы.

1. Автономия воли существенно расширилась, что связано с расширением сферы гражданско-правового регулирования. При этом к особой группе причисляются договора особого рода, которые объединены в соответствии с целевым назначением, направленностью, свойством их исполнимости. В данном случае имеются в виду соглашения, о порядке регулирования спора, в которых нашла свое отражение договоренность о применении и использовании одного или нескольких внесудебных (альтернативных) способов урегулирования спора.

В связи с этим была также обоснована принадлежность таких договоров к области гражданско-правового регулирования, хотя в науке можно найти мнение о том, что они относятся к сфере процессуального регулирования.

Медиация может быть использована для разрешения споров по гражданским вопросам, в том числе тем, которые возникают в связи с предпринимательской и другой экономической деятельностью.

Было установлено, что стороны соглашения об урегулировании споров одновременно договариваются о выборе метода разрешения споров (последовательности действий) и будут действовать в соответствии с выбранным методом разрешения споров. Поскольку выбор способа разрешения спора определяется сторонами с учетом рисков, связанных с выполнением или неисполнением определенных обязательств, вытекающих из основного договора, такое соглашение оказывается непосредственно связано с основным обязательством и при этом обладает автономным характером. Разница между характером АРС и арбитражной оговоркой заключается в том, что в процессе разрешения спора можно выходить за пределы основного обязательства, не связывая стороны в обязательном порядке соглашением о разрешении спора.

2. При выборе метода разрешения спора стороны определяют способы разрешения спора, при этом их соглашение будет определять юридическую обоснованность результатов применения АРС. Результатом является рекомендация, договор или обязательное решение, постановление, предписание или указание третейского суда. Различные механизмы в АРС выполняют разные функции, в том числе профилактическую (превентивную); корректирующую (моделирующую) действия сторон в споре, связанные с выполнением взаимного обязательства по договору или в связи с его заключением, исполнением или прекращением. Также можно выделить стимулирующую функцию (способствующую возобновлению обсуждений новых условий, касающихся существующих отношений сторон). Государство гарантирует применение результатов АРС посредством императивных предписаний.

3. Соглашения об урегулировании споров, оба из которых включены в основной договор сторон в виде пункта о порядке разрешения споров (многоуровневого или одноуровневого, или общего, предполагающего гибкость подхода к избранию одного из наиболее оптимальных методов в данном конкретном случае) и заключаются в качестве независимых соглашений (соглашение о проведении переговоров, соглашение о применении процедуры посредничества) являются независимыми (автономными) в отношении договора, и там, где возник спор, и может быть предметом права государства, кроме права основного договора. В то же время соглашение о порядке урегулирования спора, предусматривающее использование АРС, в большинстве случаев объединяет положения об использовании конкретного типа АРС, в котором указывается конкретный метод разрешения спора, согласованный его сторонами, а также положения о проведении такой процедуры АРС или путем включения в нее правил постоянного административного учреждения (например, арбитражной оговорки) или путем предоставления достаточно подробного описания порядка действий сторон для урегулирования спора или оказания услуг и

распоряжения акцепторами действий (организатор сотрудничества сторон). В любом случае довольно сложно найти (и оформить) соглашение об использовании АРС, которое не содержало бы элементов соглашения об их проведении.

4. Стороны вправе договориться о назначении стороннего лица, устроителя взаимодействия сторон (аккомодатора), для оказания помощи в разрешении любого спора или конфликта между сторонами. В качестве аккомодатора могут выступать как частные лица, так и юридическое лицо (администрирующая институция). Степень полномочий аккомодатора может варьироваться в зависимости от функций, которые стороны согласились ему предоставить (от технических вопросов до функций разрешения споров), но неизменной остается роль аккомодатора как устроителя оптимальных способов взаимодействия между сторонами. Роль аккомодатора варьируется от организационной (модератор) к директивной (арбитр). Задача состоит в выявлении устроителем взаимодействия сторон истинных интересов сторон, направляющих их в спор и тем самым определить истинную волю сторон.

5. Урегулирование правового спора с помощью посредника имеет достаточно много преимуществ перед судебным разбирательством, его использование существенно снизит нагрузку судов. Предлагается закрепить единый порядок проведения процедуры медиации. Кроме того, необходимо введение определенных гарантий для участвующих сторон, заключивших медиативное соглашение, в области его исполнения. В частности, легитимировать оспаривание медиативных соглашений в государственном компетентном суде и предусмотреть порядок получения исполнительного листа на принудительное исполнение медиативного соглашения. Целесообразно закрепить на законодательном уровне, право нотариусов и адвокатов быть медиаторами, поскольку их основная задача – осуществление защиты прав и законных интересов лиц, обратившихся к ним за юридической помощью.

6. Проанализировано многообразие роли аккомодатора во взаимодействии сторон и установлена зависимость от процессуальных последствий его действий. Было установлено, что требования к квалификации и личным качествам аккомодатора связаны с теми или иными процессуальными действиями. Наблюдается четкая тенденция к единым квалификационным стандартам (экспертные стандарты), поведению аккомодаторов (этические правила) и формированию правил урегулирования или процедур урегулирования споров. На уровне международной ассоциации предпринимателей и профессиональных объединений специалистов в области разрешения споров разработаны единые требования к оценке качества услуг аккомодатора, но между сторонами существуют соглашения о разрешении коммерческих споров. Роль правил «частной унификации» в формировании договорных отношений расширяется. С одной стороны, растущая важность национальных процедур и, с другой стороны, растущая потребность в признании международных стандартов привели к необходимости разработки соответствующих требований, сформированных экспертным сообществом, особенно при проработке национальных стандартов, в т.ч. стандартов сертификации.

7. Вывод основан на формировании многоуровневой матричной (сотовой) системы альтернативных методов разрешения споров, включающей, с одной стороны, схему соглашения о разрешении споров между сторонами и, с другой стороны, форму принуждения к выполнению решений, принятых в результате АРС. Договорная основа для разрешения споров формируется как на национальном, так и на международном уровнях.

8. Был сделан вывод о единстве системы процедуры объединения АРС и государственной юрисдикции для развития диалектического взаимодействия в частно-правовых отношениях при разрешении споров и конфликтов, возникающих в области коммерческого оборота, регулируемых процессуальными нормами. Рекомендовано предусмотреть окончательное соглашение о разрешении спора в форме документа определенного образца,

подлежащего непосредственному исполнению, чтобы гарантировать наилучший выбор метода разрешения спора, который наилучшим образом отвечает экономическим интересам сторон.

9. Установлена связь между процедурами международного коммерческого посредничества и разработкой международных документов об осуществлении согласительных процедур. Национальное законодательство рекомендует объединить правила для упрощенной реализации окончательного соглашения об урегулировании споров, в том числе тех, которые были достигнуты без помощи аккомодаторов. Эти меры будут способствовать использованию АРС, включая медиацию, для разрешения коммерческих споров с участием российских предпринимателей.

10. В рамках системы сложных многофакторных соглашений, которые обеспечивают достижение общих экономических целей, АРС является закрытой системой для разрешения споров в рамках системы договорных отношений между профессиональными участниками договорных отношений. Она также может быть полужакрытой, если спор решается между профессиональными предпринимателями и потребителями, не включенными в систему. Те, кто не является частью системы, имеют право выбирать различные варианты разрешения споров, следовать инструкциям профессиональных участников до конца или покинуть систему в любое время и обратиться за защитой в суд.

11. Процедуры разрешения споров в Совете по разрешению споров осуществляются следующим образом. Споры могут быть переданы в СОРАС. Совет соглашается со сторонами, чтобы определить процедуру подготовки к встрече и установить дату. Каждая сторона подготовит объяснение своей позиции и письменное обоснование встречи. На заседании совета стороны заслушают заявление, в результате которого совет подготовит письменный отчет, содержащий рекомендации совета. Разногласия, которые могут быть сведены к противоречию, могут быть разрешены на ранней стадии в упрощенном неформальном порядке. По этой

причине до заседания совета стороны должны отправить краткое описание запроса совету и другим сторонам вместе с сопроводительными документами.

12. Установлена роль администрирующих институций в АРС в качестве координатора и специфика его функций, а также подчеркнута важность ограничения их полномочий техническими функциями. Допускается организационное вмешательство государственных органов в процедуру АРС (например, назначение арбитров, медиаторов и т.д.).

## Список используемой литературы и используемых источников

1. Абесадзе С.А. Международный коммерческий арбитраж: Учебник / С.А. Абесадзе, Т.К. Андреева, В.Н. Ануров и др.; отв. ред. Т.А. Лунаева. - М.: Статут, 2018. Вып. 9. - 965 с.
2. Агеева Е.Ш. Институт охраны и защиты прав предпринимателей: Сравнительно-правовое исследование законодательств России и Англии. - М.: Статут, 2015. - 144 с.
3. Андреев Ю.Н. Договор в гражданском праве России: сравнительно-правовое исследование: монография. - М.: НОРМА, ИНФРА-М, 2017. - 272 с.
4. Андрющенко А. В. Организационный договор как общая договорная конструкция / А. В. Андрющенко // Юридические исследования. - 2017. - № 5. - С. 71-84.
5. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации: Федеральный закон от 24.07.2002 № 95-ФЗ (ред. от 25.12.2018) – Доступ из справ.-правовой системы Гарант. – Текст: электронный.
6. Афанасьева Е.Г. Предпринимательское право Российской Федерации: Учебник / Е.Г. Афанасьева, А.В. Белицкая, В.А. Вайпан и др.; отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. 3-е изд., перераб. и доп. - М.: НОРМА, ИНФРА-М, 2017. - 992 с.
7. Бенова В.И. Медиация как альтернативный способ разрешения международных коммерческих споров: автореф. дне. ... канд. юрид. наук: 12.0.03 / Бенова Виктория Игоревна. - М., 2013. - 26 с.
8. Бражников Ю.М. Юридический конфликт как предмет научного исследования // Актуальные проблемы государства и права. Сборник материалов Всероссийской научно-практической конференции, 14-15 апреля 2005 г.. - Новокузнецк: Изд-во НФИ КемГУ, 2005. - С. 86-88.

9. Гайдаенко Шер Н. И. Юристы, судьи и альтернативные способы разрешения споров: итоги одного опроса / Н. И. Гайдаенко Шер // Третейский суд. - 2015. - № 1. - С. 119 - 124.
10. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая): Федеральный закон от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2019) – Доступ из справ.-правовой системы Гарант. – Текст: электронный.
11. Европейский кодекс поведения для медиаторов [Электронный ресурс] URL: [http://mediacia.com/files/Document/Code\\_of\\_Conduct.pdf](http://mediacia.com/files/Document/Code_of_Conduct.pdf) (дата обращения: 30.05.2020)
12. Егорова М. А. Правовые последствия изменения и расторжения договора // Гражданское право. – 2016. – № 1. – С. 35–39.
13. Елисеев Н. Г. Договорное регулирование гражданских и арбитражных процессуальных отношений : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. - М., 2016. – 31 с.
14. Концепция единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (одобрена решением Комитета по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству ГД ФС РФ от 08.12.2014 № 124(1)) – Доступ из справ.-правовой системы Гарант. – Текст: электронный.
15. Кудрявцев В. Н. Юридическая конфликтология / Кудрявцев В.Н. – М.: Юр.Норма, НИЦ ИНФРА-М, 2016. - 101 с.
16. Курбатов А. Я. Сочетание частных и публичных интересов при правовом регулировании предпринимательской деятельности / А. Я. Курбатов. - М.: Центр ЮрИнформ, 2001. – 212 с.
17. Медиация: учебник / Под ред. А. Д. Карпенко, А. Д. Осинковского. - СПб. : АНО «Редакция журнала «Третейский суд». - М.: Статут, 2016. – 470 с.



18. Мезрин Б.Н. Моделирование гражданско-правовых неимущественных обязательств // Антология уральской цивилистики. 1925-1989 : сборник статей. – М., 2001. – С. 199-200.

19. Мохов А.А., Воронцова И.В., Семёнова С.Ю. Гражданский процесс (гражданское процессуальное право) России: Учебник. – М.: Контракт, 2017. – 586 с.

20. Налоговый кодекс Российской Федерации (часть вторая): Федеральный закон от 05.08.2000 № 117-ФЗ (ред. от 27.12.2019) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2020) – Доступ из справ.-правовой системы Гарант. – Текст: электронный.

21. Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации): Федеральный закон от 27.07.2010 № 193-ФЗ (ред. от 23.07.2013) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.09.2013) – Доступ из справ.-правовой системы Гарант. – Текст: электронный.

22. Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации: Федеральный закон от 29.12.2015 № 382-ФЗ (ред. от 27.12.2018) – Доступ из справ.-правовой системы Гарант. – Текст: электронный.

23. Об утверждении Правил проведения уполномоченным органом переговоров, связанных с рассмотрением предложения о реализации проекта государственно-частного партнерства, проекта муниципально-частного партнерства на предмет оценки эффективности проекта и определения его сравнительного преимущества: Постановление Правительства РФ от 03.12.2015 № 1309 – Доступ из справ.-правовой системы Гарант. – Текст: электронный.

24. Об утверждении профессионального стандарта «Специалист в области медиации (медиатор): Приказ Минтруда России от 15.12.2014 № 1041н (ред. от 12.12.2016, зарегистрировано в Минюсте России 29.12.2014 № 35478) // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. - № 30. - 2015.

25. О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации: Федеральный закон от 13.07.2015 № 224-ФЗ (ред. от 26.07.2019) – Доступ из справ.-правовой системы Гарант. – Текст: электронный.

26. Ойгензихт В.А. Альтернатива в гражданском праве. – Душанбе: Ирфон, 1991. – 176 с.

27. О международном коммерческом арбитраже: Закон РФ от 07.07.1993 № 5338-1 (ред. от 25.12.2018) (вместе с «Положением о Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации», «Положением о Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате Российской Федерации») – Доступ из справ.-правовой системы Гарант. – Текст: электронный.

28. О некоторых вопросах разрешения споров, возникающих из договоров по поводу недвижимости, которая будет создана или приобретена в будущем: Постановление Пленума ВАС РФ от 11.07.2011 № 54 – Доступ из справ.-правовой системы Консультант плюс. – Текст: электронный.

29. О Правилах разработки и утверждения профессиональных стандартов: Постановление Правительства РФ от 22.01.2013 № 23 (ред. от 29.11.2018) – Доступ из справ.-правовой системы Гарант. – Текст: электронный.

30. Определение ВАС РФ от 22.10.2013 № ВАС-12921/13 по делу № А40-36915/2011 – Доступ из справ.-правовой системы Консультант плюс. – Текст: электронный.

31. Определение Верховного Суда РФ от 10.02.2017 № 305-ЭС16-21029 по делу № А40-149653/2015 – Доступ из справ.-правовой системы Консультант плюс. – Текст: электронный.

32. О специальных инвестиционных контрактах для отдельных отраслей промышленности (вместе с «Правилами заключения специальных инвестиционных контрактов»): Постановление Правительства РФ от 16.07.2015 № 708 (ред. от 01.08.2018) – Доступ из справ.-правовой системы Гарант. – Текст: электронный.

33. Постановление Президиума ВАС РФ от 04.06.2013 № 1276/13 по делу № А40-107777/10-82-939 – Доступ из справ.-правовой системы Консультант плюс. – Текст: электронный.

34. Севастьянов Г.В. Правовая природа третейского разбирательства и компетенция третейского суда в сфере недвижимости. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. - М., 2013. – 30 с.

35. Севастьянов Г. В. Правовая природа третейского разбирательства как института альтернативного разрешения споров (частного процессуального права) : монография / Г. В. Севастьянов. - СПб. : АНО «Редакция журнала «Третейский суд» ; М. : Статут, 2015. - 464 с.

36. Сойфер Т. В. Концепция некоммерческих организаций в российском гражданском праве : дис. ... д-ра юрид. наук. - М., 2013. – 476 с.

37. Степин А.Б. Внутригосударственные и международные способы защиты прав предпринимателей // Российская юстиция. - 2018. - № 6. - С. 15 - 17.

38. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (принят в г. Нью-Йорке 21.06.1985 на 18-ой сессии ЮНСИТРАЛ) – Доступ из справ.-правовой системы Гарант. – Текст: электронный.

39. Тихомиров Ю. А. Интерес в публичном и частом праве: согласование и противоборство // Интерес в публичном и частном праве. - М., 2002. - С. 4.

40. Трудовой кодекс Российской Федерации: Федеральный закон от 30.12.2001 № 197-ФЗ (ред. от 02.08.2019) – Доступ из справ.-правовой системы Гарант. – Текст: электронный.

41. Филиппова С.Ю. Инструментальный подход в науке частного права: диссерт. на соиск. уч. ст. докт. юр. наук., 2014. – 529 с.
42. Шеменова О. Н. Роль соглашений сторон в гражданском судопроизводстве / О. Н. Шеменова. - М. : Инфотропик Медиа, 2017. – 312 с.
43. Allen W.T., Kraakman R., Subramanian G. Commentaries and Cases on the Law of Business Organization 2012 - 2013. Statutory supplement. N.Y., 2012.
44. Enock R., Melia A.Ch. 6. Ad Hoc Arbitrations // Arbitration in England with chapters on Scotland and Ireland. Kluwer Law International, 2013.
45. International Corporate Law and Financial Market Regulation. Comparative Corporate Governance of Non-Profit Organizations / Ed. by Klaus J. Hopt and Thomas von Hippel. N.Y., 2010.
46. Klein W.A., Coffee J.C., Jr., Partnoy F. Business Organization and Finance. Legal and Economic Principles. 11<sup>th</sup> ed. N.Y., 2010.
47. Ventoruzzo M., Conac P.-H., Goto G., Mock S., Notari M., Reisberg A. Comparative Corporate Law. St. Paul (Minn.), 2015.