

ПРАВОВЫЕ ТЕХНОЛОГИИ ПОСРЕДНИЧЕСТВА (МЕДИАЦИИ) В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКОЕ ПОСОБИЕ

С.В. НИКОЛЮКИН

Николюкин Станислав Вячеславович, кандидат юридических наук, доцент, заместитель заведующего кафедрой "Теория и история государства и права" ФГОБУ ВПО Финансовый университет при Правительстве РФ, член Ассоциации юристов России, член Российской ассоциации международного права, профессор РАЕ.

Автор более 120 научных статей и 13 монографий.

Предисловие

Людам трудно самим умириться между собой, но как только станет между ними третий, он их вдруг примирит. Оттого-то у нас всегда имел такую силу третейский суд, истое произведение земли нашей, успевавший доселе более всех других судов. В природе человека, и особенно русского, есть чудное свойство: как только заметит он, что другой сколько-нибудь к нему наклоняется или показывает снисхождение, он сам уже готов чуть не просить прощенья. Уступить никто не хочет первым, но как только один решился на великодушное дело, другой уже рвется, как бы перещегоолять его великодушьем. Вот почему у нас скорее, чем где-либо, могут быть прекращены самые застарелые ссоры и тяжбы, если только станет среди тяжущихся человек истинно благородный, уважаемый всеми и притом еще знаток человеческого сердца.

Н.В.Гоголь

Ситуация в мировой экономике, обострив экономические проблемы отечественных предпринимателей, негативно повлияла на исполнение участниками гражданского оборота принятых на себя договорных обязательств и поставила их перед необходимостью более внимательно, взвешенно и экономно относиться к своим материальным ресурсам. Все это привело к значительному увеличению количества обращений в суды за защитой нарушенных прав и интересов. Так, в течение 2011 г. на рассмотрение в арбитражные суды поступило 1 249 069 исковых заявлений и заявлений <1>. Это практически на уровне показателя 2010 г.

<1> Информация с сайта Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации: <http://www.arbitr.ru> (по сост. на 02.08.2012).

Несмотря на то что в 2011 г. продолжилось сокращение количества поступающих на рассмотрение в суды заявлений по экономическим спорам, возникающим из гражданских правоотношений, а именно число таких заявлений уменьшилось на 11% (2009 г. - 914 588 заявлений, 2010 г. - 828 341 заявление, 2011 г. - 737 012 заявлений) <1>, достаточно актуальным является вопрос о необходимости внедрения новых экономических, эффективных и простых способов урегулирования возникающих споров, которые в праве именуются альтернативными

(примирительными) процедурами.

<1> Информация с сайта Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации:
<http://www.arbitr.ru> (по сост. на 02.08.2012).

Развитие примирительных процедур является одним из приоритетных направлений совершенствования существующих в Российской Федерации механизмов урегулирования споров и защиты нарушенных прав граждан.

В Федеральной целевой программе "Развитие судебной системы России" на 2007 - 2012 гг. указывается на необходимость внедрения примирительных процедур, внесудебных и досудебных способов урегулирования споров, в том числе вытекающих из административных правоотношений, которые позволят снизить нагрузку на судей и, как следствие этого, сэкономят бюджетные ресурсы и повысят качество осуществления правосудия. При этом предполагается широкое внедрение процедур медиации в качестве механизмов реализации положений законов Российской Федерации, предусматривающих возможность примирения сторон.

Кроме того, Федеральный закон от 27 июля 2010 г. N 193-ФЗ "Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)" (далее - Закон о медиации), вступивший в силу с 1 января 2011 г., создает правовые основания для становления и развития медиации в Российской Федерации, является практическим шагом к реализации мероприятий по внедрению примирительных процедур, предусмотренных в названной Федеральной целевой программе.

На значимость внедрения в российскую правовую систему института медиации обращено внимание в Послании Президента Российской Федерации Федеральному Собранию РФ от 22 декабря 2011 г. Кроме того, в перечне поручений Президента Российской Федерации от 26 декабря 2011 г. N Пр-3884 и поручений Председателя Правительства РФ от 29 декабря 2011 г. N ВЗ-П13-9278 по реализации основных положений указанного Послания говорится о необходимости осуществления правовой регламентации вопросов, касающихся введения обязательных примирительных процедур при разрешении некоторых видов споров.

Медиация в России - это реально существующий институт, действующий и действенный способ разрешения споров в современном российском обществе.

Как справедливо отмечает Ц.А. Шамликашвили, сегодня можно сказать, что все три основных необходимых элемента для внедрения и распространения нового института в большей или меньшей степени у нас есть. Это, во-первых, Закон, который и является ключевой отправной темой данной статьи. Отношение к нему неоднозначное, однако, не будь этого Закона, не было бы и полемики о возможных путях развития медиации в нашей стране; во-вторых, информирование населения и различных профессиональных групп как потенциальных пользователей медиации. Это информирование, конечно, еще долгое время будет оставаться на гораздо более низком уровне, нежели хотелось бы. Ведь даже в таких странах, как США, Великобритания, где медиация востребована уже не первое десятилетие, о ней знают не более 10 - 20% простых людей. Просветительская работа, формирование правильного представления о медиации в общественном сознании - это задача на все времена. И очень важно, как и кем это будет делаться; в-третьих, возникновение и формирование профессионального сообщества медиаторов <2>.

<2> <http://blog.pravo.ru/blog/mediacia/5910.html>

Действительно, роль посредничества (медиации) актуальна не только для Российской Федерации. Если обратиться к опыту европейских государств, то посредничество завоевывает все большее признание и популярность среди представителей делового мира. Так, европейские коммерсанты, активно участвуя в экономическом обороте в рамках единого рынка, созданного Европейским союзом, столкнулись с различным правовым регулированием международных коммерческих сделок в европейских государствах, а также с культурными, национальными различиями европейцев, проживающих в разных государствах. Тем не менее для преодоления правовых, культурных, языковых барьеров европейские коммерсанты используют

посредничество.

В настоящем издании рассмотрены и проанализированы существующие виды посредничества, выявлены правоотношения, конфликты по которым лучше всего разрешаются с применением процедуры посредничества (медиации), выявлены специфические черты посредничества (медиации), исследовано национальное и международно-правовое регулирование посредничества.

На основании этого были сделаны выводы и сформулированы предложения по совершенствованию законодательства регулирующего применение посредничества (медиации) в Российской Федерации.

Глава 1. ПОСРЕДНИЧЕСТВО (МЕДИАЦИЯ) КАК АЛЬТЕРНАТИВНАЯ ПРОЦЕДУРА УРЕГУЛИРОВАНИЯ КОНФЛИКТОВ

§ 1. Место альтернативных способов урегулирования конфликтов в системе защиты гражданских прав

"Каждая страна строит судебную систему исходя из собственных потребностей. Но есть некие общечеловеческие ценности, которые не могут не учитываться в обществе, относящем себя к демократическому. Это право на судебную защиту" <3>.

<3> Абова Т.Е. Арбитражный суд в судебной системе России // Государство и право. 2000. N 9. С. 9.

Наиболее известными способами защиты гражданских прав считаются личная защита прав (самозащита) и государственная защита прав, которая осуществляется судебной системой государства.

В Российской Федерации деятельность судов по осуществлению правосудия в рамках гражданского и арбитражного процесса направлена на защиту нарушенных или оспариваемых гражданских прав и осуществляется в соответствии с подведомственностью дел, установленной процессуальным законодательством.

Однако в условиях рыночной экономики с учетом опыта других государств актуальным становится использование иных способов урегулирования споров и государственных и негосударственных форм защиты прав, что вызвано потребностями реформирования судебной системы и необходимостью более эффективного рассмотрения гражданско-правовых споров и обеспечения доступности правосудия.

Урегулирование споров о праве представляет собой самостоятельную форму правовой защиты, суть которой заключается в совместных действиях спорящих сторон по ликвидации возникшего конфликта. Большое значение имеет заинтересованность участников спора в восстановлении нормальных, бесспорных правоотношений для осуществления дальнейшей экономической деятельности. В первую очередь это относится к юридическим лицам, стремящимся к сохранению длительных, оптимальных для них отношений с контрагентами.

Если обратиться к [ст. 11](#) Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ), то в ней закреплен не только судебный порядок защиты нарушенных или оспоренных гражданских прав в государственных судах (судах общей юрисдикции и арбитражных судах), но и в частных (третейских) судах. Более того, согласно [ст. 401](#) Трудового кодекса Российской Федерации (далее - ТК РФ), коллективный трудовой спор может быть рассмотрен примирительной комиссией, с участием посредника или в трудовом арбитраже.

Бесспорным является тот факт, что ядром всей системы разрешения правовых споров, возникающих из гражданских правоотношений, остается урегулирование споров в государственном судебном органе, поскольку "...любой государственный суд олицетворяет собой судебную власть - отправляет правосудие; деятельность государственных судов осуществляется именем Российской Федерации, т.е. все решения государственные суды как носители государственной (судебной) власти выносят от имени Российской Федерации. Выносимые по результатам рассмотрения споров судебные решения после вступления их в законную силу

становятся общеобязательными (признаются обязательными для исполнения всеми лицами на территории Российской Федерации), что, впрочем, не лишает участвующих в деле лиц права обжаловать их. В случае если вынесенное государственным судом решение не исполняется должником добровольно, он может быть принужден к исполнению этого решения специально созданным органом - службой судебных приставов" <4>.

<4> Рожкова М.А., Елисеев Н.Г., Скворцов О.Ю. [Договорное право: соглашения о подсудности](#), международной подсудности, примирительной процедуре, арбитражное (третейское) и мировое соглашения / Под общ. ред. М.А. Рожковой. М.: Статут, 2008. С. 324.

Действительно, многовековая практика всех высокоразвитых стран убедительно доказывает, что достижение высоких темпов экономического роста становится возможным только при наличии эффективной судебной системы, активно помогающей прогрессу производственных отношений. При неработоспособной, неэффективной и неадекватной объективным потребностям рыночной экономики судебной системе все попытки государственных властей добиться ощутимого экономического прогресса безрезультатны.

Тем не менее не всегда целесообразно решать возникающие конфликты посредством обращения в суд. Во-первых, защита прав в судебном порядке должна быть не единственным способом урегулирования возникающих конфликтов между субъектами гражданских правоотношений; во-вторых, при участии в споре иностранных лиц могут возникать следующие риски и трудности, которые делают процедуру обращения в государственный суд непривлекательной:

а) незнание обязательного для применения иностранным государственным судом процессуального порядка, что на практике означает необходимость обращения к услугам местного адвоката, который не всегда проявляет личную заинтересованность в скорейшем окончании судебного разбирательства и квалификацию которого не всегда возможно определить до момента наделения его соответствующими полномочиями;

б) обязательность осуществления судебного разбирательства на языке государства местонахождения суда, в связи с чем возникает необходимость перевода всех документов, касающихся спора, на язык, подлежащий применению. При этом достаточно часто такой перевод должен быть заверен присяжным переводчиком, который не всегда в достаточной мере владеет торговой или технической терминологией;

в) наличие нескольких инстанций и свойственный государственному суду процессуальный формализм, что способствует затягиванию разбирательства и влечет дополнительные расходы;

г) отсутствие необходимой компетенции у судей, поскольку подготовка судей государственных судов рассчитана на применение норм национальной правовой системы, хотя условия контракта не всегда подчиняются материальному праву данного государства. Применение же государственным судом иностранного права связано, как правило, с необходимостью проведения дополнительных экспертиз и получением заключения соответствующих специалистов;

д) неравное отношение к сторонам спора (в силу того что судьи государственных судов достаточно часто склонны более снисходительно относиться к участникам разбирательства, которые являются субъектами данного государства, следует не согласиться с данным пунктом, поскольку он означает нарушение принципа равноправия сторон, что невозможно априори. - С.Н.);

е) ограниченная возможность исполнения решения государственного суда на территории иностранного государства в силу отсутствия универсальных международных договоров, позволяющих осуществлять принудительное исполнение решения государственного суда одного государства на территории другого государства <5>.

<5> Бейкер и Макензи: Международный коммерческий арбитраж. Государства Центральной и Восточной Европы и СНГ: Учебно-практическое пособие / Отв. ред. А. Тынель, В. Хвалей. М.: БЕК, 2001. С. 4, 5.

Резюмируя вышеизложенное, можно заключить, что при урегулировании каких-либо противоречий между субъектами гражданско-правовых отношений преимущество должно отдаваться альтернативным способам разрешения споров, поскольку и в мировой практике роль таких способов значительно возрастает.

В качестве примера активного развития и широкого использования альтернативных способов разрешения споров можно привести англосаксонскую систему права. Результаты опроса 1000 крупнейших американских корпораций показали, что 88% из них в течение последних трех лет использовали медиацию, 79% обращались к арбитражным механизмам, 81% назвали медиацию более приемлемой формой, нежели судебная процедура, 59% отметили, что она позволила сохранить в последующем партнерские отношения между участниками спора <6>.

<6> Херсонцев А.И. Альтернативное разрешение споров: проблемы правового регулирования и европейский опыт // Российский юридический журнал. 2003. N 3. С. 16, 17.

Важно отметить, что в настоящее время "...предприниматели в России так же, как и в других странах, имеют возможность выбора форм и методов разрешения споров и иных конфликтов, возникающих в связи с осуществлением ими предпринимательской деятельности, и все лица прибегают для этой цели к использованию альтернативных методов, без привлечения государственных органов судебной власти" <7>. Иными словами, в современных условиях участники экономической деятельности осознают преимущества альтернативных способов урегулирования споров по сравнению с рассмотрением дел в государственных судах. Поэтому на настоящем этапе важным является обеспечение государством права сторон на выбор формы защиты (обращаться в суд для разрешения спора либо избрать иную форму защиты своих интересов) посредством установления правомерных и доступных процедур урегулирования.

<7> Андреева Т.К. Некоторые комментарии к Федеральному закону "О третейских судах в Российской Федерации" // Хозяйство и право. 2003. N 1. С. 21.

Альтернативные способы урегулирования споров как институты саморегулирования гражданского общества могут применяться наряду с судебной формой защиты. При этом такие процедуры вовсе не подменяют государственное правосудие и не нарушают конституционного права граждан на судебную защиту. Благодаря альтернативным способам урегулирования споров стороны могут самостоятельно урегулировать конфликт на взаимоприемлемых условиях, что будет способствовать укреплению их репутации и сохранению партнерских отношений.

Кроме того, желание субъектов гражданских правоотношений избежать рассмотрения дела в суде иностранного государства, а следовательно, и свести к минимуму влияние вышеуказанных негативных моментов, возникающих при рассмотрении дела в суде иностранного государства, и способствовало поиску новых, экономичных, эффективных и простых методов урегулирования конфликтов.

Между тем преимущества альтернативного разрешения споров (АРС) особенно очевидны в сравнении с судебной формой защиты прав.

Главными достоинствами АРС являются, во-первых, его экономичность, а именно простота процедур, отсутствие жестких процессуальных и доказательственных правил избавляют стороны от излишних финансовых затрат, которые всегда сопутствуют судебному разбирательству; во-вторых, выигрыш во времени, поскольку альтернативные процедуры урегулирования споров занимают от одного дня до нескольких месяцев, но не годы, как это случается в судебной системе, если дело проходит через все инстанции; в-третьих, возможность выбора посредника (арбитра, медиатора и т.д.), посредством которого будут разрешаться разногласия; в-четвертых, конфиденциальность разрешения споров (негласность самой процедуры и сохранение в тайне информации, полученной в ходе альтернативной процедуры); в-пятых, возможность для сторон самим контролировать процедуру разбирательства и ее результат, т.е. практически любая процедура заканчивается достижением взаимовыгодного соглашения, за исключением арбитража с его особенностями (состязательностью и обязательным решением).

Сразу выделим очевидные принципиальные отличия таких понятий, как "разрешение

споров" и "урегулирование конфликтов", используемых в АРС.

Отметим, что представляют собой понятия "конфликт" и "спор".

Конфликт - столкновение, серьезное разногласие, спор <8>.

<8> Ожегов С.И. Словарь русского языка. Изд. 8-е, стереотип. М.: Советская энциклопедия, 1970. С. 285.

Конфликт (лат. conflictus; англ. conflict) - столкновение, серьезное разногласие, спор; юридический конфликт - противоборство сторон (государств и их органов, общественных объединений, граждан) с целью противоправного изменения статуса и юридического состояния субъектов права <9>.

<9> Тихомирова Л.В., Тихомиров М.Ю. Юридическая энциклопедия. Изд. 5-е, доп. и перераб. / Под ред. М.Ю. Тихомирова. М., 2006. С. 440, 441.

Конфликт (лат. conflictus) - столкновение между спорящими несогласными сторонами <10>.

<10> Толковый словарь русского языка: В 4 т. / Сост. В.В. Виноградов, Г.О. Винокур, Б.А. Ларин и др. / Под ред. Д.Н. Ушакова. М.: Русские словари, 1994. С. 1453.

Конфликт (лат. conflictus - столкновение) - столкновение противоположных интересов, взглядов; серьезное разногласие, острый спор <11>.

<11> Словарь иностранных слов. 10-е изд., стереотип. М.: Рус. яз., 1983. С. 251.

Конфликтом в международном частном праве следует определять такое состояние в положении участников международного невластного правоотношения, при котором наблюдается противостояние объективно расходящихся интересов, целей и юридически значимых действий сторон правоотношения. Международным коммерческим конфликтом следует считать сложный и неоднородный по своей природе специфический тип качественного взаимодействия, заключающийся в столкновении интересов участников международной коммерческой сделки, объединенных связями невластного (частного) характера, при распределении экономических (материальных и нематериальных) благ в международном коммерческом обороте <12>.

<12> Столетова Д.Э. Конфликты в международных коммерческих сделках и альтернативные судебному способы их разрешения: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007.

Спор - 1) словесное состязание, обсуждение чего-нибудь, в котором каждый отстаивает свое мнение, свою правоту; 2) взаимное притязание на владение чем-нибудь, разрешаемое судом <13>.

<13> Ожегов С.И. Словарь русского языка. Изд. 8-е, стереотип. М.: Советская энциклопедия, 1970. С. 747.

Спор - 1) взаимное пререkanie, словесное (устное или письменное) состязание, в котором каждая из сторон отстаивает свое мнение, доказывает свою правоту; 2) взаимное притязание (обычно на суде) на обладание чем-нибудь <14>.

<14> Толковый словарь русского языка: В 4 т. / Сост. В.В. Виноградов, Г.О. Винокур, Б.А. Ларин и др. / Под ред. Д.Н. Ушакова. М.: Русские словари, 1994. С. 446.

В юридическом словаре Г. Блэка спор определяется как конфликт требований или прав, ставший предметом судебного разбирательства <15>.

<15> Black's Law Dictionary. West Publishing Co., 1990. P. 472, 456.

К. Каби в прилагаемом к своей книге "Вам не всегда нужен юрист, или Как разрешить юридический спор без судебного разбирательства" словаре указывает, что конфликт - это реальные противоречия между сторонами, основанные на требованиях, просьбе одной стороны и их неудовлетворении другой стороной, а спор - это конфликт, в который одна или обе стороны вынужденно включены <16>.

<16> Kuby C. You Don't Always Need a Lawyer. Consumers Union of United States, Inc., Yonkers. New York, 1991. P. 240.

С точки зрения науки конфликтологии конфликт представляет собой проявление объективных или субъективных противоречий, выражающееся в противоборстве их носителей (сторон) <17>.

<17> Основы конфликтологии / Под ред. В.Н. Кудрявцева. М., 1997. С. 31.

Однако, как полагает Е.И. Носырева, не всякий конфликт является спором. Если противоречия игнорируются, спор не возникает. Он проявляется тогда, когда противоречия создают такую неопределенность в отношениях или такие препятствия в реализации прав, которые ни одна из сторон своей волей не может преодолеть, и потому для их устранения требуется либо взаимодействие обеих сторон, либо вмешательство третьей стороны. Иными словами, спор представляет собой определенную стадию в развитии конфликта. Как общее состояние противоборства между сторонами спор состоит из совокупности разногласий. Таким образом, конфликт, спор, разногласия представляют собой цепь последовательно взаимосвязанных состояний <18>.

<18> Носырева Е.И. Альтернативное разрешение споров в США. М.: ОАО "ИД "Городец", 2005. С. 30.

Как отмечает Д.Л. Давыденко, конфликт - прежде всего понятие философское, социологическое и психологическое. Это слово означает противоречие между людьми или их группами и сообществами (необязательно по поводу их юридически закрепленных прав). Спор - внешнее и формальное проявление конфликта: стороны выдвигают взаимные претензии либо одна сторона заявляет о своем праве и выдвигает определенное требование, а другая отрицает наличие у первой такого права и отказывается в удовлетворении данного требования <19>.

<19> Давыденко Д.Л. Вопросы юридической терминологии в сфере альтернативного разрешения споров. Материалы конференции "Альтернативное разрешение споров в программах высшего и дополнительного профессионального образования". СПб., 2008.

Конкретизируя взгляд Д.Л. Давыденко, Г.В. Севастьянов указывает, что конфликт - это "...разногласия сторон, которые они не пытаются урегулировать, т.е. своего рода "статичная стадия" протекания и развития (эскалации) разногласий в смысле отсутствия попыток конфликтующих урегулировать разногласие самостоятельно либо с привлечением третьей стороны, содействующей его урегулированию. В отличие от конфликта категория "спор" связана с конкретными активными действиями сторон по урегулированию или разрешению разногласий, выражающимися, например, в направлении друг другу претензий, согласовании порядка урегулирования или разрешения правового конфликта. Тем самым понятие "спор" показывает переход конфликта в более продуктивную, "динамичную" стадию, связанную с попытками его урегулирования сторонами самостоятельно либо с применением способов урегулирования конфликтов или разрешения споров, в том числе АРС" <20>.

<20> Хрестоматия альтернативного разрешения споров: Учебно-методические материалы и

Итак, разрешение споров представляет собой применение (например, третейским судом) правовых норм и вынесение обязательного для сторон решения, основанного на законодательных актах государства и (или) нормах международно-правовых актов. Речь в данном случае идет о третейском разбирательстве и международном коммерческом арбитраже.

Что касается урегулирования конфликта, то здесь очевидна связь с достижением компромисса путем ведения переговоров, когда стороны самостоятельно вырабатывают соглашение об урегулировании конфликта либо это может происходить с участием переговорщика, посредника, медиатора.

Кроме того, в случае разрешения спора конфликт сторон сохраняется, поскольку возможны случаи, когда разрешение спора устроит только одну сторону, которая выиграла дело, либо не устроит обе стороны, так как само решение принимается не сторонами спора, а правоприменительным органом.

При урегулировании конфликта решение принимается самими сторонами конфликта, которые самостоятельно определяют перспективу своих отношений, заключая соглашение об урегулировании спора, т.е. разрешение конфликта происходит тогда, когда он прекращается в результате прямого взаимодействия сторон или с участием третьей стороны, на основе анализа причин и содержания разногласий, направленного на максимальное сближение позиций и достижение соглашения относительно наилучших способов удовлетворения противоположных интересов <21>.

<21> Конфликты в современной России (проблемы анализа и регулирования) / Под ред. Е.И. Степанова. М., 1999. С. 301.

Таким образом, понятие "разрешение спора" допускает возможность сохранения конфликтных отношений сторон, например, это может выражаться в отказе от добровольного исполнения судебных решений или прекращении дальнейших партнерских отношений между сторонами, а урегулирование конфликта, наоборот, должно приводить к прекращению конфликта, более активному добровольному исполнению сторонами взятых на себя обязательств, что приводит к сохранению партнерских отношений сторон.

Итак, в самом сочетании слов "альтернативное разрешение споров" заложен смысл того, что существует целый комплекс механизмов разрешения противоречий, который во многих случаях может заменить собой ввиду своей высокой эффективности и гибкости традиционные методы урегулирования конфликтных ситуаций. Как отмечает М.В. Гвоздарева, "...система АРС использует все лучшее, что наработало человечество для преодоления различных противоречий, споров и конфликтов, зачастую ведущих к затяжной и бессмысленной конфронтации, потере репутации, непредсказуемым последствиям, а также затратам ресурсов, которые можно использовать более эффективно" <22>.

<22> Гвоздарева М.В. Посредничество как метод альтернативного разрешения корпоративных конфликтов: Дис. ... канд. соц. наук. М., 2006. С. 47.

Термин "альтернативное разрешение споров" (alternative dispute resolution - ADR) впервые появился в США в 60-е гг. XX века, когда американская судебная система оказалась в кризисе. Компании и юридические фирмы испытали различные способы урегулирования споров, в том числе и те, которые не были известны ранее, и внедрили их в деловую практику. Примирительные процедуры стали рассматриваться как более эффективная альтернатива судебной системе. Большую популярность приобрел арбитраж (третейское разбирательство), однако и он обладал рядом недостатков, свойственных судебной системе, таких, как дороговизна и длительность процедуры, отчуждение самих сторон от решения их проблемы, а также отрицательное воздействие на отношения сторон и ограниченный характер возможных условий разрешения спора, редко соответствующий интересам сторон <23>.

<23> Суворов Д.А. [Использование примирительных процедур для разрешения](#) гражданских дел на примере США // Арбитражный и гражданский процесс. 2005. N 7.

Активное развитие APC в США стало возможным благодаря признанию взаимосвязанных факторов:

признание правосудия как наивысшей формы защиты прав во всех сферах правового регулирования и исторически сложившиеся традиции обращения к суду за справедливостью;

перегруженность судов гражданскими делами и ослабление эффективности их деятельности;

заинтересованность судейского корпуса в освобождении судов от значительного числа мелких гражданско-правовых споров с тем, чтобы сосредоточить свои усилия на рассмотрении уголовных дел, крупных гражданских, а также дел, связанных с защитой конституционных прав;

сложное структурное построение судебной системы и состязательный характер судопроизводства, требующие обязательного участия профессиональных юристов и, соответственно, увеличивающие судебные расходы для участников спора;

наличие в самой судебной системе звена (суды мелких исков), которое по своим качествам существенно отличается от традиционного правосудия и подтверждает целесообразность дифференциации процедур на полномасштабные и альтернативные;

специфика доказательственного права американского гражданского процесса, предопределяющая возможность получения полной информации об обстоятельствах дела до его возбуждения в суде или до начала судебного разбирательства и создающая предпосылки для достижения компромисса, мирного урегулирования спора без вмешательства суда;

значимость юридических профессий в американском обществе, высокая степень их корпоративности, позволяющие влиять на развитие права в целом и, в частности, обеспечивать поддержку и продвижение всех прогрессивных начинаний, связанных с совершенствованием как судебных, так и несудебных процедур разрешения правовых споров <24>.

<24> Носырева Е.И. Альтернативное разрешение споров в США. М.: ОАО "Издательский дом "Городец", 2005. С. 21, 22.

Между тем ориентация на развитие несудебных форм характерна не только для США.

В Канаде формы альтернативного разрешения споров присутствуют в течение 200 лет <25>, так как уже первые поселенцы, прибывшие в Канаду из Великобритании и Европы, принесли с собой методы разрешения споров, используемые в этих странах, в основном третейский суд. Однако традиционно основное количество споров рассматривалось государственным судом. По мере роста количества дел, увеличения нагрузки на суды и возрастания судебных издержек сторон начался поиск более совершенных способов разрешения этих споров.

<25> Гризлей Л.Дж. Альтернативное разрешение споров - канадский опыт. Тезисы доклада на конференции 29 - 30 мая 2000 г., г. Москва.

В Канаде третейские судьи и посредники, как правило, практикуют в конкретной области спора, например, некоторые принимают назначение только при спорах в области трудовых или земельных отношений. Посредничество и третейский суд признаются прибегающими к ним сторонами такими методами урегулирования споров, которые позволяют сторонам поддерживать деловые отношения и в будущем. С 1980-х годов начался рост использования способов альтернативного разрешения споров.

Законодательство, устанавливающее уровень необходимого опыта и знаний для работы третейским судьей или посредником, в Канаде отсутствует. Для выполнения такого рода работы может быть нанят любой человек. При проблеме выделения критериев для избрания посредником или судьей проявилась проблема особой специфики в разных районах страны - наличие в провинциях и территориях собственного законодательства. В 1974 г. небольшая группа третейских судей из Торонто провела встречу, на которой был сформирован Канадский институт

арбитража (КИА). Его целью была названа разработка системы определения компетенции третейских судей и побуждение вовлеченных в спор сторон более широко использовать АРС. Затем был открыт Национальный институт арбитража, основными задачами которого назывались: 1) объединение людей со схожими интересами и задачами; 2) предоставление всем членам Института равных прав; 3) наличие плана финансирования деятельности Института; 4) избрание добровольных лидеров на основании демократического процесса; 5) принятие устава, разработанного членами Института; 6) установление требований вступления в члены; 7) предоставление членам различных возможностей и их участие в программах, отвечающих их нуждам; 8) увеличение численности членов для более широкой поддержки поставленных Институтом целей.

К началу 80-х годов на собраниях Института присутствовали представители других регионов, а в 1984 г. Институт стал национальной группой и был избран его президент. Региональные офисы Института были открыты по всей Канаде как отделения Института для предоставления услуг национальным членам, проживающим в каждом регионе. В тех провинциях, где региональные группы уже были сформированы, им предоставили возможность стать региональными офисами, которые функционируют в соответствии с регламентом КИА и поддерживают его цели.

К 1988 г. в Канаде стал наблюдаться растущий спрос на посредников, программы обучения посредничеству и стандарты посредничества. Институт стал называться Канадским институтом арбитража и посредничества (КИАП) и начал вести работу по разработке новых программ обучения посредничеству.

В настоящее время КИАП работает в направлении разработки стандартов и обучения как третейскому суду, так и посредничеству, проводит обучение процессу третейского суда и посредничеству в области коммерческих споров. После включения программ посредничества к 1993 г. численность КИАП по всей Канаде выросла до 1800 человек.

Аспект семейных споров в основном представлен организацией под названием "Family Mediation Canada", которая также имеет филиалы в каждом регионе. В ней состоят добровольными членами 1500 человек, которые распространяют стандарты, проводят обучение и сертификацию практикующих посредников, специализирующихся в области семейных споров.

В качестве целей Института сформулированы такие, как продвижение и всестороннее использование АРС путем повышения уровня образованности и осведомленности общественности, разработка учебных материалов и стандартов; предоставление реестров третейских судей и посредников лицам, которые хотят воспользоваться их услугами; разработка программы поощрения и услуг, предоставляемых членам.

Институт разрабатывает учебные материалы по руководству арбитражной практикой, посреднической практикой, курсов по работе с корреспонденцией в рамках третейского суда. Были подготовлены национальный Кодекс профессии, национальная процедура наказания и национальная программа аккредитации в зависимости от уровня опыта и пройденного официального курса обучения, регламент коммерческого третейского разбирательства и коммерческого посредничества, которые используются компаниями и правительствами.

Для привлечения клиентов Институт разрабатывает системы льгот в национальном масштабе. Например, он финансирует программу страхования ответственности, по которой третейские судьи и посредники могут получить страховое возмещение в размере 2 млн. долл. США, выплачивая ежегодный страховой взнос в размере 100 долл. США.

Центральный офис Института использует рекомендации региональных центров и филиалов, например, готовит списки третейских судей и посредников. В регионах проводятся курсы обучения для своих членов, регулярные собрания членов, организуются образовательные конференции, издаются информационные бюллетени и проводятся социальные мероприятия.

Правление Института состоит из 12 директоров, по одному от каждого региона, и 5 исполнительных членов и возглавляется президентом. Все избираются на ежегодном собрании на 1 год. Все 1800 членов обладают правом голоса. Головной офис находится в провинции Онтарио, в городе Оттава, являющемся столицей Канады. Региональные офисы находятся в Ванкувере, Эдмонтоне, Саскатуне, Уиннипеге, Торонто, Монреале и Галифаксе.

Национальные комитеты КИАП отвечают за разработку политики и программ в области образования, за вопросы аккредитации, планирования конференций и многое другое. Комитеты

возглавляются членами Правления, однако члены комитетов назначаются регионами для того, чтобы представленный опыт был как можно обширнее.

Членство в Институте добровольное с ежегодной уплатой членских взносов. Большинство членов не имеют юридической подготовки. Размер регионального годового членского взноса варьируется от 35 до 150 долларов США. КИАП не получает государственных субсидий и не берет денег с обратившихся к нему сторон за предоставление имен специалистов. Финансирование складывается из членских взносов, ежегодной платы за звания "дипломированный третейский судья" и "дипломированный посредник", а также от продажи статей и документов.

Иногда корпорация может оплатить конкретное мероприятие, например спонсировать выступление докладчика на конференции. Национальный членский взнос составляет 50 долларов США для членов плюс 150 долларов США для дипломированных членов.

Отличительными чертами канадской системы являются: 1) отсутствие взимания административной платы со сторон, которым требуются услуги третейских судей или посредников, и платы за предоставление списков третейских судей и посредников; 2) назначение посредника или третейского судьи сторонами и отсутствие необходимости подтверждения Института в отношении назначенного ими лица.

В настоящее время по законодательству большинства провинций закрепляется существование третейского суда и гарантируется проведение региональных слушаний международных споров. Федеральное правительство включает пункт о процедурах разрешения споров во все свои контракты, а правительства провинций заключают контракты на урегулирование возникающих споров.

Во многих провинциях при обращении в суд требуется представить доказательства попытки урегулирования спора в досудебном порядке. Так, в Британской Колумбии в отношении дел в области строительных споров вначале требуется предпринять попытку урегулирования и только в случае неудачи дело направляется в суд (в этом регионе ежегодно рассматривается 6000 строительных споров). Судьи могут выступать в роли посредников в ходе досудебных попыток достичь урегулирования.

Методы APC добровольно используются многими компаниями для урегулирования споров. Например, в 1997 г. более чем 1200 споров в сельскохозяйственной отрасли Западной Канады были урегулированы при помощи арбитражного разбирательства.

Среди методов APC наибольшее распространение имеют комбинации третейского суда и посредничества. Существует около 8 различных типов арбитражных процедур, начиная с арбитражного разбирательства "только документы", когда стороны не участвуют в слушаниях, и заканчивая многосторонними арбитражными разбирательствами с участием более двух сторон.

Рост использования альтернативных способов разрешения споров и адаптация его различных процессов для разрешения споров привели к созданию большего числа региональных институтов, которые проводят обучение на региональном уровне. Кроме того, КИАП разрабатывает дополнительные программы обучения и новые методы подачи материала.

Например, люди, проживающие в удаленных населенных пунктах, теперь могут заниматься по программе арбитражного разбирательства, используя для этого страницу КИАП в Интернете.

В Англии альтернативные государственному суду методы разрешения правовых конфликтов применяются уже достаточно долгое время. Лондонский международный арбитражный суд (LCIA) создан в 1892 г. и рассматривает споры, имеющие как национальный, так и международный характер. Деятельность его осуществляется в соответствии с Правилами суда и Правилами ЮНСИТРАЛ.

Иные альтернативные методы получили распространение с 1980-х годов. С 1993 г. они стали официально рекомендоваться сторонам судьями Коммерческого суда (подразделения Верховного суда, Канцлерского суда и Суда Королевской скамьи). В 1996 г. Коммерческий суд получил полномочия откладывать разбирательство на определенное время, чтобы облегчить и обеспечить возможность сторонам обратиться к альтернативным методам разрешения конфликтов. В последующем такое обращение стало для сторон обязательным. Так, в 1997 г. на разрешение с использованием APC суд направил 67 споров, или 24% дел, а в 1998 г. - 44 спора, или 19% дел. Как правило, такие дела рассматриваются с привлечением посредника и конфликты успешно урегулируются почти в 90% дел.

При направлении дела на АРС учитываются размер иска и стоимость его рассмотрения в рамках обычной судебной системы. Если расходы превышают цену иска, целесообразно постановление об АРС. По данным Центра разрешения споров, количество дел, по которым применялось посредничество, выросло с 192 дел в 1997 г. до 257 дел в 1999 г. <26>.

<26> По материалам доклада Р.М. Нельсона "Мировые достижения в области разрешения конфликтов" на конференции 29 - 30 мая 2000 г., г. Москва.

Посредничество также использовалось в Великобритании с целью разрешения споров, возникающих в Северной Ирландии. Посредниками выступали и профессиональные посредники (группа "Квакерский дом", созданная в Белфасте в 1982 г.; Североирландская посредническая сеть, созданная в 1991 г.), и непрофессионалы, которым доверяли люди, участвующие в конфликте.

Законодательство по третейским судам в Англии было пересмотрено после принятия Типового закона о Международном коммерческом арбитраже ЮНСИТРАЛ ("Типовой закон") в 1985 г. Был принят новый британский Закон о третейском суде 1996 г., вступивший в силу в 1997 г. Закон применяется как к национальному, так и к международному третейскому суду.

К третейскому суду обращаются как к промежуточному средству судебной защиты, он функционирует как отделение суда, предназначенное для уменьшения и ограничения судебного вмешательства.

В 1999 г. по реформе Лорда Вулфа было введено более широкое применение АРС. Суд имеет право приостановить процедуру до тех пор, пока спор не будет разрешен с использованием альтернативных методов. В последующем проводится оценка материальных и временных издержек на разрешение спора. При необоснованном отказе от обращения к альтернативным способам к стороне могут быть применены санкции, например компенсация издержек.

В Китае применение альтернативных способов разрешения споров имеет длительную культурную традицию. Они применялись до Культурной революции и с начала 80-х гг. вновь стали применяться при разрешении споров с использованием таких методов, как посредничество, согласительные процедуры, третейский суд и обычный суд.

Так, уже в 1986 г. было 950 тыс. посреднических комитетов и 6 млн. посредников, которые урегулировали 7300 тыс. споров (в один этот год), включая споры семейные, о наследстве, об алиментах, о долгах, жилье и земельных участках под застройкой, о производстве и управлении, ущербе чести; а также экономические споры и некоторые мелкие уголовные дела <27>.

<27> По материалам доклада Р.М. Нельсона "Мировые достижения в области разрешения конфликтов" на конференции 29 - 30 мая 2000 г., г. Москва.

Посредничество, обозначаемое по-китайски словом "джаоджи", необязательно соответствует западному пониманию термина "посредничество". Существует много фактов, свидетельствующих о том, что в НРК посредник принуждает стороны согласиться на предлагаемое решение. Тем не менее это очень популярный процесс. По оценкам, на каждый гражданский спор, передаваемый в суд, Народные комитеты посредников разрешают от пяти до десяти споров. Однако юридически обязательны только решения, в которых посредником является суд.

В Китае существуют три типа третейского суда: внутренний и национальный третейский суд по экономическим контрактам, зарубежный экономический и торговый третейский суд и приморский третейский суд. Национальный третейский суд занимается спорами между китайскими юридическими лицами или между китайскими юридическими и китайскими физическими лицами. Приморский третейский суд действует в рамках Приморской комиссии по третейскому суду, созданной в 1959 г. и в основном занимающейся спорами, возникающими в различных аспектах отношений с использованием, спасением морских и речных судов, загрязнением моря.

Китайская Палата международной торговли решает зарубежные экономические и торговые споры. Она была создана в 1956 г. под названием "Комиссия по внешнеторговому экономическому и торговому арбитражу" и сейчас действует согласно Правилам арбитража

Китайской комиссии по международному экономическому и торговому арбитражу (далее - СИЕТАС, или Комиссия), вступившим в силу 10 мая 1998 г.

Комиссия осуществляет международный арбитраж. Так, в 1999 г. 123 комиссионера СИЕТАС из общего числа 428 представляли 26 зарубежных стран, в том числе США, Италию, Нидерланды, Сингапур, Германию, Швейцарию, Великобританию, Францию, Канаду, Испанию, Бельгию, Австралию, Швецию, Республику Корея, Россию, Таиланд, Австрию, Нигерию и Японию. В Комиссии нет судей или третейских судей, *per se*, но есть один председатель, несколько заместителей председателя и несколько сотрудников Комиссии. Ежегодно здесь слушается около 800 споров.

В соответствии со ст. 2 Арбитражных правил СИЕТАС Комиссия рассматривает международные и связанные с зарубежными сторонами споры, если: одна или обе стороны являются иностранцами, стороны являются лицами, не имеющими гражданства, иностранными юридическими лицами, объекты гражданских правовых отношений расположены на зарубежной территории; или юридические факты, порождающие, изменяющие или прекращающие гражданские правовые отношения, имеют место вне территории НРК. Комиссия также рассматривает споры, относящиеся к Специальному административному району Гонконг, Макао или району Тайвань, а также те вопросы, которые она уполномочена рассматривать конкретными законами и нормативными актами Китая, например все споры по ценным бумагам, возникающие в связи с арбитражным соглашением.

Арбитражная оговорка должна включать: заявление о намерении прибегнуть к третейскому суду; вопросы, которые будут решаться третейским судом; название соответствующей арбитражной комиссии.

СИЕТАС рекомендует включать следующую арбитражную статью: "Любой спор, возникающий из или в связи с настоящим Контрактом, будет передаваться в Китайскую комиссию по международному экономическому и торговому арбитражу, которая будет действовать в соответствии с Арбитражными правилами Комиссии, применимыми на момент обращения в арбитраж. Решение третейского суда будет окончательным и обязательным для сторон".

Каждая сторона выбирает из представленного списка арбитра, и стороны совместно выбирают третьего. В случае если стороны не могут прийти к согласию по кандидатуре третьего судьи, это решение оставляется на усмотрение Председателя Комиссии. В соответствии со ст. 24 Арбитражных правил СИЕТАС третий арбитр будет действовать в качестве председателя. Этот порядок применяется, если сумма иска не превышает 500 тыс. юаней и такие споры рассматриваются по краткой процедуре.

При наличии в соглашении сторон арбитражной оговорки, когда одна из сторон желает обратиться в государственный суд, дело должно рассматриваться последним. Слушания в третейском суде осуществляются устно либо, по согласию сторон, на основании документов.

Западными теоретиками и практиками отмечается, что существует определенная трудность ведения дел и разрешения споров в НРК, так как они подвержены изменениям в политике китайского государства и суды не всегда содействуют исполнению решений, принятых в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией об исполнении арбитражных решений 1957 г.

Кроме того, достаточно сложен вопрос Гонконга. После 1 июля 1997 г. Великобритания передала суверенитет над Гонконгом Китаю, что привело к возникновению двух систем и одной страны. Споры, относимые в Гонконге к международным, решаются в соответствии с Типовым [законом](#) ЮНСИТРАЛ (принят Гонконгом в 1990 г.), если стороны не договорятся об ином. В качестве места третейского суда определен Гонконгский международный центр, основанный в 1985 г. Внутренний третейский суд опирается на Декрет о третейском суде, основанный на английских законах о третейском суде 1950 - 1979 гг.

В Китае стороны могут также разрешить спор путем переговоров, имеющих определенную культурную специфику. Большинство контрактов с китайской стороной содержат статью о том, что конфликты в первую очередь должны решаться путем "дружеских переговоров". "Дружеские переговоры" означают, что существенное время и усилия будут затрачены на попытки прийти к соглашению с китайским партнером. Переговоры рассматриваются как хороший деловой этикет, и лишь в последний момент сторона может решить обратиться к посредничеству или согласительной процедуре по иску <28>.

<28> Кузьмина М. Альтернативные формы разрешения правовых конфликтов. Международная практика и зарубежный опыт // Клиническое юридическое образование [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.lawclinic.ru/library.phtml?m=1&p=12>.

В странах, относящихся к континентальной системе права, также расширяется использование несудебных форм разрешения споров.

Так, в рекомендациях Комитета министров Совета Европы по вопросам доступа к правосудию и обеспечения его большей эффективности и справедливости указывается на необходимость принятия мер по облегчению или поощрению, где это уместно, примирения сторон или дружественного урегулирования спора до принятия его к производству судом или же в ходе разбирательства <29>.

<29> См.: Доступ к правосудию. Рекомендации Комитета министров государствам - членам Совета Европы относительно путей облегчения доступа к правосудию // Российская юстиция. 1997. N 7. С. 8.

Во Франции переговоры и посредничество пока остаются малоизвестными и непринятыми. Хотя даже на уровне правительства делаются определенные шаги для внедрения этих методов <30>. Например, Национальная школа администрирования включает в учебную программу семинары по ведению переговоров, правительство объявило, что необходимо готовить "агентов-посредников" для борьбы против насилия.

<30> Тарасов В.Н. Арбитраж во Франции // Третейский суд. 2000. N 6.

Предпринимаются усилия по организации обучения АРС через семинары, используются электронные средства связи для совершенствования навыков ведения переговоров у населения с привлечением профессионалов со всего мира. Так, весной 1997 г. будущие менеджеры и юристы из Высшей школы управления ESSEC (ESSEC Graduate School of Management) принимали участие в тренировочных электронных переговорах с коллегами из Гарварда и Келлога. Используются инновационные методы преподавания переговорных навыков, проводятся как метод изучения международных переговоров видеоконференции <31>.

<31> Желина П.А. Международный коммерческий арбитраж - французский опыт. Доклад на конференции 29 - 30 мая, г. Москва.

Напротив, третейское разбирательство применяется во Франции уже давно. В 1923 г. Международная торговая палата (ICC), находящаяся в Париже, создала Международный третейский суд. С момента своего создания он провел около десяти тысяч международных третейских судов. Ежегодно судьи Международного третейского суда ICC разбирают споры сторон, представляющих более сотни стран мира, характеризующихся исключительным разнообразием условий (правовых, экономических, культурных или лингвистических).

В результате широкомасштабных консультаций, в которых участвовали многие страны, 1 января 1998 г. в Арбитражные правила ICC, действовавшие в течение двадцати лет, были внесены изменения.

В рамках ICC арбитражное разбирательство осуществляет третейский суд, принимающий окончательное решение по существу спора. Международный третейский суд ICC собирается три или четыре раза в месяц, он вправе контролировать третейские суды, осуществляемые в соответствии с Арбитражными правилами ICC.

В соответствии с Арбитражными правилами ICC сторонам рекомендуется включать следующую оговорку: "Все споры, возникающие из или в связи с данным контрактом, будут окончательно урегулированы в соответствии с Арбитражными правилами Международной торговой палаты одним или несколькими третейскими судьями, назначенными в соответствии с указанными Правилами".

Арбитражная оговорка, кроме того, должна содержать: указание на применимое право, количество судей, страну расположения третейского суда и используемый язык <32>.

<32> Кузьмина М. Альтернативные формы разрешения правовых конфликтов. Международная практика и зарубежный опыт // Клиническое юридическое образование [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.lawclinic.ru/library.phtml?m=1&p=12>.

В Украине самым традиционным из альтернативных способов разрешения споров остается претензионный порядок, которому посвящен раздел в Хозяйственно-процессуальном кодексе (далее - ХПК Украины), а также некоторые положения ряда отраслевых законов. Ранее досудебный претензионный порядок являлся обязательным для всех хозяйственных споров, но в 2001 г. были внесены изменения в ХПК Украины, согласно которым претензию необходимо было подавать только для споров по договорам перевозки и услуг связи, а также для споров, связанных с госзаказами. Обязательное досудебное урегулирование предусмотрено ратифицированными Украиной конвенциями. В основном это касается различных видов международных перевозок. Сегодня в спорах между украинскими компаниями сторона вправе сама решать, подавать ей претензию или сразу обращаться в суд. В пользу претензии говорит меньшая агрессивность и желание быстро разрешить спорную ситуацию. Претензии выгодны как для мелких споров, когда просто не хочется тратить время на тяжбы, так и для крупных - ведь для подачи иска нужно будет уплатить пропорциональную госпошину. Возможность разрешить спор с помощью компромисса - вполне цивилизованное решение для многих сфер деятельности. Например, в оптовой торговле и перевозках претензионный порядок является обычным способом оформления недостачи и порчи партии товара. Кроме того, в самом договоре стороны могут указать обязательный претензионный порядок урегулирования спора, а за отказ от его использования предусмотреть штраф.

Украинский закон не ограничивает стороны в использовании альтернативных методов досудебного урегулирования спора. Особенно популярным становится западный опыт ADR. Интересен такой вариант, как предварительная независимая оценка спора, применяемая в США. Оценку проводят бывшие судьи, авторитетные адвокаты и другие эксперты, а по результатам оценки стороны решают судьбу конфликта. Чаще всего в западной практике для урегулирования спора применяются различные формы переговоров, результаты которых закрепляются в досудебных мировых соглашениях. Переговоры могут быть как прямыми, так и в виде медиации - одной из самых быстроразвивающихся форм ADR <33>.

<33> Посредничество (медиация) в хозяйственных судах Республики Беларусь / Под ред. В.С. Каменкова. 2-е изд. Минск: Дикта, 2012. С. 56, 57.

Далее обратимся к терминологической составляющей понятия "альтернативное разрешение споров", поскольку как в теории, так и на практике существует различное его толкование.

Изначально термин "альтернативное разрешение споров" стал применяться к частным несудебным процедурам с целью их отграничения от традиционного публичного порядка разрешения споров. Действительно, по наиболее распространенному мнению, APC - это альтернатива государственному правосудию (судебной системе государства). Данный вариант трактовки понятия APC включает все несудебные способы разрешения споров и урегулирования конфликтов, т.е. арбитраж, посредничество, мини-суд и пр. <34>.

<34> Black's Law Dictionary. West Publishing Co., 1990. P. 78.

Другая позиция исходит из более узкого толкования APC, а именно что APC - это все методы разрешения правовых споров, подразделяющиеся на четыре основные категории: прямые переговоры между сторонами, переговоры с участием нейтрального лица, арбитраж, судопроизводство. При этом к APC относится только вторая категория <35>.

<35> Hunter M., Paulsson J. et al. The Freshfields Guide to Arbitration and ADR. Kluwer Law and

Taxation Publishers. 1993. P. 1, 6, 7, 63.

В данном случае, как отмечает Е.И. Носырева, "...альтернативные процедуры противопоставляются не только судебному разбирательству, но и арбитражному, а также непосредственному урегулированию разногласий самими сторонами". На формирование этой позиции прежде всего оказала влияние особая правовая природа арбитража, поскольку его решение является обязательным для сторон и подлежит принудительному исполнению наряду с решениями государственных судов <36>.

<36> Носырева Е.И. Альтернативное разрешение споров в США. М.: Издательский дом "Городец", 2005. С. 25.

Если указанные две позиции по понятию АРС основаны на его внешнем противопоставлении различным процедурам, то следующая связана с оценкой самого термина "альтернативные". Она заключается в том, что это понятие включает такие механизмы урегулирования спора, которые могут применяться каждое в отдельности либо в разнообразных комбинациях, например переговоры - посредничество, посредничество - арбитраж, арбитраж - посредничество и пр., или моделирование специального (собственного) способа разрешения споров и урегулирования конфликтов, основанное на конкретных обстоятельствах и интересах сторон. "Альтернативность" в таком случае означает выбор возможных вариантов среди несудебных средств, а не выбор между этими средствами и судебным разбирательством <37>.

<37> Mackie K.A. Handbook of Dispute Resolution: ADR in Action. Routledge and Sweet and Maxwell. London; New York, 1991. P. 4.

Кроме того, интересна позиция Ф. Сандера, который, исходя из того, что альтернатива означает возможность выбора "одного варианта из многих существующих", предлагает использовать общий для всех процедур термин "альтернативные методы разрешения споров", охватывающий в том числе судебное разбирательство <38>.

<38> Sander F. Dispute Resolution Within and Outside the Courts: an Overview of the U.S. Experience // Attorneys General and New Methods of Dispute Resolution. National Association of Attorneys General and ABA. 1990. P. 26.

Как полагает Г.В. Севастьянов, критерий альтернативности, используемый в понятии АРС, "распространяет" свое действие не только на государственные судебные органы, но и относится к иным правоохранительным и правоприменительным органам государства. Альтернатива в данном случае показывает взаимосогласованный выбор и обращение сторон к любому не запрещенному законом негосударственному способу разрешения спора и урегулирования конфликта, а не только альтернативному государственному правосудию. Поэтому критерий использования или неиспользования государственными органами в досудебном либо судебном порядке способов АРС не меняет их альтернативного (частного) характера <39>.

<39> Хрестоматия альтернативного разрешения споров: Учебно-методические материалы и практические рекомендации / Сост. Г.В. Севастьянов. СПб.: АНО "Редакция журнала "Третейский суд", 2009. С. 99.

Итак, альтернативные способы разрешения споров представляют собой, во-первых, систему взаимосвязанных действий сторон и иных лиц по рассмотрению возникшего спора, направленных на его внесудебное урегулирование или разрешение с использованием примирительных или иных незапрещенных процедур, осуществляемое, как правило, на основании добровольного волеизъявления сторон <40>; во-вторых, это право выбора любого (не запрещенного законом) негосударственного (частного) способа разрешения спора и (или) урегулирования конфликта исходя из конкретной ситуации <41>.

<40> Коннов А.Ю. [Понятие, классификация и основные виды](#) альтернативных способов разрешения споров // Журнал российского права. 2004. N 12. С. 17.

<41> Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 352.

Между тем, по мнению Д.Л. Давыденко, при всей положительной направленности АРС понятие "альтернативное разрешение споров", заимствованное из американской доктрины, не вполне точно отражает суть примирительных процедур, поскольку: 1) они не всегда являются альтернативой судебному разбирательству, не заменяют, а лишь дополняют его. Эти процедуры могут использоваться в рамках судебной системы и, кроме того, могут вообще применяться в отсутствие намерения сторон начинать судебное разбирательство; 2) они направлены, как правило, не на разрешение споров, а на их урегулирование; 3) понятие "альтернативное разрешение споров" обычно включает в том числе и различные виды третейского разбирательства, т.е. толкуется как альтернатива разбирательству в государственных судах, а третейское разбирательство по своей цели и характеру является состязательной, а не примирительной процедурой, хотя в его ходе стороны могут достигать примирения <42>. Кроме того, следует отметить юрисдикционный характер третейского разбирательства. Как отмечается в зарубежной литературе, именно юрисдикционный характер деятельности третейских судов позволяет отграничить его от аналогичных механизмов, таких, как консилиация, медиация, мирное урегулирование или экспертная оценка <43>.

<42> Давыденко Д.Л. Мировое соглашение как средство внесудебного урегулирования частноправовых споров (по праву России и некоторых зарубежных стран): Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004.

<43> Fouchard P., Gaillard E., Goldman B. On International Commercial Arbitration. Hague, 1999. P. 12.

В связи с неоднозначностью толкования сущности альтернативного разрешения споров М.А. Рожкова предлагает вместо термина "альтернативное разрешение споров" другой термин - "внегосударственное разрешение споров и урегулирование конфликтов". Аргументируя свою позицию, она отмечает, что понятие "альтернативное разрешение споров" не охватывает процедуры, связанные с урегулированием споров, например посредничество, а также принимает во внимание то обстоятельство, что далеко не во всех случаях процедуры, предусматривающие урегулирование спора, представляют собой альтернативу государственному правосудию и могут "сосуществовать" с государственным судебным разбирательством <44>.

<44> Рожкова М.А. [Средства и способы правовой защиты](#) сторон коммерческого спора. М., 2006. С. 12.

Анализируя наименование, которое предлагает М.А. Рожкова, Г.В. Севастьянов полагает не совсем удачное в данном контексте употребление слова "внегосударственное". Более точным, и с этим следует согласиться, представляется термин "негосударственное". Кроме того, базовое (общепринятое) понятие "альтернативное разрешение споров" необязательно должно раскрывать и описывать собой все возможные варианты преодоления конфликтных ситуаций, эта задача, скорее, относится к характеристике конкретного способа или комбинации способов АРС <45>.

<45> Хрестоматия альтернативного разрешения споров: Учебно-методические материалы и практические рекомендации / Сост. Г.В. Севастьянов. СПб.: АНО "Редакция журнала "Третейский суд", 2009. С. 99.

Что касается правового аспекта применения АРС в Российской Федерации, то он рассматривается в материально-правовой и в процессуальной сфере. Материально-правовой

аспект, снимая правовую неопределенность, связан с установлением прав и обязанностей сторон в результате применения любого АРС, т.е. достижения правового результата. Что касается процессуального аспекта, то он проявляется в возможности согласования сторонами процедурного порядка разрешения спора или урегулирования правового конфликта, а именно определения процессуальных прав и обязанностей сторон, а также лиц, содействующих разрешению спора.

Как справедливо полагает В.Ф. Яковлев, альтернативные способы разрешения коммерческих споров рассматриваются как одно из главных направлений совершенствования работы не только государственных судов, но и всей системы разрешения коммерческих споров <46>.

<46> Вестник ВАС РФ. 2002. N 12. С. 108.

Действительно, внимание к третейскому разбирательству, международному коммерческому арбитражу, посредничеству, примирению, переговорам и другим способам АРС обусловлено не только их известными положительными качествами, перегруженностью государственной судебной системы и необходимостью обеспечения доступности правосудия, но и тем, что способы АРС наряду с государственными средствами защиты прав и урегулирования споров представляют собой "...гарантию реализации конституционного права на выбор наиболее адекватного законного варианта разрешения спора или урегулирования конфликта, исходя из конкретной ситуации" <47>.

<47> Севастьянов Г.В. Теоретические основы альтернативного разрешения споров: концепция частного процессуального права. В кн.: Хрестоматия альтернативного разрешения споров: Учебно-методические материалы и практические рекомендации / Сост. Г.В. Севастьянов. СПб.: АНО "Редакция журнала "Третейский суд", 2009. С. 92.

Еще в Постановлении VI Всероссийского съезда судей от 2 декабря 2004 г. было отмечено, что гарантией эффективной защиты прав помимо судебной защиты является возможность обращения к АРС, поскольку субъекты гражданского оборота должны иметь возможность выбрать любую удобную процедуру, соответствующую их требованиям о времени, стоимости, конфиденциальности, императивности и последствиям решения, а задача судебной власти - содействовать функционированию альтернативных процедур <48>. И это действительно верно, поскольку в условиях демократизации российского общества прибегать только к безальтернативным (в данном случае судебным способам защиты нарушенных прав) нарушало бы и права человека, и права предпринимателя.

<48> Материалы VI Всероссийского съезда судей (30 ноября - 2 декабря 2004 г.) // ВВАС РФ. 2005. N 2. С. 9.

О развитии альтернативных форм урегулирования споров также говорилось и на состоявшемся 15 июня 2006 г. в Торгово-промышленной палате РФ Первом Всероссийском съезде третейских судов, где Е.М. Примаков (тогда еще Президент ТПП РФ) перечислил первоочередные проблемы в сфере альтернативного урегулирования коммерческих споров:

согласование практики третейских и государственных арбитражных судов по применению действующего законодательства и международных договоров;
совершенствование процедуры третейского разбирательства;
повышение квалификации арбитров, рассматривающих споры;
использование современных информационных технологий, в частности видеозаписи и аудиозаписи судебного процесса;
расширение практики досудебного, с участием профессионального медиатора-посредника, урегулирования споров <49>.

<49> Сайт Торгово-промышленной палаты Российской Федерации: <http://www.tpprf.ru/>.

Основные направления деятельности по дальнейшему развитию и углублению процесса институционализации в России способов АРС были отражены в Резолюции Первого Всероссийского съезда третейских судов (далее - Резолюция): 1) учет проблематики третейского разбирательства и АРС при формировании учебных программ юридических вузов, стандартов высшего юридического образования, а также при формировании программ повышения квалификации государственных судей; 2) дальнейшее формирование и совершенствование законодательства в области АРС; 3) активизация работы по популяризации деятельности третейских судов среди предпринимателей; 4) повышение авторитета третейских судов и уровня третейского разбирательства; 5) укрепление взаимодействия государственных и третейских судов, направленного на содействие и поддержку третейского разбирательства.

Кроме указанных в Резолюции мер, Г.В. Севастьянов и А.В. Цыпленкова предложили и другие, в частности:

выявление четкого представления в доктрине о положении (месте) АРС в системе российского законодательства и права, что, несомненно, поможет способствовать развитию данной области знаний и устранению ошибок в правоприменительной практике третейских и государственных судов;

разработка и последующая реализация собственной Концепции системного развития АРС в России, поскольку одного упоминания о необходимости внедрения внесудебных и досудебных способов урегулирования споров и примирительных процедур в [Концепции](#) Федеральной целевой программы "Развитие судебной системы России" на 2007 - 2011 годы явно недостаточно (в настоящее время - Концепция Федеральной целевой программы "Развитие судебной системы России" на 2007 - 2012 годы");

проведение экспериментальной апробации применения институтов АРС - посредничества и примирения в досудебном порядке, а также последующее закрепление досудебного порядка применения способов АРС в процессуальном законодательстве. Подобный опыт существует во многих странах мира;

введение и законодательное закрепление института саморегулирования отечественных центров третейского разбирательства и центров примирительных процедур; разработка и принятие кодексов профессиональной этики третейских судей и посредников, что позволит повысить профессиональный уровень специалистов в области АРС и нивелировать возможные злоупотребления в этой сфере <50>.

<50> Севастьянов Г.В., Цыпленкова А.В. [Тенденции развития институциональных начал](#) альтернативного разрешения споров // ВВАС РФ. 2007, апрель. N 4(173). С. 73, 74.

Роль и развитие в Российской Федерации АРС отражены также и в [Стратегии](#) развития финансового рынка Российской Федерации до 2020 г. (далее - Стратегия) <51>.

<51> Утверждена [распоряжением](#) Правительства Российской Федерации от 29 декабря 2008 г. N 2043-р.

В [Стратегии](#) указано, что проблема корпоративных конфликтов между российскими компаниями, а также споров с участием иностранных инвесторов является актуальной, в связи с чем судебный порядок разрешения таких конфликтов и споров за счет своей длительности и невысокой эффективности не способен привести конфликтующие стороны к сравнительно быстрому и взаимоприемлемому выходу из спорной ситуации.

Действительно, длительность судебных процессов приводит к увеличению расходов российских компаний, что влечет прямой и косвенный вред инвесторам и, как следствие, снижение инвестиционной привлекательности экономики России. В связи с этим возникает необходимость оказания поддержки внесудебным формам разрешения корпоративных и иных конфликтов, стимулирования передачи споров в третейские суды, в том числе созданных саморегулируемыми организациями.

Как полагает большинство ученых-теоретиков, а также практиков, "...к альтернативному

разрешению споров следует относиться как к системе, существующей параллельно с официальным правосудием и другими формами государственного правоприменения. Иными словами, APC не заменяет и не может заменить правосудие, не преграждает доступ к нему, не конкурирует с ним" <52>.

<52> Севастьянов Г.В. Теоретические основы альтернативного разрешения споров: концепция частного процессуального права. В кн.: Хрестоматия альтернативного разрешения споров: Учебно-методические материалы и практические рекомендации. СПб.: АНО "Редакция журнала "Третейский суд", 2009. С. 92.

Таким образом, APC представляет собой дополнительную гарантию субъектам в реализации конституционного права на выбор наиболее адекватного варианта разрешения спора или урегулирования конфликта с целью защиты прав и законных интересов и достижения необходимой процессуальной цели.

Важно подчеркнуть, что к APC спорящие стороны обычно обращаются, когда они обоюдно стремятся урегулировать спор мирным путем, а также когда хотят определить свое правовое положение в споре, поскольку при его рассмотрении как сами стороны, так и посредник выдвигают друг другу аргументы и их оценка зачастую позволяет сторонам определить сильные и слабые моменты, чтобы принять решение.

Как было отмечено выше, однозначного представления о том, что включается в понятие APC, ни доктрина, ни практика не выработали. Одни относят к ним традиционные несудебные методы урегулирования гражданско-правовых споров (арбитраж, посредничество, переговоры), другие - любые частные средства, возникшие в противовес публичному порядку разрешения споров, третьи - комбинированные варианты основных "альтернативных" и судебных средств, квалифицируемые как "комплексные" и образующие новые формы, известные как mini-trial ("мини-суд"), в которых отражаются потребности совершенствования альтернативных систем разрешения конфликтных ситуаций между субъектами частного права.

Представляет интерес взгляд П. Штепана, который, анализируя работы американских авторов, пришел к выводу о том, что альтернативное разрешение споров (ADR) как элемент правовой системы США возникло и развивается по двум основным направлениям - в рамках действующей судебной системы (в публичной сфере) и вне ее (в сфере частного правового регулирования). Эти два направления находятся в постоянном взаимодействии и испытывают взаимное влияние. Тем не менее каждое из них имеет свою специфику. Он же приводит классификацию способов ADR с точки зрения их подразделения на две основные категории по основанию принадлежности к той или иной сфере правового регулирования: частные и публичные. Следует оговориться, что термин "публичные" в данном аспекте является в определенной мере условным. Он указывает не на правовую природу альтернативных досудебных процедур (они представляют собой соединение частных и публичных элементов), а на их принадлежность к публичной государственной судебной системе.

К частным П. Штепан относит процедуры, применяемые исключительно на основе добровольного волеизъявления сторон, - переговоры, посредничество, арбитраж, мини-суд и т.п. Данные средства являются самостоятельными, независимыми в своем регулировании и существовании от судебной системы. Они характеризуются большей степенью диспозитивности с минимальным вмешательством со стороны государства. Роль последнего сводится к официальному признанию внесудебной системы альтернативного разрешения правовых споров и обеспечению надлежащих условий ее функционирования.

В частности, предметом законодательной регламентации во многих штатах США являются следующие аспекты частных ADR:

признание альтернативных процедур в качестве предпочтительных и широко применяемых методов урегулирования правовых конфликтов;

определение категорий гражданских дел, допускаемых к альтернативному разрешению;

установление перечня категорий гражданских дел, не подлежащих урегулированию и разрешению с помощью ADR;

определение понятия той или иной альтернативной процедуры;

обеспечение гарантий конфиденциальности как принципа альтернативного разрешения споров;

установление квалификационных стандартов для нейтральных лиц, осуществляющих урегулирование разногласий и разрешение споров в альтернативных процедурах;

обеспечение возможности принудительного исполнения решений, вынесенных в соответствующих процедурах;

признание соглашения, достигнутого в ходе альтернативного урегулирования, имеющим обязательную для обеих сторон силу при наличии их взаимного волеизъявления.

К публичным инструментам П. Штепан относит средства, используемые внутри судебной системы. Данные средства получили название Court-Annexed ADR, или буквально "альтернативные средства разрешения споров, присоединенные к суду". Они охватывают такие процедуры, как досудебные совещания по урегулированию споров, досудебный арбитраж и досудебное посредничество, предварительная независимая оценка материалов дела, упрощенный суд присяжных и так называемую частную судебную систему или частный трибунал.

Классификация альтернативных форм урегулирования споров на частные и публичные позволяет:

получить целостное представление об альтернативном разрешении споров как едином элементе правовой системы, включающем различные сферы правового регулирования;

исследовать специфику каждой из этих сфер в отдельности;

обеспечить дифференцированную регламентацию тех или иных процедур с учетом их частного или публичного характера;

предполагает возможность дальнейшего деления альтернативных форм внутри каждой группы по более узким основаниям <53>.

<53> Штепан П. Альтернативные способы разрешения споров // Клиническое юридическое образование [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.lawclinic.ru/library.phtml?m=1&p=12>.

Настоящее исследование показывает, что к числу основных альтернативных форм разрешения правовых конфликтов в зарубежной практике, как правило, относят переговоры, посредничество (медиацию), третейский суд (арбитраж).

Указанные виды APC и в Российской Федерации получают наибольшее распространение и все большую нормативно-правовую регламентацию и, как следствие, признание со стороны участников гражданско-правового оборота.

Кратко охарактеризуем указанные **виды APC**.

Переговоры, занимающие важное место среди APC и посредством которых разрешается большое количество правовых конфликтов, представляют собой урегулирование спора непосредственно сторонами без участия иных лиц. С их помощью удастся, во-первых, выяснить позиции сторон и их аргументы; во-вторых, установить предмет разногласий; в-третьих, обнаружить стремление уменьшать степень разногласий; в-четвертых, отстаивать собственные подходы к разрешению проблемы.

Согласно словарю русского языка С.И. Ожегова переговоры - это "...обмен мнениями с какой-либо деловой целью" <54>.

<54> Ожегов С.И. Словарь русского языка. Изд. 8-е, стереотип. М.: Советская энциклопедия, 1970. С. 491.

Согласно Толковому словарю русского языка, переговоры - обмен мнениями для выяснения условий какого-нибудь соглашения <55>.

<55> Толковый словарь русского языка. В 4 т. / Сост. В.В. Виноградов, Г.О. Винокур, Б.А. Ларин и др. / Под ред. Д.Н. Ушакова. М.: Русские словари, 1994. С. 113.

Согласно Большому юридическому словарю переговоры определяются как "...способ

разрешения самых различных вопросов... мирного разрешения споров, основанный на непосредственном контакте должным образом уполномоченных лиц соответствующих заинтересованных субъектов" <56>.

<56> Большой юридический словарь / Под ред. А.Я. Сухарева, В.Д. Зорьина, В.Е. Крутских. М.: ИНФРА-М, 1999. VI. С. 481.

К сожалению, несмотря на то, что переговоры являются самым распространенным способом альтернативного разрешения коммерческих споров, само понятие термина "переговоры" учеными трактуется неоднозначно.

По мнению Ю.А. Тихомирова, переговоры - это "...наиболее действенный способ преодоления разногласий, предотвращения и устранения юридических коллизий" <57>. А.Н. Чумиков полагает, что переговоры представляют собой взаимодействие социальных субъектов или их представителей в форме прямого или опосредованного диалога, предполагающего согласование интересов сторон и направленного на нейтрализацию потенциального или урегулирование (разрешение) реального конфликта <58>.

<57> Тихомиров Ю.А. Коллизионное право: Учебное научно-практическое пособие. М., 2000. С. 116.

<58> Чумиков А.Н. Ведение переговоров: стратегия, коммуникация, фасилитация, медиация. М., 1997. С. 13.

С позиции Т.В. Худойкиной, переговоры - это "...процесс принятия совместного решения двумя или более сторонами о дальнейшем их поведении" <59>.

<59> Худойкина Т.В. Юридическая конфликтология: от исходных позиций теории до практики разрешения и предупреждения юридического конфликта. Саранск, 2001. С. 201.

К.Н. Сергеев считает, что "...переговоры определяются как процесс поиска соглашения между людьми через согласование их интересов" <60>.

<60> Сергеев К.Н. Альтернативные способы разрешения споров // Профессиональные навыки юриста: Опыт практического обучения. М., 2001. С. 299.

Е.В. Буртовая полагает, что переговоры - это "способ разрешения (урегулирования) конфликтов, совместная деятельность сторон по нахождению взаимоприемлемого решения проблемы" <61>.

<61> Буртовая Е.В. Конфликтология. М., 2002. С. 115.

М.А. Романенко отмечает, что переговоры - это "процесс, посредством которого стороны, вовлеченные в правовой конфликт, обсуждают его друг с другом, стараясь достичь взаимоприемлемого соглашения" <62>.

<62> Романенко М.А. Альтернативные формы разрешения правовых конфликтов в сфере прав человека и гражданина: Дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2008. С. 56.

В различных исследованиях специфики протекания процесса переговоров между участниками разных культур (например, международных коммерческих переговоров) были выявлены некоторые особенности поведения российских представителей.

Например, и немцы, и американцы отмечают следующие характерные черты российских переговорщиков, затрудняющие взаимопонимание между сторонами:

слабо ориентируются в целях - характерны либо очень абстрактное видение проблемы, либо чрезмерная детализация (иногда и то и другое вместе);

не видят альтернатив в решении проблем, не сопоставляют различные решения; принимают неясные, теоретические решения, необязательно ориентированные на выполнение;

стремятся к сиюминутной выгоде, а проблемы решают медленно;

недостаточно инициативны, склонны избегать ответственности;

не думают о последствиях;

не склонны говорить о конфликтах открыто;

жестко настаивают на своих позициях, трудно идут на уступки.

В свою очередь, российские переговорщики считают, что их иностранные партнеры:

склонны их принижать, считать свой образ мыслей и действий предпочтительным;

не смотрят на россиян как на партнеров, не дают им достаточно полномочий и ответственности;

очень меркантильны, ориентированы только на выгоду;

не думают о социальных целях <63>.

<63> Штепан П. Альтернативные способы разрешения споров // Клиническое юридическое образование [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.lawclinic.ru/library.phtml?m=1&p=12>.

Возможны различные варианты ведения переговоров:

переговоры, которые ведутся непосредственно между участниками, вовлеченными в конкретную проблему;

переговоры, которые ведутся между юристами - адвокатами, представляющими интересы сторон, участвующих в разрешении спора;

переговоры, которые ведутся с участием посредника, человека незаинтересованного, умеющего взглянуть на спорную проблему "со стороны";

Общие вопросы подготовки ведения переговоров:

создание комфорта и обстановки расположенности клиента к процессу переговоров;

постановка конкретных вопросов для получения необходимой информации (кто? что? зачем? когда? почему? и т.д.);

использование ответов, полученных на ключевые вопросы, и предложение вариантов возможного соглашения;

постоянная поддержка контакта между сторонами - участниками переговоров;

выбор стиля ведения переговоров (установление сотрудничества либо конкурентной борьбы).

Посредничество (медиация) <64> - урегулирование конфликта с помощью независимого, нейтрального посредника, который содействует сторонам в достижении соглашения; это метод, при котором стороны управляют и владеют как самим процессом, так и его результатом. То есть, при медиации ничего не решается без согласия сторон. Кроме того, посредник не обладает полномочиями для принятия решения.

<64> Более подробно будут рассмотрены в § 4 гл. 1 понятие и особенности медиации.

Е.И. Носырева выделяет три основные черты, отражающие сущность посредничества.

1. Активная роль в посредничестве принадлежит сторонам, которые ведут переговоры и по их результатам приходят к взаимовыгодному соглашению.

2. Посредник не приравнивается к сторонам, он занимает особое положение, лишь помогая сторонам самим вести переговоры и достигать соглашения.

3. Посредник не имеет полномочий принуждать стороны к достижению соглашения и выносить свое собственное решение по спору <65>.

<65> Носырева Е.И. Альтернативное разрешение споров в США. М.: ОАО "Издательский дом "Городец", 2005. С. 74, 75.

Кроме того, при определении преимуществ посредничества целесообразно его сравнение с переговорами и арбитражем (третейским судом) или судебным разбирательством.

Такое сравнение можно проводить по следующим качествам: экономичность процедуры (с точки зрения времени и стоимости); участие третьего независимого лица и его роль в урегулировании спора; роль сторон в урегулировании спора; конфиденциальность процедуры; контроль сторон за ходом процедуры; отношения между сторонами в ходе урегулирования спора; основные принципы разрешения споров; ориентация разбирательства на прошлое или будущее; материальный результат процедуры; эмоциональный результат <66>.

<66> Носырева Е.И. Методические и теоретические основы преподавания курса "Посредничество (медиация)". В кн.: Хрестоматия альтернативного разрешения споров: Учебно-методические материалы и практические рекомендации / Сост. Г.В. Севастьянов. СПб.: АНО "Редакция журнала "Третейский суд", 2009. С. 390, 391.

В литературе существуют различные точки зрения на природу посредничества. Одни ученые под посредничеством понимают только фактические действия, направленные на сведение двух или нескольких контрагентов, подготовку сделки между ними и при этом не состоящие в изъявлении воли посредником. Другие, признавая посредником лицо, действующее на основании одного из договоров, входящих в группу договоров на оказание юридических услуг, тем самым переносят акцент с фактических на юридические действия. Третьи совмещают оба указанных подхода из признака предметной деятельности, который объединяет и фактического, и юридического посредников <67>. Рассмотрим некоторые точки зрения.

<67> См., напр.: Саркисян М.Р. [Институт торгового посредничества](#) // Журнал российского права. 2002. N 3. С. 17 - 19; Лысаковский Г. Понятие и признаки посредничества в гражданском праве // Юрист. 2002. N 1. С. 23, 24.

К. Мур рассматривает посредничество как вмешательство в переговоры или конфликт третьей стороны с ограниченными полномочиями принятия решения, которая помогает конфликтующим сторонам в достижении взаимно приемлемого разрешения их спора <68>.

<68> Moore C. The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict. San Francisco, 1996.

М.А. Романенко считает, что термин "посредничество (медиация)" может быть определен как процедура, при которой посредник (медиатор) проводит переговоры между сторонами, а также с каждой из сторон в отдельности, тем самым помогая им урегулировать свои разногласия и прийти к такому решению, которое устраивало бы обе стороны <69>.

<69> Романенко М.А. Альтернативные формы разрешения правовых конфликтов в сфере прав человека и гражданина: Дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2008. С. 58.

Как отмечает О.С. Карпенюк, "посредничество, или медиация" представляет собой урегулирование разногласий с помощью незаинтересованного лица, именуемого посредником, который оказывает сторонам содействие в ведении переговоров и способствует достижению соглашения между ними <70>.

<70> Карпенюк О.С. Правовое регулирование посредничества при разрешении внешнеэкономических споров: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 53.

По мнению П. Штепана, медиация - это процесс разрешения проблем между сторонами на основе переговоров с участием нейтрального посредника; это метод, при котором стороны управляют и владеют как самим процессом, так и его результатом - соглашением, ничего не решается без согласия сторон <71>.

<71> Штепан П. Альтернативные способы разрешения споров // Клиническое юридическое образование [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.lawclinic.ru/library.phtml?m=1&p=12>.

Важно отметить, что в научной литературе понятия медиации и посредничества являются синонимами. Первое из них более часто употребляется в иностранной или переводной литературе и является русской транскрипцией английского слова "mediation", а второе представляет собой русский перевод этого термина и употребляется русскоязычными авторами.

Третейский суд (арбитраж) - разрешение противоречия с помощью независимого, нейтрального лица - арбитра (или группы арбитров), который уполномочен вынести обязательное для сторон решение.

По справедливому утверждению А.С. Комарова, сегодня ни у кого не вызывает сомнений та роль, которую должен играть в развитом гражданском обществе третейский суд, выполняющий важную задачу обеспечения гибкости и динамичности регулирования, что создает предпосылки для стабильности и предсказуемости в развитии экономического оборота, отражая его динамичный характер <72>.

<72> Комаров А.С. **Роль третейского суда в развитии** гражданского права Российской Федерации применительно к предпринимательской деятельности. В кн.: Гражданское право современной России / Сост. О.М. Козырь и А.Л. Маковский. М.: Статут, 2008. С. 80.

И действительно, как показывает опыт государств с развитой экономикой, в подавляющем большинстве случаев предприниматели стремятся разрешать возникающие между ними споры не в государственных, а в третейских судах.

Популярность третейского разбирательства в отдельно взятой стране свидетельствует о высокой правовой культуре людей, проживающих в ней. Если же национальные третейские суды пользуются еще и общемировой известностью, то можно говорить о создании благоприятных фактов, способствующих приданию национальному правосознанию универсального характера. Взгляды на справедливость, добросовестность участников коммерческого оборота, разумность профессионального сообщества людей - третейских судей становятся общими стандартами разрешения коммерческих споров во всем мире <73>.

<73> Ануров В.Н. Третейское соглашение: Монография. М.: Проспект, 2009. С. 3.

Теоретический аспект исследования АРС показывает, что третейский суд рассматривается в трех значениях. Во-первых, данным термином обозначается способ защиты гражданских прав, предлагаемый в качестве альтернативного тем способам, которые подразумевают необходимость обращения за судебной защитой к государственным юрисдикционным органам. Во-вторых, это понятие подразумевает конкретный состав третейского суда, которым рассматривается переданный на его разрешение спор. В-третьих, под третейским судом понимается орган, организующий третейское разбирательство правового спора.

Говоря о роли третейского суда в системе АРС, нельзя не отметить те преимущества, благодаря которым третейский суд является одним из популярных способов АРС.

Каковы же эти преимущества?

Во-первых, участие в качестве третейских судей высококвалифицированных специалистов, поскольку фактически развитие третейских судов происходило через вовлечение в процесс разрешения споров специалистов.

Во-вторых, возможность влияния на состав третейских судей.

В-третьих, возможность определения процедуры рассмотрения спора (сторонам разрешено определять порядок осуществления разбирательства третейским судом):

при вынесении решения третейский суд руководствуется прежде всего волей сторон, выраженной в договоре;

более низкие, чем в государственных судах, расходы на третейское разбирательство

благодаря более короткому циклу третейского разбирательства;

более быстрый и менее формализованный по сравнению с государственным судопроизводством порядок разрешения споров;

камеральность рассмотрения спора, которая достигается благодаря тому, что третейский процесс осуществляется закрыто, в отсутствие посторонних лиц.

Кроме того, к преимуществам третейской формы разбирательства споров относятся следующие:

изменение вектора противостояния между сторонами на преодоление конфликта с сохранением отношений сотрудничества;

конфиденциальность и возможность сохранения информации, примыкающей к коммерческой тайне;

экономия средств, расходуемых для привлечения профессиональных судебных представителей;

возможность приспособить порядок разбирательства под специфику спора, в том числе посредством изменения регламента;

привлечение для разбирательства по делу специалистов в смежных областях знания (фондового, страхового рынка, инвестиционного сектора экономики, интеллектуальной собственности);

формирование практики разрешения гражданских споров, представляющей большой познавательный интерес.

Третейские суды не только создают условия, но и обеспечивают дополнительные правовые гарантии защиты нарушенных прав <74>.

<74> Ручкина Г.Ф., Ручкин О.Ю. [Защита прав субъектов предпринимательской деятельности](#) в рамках несудебной гражданской юрисдикции // Арбитражный и гражданский процесс. 2003. N 3. С. 32 - 34.

В настоящее время применение третейского суда как органа по разрешению споров позволяет их участникам менее формализованно в отличие от государственных судов урегулировать возникшие конфликты и разногласия, а также влиять на содержание позитивного права, ориентируя законодателя на реальные потребности регулирования предпринимательских отношений.

По мнению ряда ученых, основное назначение третейского суда заключается не в строгом и неукоснительном следовании букве закона, а в мирном и добровольном прекращении вражды, конфликта, спора, в изыскании путей их урегулирования по обоюдному согласию сторон, в сохранении духа сотрудничества, что создает предпосылки продолжения взаимовыгодных отношений. Кроме того, третейский суд выполняет функцию объективного арбитра, оценивающего представленные сторонами доказательства и выносящего решение <75>.

<75> Балашов А.Н., Зайцев А.И., Зайцева Ю.А. Третейское судопроизводство в Российской Федерации. М.: Юстицинформ, 2008. С. 7.

Справедливо суждение Д.А. Фурсова о том, что для понимания сущности третейских судов и третейского разбирательства необходимо, прежде всего, избавиться от крайних суждений, которые отвлекают, не привнося позитива в раскрытие проблем <76>.

<76> Фурсов Д.А. Третейские суды: пределы легитимности их решений. М.: Статут, 2009. С. 17.

Все перечисленные позитивные моменты, связанные с востребованной современным хозяйствованием деятельностью третейских судов, омрачаются несовершенством правовой регламентации отношений, возникающих по поводу рассмотрения и разрешения экономических споров. Недостатки законодательной базы, недостаточная эффективность деятельности третейских судов, связанная в том числе и с несвоевременностью модернизации соответствующих

"юридических технологий", непосредственно связаны с отсутствием четко сформулированной доктрины, что не может не влиять негативно на правотворческую и правоприменительную деятельность.

Как справедливо полагает А.О. Иншакова, чрезвычайно важное значение для развития третейского разбирательства, внедрения системы альтернативных методов разрешения гражданско-правовых споров имеет сконструированная на основе новейших достижений юридической науки модель взаимодействия государственных и третейских судов, сбалансированное регулирование подведомственности дел и четкое определение сферы компетенции третейских судов <77>.

<77> Алексеев М.А., Иншакова А.О., Николюкин С.В. Трансформация регламентации деятельности и компетенции международного коммерческого арбитража (экономико-правовые потребности современного хозяйствования) / Под ред. докт. юрид. наук, проф. А.О. Иншаковой, канд. юрид. наук, доц. С.В. Николюкина. М.: Юрлитинформ, 2012. С. 4.

§ 2. Исторический аспект развития альтернативных способов урегулирования споров в России

Применение альтернативных способов разрешения правовых споров как в России, так и за рубежом имеет достаточно длительную историю. Как полагают ученые, общественное правосудие (третейское судопроизводство, суд посредников, договорное разрешение споров) предшествовало государственному судопроизводству <78>. При этом основной целью, которая достигалась в ходе такого арбитражного, было именно примирение сторон, а второстепенной - восстановление справедливости <79>. Вместе с тем взаимоотношения сторон по поводу разрешения споров строились на основании договора, заключаемого самими же заинтересованными лицами. Обращение к третейским судьям, пособникам основывалось на народных представлениях о том, что подобного рода разрешение споров в наибольшей степени отвечает представлениям о справедливости.

<78> Вицын А.И. Третейский суд по русскому праву: Историко-догматическое рассуждение. М., 1856. С. 3.

<79> Давыденко Д.Л. Арбитраж и примирение: две стороны одной медали // Третейский суд. 2004. N 1(31). С. 84.

Договорные формы разрешения споров имели место еще в эпоху господства обычного права. Так, на раннем этапе развития римского права в судебных процессах зачастую "...все присяжные выступали по отношению к сторонам исключительно как частные лица (*judex privatum*), а не в качестве представителей власти, обладающих силой государственного принуждения" <80>. При этом частный судья оценивал доказательства и выносил конкретное решение (*iudicium*) в намеченной судебным магистратом сфере <81>.

<80> Салогубова Е.В. Римский гражданский процесс / Под ред. М.К. Треушников. М., 1997. С. 41.

<81> Франчози Дж. Институционный курс римского права / Отв. ред. Л.Л. Кофанов. М., 2004. С. 77.

Одно из первых упоминаний о существовании договорной формы разрешения споров встречается в 1362 г. в грамотах великого князя Дмитрия Донского.

Во времена Ивана Грозного, начиная с 1552 г., в общинах стали замещаться должности кормленщиков-наместников и волостелей выборными, так называемыми излюбленными судьями, которые выступали в качестве крестьянских судей <82>.

<82> Дрожжин В. Суд царя Ивана Грозного // Российская юстиция. 1996. N 6. С. 59.

При принятии Соборного уложения 1649 г. были зафиксированы нормы, позволяющие тяжущимся лицам обращаться к третейскому суду за разрешением спора. В Соборном уложении была всего одна статья (5-я статья "О третейском суде" 15-й главы "О вершенных делах"), посвященная договорному судопроизводству. Однако эта единственная статья Соборного уложения дала толчок к дальнейшему развитию данного института в России. Были установлены требования к форме третейского соглашения, которое должно было совершаться письменно (именно с этого времени стал употребляться термин "формальная запись") и удостоверяться рукоприкладством лиц, заключающих договор.

Удостоверялись формальные третейские записи площадными подьячими; число же рукоприкладчиков, свидетельствующих "формальную запись", определялось ценой иска <83>.

<83> Тихомиров М.Н., Епифанов П.П. Соборное уложение 1649 г. М., 1961.

Что было особенно важным для укрепления третейского разбирательства: решение третейского суда приравнивалось к решению государственного суда, поскольку могло быть принудительно исполнено при помощи государственных институтов. Как указывал А.И. Вицын, Соборное уложение "...возвело третейский приговор на степень судебного решения: не по любви тяжущихся и не по милости неустойки он стал пользоваться силой, а получил ее для себя от власти законодательной" <84>.

<84> Вицын А.И. Третейский суд по русскому праву: Историко-догматическое рассуждение. М., 1856. С. 26.

С момента принятия Соборного уложения 1649 г. третейский суд стал приобретать черты "классического", а именно решение третейского суда признавалось окончательным и подлежащим немедленному исполнению, запрещался пересмотр решения третейского суда в апелляционном порядке. Несмотря на то что из этого правила и допускались исключения, в основном по воле верховной власти, общим правилом "...оставалась непеременимость третейского приговора, всегда окончательная сила решения третейского суда" <85>.

<85> Вицын А.И. Третейский суд по русскому праву: Историко-догматическое рассуждение. М., 1856. С. 49.

Деятельность третейского суда распространялась на следующие категории дел:

1) "по отношению к местности" - третейский суд указами верховной власти был распространен на дела башкирского и "других уфимских" иноверных народов; на дела малороссиян, для которых, впрочем, та форма разбирательства споров была оставлена на основании их обычаев; на дела в землях Войска Донского (1804); на дела ногайцев и "других магометан", кочующих в Кавказской области (1827);

2) "по роду дел" - третейский суд распространен на дела таможенные, как это видно из Таможенного устава Петра II, на конкурсные производства с верителями и должниками конкурсной массы (1800); на дела питейных откупщиков со служителями в отношении споров по откупам (1802); на дела страховых обществ и компаний (1827, 1835, 1838) и, более того, всех вообще компаний на акциях (1836), а также на споры по привилегиям (1833);

3) "по отношению к сословиям" - третейский суд распространен на дела крестьян дворцового ведомства, лиц горного ведомства и других сословий <86>.

<86> Третейский суд по мысли Державина // Журнал Министерства юстиции. 1862. Т. 13. Ч. 2. С. 177, 178.

Таким образом, третейское разбирательство уже на тот период применялось при разрешении споров в сфере прав человека, а именно прав коренных народов и некоторых сословий, хотя конкретно в нормативных документах об этом не указывалось.

В эпоху Петра I был составлен регламент, или устав, Главного магистрата, основной целью

которого было укрепить купечество. В числе мер, направленных на решение этой цели, было сделано предписание купцам сочинять статуты и вводить купеческий суд <87>, который по механизму его образования и принятия решений походил на третейский суд.

<87> Удинцев В.А. Избранные труды по торговому и гражданскому праву. М., 2003. С. 49.

В 1727 г. был принят Таможенный устав, предусматривающий возможность создания "узаконенных" третейских судов, т.е. купеческому сословию законодательно предписывалось разрешать торговые споры через таможенные суды.

Между тем Таможенный устав предусматривал случаи, когда дело не подлежало рассмотрению в таможенном суде и должно было направляться на разбирательство в третейский суд:

- 1) если ответчик на письмо истца "...скажет спор о том, что по оному выплачено, имеет расписки или другие письма";
- 2) если "...ответчик истцово письмо, по которому ищет, лживит и называет неправым";
- 3) если ответчик "...будет ссылаться на свои записные книги и на счета, что он не должен, и хотя должен, да не столько, сколько истец требует", и, таким образом, "произойдут между ними споры" <88>.

<88> Гребенцов А.М. Развитие хозяйственной юрисдикции в России. М., 2002. С. 17.

Важно отметить, что в процедуре третейского разбирательства выделялись так называемые совестные суды, созданные в 1775 г. в период проведения Екатериной II административно-судебной реформы.

Как известно, Екатерина II находилась под влиянием произведений как французских (Вольтер, Дидро, Даламбер, Руссо), так и русских (С.Е. Десницкий) просветителей, идеи которых стали основой для формирования совестного суда, ибо этот институт включает нормы, которые гарантируют естественные права человека <89>.

<89> Каменский А.Б. "Под сению Екатерины...". Вторая половина XVIII в. СПб., 1992. С. 301.

В соответствии с Учреждениями для управления губерний совестные суды создавались в целях рассмотрения таких уголовных дел, которые в силу смягчающих обстоятельств требовали снисхождения к преступнику, а в делах гражданских должны были играть роль третейских судов <90>. Однако совестные суды не получили широкого распространения, поскольку столкнулись с сопротивлением и некомпетентностью на местах.

<90> Законодательство Екатерины II: В 2 т. М., 2000. Т. 1. С. 487 (автор комментария - С.М. Казанцев).

Русский историк В.О. Ключевский описал случай, когда уфимский совестный судья за 12 лет работы не рассмотрел и 12 дел, поскольку "...его камердинер по просьбам виновных из тяжущихся сторон обыкновенно гонял всех челобитчиков" <91>.

<91> Ключевский В.О. Сочинения в 9 т. Т. 5: Курс русской истории / Под общ. ред. В.Л. Янина. М., 1989. С. 113.

Как полагает О.Ю. Скворцов, описанный случай отражает общую тенденцию "неприживаемости" негосударственных форм правосудия в российском обществе, члены которого в целом были сориентированы на стремление обратиться за защитой, скорее, к сильной государственной власти в лице государственного суда <92>.

<92> Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 16.

В 1801 г. (по другим сведениям - в 1803 г. <93>) известный русский поэт и Министр юстиции Г.Р. Державин на основании поручения императора Александра I составил и представил на доклад императору Устав третейского совестного суда <94>.

<93> См.: Третейский суд по мысли Державина // Журнал Министерства юстиции. 1862. Т. 13. Ч. 2. С. 179; Джаншиев Г.А. Основы судебной реформы: Сб. статей. М., 2004. С. 218.

<94> Державин Г.Р. Устав третейского совестного суда, составленный в 1801 г. Б/м, б/г (экземпляр хранится в библиотеке юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета).

Вполне возможно, как отмечает О.Ю. Скворцов, что идея об установлении законодательных основ третейского разбирательства стала следствием другого "всепогоднейшего" доклада Сената императору: о разбирательстве третейским судом спора между индийцами, персами, бухарцами, хивинами и иными заграничными азиатами, пребывающими в Астрахани. Затруднения языкового характера побудили Астраханский городской магистрат ходатайствовать перед верховной властью о разрешении рассмотрения споров между указанными лицами в третейских судах. Император утвердил представленный Сенатом доклад; соответствующий порядок был установлен в Астрахани, а затем распространен и на азиатов, проживающих в Москве и Санкт-Петербурге <95>.

<95> Вицын А.И. Третейский суд по русскому праву: Историко-догматическое рассуждение. М., 1856. С. 9, 10, 75.

В докладе 1801 г. Г.Р. Державин отмечал, что "...для пресечения тяжб в самом их начале он не находит средства лучшего и действительнейшего, как обратиться к древнему третейскому суду, предначертанному в Уложении, и к совестному, установленному в Учреждении об управлении губерний...".

Между тем еще в позапрошлом столетии высказывались серьезные недостатки по поводу статуса третейских судов, среди которых имелись добровольные и узаконенные:

в обществе нет доверия и расположения к третейским судам;

третейский суд имеет чрезмерную свободу при наличии последующего принуждения, в котором проявляется излишнее вторжение государства в третейские отношения;

забота о своем интересе более значима в сравнении с мнимым коротким путем к решению;

третейские судьи не связаны присягой, могут игнорировать даже общественное мнение об их деятельности;

стороны нуждаются в третейских судьях, лично им известных своим здравомыслием и беспристрастием, в то время как им навязывают списки незнакомых людей, которые вызывают чувство недоверия либо панического страха;

миролюбие, порождающее соглашение, чаще наблюдается, как это ни парадоксально, в государственных судах, чем в третейских;

третейские суды действуют в более закрытом режиме, чем судебные присутствия, им явно не хватает гласности;

при наличии в действиях третейского суда медлительности и волокиты жаловаться некому;

в третейский суд, к медиатору обращаются только те, кто дорожит своей купеческой честью и деловой репутацией. Такие мотивы встречаются нечасто, поэтому добровольный третейский суд представляет собой явление чрезвычайно редкое;

третейский суд может быть полезен только тогда, когда сторонам необходимо сохранить товарищеские отношения, разобраться в спорных отношениях даже при отсутствии доказательств;

на стороны оказывает нравственное влияние только тот суд, который сам обладает авторитетом, которого у третейского суда не наблюдается;

при отсутствии посредников, пользующихся безупречным доверием публики и авторитетом юридической корпорации, третейский суд не нужен;

третейский суд мог бы стать образцом совершенства, поскольку не обременен множеством

дел, но представляет собой самое неудовлетворительное учреждение;
аналогичные юридические споры в третейских судах не имеют одинакового "обсуживания",
все зависит от прихоти третейских судей <96>.

<96> См.: глава первая "Об учреждении третейского совестного суда" всеподданнейшего
доклада Министра юстиции Г. Державина с проектом учреждения третейских судов до 1803 г.
(Отзывы председателей коммерческих судов о неудобствах действующих ныне узаконений о
третейских судах. СПб., 1860).

Проект Г.Р. Державина состоял из 103 статей. Его основная мысль, которую Министр
юстиции пытался донести до императора, состояла в том, что третейский суд должен покоиться на
принципе добровольности. В то же время предполагалась и поддержка деятельности третейских
судов со стороны публичной власти. Так, в случае просьбы со стороны третейского суда
предполагалось, что государственный суд мог вызывать стороны в заседание третейского суда.
Кроме того, при учреждении третейского суда предполагался и определенный контроль со
стороны Министра юстиции и губернаторов, поскольку в случае учреждения третейского суда
указанные должностные лица должны уведомляться об этом.

Между тем проект Г.Р. Державина о третейских судах не был реализован, однако его
влияние сказалось на дальнейшей российской правовой жизни, а именно как при реализации
конкретных законопроектов, посредством которых расширялась сфера третейского
судопроизводства, так и в иных проектах, которыми обосновывалась необходимость укрепления
системы третейских судов как альтернативы государственной системе разрешения правовых
споров.

Одним из главных направлений развития третейского судопроизводства в Российской
империи было предоставление права обращаться в третейские суды определенным сословиям,
тем или иным национальностям, а также в областях на окраинах государства. В 1804 г. было
принято Положение об управлении землями Войска Донского, которым было предоставлено
право тяжущимся лицам обращаться в третейский суд за разрешением спора <97>.

<97> Вицын А.И. Третейский суд по русскому праву: Историко-догматическое рассуждение.
М., 1856. С. 10.

В 1827 г. принят Устав для управления ногайцами и другими магометанами, кочующими в
Кавказской области. Согласно этому Уставу все дела по спорам между ногайцами, равно как и
иски к ногайцам, должны разбираться и решаться по их древним обычаям, законам и обрядам
через посредников в аулах или голов и старшин <98>.

<98> Вицын А.И. Указ. соч.

Реформа, проведенная в Российской империи в 1831 г., была связана с законодательным
упорядочением деятельности по разрешению споров вне системы государственного правосудия.
Так, было утверждено Положение о третейском суде, которое стало основой для дальнейшего
развития третейского разбирательства в Российском государстве. В содержание этого Положения
была положена статья Соборного уложения о третейском суде (которая стала правовой базой
деятельности добровольного третейского суда) и Таможенный устав императора Петра II (который
стал юридическим основанием для деятельности узаконенного третейского суда). Иными
словами, очевидна преемственность в урегулировании третейского разбирательства.

В 1833 г. Положение о третейских судах было включено в Свод законов Российской
империи. При переиздании Свода законов в 1842 и 1857 г. Положение о третейских судах
включалось в Свод с некоторыми изменениями.

С принятием Положения о третейских судах был введен "суды по совести", которые
разрешали спор, во-первых, исходя из начал справедливости, совести; во-вторых, исходя из
принципа законности. Кроме этого в Положении о третейских судах говорилось о двух формах, в
которых мог существовать третейский суд, - это "узаконенные" третейские суды, которым

предписывалось руководствоваться при осуществлении судопроизводства правилами и обычаями, принятыми в общей торговой практике <99>, и добровольный третейский суд (действующий на основании соглашения, заключаемого сторонами).

<99> Волков А.Ф. Торговые третейские суды. Историко-догматическое исследование. СПб., 1913. С. 86.

В середине XIX в. правительство Российской империи демонстрировало стремление стимулировать частных лиц передавать возникающие между ними споры на разрешение третейских судов. В связи с этим правительством предписывалось разрешать при помощи "узаконенных" третейских судов споры в следующих сферах общественных отношений:

при учреждении страховых компаний;

при возникновении споров между лицами одного сословия;

при возникновении споров в определенных местностях, населенных национальными меньшинствами (например, учреждение третейских судов предусматривалось Уставом 1827 г. для управления ногайцами и иными магометанами).

Тем не менее идея "узаконенных" третейских судов оказалась непрактичной. Это было связано, во-первых, с нежеланием сторон обращаться к "узаконенному" третейскому суду и, во-вторых, с отсутствием специально подготовленных третейских судей, роль которых в основном исполняли государственные чиновники и часто делали это недобросовестно. В конечном итоге, по свидетельству современников, третейский суд выродился в средство тяжелой и бесконечной волокиты <100>.

<100> Потехин П.А. Отрывки из воспоминаний адвоката // Право. 1900. N 47.

С.В. Пахман, опираясь на специальные исследования быта русского народа, отмечал, что третейские суды не имели широкого распространения. Во многих местностях третейские суды "...вовсе неизвестны, так что крестьяне прямо заявляли, что к третейскому суду они не обращаются или третейского суда не знают и т.п. В других местностях третейские суды встречаются, но не в большем употреблении. Вообще крестьяне, как видно, прибегают к третейскому суду неохотно. В некоторых местностях третейским судом крестьяне считают волостной суд, потому что на нем присутствуют трое судей" <101>.

<101> Пахман С.В. Обычное гражданское право в России. М., 2003. С. 316.

Другие исследователи отмечают, что "...во время господства крепостного права жизнь крестьянского сословия, игнорируемая законодательством, подавляемая произволом помещиков, всецело замыкалась в сельских сходах, где решались полюбовно, при участии стариков, все дела и тяжбы как юридического, так и экономического свойства" <102>.

<102> Скоробогатый П. Мировые сделки в волостном суде // Юридический вестник. 1881. Июль. С. 418, 419.

В ходе судебной реформы 1864 г. "узаконенные" третейские суды были упразднены, а принятый в 1864 г. Устав гражданского судопроизводства регламентировал деятельность только добровольных третейских судов.

Однако и институт добровольных третейских судов уже в пореформенное время подвергался нападкам со стороны юристов, "...не ограничивавшихся лишь разоблачением всех мельчайших дефектов законной его организации и осуждением некоторых эпизодов из сферы его действий, вопиющих о соответственных реформах, но и доходивших подчас до худоскрытых пожеланий окончательного упразднения этой формы суда, как оказавшейся, по проверке, положительно вредною или, по меньшей мере, бесполезною" <103>.

<103> Шенинг В.А. О силе решений третейского суда // Журнал Министерства юстиции.

1896. N 6. С. 64.

Некоторые юристы выступали с заявлениями, требуя упразднения третейских судов как органов, сознательно потворствующих и даже творящих злоупотребление правом, в то время как государственный суд, не обладая правом касаться существа решений третейских судов, "...оказывается бессильным пресечь причиняемое им зло" <104>.

<104> Шенинг В.А. О силе решений третейского суда // Журнал Министерства юстиции. 1896. N 6. С. 111.

Злоупотребления в сфере третейского судопроизводства носили различный характер. Наиболее значимыми они оказывались в сфере, связанной со спорами о правах на недвижимость. Так, очень часто заинтересованные лица устраивали фиктивные третейские процессы, в ходе которых пытались добиться укрепления прав на недвижимое имущество. В других случаях при помощи третейских разбирательств недобросовестные лица пытались избежать уплаты крепостных пошлин, уплачиваемых за переход прав собственности на недвижимое имущество.

В целях предотвращения злоупотреблений в этой сфере в 1887 г. в Устав гражданского судопроизводства была введена дополнительная статья 1394-1, которая предоставляла право мировому судье или окружному суду, получившим решение третейского суда, состоявшееся по иску о праве собственности на недвижимое имущество или о праве на владение или пользование оным, передавать копию этого решения казенной палате, которая, усмотрев, что этим решением установлен переход от одного лица к другому недвижимого имущества во избежание платежа крепостных пошлин, составляла расчет следующих к взысканию платежей по правилам о порядке взыскания пошлин с имуществ, переходящих безвозмездными способами.

Особо хотелось бы выделить деятельность коммерческих судов для разрешения торговых споров, которые разрешались на основании Устава торгового судопроизводства.

История коммерческих судов уходит в XVI в. и основывается на идее сословной (купеческой) и ярмарочной юрисдикции <105>. В дальнейшем коммерческие суды попали "под опеку" государства и были инкорпорированы в судебные системы государства, хотя при этом и продолжали нести в себе некоторые черты частных, третейских судов.

<105> Витрянский В.В. Предисловие. В кн.: Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. 4: Торговый процесс. Конкурсное право. М., 2003. С. 7, 8.

Важно отметить, что первый российский коммерческий суд был основан в Одессе в 1808 г. по инициативе местных купцов, которых поддержал герцог Ришелье, передавший соответствующее ходатайство вышестоящим властям <106>.

<106> Архипов И.В. Коммерческое судопроизводство и судопроизводство в России в XIX веке: Проблемы модернизации. Саратов, 1999. С. 11.

Как отмечают исследователи, коммерческий суд в Одессе действовал на началах третейского судопроизводства. Так, Д.И. Мейер, приводя пример по спору между субъектами страхования, указывал, что "...третейский суд там устраивается при посредстве коммерческого суда, в котором первоначально поступает страховой иск. Вместе с тем должно заметить, что уж если между страхователем и страховщиком доходит до судебного разбирательства, то дело редко кончается третейским судом, а поступает на решение высших судебных мест, если не путем апелляции, то посредством жалобы" <107>.

<107> Мейер Д.И. Юридические исследования относительно торгового быта Одессы. В кн.: Мейер Д.И. Избранные произведения по гражданскому праву. М., 2003. С. 209.

В последующем коммерческие суды были образованы и в других городах Российской империи - Таганроге (1818), Феодосии, впоследствии переведенном в Керчь (1819), Архангельске

(1821), Измаиле (1824), Санкт-Петербурге (1832), Москве (1833), Новочеркасске (1834), Тифлисе (1853), Варшаве (1876). Правовой основой деятельности коммерческих судов стал Указ императора Николая I от 14 мая 1832 г., которым были утверждены Учреждение коммерческих судов и Устав торгового судопроизводства. Этот Указ действовал вплоть до 1917 г.

По правовой природе коммерческие суды были своего рода судебными гибридами, поскольку организовывались на смешанных началах <108>. Публичный аспект проявлялся в том, что публичная власть участвовала в создании и контроле над коммерческими судами: во-первых, председатель суда и его товарищ (заместитель) определялись правительством и назначались именными высочайшими указами; во-вторых, содержание коммерческих судов осуществлялось за счет средств, отпускаемых из казначейства; в-третьих, допускался апелляционный пересмотр решений, принимаемых коммерческим судом (при этом кассационный пересмотр вступивших в законную силу судебных решений был невозможен). Частноправовой характер коммерческого суда проявлялся в том, что судьи коммерческого суда избирались из числа кандидатов, предлагаемых от городского общества (особыми выборными собраниями от купеческого, мещанского и ремесленного сословий).

<108> Насыров Р.В. О коммерческих судах в России // Российский юридический журнал. 1996. N 2. С. 134.

Руководствуясь тем соображением, что "коммерческий суд" должен быть вместе с тем и судом примирительным <109>, комитет предложил освободить коммерческие суды от прокурорского надзора, что для условий России того периода было делом немыслимым и весьма прогрессивным с точки зрения укрепления частноправовых начал жизни общества.

<109> Очерк истории Санкт-Петербургского коммерческого суда. С. 5.

Необходимо также отметить, что развитие коммерческих третейских судов, в рамках которых разрешались споры между купцами, было наиболее динамичным. Так, в конце XIX в. широкое распространение получили биржевые третейские суды. Это было связано с тем, что сделки, совершаемые на биржах, были достаточно сложными с юридической точки зрения и требовали квалифицированных юристов, которые могли бы разрешать споры, возникающие из таких сделок. Биржевой третейский суд заседал во все биржевые дни и свои решения принимал на основании устного слушания, без особых формальностей, тотчас по обращении к нему спорящих <110>.

<110> Волков А.Ф. Биржевое право. Биржевой суд и правила биржевой торговли хлебными товарами. Т. 1 (Материалы Калашниковской хлебной биржи г. Санкт-Петербурга в связи с практикой западноевропейских бирж). СПб., 1905. С. 1 - 16; Волков А.Ф. Торговые третейские суды. Историко-догматическое исследование. С. 92 - 106.

Подобного рода судоустройство и судопроизводство было привлекательным для торговцев, заинтересованных в скорейшем разрешении и урегулировании возникающих конфликтов. О высоком уровне разрешения биржевых споров биржевыми третейскими судами свидетельствует тот факт, что к посредничеству арбитражной комиссии при Калашниковской хлебной бирже Санкт-Петербурга обращались торговцы со всей Европы, в том числе из Берлина, Гамбурга, Ливерпуля, Лондона и т.д.

Важно отметить, что деятельность арбитражной комиссии при Калашниковской хлебной бирже привлекла внимание и правительства. Так, в 1893 г. особое совещание, созданное при Департаменте торговли и мануфактур Министерства финансов для определения мер по упорядочению хлебной торговли, высказало мнение, что одной из наиболее значимых мер по упорядочению этой отрасли должно стать учреждение при биржах третейских судов в виде особых арбитражных комиссий для рассмотрения и разрешения споров, вытекающих из хлебной торговли.

В 1895 г. при принятии устава Калашниковской хлебной биржи арбитражным комиссиям

был посвящен отдельный параграф устава, который регламентировал процедуру третейского разбирательства споров по хлеботорговым сделкам, совершаемым на Калашниковской бирже.

В 1899 г. Министерством финансов была принята инструкция, регламентирующая деятельность арбитражной комиссии при Калашниковской хлебной бирже Санкт-Петербурга. Деятельность арбитражных комиссий настолько хорошо себя зарекомендовала, что в 1901 г. Министру финансов было предоставлено право на основании ходатайства соответствующих бирж учреждать арбитражные комиссии при остальных биржах. Тем не менее биржевые арбитражные комиссии подвергались контролю со стороны правительства, а именно Министерство юстиции было вправе знакомиться через своих уполномоченных с делопроизводством третейского суда, рассматривать дела и проверять правильность делопроизводства <111>.

<111> Волков А.Ф. Третейские суды и их значение в торговом обороте // Третейский суд. 1999. N 1. С. 44.

В советский период существования наша правовая система характеризовалась отказом от многих "буржуазных" юридических институтов, что говорило о ее самобытном характере.

Что касается договорных способов разрешения правового спора, а именно третейского судопроизводства, то на протяжении всей истории советского права законодатель не отказывался от правового регулирования данной сферы отношений.

К 1911 г. был подготовлен проект Общего положения о торгово-промышленных палатах в России, где в параграфе 12 раздела "Предметы ведения палаты" предусматривалось, что "...палаты разрешают в качестве третейского суда возникающие по торгово-промышленным делам споры в случае состоявшегося об этом соглашения между сторонами с соблюдением всех особых к сему относящихся предписаний закона". К сожалению, этот документ принят тогда не был.

С принятием [Декрета](#) о суде от 24 ноября 1917 г. N 1 <112> было установлено правило, согласно которому заинтересованным лицам предоставлялась возможность обращаться к третейскому суду для разрешения споров по всем гражданским, а также частно-уголовным делам. Что касается порядка деятельности третейского суда, то он был урегулирован [Декретом](#) ВЦИК о третейском суде от 16 февраля 1918 г. <113>, который стал одним из первых нормативных правовых актов, принятых в советский период в области юстиции.

<112> СУ РСФСР. 1917. N 4. Ст. 150.

<113> Декреты Советской власти. М., 1957. Т. 1. С. 476 - 478.

Согласно [ст. 1](#) упомянутого Декрета третейским судам были подведомственны все споры по гражданским делам, за исключением дел, подсудных специальным судам, или иным, установленным на основании законов о трудовом договоре и о социальном страховании. Кроме того, допускалась даже возможность передачи на рассмотрение третейского суда уголовных дел, которые могут быть возбуждены не иначе как на основании заявления потерпевших.

Между тем [Декрет](#) о третейском суде 1918 г. действовал до 16 октября 1924 г. В дальнейшем ему на смену пришло [Положение](#) о третейском суде, которое было введено в качестве приложения к Гражданскому процессуальному кодексу РСФСР <114>, согласно которому, во-первых, допускалась возможность третейского разбирательства только по спорам гражданским "между частными лицами, в том числе коллективами" (изъяты из подсудности третейским судам уголовные дела частного обвинения); во-вторых, на разрешение третейского суда могли быть переданы только уже возникшие споры (законодательство не допускало возможности передачи третейскому суду тех споров, которые могут возникнуть в будущем); в-третьих, предусматривалась возможность существования только третейских судов для рассмотрения одного спора (ad hoc).

<114> Собрание узаконений. 1924. N 78. Ст. 783.

В соответствии с [Положением](#) о третейском суде 1924 г. стороны, договариваясь о

третейском разбирательстве споров, должны были составить соглашение, подлежащее нотариальному удостоверению. Что касается принудительного исполнения решений третейского суда, то оно допускалось через государственный суд.

На наш взгляд, нотариальное удостоверение соглашения о третейском разбирательстве является значительным шагом в развитии третейского судопроизводства. Целесообразно, чтобы и в настоящее время в [Закон](#) РФ "О международном коммерческом арбитраже" и Федеральный [закон](#) "О третейских судах в Российской Федерации" были внесены изменения, где предусматривалось бы нотариальное удостоверение третейского (арбитражного) соглашения.

В 1924 г. было принято Постановление Совета народных комиссаров, которое разрешало всем государственным органам и кооперативным организациям как во взаимоотношениях между собой, так и в сделках с частными лицами передавать возникающие споры на разрешение третейских судов.

Во время осуществления новой экономической политики (нэп) советское государство пыталось урегулировать и возможность альтернативного (негосударственного) разбирательства споров в экономической сфере. При регулировании деятельности третейских судов был использован дореволюционный опыт, который был накоплен в период функционирования арбитражных комиссий при биржах. Во времена нэпа при товарных и фондовых биржах вновь стали создаваться арбитражные комиссии, которые фактически являлись третейскими судами, компетентными рассматривать споры между участниками этих организаций.

В 1925 г. принимается [Положение](#) о товарных и фондовых биржах <115>, которое допускает создание при биржах институционального арбитража.

<115> Собрание узаконений. 1925. N 69. Ст. 511.

На протяжении всего времени существования арбитражных комиссий государство пыталось упорядочить их деятельность, используя различные методы. Проявлялось это, прежде всего, в попытках контролировать деятельность арбитражных комиссий со стороны государственных судебных органов, что на тот период советского периода было верным.

Если обратиться к современному периоду, то в Российской Федерации также осуществляется контроль в отношении третейских судов со стороны государственных судов и включает:

деятельность, связанную с оспариванием решений третейских судов в порядке, предусмотренном законом ([гл. 46](#) ГПК РФ, [§ 1 гл. 30](#) АПК РФ);

производство по делам о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда ([гл. 47](#) ГПК РФ, [§ 2 гл. 30](#) АПК РФ);

деятельность, связанную с решением вопроса о компетенции третейского суда на рассмотрение конкретного дела, в том числе и оспаривание промежуточного решения третейского суда о своей компетенции, принятого на основе принципа "компетенции-компетенции" ([п. 3 ст. 16](#) Закона о международном коммерческом арбитраже).

Т.Н. Нешатаева полагает, что для эффективной совместной работы государственных и третейских судов жизненно важным является механизм контроля за соблюдением прав сторон в третейском разбирательстве, позволяющий учитывать и частные, и публичные интересы. По ее мнению, таким механизмом является ограниченный контроль государственных судов в отношении третейских судов, означающий право государственного суда по заявлению стороны рассмотреть и вынести решение о принципиальных вопросах третейского разбирательства, затрагивающих исходные положения права на защиту гражданских прав <116>.

<116> Нешатаева Т.Н. Третейские и государственные суды // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2001. Вып. 2. С. 77.

Создание третейских судов при товарных и фондовых биржах было временным явлением, а именно с исчезновением бирж исчезли и арбитражные комиссии, которые существовали при них. Единственным исключением стали арбитражные комиссии, предназначенные для разрешения международных коммерческих споров, одной из сторон которых являлись советские предприятия

и организации.

Со временем альтернативные способы разрешения правовых споров применялись не только внутри государства, но и охватывали международно-правовую сферу.

Советское государство, устанавливая и развивая международные экономические связи, не могло игнорировать устоявшиеся в международном коммерческом обороте институты, среди которых не последнее место занимал и Международный коммерческий арбитраж.

Качественно новое развитие третейские суды получили после образования в 1930 г. Морской арбитражной комиссии при Всесоюзной торговой палате СССР и после образования в 1932 г. Внешнеторговой арбитражной комиссии (ВТАК) при Всесоюзной торговой палате СССР <117>.

<117> Постановление ВЦИК и СНК СССР от 17 июня 1932 г. "О Внешнеторговой арбитражной комиссии при Всесоюзной торговой палате" // СЗ СССР. 1932. N 48. Ст. 281.

Как справедливо отмечает А.С. Комаров, значение этого события для развития отечественной правовой системы ничуть не умаляется тем, что при этом решалась вполне конкретная задача, которая состояла в необходимости обеспечить возможность для осуществления на территории СССР арбитражного рассмотрения споров, которые могли возникать между советскими внешнеторговыми объединениями и их зарубежными партнерами в ходе экспортно-импортных операций. Иными словами, цель принятых законодательных мер в первую очередь состояла в создании правовых и организационных предпосылок для разрешения международных споров с участием советских внешнеторговых предприятий с использованием процедуры, которая имела явные преимущества в контексте международного экономического оборота по сравнению с разрешением споров в государственных судах <118>.

<118> Комаров А.С. О деятельности МКАС и развитии международного коммерческого арбитража. В кн.: Хрестоматия альтернативного разрешения споров: Учебно-методические материалы и практические рекомендации / Сост. Г.В. Севастьянов. СПб.: АНО "Редакция журнала "Третейский суд", 2009. С. 267.

В послевоенный период истории, в 50 - 60-е гг., оживилась экономическая деятельность, появились идеи хозрасчета и самофинансирования. Одновременно развивались и идеи о доминировании общественных форм управления, в том числе и общественных форм осуществления правосудия (товарищеские суды, третейские суды).

Эти факторы в какой-то степени обусловили внимание законодателя к третейским формам разрешения споров в хозяйственной жизни.

Кроме того, возрастание роли третейских судов в жизни общества объяснялось необходимостью привлечения представителей общественности к осуществлению функций, выполняемых государственными органами.

Действительно, третейское разбирательство как форма общественного разрешения споров рассматривалось в качестве еще одного из шагов на пути перерастания социалистической государственности в общественное самоуправление <119>.

<119> Каллистратова Р.Ф. Альтернативное судопроизводство для разрешения экономических споров // Судебная система России. М., 2000.

23 июля 1959 г. Совет Министров СССР принял Постановление "Об улучшении работы государственного арбитража", согласно которому допускалось третейское разбирательство споров между юридическими лицами.

Как отмечает М.И. Клеандров, данное Постановление является первоначальной правовой основой образования третейских судов по разрешению хозяйственных споров нынешнего этапа правового регулирования организации и деятельности третейских судов по разрешению экономических споров, которое было нацелено на использование одной "...из новых форм привлечения общественности к разрешению хозяйственных споров по отдельным крупным и

сложным делам между предприятиями, организациями и учреждениями" <120>.

<120> Клеандров М.И. Прошлое третейских судов по разрешению экономических споров // Третейский суд. 2000. N 5. С. 68.

31 августа 1960 г. были утверждены Временные правила рассмотрения хозяйственных споров третейским судом, которые регулировали основные вопросы, связанные с третейским разбирательством споров, возникающих между социалистическими предприятиями и организациями. Была установлена договорная подведомственность рассмотрения споров между организациями: выбор органа (арбитража или третейского суда) осуществлялся в соответствии с договоренностью сторон, которая фиксировалась в третейском соглашении.

11 июня 1964 г. был принят Гражданский процессуальный кодекс, содержащий [Положение](#) о третейском суде, являвшееся приложением к гл. 22 Гражданского процессуального кодекса РСФСР, третейский суд мог применяться в виде общего правила только между частными лицами, а не между государственными органами и организациями, с одной стороны, и частными лицами, с другой стороны. Кроме того, указанное Положение (ст. 2) предусматривало возможность для любой из сторон в случае заключения между ними договора о рассмотрении третейским судом "всех вообще или всех определенного рода могущих возникнуть впредь споров" обратиться тем не менее за разрешением возникшего у них спора в суд согласно общим правилам действовавшего Гражданского процессуального [кодекса](#). Иными словами, не признавалась действительность третейского соглашения в отношении будущих споров <121>.

<121> Комаров А.С. Три четверти века в ногу со временем: к 75-летию деятельности МКАС. В кн.: Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения. Сборник статей к 75-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / Под ред. А.С. Комарова. М.: Статут, 2007. С. 4.

Как отмечается в литературе, важнейшим обстоятельством, способствовавшим учреждению ВТАК, было стремление советского государства обеспечить соответствующую правовую инфраструктуру для расширения и интенсификации внешнеторговых связей с капиталистическим окружением на принятых в мировой торговле в тот период условиях.

В это же время в СССР проводился целый комплекс масштабных государственных мероприятий, связанных с совершенствованием внешнеторговой практики, которые были направлены на повышение эффективности внешнеторговой деятельности, которая составляла важный элемент в процессе индустриализации страны. В частности, проводилась политика, направленная на перенесение из-за границы на свою территорию основного объема оперативной работы советских организаций, включая согласование и исполнение внешнеторговых контрактов, в том числе и разрешение споров, которые могли возникнуть из заключаемых сделок <122>.

<122> Комаров А.С. О деятельности МКАС и развитии международного коммерческого арбитража. В кн.: Хрестоматия альтернативного разрешения споров: Учебно-методические материалы и практические рекомендации / Сост. Г.В. Севастьянов. СПб.: АНО "Редакция журнала "Третейский суд", 2009. С. 268.

После принятия на законодательном уровне Положения о ВТАК во исполнение этого акта Президиумом Всесоюзной торговой палаты было утверждено Положение о производстве дел в Комиссии, а также были избраны ее члены <123>.

<123> Ежемесячник Всесоюзной торговой палаты. 1932. N 11, 12. С. 124.

Негосударственный характер ВТАК предопределял порядок назначения его состава. ВТАК на первом этапе состояла из 15 членов, назначаемых Президиумом Всесоюзной торговой палаты из представителей торговых, промышленных, транспортных и других хозяйственных организаций, а также лиц, обладающих специальными знаниями в области внешней торговли и внешнеторгового

законодательства.

Из членов ВТАК стороны избирали третейских судей, которые, в свою очередь, из того же состава членов комиссии избирали суперарбитра. Состав Комиссии назначался сроком на один год. В последующем происходило, как правило, лишь продление полномочий его состава.

Новые лица в состав ВТАК вводились взамен выбывших ее членов. Такая практика обеспечивала стабильность состава и имела положительное значение для выполнения возложенных на Комиссию задач. На ежегодных собраниях члены Комиссии избирали председателя ВТАК и двух его заместителей.

Согласно положению о ВТАК и в соответствии с установившейся практикой, председатель Комиссии осуществлял распорядительные функции, включая разрешение вопросов, связанных с принятием к производству исковых заявлений и с формированием состава арбитража по конкретным делам. Первое по времени решение ВТАК датировано 15 ноября 1933 г.

Признанием роли ВТАК уже на начальном этапе ее деятельности стало упоминание о возможности рассмотрения споров из внешнеторговых контрактов постоянно действующим арбитражем в СССР в ряде двусторонних международных торговых договоров, заключенных Советским Союзом в предвоенный период.

С момента своего создания и до начала Великой Отечественной войны ВТАК рассмотрела около ста споров. В целом за первые двадцать лет своей работы Комиссия рассмотрела дела, в которых принимали участие организации, учреждения и фирмы из нескольких десятков стран Европы, Азии, Америки.

Среди правовых вопросов, возникавших в спорах, разрешение которых говорило о высоком профессионализме арбитров, встречались такие традиционные и одновременно весьма сложные для арбитражного разбирательства темы, как установление собственной компетенции, применимого права. При разрешении споров арбитраж применял, по существу, не только советское право. Имелись также дела, в которых решение основывалось на применении иностранного права.

Если в послевоенный период до конца пятидесятых годов споры между советскими внешнеторговыми организациями и внешнеторговыми организациями из восточно-европейских стран не занимали значительного места, то последующие два десятилетия деятельности ВТАК в основном были связаны с разрешением споров, возникавших в процессе экономического и научно-технического сотрудничества между странами - членами СЭВ. Споры с организациями, фирмами и предприятиями других стран стали в этот период составлять незначительную долю.

Интенсивно развивавшиеся экономические связи между социалистическими странами были объективной предпосылкой значительного увеличения количества ежегодно рассматривавшихся во ВТАК дел, количество которых к концу восьмидесятых годов достигло трехсот. В основном арбитражная практика была связана с применением унифицированных в рамках СЭВ документов, регулирующих основные виды внешнеэкономических операций между социалистическими странами. Большую роль в расширении деятельности внешнеторгового арбитража, а также в укреплении его роли как важного элемента инфраструктуры международных экономических отношений сыграла также [Конвенция](#) о разрешении арбитражным путем гражданско-правовых споров, вытекающих из отношений экономического и научно-технического сотрудничества (Московская конвенция), которая была заключена в 1972 г. между странами, входившими в СЭВ.

Несмотря на незначительность по количеству споров с участием фирм из несоциалистических стран, такие дела довольно часто были сопряжены с большой сложностью с точки зрения решения правовых проблем. И решения ВТАК по делам этой категории также представляли несомненный правовой интерес и говорили о высокой компетентности советских арбитров в сфере регулирования экономических отношений между странами с различными социально-экономическими и правовыми системами.

В список арбитров, рассматривавших споры во ВТАК, входили ведущие отечественные специалисты в области правового регулирования внешнеэкономической деятельности, среди которых были представители как юридической науки, так и практики. Это были не только высококвалифицированные профессионалы внешнеторговой практики, но и высокообразованные, культурные люди, владевшие, как правило, также несколькими иностранными языками.

На протяжении длительного времени ВТАК возглавлялась широко известными и снискавшими большой авторитет как у нас в стране, так и за рубежом юристами. Среди них такие выдающиеся специалисты-правоведы, внесшие существенный вклад в развитие отечественной юриспруденции, как Д.Ф. Рамзайцев, Д.М. Генкин, С.Н. Братусь, В.С. Поздняков. Безусловно, они сыграли решающую роль как в развитии внешнеторгового арбитража в целом у нас в стране, так и в укреплении авторитета возглавлявшегося ими постоянно действующего внешнеторгового арбитража <124>.

<124> Информация об истории внешнеторгового арбитража в России с сайта Торгово-промышленной палаты Российской Федерации: <http://www.tpprf-mkac.ru/ru/whatis/history>.

В 1975 г. Государственным арбитражем СССР было утверждено [Положение](#) о третейском суде для разрешения хозяйственных споров между объединениями, предприятиями, организациями и учреждениями <125>. Согласно названному Положению хозяйственные споры между хозяйствующими субъектами могли передаваться на разрешение третейских судов в соответствии с взаимным соглашением. Однако предъявлению иска должно было предшествовать предъявление претензии. Таким образом, соблюдение предварительного урегулирования спора являлось обязательным условием, несоблюдение которого лишало возможности обращаться в третейский суд.

<125> Постановление Госарбитража СССР от 30 декабря 1975 г. N 121 // БНА СССР. 1976. N 6. С. 3.

Допускалось избрание третейского суда руководителями объединений, предприятий, организаций и учреждений, выступающих сторонами по делу, из числа директоров объединений, предприятий, руководителей организаций, учреждений, инженерно-технических работников, работников научно-исследовательских учреждений, общественных организаций и других лиц, компетентных в разрешении возникшего спора. При этом третейский суд избирался в составе одного или любого нечетного числа судей. Если третейский суд состоял из трех или более членов, последние избирали председателя.

В соответствии с указанным [Положением](#) третейские суды наделялись и публичными функциями. Так, третейскому суду предоставлялось право затребовать от предприятий и организаций, которые участвовали в третейском разбирательстве, необходимые для разрешения спора материалы и документы; третейский суд мог обязать лиц, участвующих в деле, произвести сверку расчетов, назначить экспертизу. Кроме того, при выявлении в ходе третейского разбирательства серьезных недостатков в работе предприятий и организаций третейский суд был вправе вынести специальное определение, которое направлялось руководителям соответствующих предприятий и организаций. На руководителей возлагалась обязанность в месячный срок устранить выявленные недостатки и сообщить об этом государственному арбитражу, в архиве которого хранилось дело, рассмотренное третейским судом. Среди достоинств третейского разбирательства указывалось на его безвозмездность, поскольку пошлина за рассмотрение дела не взималась <126>.

<126> Арбитраж в СССР: Учебное пособие. С. 214 (автор главы - В.П. Воложанин).

Современный этап деятельности ВТАК, которая в 1987 г. согласно [Указу](#) Президиума Верховного Совета СССР от 14 декабря 1987 г. N 8135-11 "Об Арбитражном суде при Торгово-промышленной палате СССР" ВТАК была переименована в Арбитражный суд при Торгово-промышленной палате СССР, начинает свой отсчет с принятия в 1993 г. [Закона](#) РФ от 7 июля 1993 г. N 5338-1 "О Международном коммерческом арбитраже" <127> (далее - Закон об арбитраже). Принятие этого Закона впервые в отечественной истории правового развития создало цельную законодательную базу для деятельности третейского суда в области международной торговли.

<127> Ведомости СНГ и ВС РФ. 1993. N 32.

[Закон](#) об арбитраже был принят на основе Типового [закона](#) о международном коммерческом арбитраже, который был разработан Комиссией по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) и содержит в минимальном количестве отклонения от текста Типового закона. Эти отличия отражают определенные традиции, сложившиеся у нас в стране в практике международного арбитража в предшествующие годы. В целом же Закон об арбитраже полностью соответствует фундаментальным принципам, на которых основывается регулирование международного арбитража, и признается международным сообществом, так как отвечает его задачам в деле содействия развитию международного сотрудничества.

Кроме того, Закон об арбитраже утвердил новое [Положение](#) о Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (МКАС) <128>. Данное Положение закрепило статус МКАС как самостоятельного постоянно действующего арбитражного учреждения (третьей инстанции), осуществляющего свою деятельность в соответствии с [Законом](#) об арбитраже.

<128> [Приложение 1](#) к Закону РФ "О Международном коммерческом арбитраже".

[Закон](#) об арбитраже предоставил Торгово-промышленной палате Российской Федерации полномочия утверждать [Регламент](#) МКАС, порядок исчисления арбитражного сбора, ставки гонораров арбитров и других расходов суда, а также возложил на нее оказание иного содействия деятельности суда.

Итак, историческое развитие альтернативных способов разрешения правовых споров в нашей стране было достаточно прогрессивным. Причины, которые препятствовали развитию договорных способов разрешения правовых споров на протяжении всего исторического периода, заключались в сильной тоталитарной власти самодержавия; отсутствии экономической основы для частной инициативы, в том числе и в сфере разбирательства споров; традиционной слабости торгового (купеческого) сословия, которое вплоть до второй половины XIX в. находилось даже в личной зависимости от главенствующего сословия - дворянства.

Основное развитие альтернативные способы урегулирования споров, а именно третейское разбирательство, получили в советский период, и не правы те исследователи, которые не признают этого факта. Категорически необъективны те, кто полагает, что в условиях административно-командных методов управления экономикой третейское разбирательство не получило, да и не могло получить широкого распространения.

§ 3. Примириительные процедуры как межотраслевой институт урегулирования правовых конфликтов

К сожалению, в настоящий момент у нас практически нет культуры ведения переговоров и поиска взаимоприемлемых решений. Законы о медиации, которые приняты, почти не работают, случаи заключения соглашений все еще единичны. Надо более активно информировать граждан о возможности разрешить спор с помощью квалифицированного посредника, а также подумать над целесообразностью введения обязательного применения примирительных процедур при разрешении некоторых видов споров.

(Из [Послания](#) Президента Федеральному Собранию от 22 декабря 2011 года)

В нормативных актах следует разделять такие способы альтернативного разрешения споров, как "примириительная процедура", "согласительная процедура", "посредничество", а также понятия, их обозначающие. С целью недопущения нарушения важнейшего в терминологии и научной методологии требования: вводимые термины, знаки (символы) и понятия должны находиться в однозначном отношении к фактам, их характеристикам, к предполагаемым свойствам и зависимостям в изучаемых объектах, а также логического закона тождества, согласно которому каждая мысль, которая приводится в данном умозаключении, при повторении должна

иметь одно и то же определенное, устойчивое содержание, что, в конечном счете, приводит к недопониманию и разночтению понятий "примирительная процедура", "согласительная процедура", "посредничество". Если их сейчас не разделить, то это затруднит их внедрение в российскую правовую систему <129>.

<129> Столетова Д.Э. Конфликты в международных коммерческих сделках и альтернативные судебному способы их разрешения: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 13.

Примирительные процедуры представляют собой законную и добровольную деятельность субъектов конфликта, а в необходимых случаях - и третьего лица, содействующего примирению, направленную на мирное урегулирование конфликта.

Действительно, примирение сторон спора может проходить как с привлечением третьих лиц (посредников), так и без их участия. Роль посредников в данном случае заключается в том, чтобы помочь сторонам лучше понять друг друга, достичь согласия, компромисса, предложить условия, на которых может быть урегулирован спор. При этом третье лицо, выступая примирителем, не исследует доказательства, не устанавливает факты, его главная задача заключается в обеспечении взаимопонимания между сторонами и выявлению возможности решения спора на приемлемых для сторон условиях. В этом и заключается сущность примирительной процедуры и ее принципиальное отличие от судебной и третейской процедуры с ее обязательным для сторон спора решением третьего лица, дающего оценку событиям, имевшим место в прошлом <130>.

<130> Давыденко Д.Л. Мировое соглашение как средство внесудебного урегулирования частноправовых споров (по праву России и некоторых зарубежных стран): Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 46, 47.

По мнению А. Полуяктова, преимущества примирительных процедур в сравнении с судебным способом разрешения конфликта заключаются в следующем:

1) сторона спора не может быть уверена в том, что суд при рассмотрении дела вынесет решение именно в ее пользу. Участвуя в процессе, каждая сторона рискует его проиграть. Результат судебного процесса может зависеть от разных факторов, например от профессиональных и личностных качеств юриста, представляющего интересы стороны в процессе, от собранных доказательств по делу и т.д. В свою очередь, прибегая к примирению, стороны находят и самостоятельно выбирают тот результат, который может их удовлетворить;

2) неопределенность в разрешении спора будет присутствовать и после вынесения судебного решения, поскольку оно может быть обжаловано в вышестоящие судебные инстанции: апелляционную, кассационную и надзорную. Следует отметить, что случаи обжалования определений суда об утверждении мирового соглашения на практике крайне редки;

3) рассмотрение дела в судебном порядке предусматривает уплату соответствующих государственных пошлин, иные судебные расходы (за проведение экспертизы, вызов свидетелей), выплату вознаграждений адвокатам, командировочных расходов и т.д. Судебное разбирательство является достаточно затратным не только для самих сторон, но и для государства. Разрешение конфликта с использованием альтернативных способов сокращает указанные расходы в два и более раза;

4) заключение мирового соглашения или иной способ урегулирования спора позволяют сторонам решить свои спорные вопросы в существенно более короткие сроки. В то время как процесс судопроизводства и исполнения судебного решения может затянуться до полугода, а в отдельных случаях и дольше;

5) разрешая спор мирным путем, стороны не разрушают между собой имеющиеся партнерские отношения. Кроме того, сама процедура примирения в отличие от судебного разбирательства создает атмосферу доверия и сотрудничества. Разрешение конфликта в судебном порядке зачастую способствует не прекращению возникшего конфликта, а переходу его в новую стадию;

6) разрешение конфликтов через примирительные процедуры существенным образом

снижает нагрузку на суды. Это особенно актуально с учетом уже сложившейся тенденции роста количества обращений за судебной защитой, и прежде всего в сфере хозяйственных и экономических отношений. Возрастающая нагрузка на судей приводит к нарушению процессуальных сроков, снижению качества работы. В судебном порядке должны рассматриваться исключительно сложные дела, а все иные должны быть прекращены производством на стадии подготовки дела к судебному разбирательству. Законодатель предоставил такую возможность в процессуальном законе и ее необходимо активно использовать <131>.

<131> Полуяктов А. [Примирение сторон в арбитражном](#) и гражданском процессе // Арбитражный и гражданский процесс. 2006. N 5, 6.

Общие признаки примирительных процедур: 1) примирительные процедуры являются именно процедурой в том смысле, что представляют собой последовательно совершаемые действия, направленные на достижение конкретного результата; 2) действия, совершаемые в ходе примирения, должны быть законными, т.е. не должны нарушать норм законов; 3) обращение к таким процедурам основано на взаимной добровольности сторон; 4) процедуры направлены на урегулирование конфликта, т.е. на упорядочивание и налаживание отношений между сторонами, на нахождение взаимовыгодного пути ликвидации конфликта; 5) урегулирование конфликта осуществляется мирным путем; 6) основными субъектами процедур являются стороны конфликта, хотя в целях содействия его урегулированию возможно привлечение третьего лица, не наделенного правом принятия решения; 7) детального законодательного регулирования процедуры не требуют.

Примирительные процедуры есть межотраслевой институт. И хотя внешнее сходство (единое наименование правового института) между ними отсутствует, отдельные виды примирительных процедур применяются в различных отраслях права.

Внутреннее сходство примирительных процедур позволяет Ю.С. Колясниковой выделить следующие черты примирительных процедур:

1) основанием для обращения к примирительным процедурам является желание самих сторон спорного правоотношения (исключение составляет соблюдение претензионного порядка в случаях, предусмотренных законом);

2) для примирительных процедур характерен особый субъектный состав: это субъекты конфликта, т.е. участники спорного материально-правового отношения. При невозможности урегулировать конфликт самостоятельно стороны могут обратиться к третьему лицу, которое способствует примирению, но не наделено правом выносить обязательное для сторон решение;

3) целью применения института примирительных процедур в любой сфере общественных отношений является урегулирование конфликта;

4) предмет института примирительных процедур составляют как действия сторон, направленные на урегулирование конфликта, так и действия третьего лица, способствующего их примирению. Если примирительные процедуры используются после обращения в суд, в этот предмет входят действия суда, направленные на обращение сторон к примирительным процедурам (разъяснение порядка обращения, его последствий, преимуществ и т.д.), соответствующие действия суда (объявление перерыва в судебном заседании, отложение судебного разбирательства), проверка и утверждение мирового соглашения;

5) применение примирительных процедур возможно в правоотношениях, в которых субъекты могут распоряжаться своими правами <132>.

<132> Колясникова Ю.С. Примирительные процедуры в арбитражном процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2009. С. 15, 16.

Между тем в отличие от процедуры разрешения спора, цель которой состоит в выявлении правой и неправой сторон и вынесении решения на основании норм права, всякая примирительная процедура нацелена, во-первых, на устранение противоречий между сторонами; во-вторых, на сближение позиций сторон и достижение взаимоприемлемого выхода из

сложившейся ситуации; в-третьих, на сохранение или восстановление конструктивных отношений между спорящими сторонами. В отличие от переговоров при примирительной процедуре участвует третье лицо - независимый посредник, примиритель.

Поскольку любая примирительная процедура основывается на переговорах сторон, урегулировать возникший спор, заключив мировую сделку, стороны могут самостоятельно. Однако очень часто противоречия между сторонами настолько серьезны, что требуется вмешательство стороннего лица, которое поможет им их преодолеть.

Говоря о преимуществах согласительных процедур по сравнению с судебным процессом, Г.О. Аболонин указывает следующие: 1) процедура обсуждения позиций сторон носит упрощенный характер; 2) посредник не выносит обязательного для сторон решения; 3) стороны оговаривают характер и размер своих расходов; 4) необходимость в раскрытии информации сторонами минимальна; 5) посредник помогает сторонам ознакомиться с позицией и интересами другой стороны спора; 6) обсуждение ведется в свободной манере, занимаемая позиция излагается сторонами неформально; 7) стороны сами определяют порядок проведения совещаний с посредником (совместно или отдельно); 8) результатом урегулирования спора с привлечением посредника является взаимовыгодная для сторон мировая сделка; 9) согласительная процедура эффективна и экономична, а небольшой риск связан лишь с невозможностью заключения мировой сделки; 10) все согласительные процедуры носят частный, конфиденциальный характер <133>.

<133> Аболонин Г.О. Посредничество при разрешении споров как альтернатива судебной тяжбе // Юрист. 2001. N 5. С. 37.

Действительно, в настоящее время все большее распространение получает урегулирование споров при помощи примирителя (посредника, медиатора), когда "...третье беспристрастное и компетентное лицо пытается за счет организации общения между сторонами позволить им сравнить их взаимные позиции и найти с его помощью приемлемое и прочное решение конфликта, который их противопоставляет" <134>.

<134> Клер Э. Нотариат и медиация // Нотариат за рубежом: позитивный опыт / Центр нотариальных исследований: Материалы и статьи. Вып. 7. СПб.: Изд. юрид. ф-та СПбГУ, 2006. С. 179.

В соответствии с п. 3 ст. 1 Типового закона о международной коммерческой согласительной процедуре (далее - Типовой закон ЮНСИТРАЛ) под термином "примиритель" понимается лицо, которое не обладает полномочиями выносить обязательное для сторон решение. Причем в силу ст. 12 Типового закона ЮНСИТРАЛ, если стороны не договорились об ином, примиритель не может выступать "...в качестве арбитра по спору, который являлся или является предметом согласительной процедуры, или по другому спору, возникшему в связи с тем же договором или правоотношением или в связи с любым имеющим к нему отношение договором или правоотношением". И здесь необходимо отметить, что п. 9 ст. 1 Типового закона ЮНСИТРАЛ прямо закрепляет невозможность применения этого Типового закона к случаям, когда судья или арбитр (третейский судья) в ходе судебного или третейского разбирательства пытается содействовать урегулированию спора.

Урегулирование спора посредством примирительных процедур представляет собой единство прав и взаимных интересов сторон, которое достигается на основе соглашения между ними. Важно отметить, что для примирительной формы характерны, во-первых, оперативность; во-вторых, меньшая формализованность; в-третьих, упрощенность; в-четвертых, конфиденциальность процедур.

Как справедливо отмечает Д.Э. Столетова, в международной доктрине нет единообразного определения примирительной, согласительной процедуры и посредничества <135>. Однако существуют различные точки зрения в вопросе соотношения этих альтернативных способов разрешения споров. С одной стороны, посредничество рассматривается как разновидность примирительной процедуры, с другой - считается, что посредничество и примирение - это

синонимы, с третьей - что это абсолютно разные альтернативные способы урегулирования споров. Сравнивая эти способы, исходя из признаков, присущих именно посредничеству, можно выделить следующие сходные признаки: третье лицо играет активную роль в урегулировании спора между сторонами; выслушивает мнения всех участников, стараясь их понять, передать понятое остальным, а также сделать переданное предметом переговоров. Третье лицо не должно принимать решение за стороны, но, пользуясь правом внесения предложений об урегулировании спора на любой стадии процедуры, может предложить сторонам заключить мировое соглашение либо оформить достигнутые договоренности сторон иным способом. Достигнутое в итоге соглашение должно исходить от самих сторон. Схожи также основания прекращения процедур, обязательства сторон и третьего лица, принципы деятельности, но основным сходством во всех вышеуказанных процедурах является то, что спор между сторонами разрешается при помощи нейтрального независимого лица либо нескольких лиц.

<135> Столетова Д.Э. Конфликты в международных коммерческих сделках и альтернативные судебному способы их разрешения: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 24, 25.

Как было отмечено выше, альтернативное разрешение и урегулирование споров объединяют ряд процедур, которые имеют целью ликвидировать спор или иную неопределенность, существующую между сторонами, без обращения в государственный суд. Причем сегодня значение этих процедур в иностранных правовых системах признается настолько высоким, что они иногда называются надлежащими, тогда как разрешение спора государственным судом - альтернативным.

Каким же образом регулируются примирительные процедуры в зарубежных правовых системах?

Казахстан.

28 января 2011 г. в Казахстане принят и 5 августа введен в действие Закон "О медиации". Официальному принятию закона предшествовала большая подготовительная, научно-исследовательская работа. Еще 10 лет назад, 20 сентября 2002 г., Президентом Казахстана был издан Указ "О Концепции правовой политики Республики Казахстан". Отмечая необходимость гуманизации уголовной политики, Указ определил, что в уголовном судопроизводстве это должно быть отражено через "...более широкое внедрение института примирения путем расширения перечня преступлений, подпадающих под возможность освобождения от уголовной ответственности через процедуру медиации, возмещения потерпевшему имущества и морального вреда, а также причиненного вреда здоровью" <136>. Это первое упоминание о медиации в нормативно-правовом тезаурусе Казахстана.

<136> Указ Президента Республики Казахстан от 20 сентября 2002 г. N 949 "О Концепции правовой политики Республики Казахстан".

Казахстанским ученым и законодателям понадобился не один год, чтобы проанализировать и обобщить зарубежную правовую практику, изучить возможности применения медиации в специфических условиях многонациональной страны, провозгласившей построение правового государства с развитым гражданским обществом. Одновременно пришло понимание того, что медиация может быть использована не только в уголовном судопроизводстве и других областях юрисдикции, но и в гражданском секторе общества.

В настоящее время, когда в Казахстане Закон "О медиации" уже действует, его принятие - знаковое явление для всей правовой системы Казахстана. Одновременно с этим Законом приняты и вступили в действие изменения и дополнения в Гражданский, Уголовный, Административный, а также в Уголовно-процессуальный и Гражданский процессуальный кодексы Республики Казахстан, в Закон "О местном государственном управлении и самоуправлении в Республике Казахстан" <137>.

<137> Закон Республики Казахстан от 28 января 2011 г. N 402-VI "О внесении изменений и

дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам медиации".

3 июля 2011 г. Постановлением Правительства Республики Казахстан утверждены Правила прохождения обучения по программе подготовки медиаторов <138>. Таким образом, сформирована нормативно-правовая основа для внедрения и развития института медиации.

<138> Постановление Правительства Республики Казахстан от 3 июля 2011 г. N 770 "Об утверждении Правил прохождения обучения по программе подготовки медиаторов".

Впервые за всю историю Казахстана в его правовом пространстве возник не новый вид ответственности или способ обеспечения обязательства, а новый универсальный правовой инструмент, который направлен на повышение уважения к правам, свободам и самому человеку, на формирование цивилизованных гражданских и межличностных отношений, укрепление общественного согласия, на разрешение социальных, иных противоречий, конфликтов и споров путем конструктивного диалога.

Республика Казахстан активно стимулирует стороны по гражданским делам на примирение в судах именно в порядке медиации, установив в этом случае возврат уплаченной государственной пошлины. В то же время возврат пошлины не предусмотрен в других случаях примирения с непосредственным участием суда, таких как мировое соглашение, третейское разбирательство.

После принятия Закона "О медиации" в структуре неправительственной организации - областного общественного объединения "Синергия" был сформирован Центр медиации и права "Достасу", (в переводе с казахского языка - "Примирение"). Центр имеет два офиса - в городах Караганде и Темиртау, оборудованных для проведения процедуры медиации, а также для подготовки профессиональных медиаторов.

Кадровую основу Центра составляют девять сертифицированных медиаторов и два тренера-медиатора, прошедшие обучение на базе общественного объединения "Единый центр медиации и миротворчества "Медиация" (г. Алматы). За несколько месяцев медиаторы Центра "Достасу" сумели сделать многое, чтобы информация о новом Законе стала максимально доступной самой широкой аудитории.

Важно отметить, что Республика Казахстан является единственной страной в Содружестве Независимых Государств (СНГ), которая включила процедуру медиации в уголовное судопроизводство по делам, связанным с преступлениями небольшой и средней тяжести. А 5 августа 2011 г. - в день введения Закона "О медиации" в действие - именно Центр "Достасу" провел первую в Казахстане медиацию в рамках предварительного расследования по уголовному делу о дорожно-транспортном происшествии со смертельным исходом. Медиация завершилась успешно, привела к примирению потерпевшую и пострадавшую стороны и, в конечном счете, к прекращению уголовного дела.

Несмотря на действующий Закон о медиации, он также не является идеальным. В связи с чем учеными Республики Казахстан разработаны предложения по внесению дополнений и изменений в Закон "О медиации", иные законодательные акты, а также предложения по продвижению медиации в Республике Казахстан.

Среди этих предложений, в частности, следующие:

повысить возрастной критерий для медиатора (сейчас он составляет 25 лет) до 30 - 35 лет, независимо от того, занимается лицо медиацией на профессиональной или на непрофессиональной основе, учитывая, что успех медиативной процедуры, помимо наличия у медиатора высшего профессионального образования, во многом определяется его личностными качествами, житейским опытом и зрелостью суждений;

определить уполномоченный государственный орган по формированию и ведению единого общекзахстанского реестра профессиональных медиаторов;

дополнить Закон нормой об участии в медиации в рамках уголовного судопроизводства, где потерпевший или подозреваемый не достиг 18 лет, не только педагога или психолога, но и законных представителей несовершеннолетнего; регламентировать их участие в медиации;

установить в Законе, что процедура медиации не применяется к ограниченно дееспособным

лицам (в настоящее время - только в отношении недееспособных);

установить в Законе исчерпывающий перечень оснований прекращения и приостановления деятельности медиатора;

разработать и утвердить единую программу подготовки непрофессиональных медиаторов либо решить вопрос об исключении из Закона понятия "непрофессиональный медиатор";

предусмотреть ответственность за вмешательство в процедуру медиации (по аналогии с административной ответственностью за нарушение принципа конфиденциальности);

включить в Закон норму о том, что осуществлять процедуру медиации по спору, находящемуся на рассмотрении суда, могут только профессиональные медиаторы (в российском законодательстве данная норма уже действует <139>);

<139> [Статья 16](#) Федерального закона от 27 июля 2010 г. N 193-ФЗ "Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)".

расширить правовые основания применения медиации в уголовном судопроизводстве, распространив ее на некоторые виды тяжких преступлений;

расширить сферу применения медиации в сфере административного судопроизводства;

установить процессуальную обязанность прокурора при утверждении постановления о направлении уголовного дела в суд в связи с завершением дознания или предварительного расследования, использовать возможность разрешения примирения сторон, в том числе в порядке медиации. В этом случае исчисление процессуальных сроков должно приостанавливаться на период медиации;

четко сформулировать нормы права, определяющие положение медиатора в системе налогообложения.

Проведенные в Республике Казахстан медиации по категориям выглядят следующим образом:

примирение сторон по возбужденным уголовным делам - 2 (3,6%);

семейные конфликты, в том числе раздел имущества и определение места жительства детей - 14 (21,8%);

потребительские споры - 18 (32,7%);

кредитные отношения (споры клиентов с банками по возврату кредитов) - 4 (7,2%);

коммерческие споры, в том числе с участием нескольких юридических лиц - 8 (14,4%), отказ от медиации - 1;

споры с поставщиками коммунальных услуг - 4 (7,2%);

межличностные конфликты, в том числе по возбужденным административным делам (причинение легкого вреда здоровью, клевета, оскорбление) - 4 (7,2%);

споры со средствами массовой информации - 3 (5,5%);

споры между физическими лицами о взыскании суммы - 8.

По мнению профессиональных медиаторов, актуальной проблемой в развитии медиации в Республике Казахстан является формирование корпуса профессиональных медиаторов, их качественное обучение.

Если в Российской Федерации обучение медиаторов может осуществляться как в учебных заведениях, так и в саморегулируемых организациях медиаторов, то в Казахстане, в соответствии с Постановлением Правительства <140>, подготовка медиаторов является исключительной компетенцией организаций медиаторов. Для получения права обучать медиации медиатор обязан предварительно последовательно освоить три учебные программы, по каждой пройти итоговую аттестацию и получить соответствующий сертификат.

<140> См.: Постановление Правительства Республики Казахстан от 3 июля 2011 г. N 770 "Об утверждении Правил прохождения обучения по программе подготовки медиаторов".

Однако на практике складывается иная ситуация. Вокруг медиации возник круг людей, беззастенчиво и агрессивно предлагающих услуги по обучению медиации. Большинство из них не являются медиаторами, не имеют подготовки, соответствующей установленным Правилам, и

никому неизвестны в сообществе профессиональных медиаторов Казахстана. Из распространяемых в Интернете объявлений и других доступных источников следует, что они ведут или организуют преподавание в государственных и частных вузах таких дисциплин, как психология, конфликтология, однако к собственно медиации не имеют никакого отношения. Когда, где и кем они обучены медиации, при этом настолько, что уже имеют право сами проводить обучение, - неизвестно. Появились субъекты, предлагающие обучение медиации через Интернет, хотя в соответствии с законодательством Казахстана обучение профессиональных медиаторов осуществляется по очной форме. Очевидно, что коммерческая лихорадка, охватившая организации образования, проникла и в сферу обучения медиаторов. К сожалению, ответственные государственные органы не дают сложившейся ситуации надлежащей оценки <141>.

<141> Ахметова Е.В., Блащенко М.П., Карлаш В.П. Медиация в Казахстане: первый опыт внедрения и применения // http://karsmes.kz/?page_id=501&lang=ru.

Беларусь.

Развитие примирительных процедур в Беларуси началось в 2008 г. с применения судебного посредничества.

Так, с августа 2008 г. через процедуру посредничества прошло свыше 26 тыс. дел, в 85% случаев стороны урегулировали спорные правоотношения <142>.

<142> Посредничество (медиация) в хозяйственных судах Республики Беларусь / Под ред. В.С. Каменкова. 2-е изд. Минск: Дикта, 2012. С. 8.

Практика урегулирования споров в порядке посредничества с участием должностных лиц хозяйственных судов способствовала формированию у субъектов хозяйствования высокой степени доверия к процедуре и заложила возможность перехода к внесудебной медиации. Подтверждение тому - несколько цифр: если за 5 месяцев 2008 г. (август - декабрь) процедура посредничества была открыта по 460 делам, то за неполные 4 месяца 2010 г. через данную процедуру прошло свыше 9 тыс. дел <143>.

<143> Там же.

Успех становления примирительных процедур в Республике predetermined высокую степень цитирования белорусской модели в ходе обсуждения и подготовки нормотворческих инициатив в Российской Федерации.

В настоящее время в Республике Беларусь создана законодательная база для использования примирительной процедуры (до 2011 г. - судебное посредничество) в процессе урегулирования хозяйственных споров в системе хозяйственных судов (аналогичных российским арбитражным), действующая с 2008 г. Примирительная процедура является своеобразной формой урегулирования хозяйственных споров без проведения судебного разбирательства.

На законодательном уровне правовые нормы, регулирующие проведение процедуры посредничества, закреплены только в гл. 17 Хозяйственного процессуального кодекса Республики Беларусь.

Как отмечает М.Б. Лепешко, основным стимулом урегулирования конфликта в порядке посредничества является экономия средств, связанных с возвратом госпошлины <144>. В рамках "классического" мирового соглашения в соответствии с п. 3 ст. 12 Закона Республики Беларусь от 10 января 1992 г. N 1394XII "О государственной пошлине" плательщику производится возврат 25% уплаченной государственной пошлины в случае, если при рассмотрении хозяйственного спора сторонами заключено мировое соглашение по всем заявленным требованиям в целом. Согласно подп. 2.1.4 п. 2 ст. 12 указанного Закона при урегулировании сторонами хозяйственного спора в порядке посредничества без судебного разбирательства в целом плательщику производится возврат 50% уплаченной государственной пошлины. При урегулировании хозяйственного спора в порядке посредничества частично плательщику от 50% уплаченной государственной пошлины

производится возврат государственной пошлины в сумме, пропорциональной размеру требований, по которым достигнуто соглашение.

<144> Там же.

Статья 153 ХПК дает понимание того, что такое посредничество, зачем оно нужно и что необходимо сделать сторонам, чтобы посредник приступил к выполнению своих функций: "В целях оказания помощи сторонам в установлении фактических обстоятельств возникшего между ними конфликта; достижения понимания сторонами реалистичности и юридической обоснованности их позиции в конфликте, предъявляемых требований и выдвигаемых возражений; выяснения, сопоставления и сближения их точек зрения о путях разрешения спора; поиска и рекомендации порядка разрешения конфликта, устраивающего обе стороны, хозяйственный суд по ходатайству сторон либо по своей инициативе с их согласия назначает посредника".

Следует отметить, что процедура посредничества в Беларуси применима не ко всем категориям споров. В соответствии с ч. 2 ст. 156 ХПК урегулирование спора в порядке посредничества может быть проведено по любому спору, возникшему из гражданских правоотношений, что подразумевает соблюдение требований ст. 39 ХПК о подведомственности спора. В статьях 41 - 47 ХПК перечислены практически все категории дел, подведомственные хозяйственному суду. В частности, процедура посредничества может применяться по спорам, связанным с разногласиями по договору, при ненадлежащем исполнении обязательств по договорам и т.д.

Посредничество невозможно в делах, возникающих из административных и иных публичных правоотношений, кроме перечисленных в ст. 42 ХПК. Не могут быть урегулированы в порядке посредничества дела, где спор о праве отсутствует. Здесь речь идет, например, об установлении фактов, имеющих юридическое значение, об экономической несостоятельности и о банкротстве и т.д.

Резюмируя вышеизложенное, можно заключить, что использование примирительных процедур - это:

1. **Эффективно:** договоренности, достигнутые сторонами в процессе проведения примирительных процедур, исполняются гораздо чаще, чем судебные решения.

2. **Недорого:** использование примирительных процедур не влечет необходимость несения судебных расходов; в случае заключения сторонами мирового соглашения возвращается 50% госпошлины.

3. **Быстро:** при желании можно урегулировать спор буквально за несколько часов.

4. **Сохранение деловых связей:** в случае примирения деловые отношения сторон не только сохраняются, но и станут еще крепче.

5. **Защита "слабой стороны"**, которая не всегда имеет возможность привлечь для защиты своих интересов высококвалифицированных юристов.

6. **Все в рамках сторон:** используя примирительные процедуры, стороны самостоятельно приходят к устраивающему их результату примирения, в отличие от судебного разбирательства, где решение принимается судом.

7. **Конфиденциально:** примирительные процедуры характеризуются отсутствием публичности, что позволяет избежать разглашения конфиденциальной информации.

8. **Ориентация на интересы сторон:** использование примирительных процедур позволяет удовлетворить действительные интересы сторон.

9. **Выбор посредника (медиатора):** при использовании некоторых примирительных процедур стороны вправе самостоятельно выбрать лицо, содействующее урегулированию спора, что вызывает доверие сторон к такому лицу и укрепляет авторитет результата примирения.

10. **Комфорт, доверие и сотрудничество:** отсутствие необходимых элементов процессуальной формы и судебной атрибутики создает психологический комфорт для участников спора, атмосферу доверия и сотрудничества <145>.

<145> <http://www.arbitr.ru>

§ 4. Понятие и особенности медиации

Как справедливо отмечает Ц.А. Шамликашвили <146>, "...развитие медиации в России началось с относительным запаздыванием, даже по сравнению с соседними восточно-европейскими странами, хотя первые попытки познакомить нас с медиацией делались еще на заре перестройки, когда идеи медиации начали проникать к нам вместе с многочисленными гуманитарными программами с Запада (большой частью из США). Попытки эти были спорадическими и непоследовательными, ведь в те времена к нам хлынули многие "советчики" из стран западных демократий, пытаясь помочь, научить, как жить, искренне считая, что они знают, что нам нужно. Тем более что на это выделялись немалые средства и каждый, стремясь показать себя гуманистом, филантропом, да еще и заработать, "страну необычную посмотреть", привозил всякого рода технологии, в одночасье учреждал фонды и институты. Не миновала в те годы подобная участь и медиации. То, что подобные идеи не передаются "наскоком", не распространяются, как вирус, тогда, кажется, никто не понимал <147>.

<146> Президент Национальной организации медиаторов, создатель и научный руководитель Центра медиации и права.

<147> <http://blog.pravo.ru/blog/mediacia/5910.html>

Институт медиации представляет собой новый для современной России механизм внесудебного урегулирования разногласий, конфликтов и споров, возникших в сфере коммерческих отношений, направленный на выработку взаимовыгодных или взаимоприемлемых условий их разрешения и добровольное заключение сторонами соглашения в соответствии с выработанными условиями.

Данный механизм позволяет предпринимателям быстро сориентироваться в возможности и разумности достижения соглашения, выбрать в качестве нейтрального лица квалифицированного специалиста в той или иной сфере правовой или предпринимательской деятельности, свободно обсуждать в ходе посредничества все вопросы, относящиеся к спору, не боясь их разглашения или отклонения.

В. Яковлев, советник Президента РФ, отмечает, что медиация не идет так, как должна идти, потому что глубинные массы не понимают, что это такое. Путают или воспринимают это как посредническую процедуру. "Посредник для них - это сбор денег, - заметил В. Яковлев. - Медиация - это переговоры и примирительная процедура. Конечно, можно обратиться в суд, но суды - это тяжелая артиллерия, все равно что стрелять по воробьям. И суды сейчас страшно перегружены, находятся на грани обвала". В качестве примера В. Яковлев привел цифры: за год российская судебная система рассматривает порядка 25 млн. дел, из них примерно 1 млн. уголовных, 14 млн. гражданских и 10 млн. административных. Именно поэтому введение примирительных процедур, отметил эксперт, колоссально важное мероприятие.

Советник Президента, бывший Председатель Высшего Арбитражного Суда, предложил в качестве примирителей привлекать судей в отставке, которые сегодня не могут ими быть по закону. В качестве импульса - рассмотреть возможность введения обязательной примирительной процедуры по некоторым категориям дел, например по административным делам <148>.

<148> Информация с сайта Российской газеты: <http://www.rg.ru/2012/04/23/mediacia-site.html>.

Между тем медиация является очень старым, архаичным инструментом международного права, изначально известным под названием "предложение добрых услуг". Использование данного вида урегулирования споров представлялось логичным там, где не было иерархически организованной формы принятия решений или подобная эффективность была сомнительна. Хорошим историческим примером может служить окончание в 1648 г. благодаря медиации Тридцатилетней войны.

Посредничество в его сегодняшнем виде появилось только во второй половине XX в.,

обосновавшись в странах англосаксонского права, таких, как США, Австралия, Англия и др. В странах с континентально-европейской правовой системой, таких, как Франция, Бельгия, Нидерланды, Германия, Австрия, Италия, Швейцария, - с опозданием на 15 - 20 лет (в конце 80-х - начале 90-х гг. XX в.).

Прежде чем рассмотреть особенности посредничества (медиации), обратим внимание на проблему определения понятия "посредничество (медиация)".

Как справедливо отмечает С.И. Калашникова, сложность однозначного понимания медиации связана с широким спектром ее применения, разнообразием организационных форм, видов и моделей примирительной процедуры с участием медиатора. Между тем определение понятия исследуемого явления необходимо, во-первых, в целях обеспечения четких представлений относительно сути медиации, а во-вторых, для определения места этого института в российском праве и законодательстве, что, в свою очередь, будет обуславливать направления его дальнейшего развития и совершенствования <149>.

<149> Калашникова С.И. Медиация в сфере гражданской юрисдикции. М.: Инфотропик Медиа, 2011.

Важно отметить, что в зарубежной литературе выделяют два подхода к определению понятия медиации: концептуальный и описательный <150>.

<150> Boulle L., Nesic M. Mediation: principles, process, practice. London, Dublin, Edinburgh: Butterworths, 2001. P. 4.

Концептуальный подход связан с определением медиации через основные принципы, цели и задачи примирительной процедуры с участием посредника, например, медиация - это добровольная конфиденциальная процедура урегулирования спора, в ходе которой нейтральное лицо (медиатор) содействует сторонам в проведении переговоров в целях заключения взаимоприемлемого соглашения <151>.

<151> Там же.

Концептуальные определения носят теоретический характер и позволяют получить представление, скорее, об идеальной модели медиации, нежели о том, что в действительности происходит во время примирительной процедуры.

Описательный подход, наоборот, в большей степени приближен к практике. Например, известный в Великобритании специалист по семейной медиации М. Робертс предлагает следующее определение: "Медиация - это процедура урегулирования конфликта, при которой спорящие стороны встречаются с медиатором и разговаривают, после чего делают попытку разрешить противоречия" <152>. Описательные определения могут быть полезны при раскрытии содержания медиации определенного вида или модели. В иных случаях они носят слишком абстрактный характер и не позволяют выявить существенные признаки исследуемой процедуры <153>.

<152> Roberts M. Systems or selves. Some ethical issues in family mediation. 1992 (цит. по: Boulle L., Nesic M. Указ. соч. P. 5).

<153> Калашникова С.И. Медиация в сфере гражданской юрисдикции. М.: Инфотропик Медиа, 2011.

Термины "посредничество" и "медиация" тождественны.

В международной терминологии посредничество именуется медиацией.

Mediation (англ.) - посредничество; вмешательство с целью примирения; board - конфликтная (примирительная) комиссия; collective - коллективное посредничество. Проводить посредничество (медиацию) - находиться между сторонами, содействовать процессу переговоров и выработке у них взаимоприемлемых решений, используя процедуру медиации. Конечная цель

медиации - мирное разрешение спора и заключение соглашения между сторонами, которые находятся в конфликте.

"Посредничество" или "медиация" - это процедура, при которой избранные спорящими сторонами лицо или коллегия лиц (примирителей-посредников) оказывают сторонам независимую и беспристрастную помощь в их попытке достичь мирного урегулирования своего спора <154>.

<154> Сайт Торгово-промышленной палаты Российской Федерации: <http://www.tpprf-arb.ru/ru/kr>.

Какие же существуют точки зрения ученых на предмет понятия "посредничество (медиация)".

И.Ю. Захарьяшева полагает, что посредничество является одним из способов альтернативного разрешения спора, который направлен на достижение взаимоприемлемого и целесообразного соглашения между спорящими сторонами в целях добровольного урегулирования правового конфликта полностью или в части на основе конструктивных переговоров и сотрудничества, при котором по взаимному волеизъявлению субъектов - участников спора привлекается посредник (лицо, обладающее квалификацией, необходимой для участия в урегулировании конкретного правового конфликта), решения которого не носят обязательного характера для лиц, имеющих материальную заинтересованность в исходе спора <155>.

<155> Зайцев А.И., Захарьяшева И.Ю., Балашова И.Н., Балашов А.Н. Альтернативное разрешение споров: Учебно-методический комплекс. М., 2007. С. 319.

И.В. Решетникова предлагает рассматривать медиацию как форму примирения сторон, в ходе которой нейтральное лицо, избранное добровольно сторонами (исходя из его компетенции и авторитета), проводит переговоры <156>.

<156> Решетникова И.В. Право встречного движения. Посредничество и российский арбитражный процесс // Медиация и право. Посредничество и примирение. 2007. N 2(4). С. 53.

Д.Л. Давыденко указывает, что медиация - это переговоры между участниками спора под руководством нейтрального посредника, который не имеет права выносить обязательное для сторон решение <157>.

<157> Давыденко Д.Л. Как избежать судебного разбирательства. Посредничество в бизнес-конflikтах. М., 2006. С. 42.

В дальнейшем Д.Л. Давыденко выделил дополнительный признак, в силу которого медиация отличается от других видов посредничества, а именно профессионализм медиатора. В связи с чем Д.Л. Давыденко предлагает понимать посредничество в широком смысле как процедуру урегулирования спора в порядке переговоров при содействии нейтрального третьего лица, оказывающего сторонам содействие в организации и ведении процесса переговоров, но не уполномоченного выносить обязательное для них решение. В свою очередь, "медиация" - понятие более узкое и означает процедуру посредничества, при которой третье лицо не дает рекомендаций в отношении возможных условий урегулирования спора, а оказывает им профессиональное содействие в организации и ведении процесса переговоров <158>.

<158> Давыденко Д.Л. Вопросы юридической терминологии в сфере альтернативного разрешения споров // Третейский суд. 2009. N 1. С. 40 - 53.

М.В. Гвоздарева рассматривает посредничество (медиацию) как процедуру, направленную на мирное разрешение конфликта, устранение его причин и последствий, которая может быть

завершена достижением соглашения <159>.

<159> Гвоздарева М.В. Посредничество как метод альтернативного разрешения корпоративных конфликтов: Автореф. дис. ... канд. социол. наук. М., 2006. С. 16.

А.А. Брыжинский понимает под посредничеством (медиацией) урегулирование спора или конфликта между сторонами с участием третьего лица (посредника) с целью выработки взаимоприемлемого соглашения сторон по спорным вопросам <160>.

<160> Брыжинский А.А. Альтернативное разрешение правовых споров и конфликтов в России: Дис. ... канд. юрид. наук. Саранск, 2005. С. 104, 105.

С точки зрения В.Ф. Яковлева, медиация представляет собой деятельность специалиста по урегулированию споров в рамках переговоров спорящих сторон в целях заключения между ними мирового соглашения <161>.

<161> Яковлев В.Ф. Закон свободного применения // Медиация и право. Посредничество и примирение. 2006. N 1. С. 13.

А.Ю. Коннов полагает, что посредничество представляет собой переговоры при участии независимого третьего лица с целью разрешения возникшего спора <162>.

<162> Коннов А.Ю. [Понятие, классификация и основные](#) виды альтернативных способов разрешения споров // Журнал российского права. 2004. N 12.

По мнению О.В. Аллахвердовой, медиация - это процесс переговоров, в котором медиатор (посредник) является организатором и управляет переговорами таким образом, чтобы стороны пришли к наиболее выгодному реалистичному и удовлетворяющему интересам обеих (всех) сторон соглашению, в результате выполнения которого конфликт между сторонами будет урегулирован <163>.

<163> Аллахвердова О.В. Школа посредничества (медиации) // Третейский суд. 2006. N 2. С. 177.

Рассматривая мнения ученых на предмет понятия "посредничество (медиация)", С.И. Калашникова делает вывод о том, что авторы, как правило, придерживаются концептуального подхода к определению понятия медиации. При этом некоторые исследователи делают акцент на содержательном аспекте процедуры, т.е. на содействии нейтрального лица переговорам сторон, другие концентрируют внимание в большей степени на результате медиации, а именно мирном завершении конфликта, третья группа специалистов старается отразить как содержание, так и конечную цель проведения примирительной процедуры <164>.

<164> Калашникова С.И. Медиация в сфере гражданской юрисдикции. М.: Инфотропик Медиа, 2011.

Итак, сложность однозначного понимания медиации связана, во-первых, с широким спектром ее применения и, во-вторых, с разнообразием организационных форм, видов и моделей примирительной процедуры с участием медиатора.

Между тем определение понятия медиации необходимо, во-первых, для обеспечения четких представлений особенностей медиации, а во-вторых, для определения места института медиации в российском праве и законодательстве, что, в свою очередь, будет влиять на его дальнейшее развитие и совершенствование.

Следует отметить, что с принятием Федерального [закона](#) "Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)" <165> (далее - Закон о

медиации) проблема определения понятия медиации не утратила своей актуальности, но перешла в другую плоскость. В настоящий момент наибольший интерес вызывает вопрос о том, насколько закрепленные в законе определение и признаки медиации отвечают действительности. Для ответа на данный вопрос представляется необходимым выявить и проанализировать общие и специфические черты посредничества (медиации), после чего провести их сравнение с теми, которые содержатся в легальном определении.

<165> Российская газета. N 168. 2010.

К числу особенностей, характеризующих посредничество как правовое средство урегулирования конфликтов, относятся следующие.

Во-первых, обязательным признаком, отличающим посредничество от судебного разбирательства, является добровольность его применения. Если судебное разбирательство для одной из сторон (как правило, ответчика) всегда является вынужденным и не зависит от его желания, то передача спора на разрешение с использованием посредничества возможна только при наличии согласия сторон.

Во-вторых, посредничество направлено, прежде всего, на мирное урегулирование спора, отсюда вытекает консенсуальный характер процедуры. Слушание дела основано не на принципе состязательности, что свойственно судебному процессу, а на принципе сотрудничества между сторонами, когда стороны стремятся найти взаимовыгодное и взаимоприемлемое решение существующего конфликта.

В-третьих, общей чертой посредничества является то, что урегулирование и разрешение спора осуществляется при помощи третьего нейтрального участника <166>. Несмотря на то что в посредничестве участвуют нейтральные третьи лица, решение о том, в каких условиях прекращать спор, принимают только сами стороны. Посредники и иные третьи лица только обеспечивают более эффективный ход переговоров между участниками конфликта.

<166> Носырева Е.И. Альтернативное разрешение гражданско-правовых споров в США. Воронеж: Издательство Воронежского государственного университета, 1999. С. 45.

Медиация как способ разрешения конфликтов является эффективным способом урегулирования споров между сторонами, поскольку они находят взаимоприемлемое решение и участие нейтрального посредника показало свою результативность.

Следует обратить внимание на то, что примирительное соглашение заключается, если обе стороны психологически подготовлены к нему, поэтому посредник должен знать основы психологии и должен быть не только хорошим юристом, но и хорошим психологом, ведь посредник убеждает представителей сторон в том, что, во-первых, спор между ними может быть урегулирован путем компромисса и, во-вторых, условия компромисса, предлагаемые посредником, - оптимальные с учетом конкретных обстоятельств. Так, если посредник сумеет убедить представителей сторон в том, что предлагаемые им условия компромисса являются оптимальными для них, примирительное соглашение будет заключено и тем самым спор будет урегулирован. Если же согласительные процедуры посредничества не привели к желаемому результату - примирительное соглашение не заключено, значит, посреднику не удалось найти психологический подход к представителям сторон, не удалось убедить их в необходимости и целесообразности заключения примирительного соглашения <167>.

<167> Международное коммерческое право: Учебное пособие / Под общ. ред. В.Ф. Попондопуло. М.: Омега-Л, 2004. С. 204.

На практике могут возникнуть такие ситуации, когда одна сторона или обе стороны могут отказаться от процедуры посредничества.

Типичными причинами отказа от процедуры посредничества одной из сторон, как отмечает Е.Н. Иванова, являются следующие:

1. Различные страхи и опасения:

страх по поводу того, как прореагирует вторая сторона, боязнь мести: например, в ответ на вопрос о возможности привлечения мужа к медиации женщина ответила: "Если он узнает, он меня убьет";

у бизнесменов наиболее частой причиной было нежелание раскрывать суть дела перед посторонним человеком (медиатором) из-за опасности разглашения коммерческой тайны; страх огласки типичен и для многих других категорий случаев;

для многих категорий случаев типичен страх сторон оказаться недостаточно подготовленными, поддаться психологическому давлению, принять решение не по собственной воле;

страх не справиться со своим эмоциональным состоянием (например, заплакать или выйти из себя);

страх выглядеть плохо в глазах медиатора, особенно в случаях семейно-родственных конфликтов, при которых типично ощущение стыда за неумение договориться по-родственному;

страх негативной реакции начальства или официальных органов;

страх изменить своим принципам, уронить лицо;

опасение усугубления конфликта в результате медиации.

2. Недоверие:

неверие в возможность честных переговоров со второй стороной и выполнение ею принятых обязательств;

недоверие процедуре медиации и посреднику;

неверие в возможность беспристрастности медиатора;

неверие в возможность успеха, ощущение дисбаланса сил не в свою пользу.

3. Сильные эмоции:

гнев, обида, желание отомстить, а не договариваться, особенно характерные для семейных и деловых споров: "Я с этим подлецом за один стол не сяду!";

"невротическая раскачка", метания, трудность определения своих интересов.

4. Дефицит:

нехватка времени, денег, поддержки; нехватка данных, доказательств своей правоты.

5. Равнодушие:

считают, что спор не стоит разбирательства;

считают, что истинный виновник недостижим;

прошло слишком много времени с момента столкновения;

считают, что нет достаточных объективных оснований для предъявления претензий.

6. Ригидность:

сторона уже выбрала другой способ разрешения конфликта (например, суд) и не хочет менять свое намерение.

Причинами отказа от посредничества второй стороны являются практически те же причины, при этом многие из них представлены более ярко, чем у первой стороны, поскольку вторая сторона не являлась инициатором обращения за помощью в урегулировании спора.

Так, вторая сторона не желает принимать участие в процедуре посредничества по следующим причинам.

1. Отсутствие чувства ответственности за происшедшее: вообще не видит конфликта;

не считает себя виноватой, так как ее действия оправданы; считает, что конфликт исчерпан.

2. Опасения: создать прецедент;

дать преимущество другой стороне;

пристрастности медиатора, уже общавшегося с другой стороной: "Представляю, что он Вам обо мне наговорил".

Вследствие этого предварительный этап разрешения конфликта оказывается принципиально важным и часто определяющим возможность достижения успеха в финале.

В ходе этого этапа необходимо выявить не только природу спора, но и определить причины сопротивления участию в переговорах с посредником.

Выявление причин сопротивления участию в разрешении спора принципиально важно не только на начальном этапе для оптимального выбора метода, но и для учета в ходе любого типа процесса урегулирования. Эти причины во многом определяют возникающие в этом процессе

трудности и его динамику.

Кроме того, важным является налаживание контакта и завоевание доверия сторон. Эта проблема особенно остро стоит в процессе общения посредника со второй стороной, так как в противном случае она будет рассматривать медиатора как "агента" своего противника.

Чтобы таких случаев не было, посреднику в каждом споре необходимо не только вырабатывать юридически обоснованное урегулирование конфликта, но и выстраивать психологическую картину спора, моделируя в психологической плоскости интересы каждой из спорящих сторон.

Если какие-либо из причин нежелания участвовать в медиации оказываются объективно значимыми или субъективно непреодолимыми, то возможен выбор других способов разрешения проблемы <168>.

<168> Иванова Е.Н. Приемы разрешения конфликтов. Клиническое юридическое образование [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.lawclinic.ru/library.phtml?m=1&p=12>.

Посредничество и международный коммерческий арбитраж.

Участники внешнеэкономического оборота имеют возможность использовать и примирительные процедуры, и международный коммерческий арбитраж.

Если говорить о взаимодействии этих видов альтернативных процедур, то оно может осуществляться по трем направлениям:

использование многоуровневой оговорки о разрешении споров, предполагающей последовательное использование примирительной процедуры и, в случае ее безуспешности, арбитража.

Как отмечает К. Содерлунд, "...оговоркой о разрешении споров могут быть предусмотрены не одна, а несколько предарбитражных стадий, например проведение переговоров между представителями органов корпоративного управления каждой из сторон в течение определенного минимального периода времени, попытки урегулирования спора посредством медиации (посредничества) в течение определенного периода времени, и только после этого - возможность проведения арбитражного разбирательства" <169>.

<169> Содерлунд К. Оговорки о многоуровневом (мультимодальном) разрешении споров // Международный коммерческий арбитраж. 2006. N 3. С. 101.

Исследуя законодательство разных стран, арбитражную и судебную практику применительно к такого рода оговоркам, К. Содерлунд указывает на разные подходы к этому вопросу. В одних случаях многоуровневые оговорки рассматривались как препятствие для начала или продолжения арбитражного разбирательства, в других - арбитры приходили к выводу о необязательности предарбитражной стадии.

Е.И. Носырева обращает внимание на две стороны обязательности предварительных примирительных процедур при включении их в многоуровневую оговорку. Первая - материально-правовая сторона - это обязательность предарбитражной стадии урегулирования спора для его участников. Включенное в многоуровневую оговорку соглашение сторон об использовании переговоров или посредничества должно быть обязательным для сторон, как и любое другое условие договора. Поэтому прежде чем обращаться к арбитражу, стороны должны пройти через предварительную процедуру урегулирования спора, предусмотренную их соглашением. При этом формулировка, детальность соглашения не имеют значения. Наличие доброй воли позволит сторонам восполнить связанные с этим недостатки. Ее отсутствие во всех случаях приведет к безуспешности примирения.

Вторая сторона имеет процессуальное значение - это обязательность для арбитража, которая заключается в проверке арбитрами соблюдения условий заключенного сторонами соглашения. Однако такая проверка может быть только формальной и должна осуществляться только в том случае, если, во-первых, одна из сторон ссылается на многоуровневую оговорку и на ее невыполнение другой стороной. Во-вторых, эта сторона выражает готовность предпринять

попытку урегулировать спор вне арбитража. В-третьих, оговорка должна иметь ту степень определенности, которая позволит сторонам без труда доказывать в арбитраже ее исполнение или неисполнение <170>;

<170> Носырева Е.И. Примирительные процедуры и международный коммерческий арбитраж. В кн.: Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения. Сборник статей к 75-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / Под ред. А.С. Комарова. М.: Статут, 2007. С. 304.

использование в качестве самостоятельной процедуры комбинации посредничества и арбитража.

Следует отметить, что в США среди альтернативных средств существует процедура под названием "посредничество-арбитраж" (mediation-arbitration, или в официальном сокращенном варианте med-arb). Ее суть заключается в том, что спор разрешается с помощью избранного сторонами независимого, нейтрального лица, которое сначала выполняет функции посредника, содействуя достижению соглашения, а затем, если стороны не пришли к соглашению, действует как арбитр, уполномоченный вынести окончательное и обязательное решение.

Данная форма возникла в результате наиболее частого последовательного применения традиционного посредничества и арбитража. Чтобы упростить переход от одной процедуры к другой, стороны стали договариваться об избрании посредника и арбитра в одном лице.

В теории американского права при исследовании med-arb, с одной стороны, отмечается целесообразность интеграции по сравнению с последовательным использованием двух традиционных процедур с разными нейтральными лицами. Арбитру не нужно тратить время на исследование доказательств, установление фактических обстоятельств дела. Будучи посредником, он уже получил всю необходимую информацию. С другой стороны, указывается на определенные проблемы, с которыми могут столкнуться участники. Например, зная о том, что медиатор в случае безуспешности посредничества становится арбитром с властными полномочиями, стороны под страхом вынесения неблагоприятного решения более осторожно и менее доверительно подходят к раскрытию информации. В свою очередь, нейтральному лицу после получения конфиденциальных сведений, попыток компромисса трудно сохранить объективность при вынесении решения по спору.

Как отмечает Е.И. Носырева, med-arb нельзя рассматривать как простое соединение посредничества и арбитража. Это специфическая форма разрешения конфликтов. На первом этапе стороны в отличие от реального посредничества стремятся не столько к примирению, сколько к обоснованию правильности своей позиции. На втором этапе посредник-арбитр зачастую предлагает сторонам рекомендательные варианты урегулирования спора, один из которых по выбору сторон принимает силу обязательного решения <171>.

<171> Носырева Е.И. Альтернативное разрешение споров в США. М.: ОАО "Издательский дом "Городец", 2005. С. 127, 128.

Например, в практике компании IBM произошел такой случай. В 1982 г. у нее возник конфликт с компанией Fujitsu в связи с копированием ее программного обеспечения универсальной операционной системы. Через год компании в связи с этим заключили соглашение, где установили порядок использования программ IBM. Однако столкновения продолжились. Одной из главных причин этому послужили техническая сложность и правовая неопределенность по ряду вопросов. В результате IBM в соответствии с оговоркой в соглашении 1983 г. обратилась в арбитраж. Арбитры (профессор права, владевший опытом разрешения споров, и менеджер в отставке, который прежде работал в области информатики) нашли, что процедура обычного арбитража безнадежно затянется в дебрях технических деталей и взаимных претензий. Тогда они ограничились обязательством Fujitsu представить отчет об использовании программ, которые охватывало соглашение 1983 г., а затем выступили в качестве медиаторов по спору в отношении остальных программ. В ходе посредничества были достигнуты два новых соглашения. Первое устраняло проблемы прошлого использования спорных программ: Fujitsu

приобрела "задним числом" лицензию на программы IBM, которые она использовала в прошлом, а IBM отказалась от обвинений Fujitsu в нарушении авторского права. Второе соглашение регулировало отношения сторон в будущем: стороны обязались во всех случаях лицензировать свои операционные системы при их установке на компьютерах друг друга по требованию клиентов. Затем посредники вновь "превратились" в арбитров, но только для того, чтобы придать достигнутым соглашениям статус арбитражных решений, имеющих принудительную силу <172>;

<172> Изложен в книге "Ведение переговоров и разрешение конфликтов". Harvard Business Review. Москва: Альпина Бизнес Букс, 2006. С. 173.

непосредственное примирение сторон в ходе арбитражного разбирательства.

Как правило, ни в законах об арбитраже, ни в арбитражных регламентах не содержится указания на право арбитров содействовать сторонам в достижении соглашения. В то же время такая возможность не исключается.

Так, в Комментарие по организации арбитражного разбирательства, утвержденном ЮНСИТРАЛ в 1996 г. с целью оказания помощи в практике арбитража путем перечисления и краткого описания вопросов, своевременное решение которых может быть полезным при организации арбитражного разбирательства, обращается внимание на вопрос о ведении сторонами переговоров о возможном мировом соглашении и их последствиях для планирования разбирательства. Арбитрам рекомендуется планировать разбирательство таким образом, чтобы оно способствовало продолжению или началу переговоров о мировом соглашении <173>.

<173> Информация с сайта Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли ЮНСИТРАЛ:
<http://www.uncitral.org/uncitral/ru/commission/colloquia.html>.

Существенное отличие посредничества от арбитража заключается в следующем. По своей природе и та и другая формы являются диспозитивными. Однако в посредничестве диспозитивность имеет несколько иное преломление и включает ряд элементов. Стороны вступают в процедуру на основе взаимного соглашения. Форма такого соглашения может быть различной и, в отличие от арбитражного, не всегда письменной. Достаточно того, чтобы стороны выразили свое желание прийти к консенсусу по имеющимся у них разногласиям при содействии нейтрального лица. Участники могут оформить соглашение о посредничестве в виде оговорки к договору. Такая оговорка выражает их добрую волю и моральную обязанность обратиться к посреднику в случае возникновения спора. В отличие от арбитражного соглашения она не имеет обязательной юридической силы и не может быть принудительно исполнена <174>.

<174> Носырева Е.И. Альтернативное разрешение споров в США. М.: ОАО "Издательский дом "Городец", 2005. С. 76.

По утверждению В.Н. Анурова, различие между арбитражем и посредничеством состоит в том, что "...если в первом случае стороны сознательно допускают вмешательство третьего лица (арбитра) в их спор и отдают ему приоритет в решении этого спора, то в случае посредничества посредник выступает только как проводник воли сторон, лишенный права принимать самостоятельное решение" <175>.

<175> Ануров В.Н. Юридическая природа Международного коммерческого арбитража. Вопросы теории и практики. М.: Проспект, 2000. С. 39.

В литературе также указывается на отличие между арбитражем ad hoc и посредничеством.

Во-первых, арбитраж ad hoc в виде фигуры конкретного гражданина-специалиста, согласного быть арбитром в конкретном споре, появляется лишь тогда, когда к нему с соответствующей просьбой обращаются участники спора; посредник же позиционируется как таковой еще до обращения к нему, он предлагает свои услуги в качестве посредника любому и

каждому субъекту предпринимательской деятельности; посредник является одним из профессиональных участников рынка правовых услуг.

Во-вторых, арбитраж ad hoc призван разрешать коммерческие споры; хотя в процессе разбирательства спора арбитражем ad hoc спорящими сторонами может быть заключено мировое соглашение, все же стороны передают спор на рассмотрение арбитража ad hoc так же, как и на рассмотрение институционального третейского суда, в целях разрешения спора и получения решения по делу. К посреднику же стороны спора обращаются не в целях вынесения решения, а в целях урегулирования разногласий по спору, примирения и достижения мирового (примирительного) соглашения с тем, чтобы не обращаться в суд или третейский суд <176>.

<176> Международное коммерческое право / Под общ. ред. В.Ф. Попондопуло. М.: Омега-Л, 2004. С. 202.

Следует обратить внимание, что обращение к примирительной процедуре неравнозначно претензионному порядку досудебного разрешения спора - особой (письменной) процедуре урегулирования спора самими спорящими сторонами.

Претензионный порядок урегулирования спора представляет собой примирительную процедуру, началом которой является направление одной стороной претензии, содержащей требование об определенном поведении в адрес другой стороны (предполагаемого нарушителя) <177>.

<177> Рожкова М.А., Елисеев Н.Г., Скворцов О.Ю. [Договорное право: соглашения о подсудности](#), международной подсудности, примирительной процедуре, арбитражное (третейское) и мировое соглашения / Под общей ред. М.А. Рожковой. М.: Статут, 2008. С. 396.

Говоря вообще о значимости претензионного порядка урегулирования спора, следует указать, что основная задача его применения состоит в том, чтобы побудить стороны самостоятельно урегулировать возникший конфликт или ликвидировать обнаружившуюся неопределенность в их отношениях. Его использование позволяет стороне, права которой предполагаются нарушенными, довести до сведения другой стороны (предполагаемого нарушителя) свои требования, а нарушителю - добровольно удовлетворить обоснованные требования, не допуская возможности передачи возникшего спора на рассмотрение суда.

По материалам практики МКАС.

При установлении в договоре сторон претензионного порядка предъявления требований состав арбитража проверит, был ли он соблюден.

Так, по делу от 19 февраля 2008 г. N 24/2007 иск был предъявлен российской организацией к финской фирме в связи с неуплатой арендной платы за недвижимое имущество, предоставленное истцом ответчику в аренду по договору, заключенному сторонами 29 августа 2005 г. на срок с 15 августа 2005 г. по 14 августа 2008 г. Истец требовал выселения ответчика из занимаемого помещения в связи с прекращением договора аренды; взыскания с ответчика не выплаченной им арендной платы и договорной неустойки за нарушение сроков вынесения арендной платы; возмещения понесенных истцом убытков и расходов по уплате арбитражного сбора.

(...) Компетенция МКАС по рассмотрению настоящего дела основывается на арбитражной оговорке, согласованной сторонами в ст. 8 договора. Как следует из ст. 8 договора, сторонами был согласован порядок разрешения споров, состоящий из нескольких стадий.

В пункте 8.1 ст. 8 сторонами был согласован порядок досудебного урегулирования, включающий проведение переговоров и предъявление претензии, на которую сторона, получившая и рассмотревшая претензию, направляет ответ в течение 20 дней, исчисляемых с даты получения претензии. Из имеющихся в материалах дела документов следует, что данный порядок истцом был соблюден.

Следующая стадия разрешения споров, согласно п. 8.2.1 и 8.2.2 ст. 8 договора, включала разрешение споров в судебном порядке либо в Арбитражном суде города Москвы (при подведомственности спора арбитражным судам), либо в судах общей юрисдикции по месту нахождения арендодателя (при подведомственности споров судам общей юрисдикции...) <178>.

<178> [Практика](#) Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2007 - 2008 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. М.: Статут, 2010. С. 259 - 268.

Особенностью претензионного порядка урегулирования спора является то, что он исполняет две функции, а именно примирительную (направлен на урегулирование спора между сторонами или ликвидацию неопределенности в их отношениях путем доведения требования одной стороны до сведения другой стороны и результатов их рассмотрения другой стороной) и доказательственную (служит доказательством предъявления одним лицом требования другому лицу, а нередко и результатов рассмотрения этого требования другим лицом).

Между тем процедура досудебного разрешения спора достаточно подробно была регламентирована еще в [Положении](#) о претензионном порядке урегулирования споров, утвержденном Постановлением Верховного Совета РФ от 24 июня 1992 г. N 3116-1 (далее - Положение о претензионном порядке) <179>.

<179> Данное Положение утратило силу в связи с введением [АПК](#) РФ 1995 г., т.е. с 1 июля 1995 г.

Названное [Положение](#) о претензионном порядке устанавливало претензионный порядок урегулирования споров между предприятиями, учреждениями, организациями, органами государственной власти и управления, гражданами-предпринимателями.

Основные требования, которые в соответствии с [Положением](#) о претензионном порядке предъявлялись к претензии, были следующими:

1) претензия должна быть составлена в письменной форме и подписана руководителем или заместителем руководителя организации, гражданином-предпринимателем;

2) содержание претензии должно включать: требования заявителя; сумму претензии и обоснованный ее расчет, если претензия подлежит денежной оценке; обстоятельства, на которых основываются требования и доказательства, подтверждающие их со ссылкой на соответствующее законодательство; перечень прилагаемых к претензии документов и других доказательств; иные сведения, необходимые для урегулирования спора;

3) претензия рассматривается в течение 30 дней со дня получения, если иной срок не установлен соглашением сторон, международными договорами, а также контрактами с иностранными фирмами - по требованию заказчиков и поставщиков товаров для экспорта, заказчиков и грузополучателей импортных товаров, организаций, выполняющих заказы на импорт;

4) претензия должна отправляться заказным или ценным письмом, по телеграфу, телетайпу, а также с использованием иных средств связи, обеспечивающих фиксирование ее отправления, либо вручается под расписку;

5) к претензии должны быть приложены подлинные документы, подтверждающие предъявленные заявителем требования, или надлежащие заверенные копии либо выписки из них, если эти документы отсутствуют у другой стороны.

В настоящее время выделяют четыре разновидности претензионного порядка урегулирования спора:

1) обязательный претензионный порядок урегулирования спора (претензионный порядок, обязательность которого установлена федеральным законом).

Такого рода положения содержатся, например:

в [п. 2 ст. 452 ГК РФ](#): "Требование об изменении или о расторжении договора может быть заявлено стороной в суд только после получения отказа другой стороны на предложение изменить или расторгнуть договор либо неполучения ответа в срок, указанный в предложении или установленный законом либо договором, а при его отсутствии - в тридцатидневный срок";

в [п. 1, 2 ст. 797 ГК РФ](#): "1. До предъявления к перевозчику иска, вытекающего из перевозки груза, обязательно предъявление ему претензии в порядке, предусмотренном соответствующим транспортным уставом или кодексом. 2. Иск к перевозчику может быть предъявлен грузоотправителем или грузополучателем в случае полного или частичного отказа перевозчика

удовлетворить претензию либо неполучения от перевозчика ответа в тридцатидневный срок";

в **п. 1 ст. 161 Кодекса внутреннего водного транспорта РФ**: "До предъявления иска в связи с перевозкой пассажира, багажа, груза к перевозчику или в связи с буксировкой буксируемого объекта к буксировщику обязательным является предъявление претензии к перевозчику или буксировщику";

в **п. 3 ст. 124 Воздушного кодекса РФ**: "До предъявления к перевозчику иска в случае нарушения договора воздушной перевозки груза или договора воздушной перевозки почты перевозчику предъявляется претензия";

в **п. 1 ст. 403 Кодекса торгового мореплавания РФ**: "До предъявления перевозчику иска в связи с перевозкой груза в каботаже обязательным является предъявление перевозчику претензии" и др.;

2) нормативный претензионный порядок урегулирования спора (претензионный порядок, рекомендации об использовании которого содержатся в законодательстве и иных нормативных правовых актах, при том что данный порядок не предусмотрен федеральным законом в качестве обязательного).

Такого рода положения содержатся, например:

в **п. 4 ст. 55 Федерального закона "О связи"**: "В случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств, вытекающих из договора об оказании услуг связи, пользователь услугами связи до обращения в суд предъявляет оператору связи претензию";

в **абз. 1 ст. 37 Федерального закона "О почтовой связи"**: "При неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательств по оказанию услуг почтовой связи пользователь услуг почтовой связи вправе предъявить оператору почтовой связи претензию, в том числе с требованием о возмещении вреда";

3) договорный претензионный порядок урегулирования спора (претензионный порядок, согласованный сторонами в договоре).

Такого рода положения содержатся, например:

в **ст. 311 ГК РФ**: "Кредитор вправе не принимать исполнения обязательства по частям, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами, условиями обязательства и не вытекает из обычаев делового оборота или существа обязательства";

в **п. 2 ст. 328 ГК РФ**: "В случае непредоставления обязанной стороной обусловленного договором исполнения обязательства либо наличия обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что такое исполнение не будет произведено в установленный срок, сторона, на которой лежит встречное исполнение, вправе приостановить исполнение своего обязательства либо отказаться от исполнения этого обязательства и потребовать возмещения убытков.

Если обусловленное договором исполнение обязательства произведено не в полном объеме, сторона, на которой лежит встречное исполнение, вправе приостановить исполнение своего обязательства или отказаться от исполнения в части, соответствующей непредоставленному исполнению";

в **абз. 1 и 3 п. 2 ст. 344 ГК РФ**: "Залогодержатель отвечает за полную или частичную утрату или повреждение переданного ему предмета залога, если не докажет, что может быть освобожден от ответственности в соответствии со [статьей 401](#) ГК РФ;

Если в результате повреждения предмета залога он изменился настолько, что не может быть использован по прямому назначению, залогодатель вправе от него отказаться и потребовать возмещения за его утрату";

в **п. 4 ст. 357 ГК РФ**: "При нарушении залогодателем условий залога товаров в обороте залогодержатель вправе путем наложения на заложенные товары своих знаков и печатей приостановить операции с ними до устранения нарушения";

в **п. 1 ст. 376 ГК РФ**: "Гарант отказывает бенефициару в удовлетворении его требования, если это требование либо приложенные к нему документы не соответствуют условиям гарантии либо представлены гаранту по окончании определенного в гарантии срока.

Гарант должен немедленно уведомить бенефициара об отказе удовлетворить его требование";

в **п. 2 ст. 405 ГК РФ**: "Если вследствие просрочки должника исполнение утратило интерес для кредитора, он может отказаться от принятия исполнения и потребовать возмещения убытков" и др.;

4) уведомительный претензионный порядок (претензионный порядок, который используется в отсутствие соглашения о его использовании сторонами конкретного договора).

Рассматривая вопросы претензионного порядка урегулирования конфликта, предусмотренного соглашением сторон, целесообразно отметить, что он должен отвечать общим принципам примирительных процедур, а именно основополагающему принципу примирительных процедур - принципу добровольности. Иными словами, претензионный порядок подразумевает только добровольное обращение спорящих сторон к его использованию, при том что даже начав его, сторона (стороны) на любом этапе может прекратить его использование.

Таким образом, вне зависимости от того, содержится ли в соглашении о претензионном порядке указание на последствия его несоблюдения (в виде лишения другой стороны права предъявления иска) либо нет, сторона, отказавшаяся от претензионного порядка, который установлен соглашением сторон, не может быть понуждаема к использованию этой примирительной процедуры.

Как отмечает М.А. Рожкова, данный вывод, к сожалению, не находит поддержки в АПК РФ, который, напротив, предусматривает обязательность соблюдения претензионного порядка, не только установленного законом, но и предусмотренного договором сторон. Речь идет о положениях действующего процессуального законодательства, допускающих возвращение искового заявления по причине несоблюдения предусмотренного договором претензионного порядка, и положениях, допускающих, если исковое заявление было принято к производству, оставление его без рассмотрения, если истцом не соблюден предусмотренный договором претензионный порядок урегулирования спора <180>.

<180> Рожкова М.А., Елисеев Н.Г., Скворцов О.Ю. [Договорное право: соглашения о подсудности](#), международной подсудности, примирительной процедуре, арбитражное (третейское) и мировое соглашения / Под общей ред. М.А. Рожковой. М.: Статут, 2008. С. 391.

Указанное выше вовсе не означает, что если стороны избрали примирительную процедуру в форме претензионного порядка и заключили соглашение об этом, то они избавлены от негативных последствий его несоблюдения.

Во-первых, несоблюдение претензионного порядка оказывает огромное влияние на объем удовлетворения исковых требований, а иногда и на саму возможность их удовлетворения. Например, согласно [п. 2 ст. 483](#) ГК РФ, покупатель обязан известить продавца о нарушении условий договора купли-продажи о количестве, об ассортименте, о качестве, комплектности, таре и (или) об упаковке товара в срок, предусмотренный законом, иными правовыми актами или договором, продавец вправе отказаться полностью или частично от удовлетворения требований покупателя о передаче ему недостающего количества товара, замене товара, не соответствующего условиям договора купли-продажи о качестве или об ассортименте, об устранении недостатков товара, о доукомплектовании товара или о замене некомплектного товара комплектным, о затаривании и (или) об упаковке товара либо о замене ненадлежащей тары и (или) упаковки товара, если докажет, что невыполнение этого правила покупателем повлекло невозможность удовлетворить его требования или влечет для продавца несоизмеримые расходы по сравнению с теми, которые он понес бы, если бы был своевременно извещен о нарушении договора.

Во-вторых, к стороне, отказавшейся от использования установленной договором примирительной процедуры, могут быть применимы меры, предусмотренные законом. Так, в соответствии с [ч. 1 ст. 111](#) АПК РФ в случае, если спор возник вследствие нарушения лицом, участвующим в деле, претензионного или иного досудебного порядка урегулирования спора, предусмотренного федеральным законом или договором, в том числе нарушения срока представления ответа на претензию, оставления претензии без ответа, арбитражный суд относит на это лицо судебные расходы независимо от результатов рассмотрения дела.

В практике МКАС при ТПП РФ встречались случаи, когда ответчик оспаривал компетенцию арбитража, поскольку, по его мнению, истец не выполнил условие контракта о необходимости принятия всех мер для мирного урегулирования разногласий. Основанием для возражений было включение в арбитражную оговорку положения, что в случае разногласий стороны примут меры к их урегулированию, а если соглашения достигнуть не удалось, спор передается в МКАС. В таких

случаях МКАС исходит из того, что право сторон урегулировать спор мирным путем является факультативным (если контракт не предусматривает иного) и не лишает стороны права обратиться в арбитраж, минуя примирительную процедуру. В своих решениях МКАС подчеркивает, что такая арбитражная оговорка не может рассматриваться в качестве обязательного досудебного претензионного порядка. Условие об обязательном претензионном порядке должно быть прямо и недвусмысленно отражено в контракте.

Рассмотрим некоторые примеры из практики МКАС.

1. Поскольку контракт не предусматривал иного, право сторон урегулировать спор мирным путем является факультативным и ни в коем случае не лишает стороны права предъявить иск в арбитраж, минуя примирительную процедуру.

По [делу](#) от 11 июня 1996 г. N 188/1995 иск был предъявлен российской организацией к канадской фирме в связи с недопоставкой и просрочкой товара, оплаченного авансом. Ссылаясь на условия контракта, заключенного сторонами в августе 1994 г., истец требовал возврата стоимости недопоставленного товара, а также уплаты неустойки за недопоставку и пени за просрочку поставки.

<...> В вынесенном МКАС решении, которым иск был полностью удовлетворен, указано, в частности, следующее: МКАС считает, что п. 8 контракта не определил конкретную форму переговоров в случае возникновения разногласий. Кроме того, поскольку контракт не предусматривал иного, право сторон урегулировать спор мирным путем является факультативным и ни в коем случае не лишает стороны права предъявить иск в арбитраж, минуя примирительную процедуру. Таким образом, МКАС признал ссылку ответчика на п. 8 контракта как на основание отказа в удовлетворении исковых требований несостоятельной <...> <181>.

<181> Арбитражная практика за 1996 - 1997 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. М.: Статут, 1998. С. 73.

2. Указание в арбитражной оговорке контракта о передаче спора в третейский суд в случае, если стороны не достигнут согласованного решения, не может рассматриваться в качестве установления обязательного досудебного порядка, поскольку прямо и недвусмысленно об этом не указано.

По [делу](#) от 7 июня 2002 г. N 116/2001 иск был предъявлен швейцарской фирмой (продавец) к российской организации (покупатель) в связи с неполной оплатой товара, поставленного по контракту международной купли-продажи, заключенному сторонами 14 октября 1997 г. Ссылаясь на дополнительное соглашение к контракту, заключенное сторонами 11 августа 1999 г., истец требовал, учитывая, что ответчик не выполнил своего обязательства, взыскать с него суммы задолженности и договорную неустойку за просрочку платежа, а также возмещение расходов по арбитражному сбору.

<...> В пункте 9.7 контракта, заключенного между истцом и ответчиком 14 октября 1997 г., предусмотрено: "Все споры и разногласия, которые могут возникнуть из настоящего контракта или по поводу контракта, стороны попытаются решить путем согласования. Если стороны не достигнут согласованного решения, спор разрешается в Арбитражном суде при Торгово-промышленной палате России в г. Москве, решение которого обязательно для сторон".

На основании указанной статьи контракта можно сделать заключение, что стороны имели в виду МКАС при ТПП РФ. В соответствии с [п. 2 Положения о МКАС](#) в МКАС могут передаваться споры из договорных и иных гражданско-правовых отношений, возникающих при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон спора находится за границей.

Заявление ответчика о несоблюдении истцом обязательного претензионного порядка, предусмотренного контрактом, не может быть принято арбитражем во внимание, поскольку ответчик в обоснование данного утверждения ссылается лишь на то, что, по его мнению, стороны не пытались решить спор по согласованию, как это предусмотрено п. 9.7 контракта.

Как полагает арбитраж, условие контракта о решении споров по согласованию сторон не может рассматриваться в качестве обязательного досудебного претензионного порядка, так как условие об указанном порядке должно быть прямо и недвусмысленно прописано в контракте, а такого условия контракт не содержит. Кроме того, МКАС отмечает, что истец неоднократно через

своего представителя - консалтинговую компанию - обращался к ответчику с предложением об урегулировании спора, о чем свидетельствуют имеющиеся в деле материалы, а именно письма этой компании в адрес ответчика.

Учитывая вышеизложенное и то, что данный спор возник из договора международной купли-продажи товара, истцом является швейцарская фирма, а ответчиком - российское юридическое лицо, и что истец подал исковое заявление в МКАС, а также то, что ответчик, несмотря на заявление о несоблюдении истцом обязательного досудебного претензионного порядка, не представил каких-либо возражений относительно компетенции МКАС, МКАС признал себя компетентным разрешить настоящий спор <...> <182>.

<182> Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2001 - 2002 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. М.: Статут, 2004. С. 367 - 372.

3. Поскольку контракт сторон предусматривал обязательный порядок доарбитражного регулирования, который истцом был соблюден, МКАС принял к рассмотрению иск, предъявленный на основании арбитражной оговорки контракта.

По делу от 10 декабря 2002 г. N 211/2011 иск был предъявлен российской организацией к германской фирме в связи с неоплатой товара, поставленного по контракту международной купли-продажи, заключенному сторонами 23 октября 2000 г. Требования истца включали: погашение задолженности, уплату договорного штрафа за просрочку платежа, возмещение расходов по арбитражному сбору. Неоплата товара ответчиком, как указывал истец, вызвана необоснованной претензией по качеству товара.

<...> В статье 8 "Арбитраж" контракта, заключенного между истцом и ответчиком 23 октября 2000 г., предусмотрено: "...все споры, по которым стороны не достигнут соглашений путем переговоров, будут рассматриваться в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации в г. Москве... Спор может быть передан на рассмотрение Арбитража по истечении 30 дней после поступления предложения любой стороны урегулировать его непосредственно между сторонами".

В соответствии с п. 2 Положения о МКАС и п. 1 § 2 Регламента МКАС в МКАС могут передаваться споры из договорных и иных гражданско-правовых отношений, возникающих при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон спора находится за границей. В свете изложенного состав арбитража констатировал, что заключенный 23 октября 2000 г. между истцом и ответчиком контракт - это договор международной купли-продажи товаров, а сторонами по нему являются российская организация-продавец и немецкая фирма-покупатель.

Учитывая вышеизложенное, а также то, что истцом соблюден обязательный доарбитражный (претензионный) порядок урегулирования спора, что подтверждается имеющимися в материалах дела документами, и принимая во внимание, что истец подал исковое заявление и представлял все последующие документы в МКАС, а ответчик представлял возражения на иск и другие документы в МКАС, Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации с учетом ст. 7 Закона РФ "О Международном коммерческом арбитраже" признал себя компетентным разрешить настоящий спор <...> <183>.

<183> Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2001 - 2002 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. М.: Статут, 2004. С. 458 - 462.

Посредничество - переговоры.

Принципиальным отличием посредничества от переговоров является то, что в медиации помимо сторон принимает участие третье лицо, независимое от позиций сторон, - посредник (медиатор). Основное отличие процедуры медиации от судебной формы защиты прав в государственном или третейском суде заключается в том, что посредник сам по себе не принимает никакого решения в отношении существа спора. Все решения в рамках посредничества принимаются только сторонами на основе взаимного согласия. В отличие от публичных судебных процедур в процедуре посредничества нет распределения обязанностей по доказыванию, спор

между сторонами разрешается не на основе противоборства, а через сотрудничество. При этом в процедуре посредничества обе стороны, как правило, получают взаимную пользу и сохраняют между собой хорошие деловые отношения. Если при посредничестве не получается названных результатов, значит, это было псевдосредничество <184>.

<184> Адамова Т.В. и др. Посредничество (медиация) в хозяйственных судах Республики Беларусь / Под ред. В.С. Каменкова. 2-е изд. Минск: Дикта, 2012. С. 37, 38.

У посредничества имеются некоторые черты, напоминающие судебные и арбитражные процедуры: ведь судопроизводство по гражданским делам направлено не только на разрешение спора путем вынесения решения, но и на урегулирование спора путем заключения сторонами мирового соглашения. Тем более такая направленность характерна для третейских судов <185>.

<185> Международное коммерческое право / Под общ. ред. В.Ф. Попондопуло. М.: Омега-Л, 2004. С. 202.

Между тем, как отмечает О.С. Карпенюк, посредничество и другие примирительные процедуры не являются панацеей для всех конфликтов и наряду с достоинствами имеют ряд недостатков, т.е. они не могут быть использованы для разрешения всех споров <186>. Так, если у стороны сильная позиция в деле и она уверена в выигрыше дела, то, скорее всего, она захочет идти на уступки и откажется от использования посредничества.

<186> Карпенюк О.С. Правовое регулирование посредничества при разрешении внешнеэкономических споров: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 53.

§ 5. Примирительные процедуры в арбитражном разбирательстве

Сегодня в России происходит интенсивное движение интеграции института примирительных процедур. Как справедливо отмечает Ц.А. Шамликашвили, движение это не всегда и не во всем позитивное, но в любом случае ставящее новые вопросы, требующие искать ответы под иным углом зрения.

Благодаря поставленной Президентом РФ в декабре 2012 г. задаче о рассмотрении возможности введения обязательных примирительных процедур была проведена работа, которая выявила, что без создания необходимой основы, инфраструктуры, такая мера может лишь привести в масштабах страны к ограничению доступа к правосудию и к еще большему недовольству граждан существующим положением правовой системы.

Именно поэтому так важно, чтобы сегодня на основе инициативы развивались пилотные проекты, дающие бесценный опыт реальной интеграции медиации в правовую систему России. Именно такая "точечная" работа с судами и велась нами на протяжении всех этих лет. Без этого опыта не было бы дальнейшего развития института медиации, не возникло бы более ясное представление о применении этого института в нашей стране. Авторитетное мнение судей, их активное содействие было одним из стимулов развития процесса интеграции медиации. Все это способствует тому, чтобы опыт применения медиации рос, чтобы у медиаторов накапливался профессиональный опыт, у общества - опыт применения медиации, а у государства совместно с профессиональным сообществом медиаторов открывались новые возможности на основе практики выработать дальнейшие шаги по развитию этого института <187>.

<187> <http://blog.pravo.ru/blog/mediacia/5910.html>

В настоящее время принятие мер для примирения сторон арбитражным судом и содействие в урегулировании спора является одной из его обязанностей и соответствует общим задачам, стоящим перед арбитражным судом при разрешении каждого конкретного дела.

При этом результаты примирения в арбитражном процессе могут быть следующими.

По делам, возникающим из гражданских правоотношений:

мировое соглашение (ст. 139 - 142 АПК РФ).

При заключении мирового соглашения необходимо учитывать **два** важных **правила**, с которыми связано условие действительности мирового соглашения.

Во-первых, мировое соглашение не должно нарушать права и законные интересы других лиц. Указанная законодательная конструкция означает, что под "другими лицами" следует понимать всех лиц, как участвующих, так и не участвующих в деле, за исключением самих участников мирового соглашения. Поскольку предметом мирового соглашения является распоряжение правами в рамках конкретного материального правоотношения, то стороны могут распорядиться только тем, что им принадлежит. Если же условиями мирового соглашения затрагиваются права иных, нежели стороны, лиц, то такое мировое соглашение не может быть утверждено судом, поскольку стороны выходят за рамки своих полномочий и решают вопрос о правах и обязанностях лиц, не принимающих участия в совершении этого распорядительного действия. Поэтому арбитражные суды должны тщательно проверять предмет мирового соглашения и не выходят ли участники за рамки своих полномочий.

Так, определение о прекращении производства по делу в связи с заключением мирового соглашения было отменено ввиду того, что истец и ответчик заключили мировое соглашение в то время, когда в отношении ответчика было возбуждено конкурсное производство. Поскольку ими не были учтены особенности заключения мирового соглашения, предусмотренные Федеральным законом о несостоятельности (банкротстве), то это привело к нарушению прав конкурсного кредитора.

По материалам арбитражной практики.

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации рассмотрел в судебном заседании заявление общества с ограниченной ответственностью "ПрофМастер" о пересмотре в порядке надзора **Постановления** Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 21 января 2008 г. по делу N А79-617/2005 Арбитражного суда Чувашской Республики по иску общества с ограниченной ответственностью "ПрофМастер" к открытому акционерному обществу "Проммеханизация" о взыскании 1 863 755 руб. 46 коп. неосновательного обогащения и 391 294 руб. 50 коп. процентов за пользование чужими денежными средствами (с учетом уточнения исковых требований).

Суд установил следующее. Определением Арбитражного суда Чувашской Республики от 27 апреля 2005 г. утверждено заключенное сторонами мировое соглашение, производство по делу прекращено. По условиям мирового соглашения ответчик обязался в течение 90 дней с момента утверждения его судом передать истцу имущество на указанную сумму.

Постановлением Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 21 января 2008 г. указанное Определение отменено, дело направлено в суд первой инстанции для рассмотрения спора по существу.

В заявлении о пересмотре в порядке надзора судебного акта ООО "ПрофМастер" просит отменить **Постановление** Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 21 января 2008 г., ссылаясь на допущенные судом нарушения норм материального и процессуального права.

Изучив содержание оспариваемого судебного акта, доводы заявителя, коллегиальный состав судей Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации считает, что заявление ООО "ПрофМастер" подлежит отклонению по следующим основаниям.

В силу положений **ст. 286** АПК РФ в компетенцию суда кассационной инстанции входит проверка законности судебных актов, принятых судами первой и апелляционной инстанций, правильности применения норм материального права и норм процессуального права, а также соответствие выводов арбитражных судов о применении норм права установленным ими по делу обстоятельствам и имеющимся в деле доказательствам.

Направляя дело на новое рассмотрение, суд кассационной инстанции не вышел за пределы своих полномочий, указав на то, что суду следует учесть положения **п. 3 ст. 103** Федерального закона от 26 октября 2002 г. N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)", допускающего признание недействительной сделки, совершенной в течение шести месяцев, предшествовавших подаче заявления о признании должника банкротом, если такая сделка влечет за собой предпочтительное удовлетворение требований одних кредиторов перед другими.

В соответствии с [ч. 5 ст. 49](#), [ч. 3 ст. 139](#) АПК РФ мировое соглашение не может нарушать права и законные интересы других лиц и противоречить закону. Учитывая то, что мировое соглашение, заключенное между истцом и ответчиком, утверждено судом 27 апреля 2005 г., а Определением Арбитражного суда Чувашской Республики от 14 июня 2005 г. возбуждено производство по делу о несостоятельности ОАО "Проммеханизация", суд кассационной инстанции обоснованно указал на право ЗАО "АК "Консультант" как конкурсного кредитора должника обжаловать Определение от 27 апреля 2005 г. и невозможность в данном случае утверждения мирового соглашения.

При новом рассмотрении дела заявитель не лишен возможности изложить свои доводы, касающиеся существа спора, и представить соответствующие доказательства.

В соответствии с [ч. 4 ст. 299](#) АПК РФ определение о передаче дела в Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации для пересмотра оспариваемого судебного акта в порядке надзора может быть вынесено лишь при наличии оснований, предусмотренных [ст. 304](#) АПК РФ.

Поскольку названные основания для передачи дела в Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации отсутствуют, оспариваемый судебный акт не может быть пересмотрен в порядке надзора.

Руководствуясь [ст. 299](#), [301](#), [304](#) АПК РФ, Высший Арбитражный Суд Российской Федерации определил: в передаче дела в Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации для пересмотра в порядке надзора [Постановления](#) Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 21 января 2008 г. по делу N А79-617/2005 Арбитражного суда Чувашской Республики отказать <188>.

<188> [Определение](#) Высшего Арбитражного Суда РФ от 17 марта 2008 г. N 2917/08.

По следующему делу судом вышестоящей инстанции было отменено определение суда первой инстанции об утверждении мирового соглашения, поскольку ответчик, заключивший с истцом мировое соглашение о расторжении договора купли-продажи недвижимого имущества и возврате друг другу всего полученного по сделке, не поставил суд в известность о нахождении спорного объекта у банка в залоге по заключенному с ним договору о залоге недвижимого имущества, чем нарушил интересы банка.

По материалам арбитражной практики.

Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации рассмотрел заявление открытого акционерного общества "Томский акционерный инвестиционно-коммерческий промышленно-строительный банк" (далее - Томскпромстройбанк; банк) о пересмотре в порядке надзора Определения суда первой инстанции Арбитражного суда Томской области от 29 апреля 2004 г. по делу N А67-593/04 и [Постановления](#) Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 24 августа 2004 г. по тому же делу.

Заслушав и обсудив доклад судьи Куликовой В.Б., Президиум установил следующее.

Открытое акционерное общество "Томсгазстрой" (продавец) обратилось в Арбитражный суд Томской области с иском к закрытому акционерному обществу "Пластиковые строительные конструкции "Венапласт" (покупателю) о расторжении заключенного между ними договора от 29 августа 2002 г. N 25-08/116 купли-продажи здания общей площадью 744,34 кв. м, расположенного по адресу: г. Томск, ул. Березовая, д. 6, стр. 3, и обязанности покупателя возвратить продавцу указанный объект недвижимого имущества.

Исковые требования мотивированы следующими обстоятельствами. Покупатель к моменту истечения установленного договором срока (до 1 марта 2003 г.) уплатил лишь 25 461 руб. 20 коп. за приобретенное в рассрочку здание стоимостью 420 000 руб., что в соответствии с [п. 2 ст. 489](#) ГК РФ дало продавцу право отказаться от исполнения договора купли-продажи и потребовать возврата проданного объекта недвижимости.

В процессе рассмотрения дела стороны 26 апреля 2004 г. подписали мировое соглашение, согласно которому ответчик обязался передать истцу недвижимое имущество в срок до 30 апреля 2004 г. по акту приема-передачи, а также определенную техническую документацию на это имущество, а истец возвратил ответчику денежные средства, полученные от него в счет оплаты

спорного объекта, о чем составлен акт приема-передачи векселей от 16 апреля 2004 г.

Данное мировое соглашение было представлено сторонами в суд на утверждение.

Определением суда первой инстанции Арбитражного суда Томской области от 29 апреля 2004 г. мировое соглашение утверждено, производство по делу прекращено.

Федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа, рассмотрев кассационную жалобу Томскпромстройбанка, не привлеченного к участию в деле, [Постановлением](#) от 24 августа 2004 г. указанное Определение оставил без изменения, признав его соответствующим законодательству и не нарушающим права и интересы Томскпромстройбанка, являющегося залогодержателем спорного объекта.

В заявлении, поданном в Высший Арбитражный Суд Российской Федерации, о пересмотре в порядке надзора названных судебных актов Томскпромстройбанк просит отменить эти судебные акты, ссылаясь на следующие обстоятельства.

В результате утверждения судом мирового соглашения по делу, в котором банк не участвовал, были нарушены его права и имущественные интересы как залогодержателя спорного объекта, поскольку залогодатель не имел права распоряжаться заложенным имуществом без разрешения залогодержателя. В подтверждение своих прав залогодержателя банк представил договор от 26 февраля 2003 г. N 12/1-336 "З" о залоге недвижимого имущества, заключенный им с ЗАО "ПСК "Венапласт" (залогодателем), в котором в качестве предмета залога, обеспечивающего исполнение залогодателем обязательств по кредитному договору, значится спорное здание и содержится условие о возможности распоряжения заложенным имуществом только с письменного согласия залогодержателя.

Проверив обоснованность доводов, изложенных в заявлении, Президиум считает, что обжалуемые судебные акты подлежат отмене, дело - направлению на новое рассмотрение в суд первой инстанции по следующим основаниям.

Согласно [ч. 5 ст. 49](#) и [ч. 3 ст. 139](#) АПК РФ арбитражный суд не утверждает мировое соглашение сторон, если оно нарушает права и законные интересы других лиц и противоречит закону.

Вынося определение об утверждении мирового соглашения, суд первой инстанции исходил лишь из того, что между продавцом и покупателем достигнуто мировое соглашение о расторжении договора купли-продажи недвижимого имущества и возврате друг другу всего полученного по сделке.

Между тем ответчик не поставил суд в известность о нахождении спорного объекта у банка в залоге по заключенному с ним договору о залоге недвижимого имущества. Этот договор судом первой инстанции в качестве доказательства по настоящему делу не оценивался.

С учетом названных законодательных норм и условий упомянутого договора о залоге суд не проверил, не нарушает ли мировое соглашение сторон права и законные интересы банка.

При таких обстоятельствах оспариваемые судебные акты нарушают единообразие в толковании и применении арбитражными судами норм права, поэтому в соответствии с [п. 1 ст. 304](#) АПК РФ они подлежат отмене.

Поскольку мировое соглашение сторон в отношении объекта недвижимости было утверждено судом без привлечения к участию в деле банка, дело подлежит направлению на новое рассмотрение в суд первой инстанции.

Учитывая изложенное и руководствуясь [ст. 303](#), [п. 2 ч. 1 ст. 305](#), [ст. 306](#) АПК РФ, Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации постановил: Определение суда первой инстанции Арбитражного суда Томской области от 29 апреля 2004 г. по делу N А67-593/04 и [Постановление](#) Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 24 августа 2004 г. по тому же делу отменить.

Дело направить на новое рассмотрение в первую инстанцию Арбитражного суда Томской области <189>.

<189> [Постановление](#) Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 января 2005 г. N 12709/04.

Во-вторых, мировое соглашение не должно противоречить закону. Представляется, что в

данном случае необходимо применять расширительное толкование, поскольку мировое соглашение должно соответствовать не только закону, но и подзаконным актам. В частности, мировое соглашение будет противоречить закону, если оно заключается в случаях, когда АПК РФ или федеральный закон не допускают возможности его заключения.

Как и любое распорядительное действие, мировое соглашение заключается под контролем арбитражного суда. Утверждение арбитражным судом мирового соглашения производится по правилам [ст. 141](#) АПК РФ. Не утвержденное арбитражным судом мировое соглашение не создает правовых последствий по делу, поскольку выражает лишь намерение сторон на его заключение, которое не реализовано в установленном [гл. 15](#) АПК РФ порядке.

По материалам арбитражной практики.

Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации рассмотрел заявление администрации муниципального образования "Выборгский район" Ленинградской области о пересмотре в порядке надзора [Постановления](#) Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 22 мая 2008 г. и [Постановления](#) Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 12 сентября 2008 г. по делу N А56-45577/2007 Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области.

В заседании принял участие представитель закрытого акционерного общества "Первомайская заря" (истца) - Леонтьев А.Е.

Заслушав и обсудив доклад судьи Локтенко Н.И. и объяснения представителя участвующего в деле лица, Президиум установил следующее.

Закрытое акционерное общество "Первомайская заря" обратилось в Арбитражный суд города Санкт-Петербурга и Ленинградской области с заявлением о признании недействительным (незаконным) ненормативного правового акта - Постановления главы администрации муниципального образования "Выборгский район" Ленинградской области (далее - администрация) от 29 сентября 2006 г. N 4087, а также о признании незаконными основанных на данном Постановлении действий администрации по внесению в реестр муниципальной собственности недвижимого имущества, находящегося по адресу: Ленинградская обл., Выборгский р-н, пос. Рощино, ул. Пионерская, д. 2.

Решением Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 22 февраля 2008 г. в удовлетворении исковых требований отказано.

[Постановлением](#) Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 22 мая 2008 г. решение суда первой инстанции отменено в части отказа в удовлетворении требования о признании недействительным Постановления главы администрации от 29 сентября 2006 г. N 4087 и указанное Постановление признано недействительным.

Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа [Постановлением](#) от 12 сентября 2008 г. [Постановление](#) суда апелляционной инстанции оставил без изменения.

В заявлении, поданном в Высший Арбитражный Суд Российской Федерации, о пересмотре в порядке надзора указанных судебных актов администрация просит их отменить как принятые с нарушением норм материального и процессуального права.

[Определением](#) Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 11 марта 2009 г. дело передано в Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации.

Однако 29 мая 2009 г., до рассмотрения дела Президиумом, в адрес Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации поступило заявление администрации об отказе от своей надзорной жалобы по мотиву заключения сторонами мирового соглашения от 29 декабря 2008 г. в порядке внесудебного урегулирования спора.

Проверив обоснованность доводов, изложенных в заявлении и выступлении присутствующего в заседании представителя ЗАО "Первомайская заря", который заявление администрации от 29 мая 2009 г. не оспорил и намерения сторон заключить мировое соглашение не отрицал, Президиум считает, что производство по надзорной жалобе подлежит прекращению по следующим основаниям.

В силу [ч. 1 ст. 138](#) АПК РФ арбитражный суд в целях примирения сторон содействует урегулированию спора, в том числе путем заключения мирового соглашения.

Мировое соглашение в соответствии с [ч. 1 ст. 139](#) АПК РФ может быть заключено сторонами на любой стадии арбитражного процесса и при исполнении судебного акта.

Вместе с тем выраженная сторонами воля на заключение мирового соглашения от 29 декабря 2008 г. не может быть реализована в настоящем судебном заседании ввиду следующего: ходатайство об утверждении мирового соглашения суду не заявлено; текст представленного администрацией мирового соглашения не конкретизирован применительно к требованиям [ч. 2 ст. 140](#) АПК РФ; полномочия представителя администрации на заключение мирового соглашения, предоставленные доверенностью от 11 декабря 2007 г. N 2043 со сроком действия по 31 декабря 2008 г., истекли; заявитель в судебное заседание не явился и каких-либо дополнительных ходатайств по делу не заявил.

В соответствии с [ч. 3 ст. 141](#) АПК РФ в случае неявки в судебное заседание лица, заключившего мировое соглашение и извещенного надлежащим образом о времени и месте судебного заседания, вопрос об утверждении мирового соглашения не рассматривается арбитражным судом, если от этого лица не поступило заявление о рассмотрении данного вопроса в его отсутствие.

Таким образом, заключенное сторонами мировое соглашение от 29 декабря 2008 г., не утвержденное арбитражным судом согласно [ч. 4 ст. 139](#) и [ч. 2 ст. 141](#) АПК РФ, не создает правовых последствий по делу, поскольку выражает лишь намерение сторон на его заключение, которое не реализовано в установленном [гл. 15](#) АПК РФ порядке.

При таких обстоятельствах производство по надзорной жалобе подлежит прекращению.

Учитывая изложенное и руководствуясь [ст. 303](#), [п. 5 ч. 1 ст. 305](#), [ст. 306](#) АПК РФ, Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации постановил: производство по надзорной жалобе администрации муниципального образования "Выборгский район" Ленинградской области по делу N А56-45577/2007 Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области прекратить <190>;

<190> [Постановление](#) Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 сентября 2009 г. N 17447/08.

отказ от иска ([ч. 2 ст. 49](#) АПК РФ).

Отказ от иска представляет собой заявленное истцом в арбитражном суде безусловное отречение от судебной защиты конкретного субъективного права.

Важно отличать отказ от иска и отказ от материального права: последнее продолжает существовать и после отказа от иска (субъективное право прекращается только по основаниям, установленным материальным законодательством, например [гл. 26](#) ГК РФ).

Отказ от иска не может быть сделан под условием. В этом случае арбитражный суд не может принять отказ от иска.

Кроме того, отказ от иска обычно излагается истцом в письменном заявлении, которое приобщается к материалам дела. При подписании заявления представителем истца следует проверить его полномочия, имея в виду, что отказ от иска относится к специальным полномочиям (см. [ч. 2 ст. 62](#) АПК РФ). В то же время не исключен случай протокольной фиксации отказа от иска ([ч. 1 ст. 159](#) АПК РФ). При рассмотрении дела в отдельных заседаниях арбитражного суда отказ от иска, имевший место в перерыве судебного заседания, всегда совершается в письменной форме ([ч. 4 ст. 160](#) АПК РФ).

Согласно Федеральному [закону](#) от 27 июля 2010 г. N 228-ФЗ "О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации", в [ч. 2 ст. 49](#) АПК РФ были внесены изменения, согласно которым право на отказ от иска может быть реализовано лишь в арбитражном суде первой инстанции или в арбитражном суде апелляционной инстанции. Соответственно, в случае, если истец, например, заявит об отказе от иска в арбитражном суде кассационной инстанции, то в удовлетворении такого заявления должно быть отказано.

Как отмечает В.В. Ярков, такое инстанционное ограничение в реализации распорядительного полномочия труднообъяснимо. В связи с чем возникает ряд вопросов, которые законодательно не урегулированы, а именно: почему признание иска и мировое соглашение возможны в любой инстанции, а отказ от иска допустим лишь в арбитражном суде первой инстанции и в арбитражном суде апелляционной инстанции? Почему в гражданском процессе законодатель считает возможным иное правовое регулирование? <191>;

<191> [Комментарий](#) к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Под ред. В.В. Яркова. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Инфотропик Медиа, 2011.

признание иска (ч. 3 ст. 49 АПК РФ).

Признание иска - это адресованное арбитражному суду безусловное согласие ответчика с материально-правовыми требованиями истца, выраженное в установленной процессуальным законом форме.

Важно отличать признание иска от признания факта (ст. 70 АПК РФ): например, ответчик, соглашаясь с наличием задолженности, может возражать против удовлетворения иска ввиду пропуска срока исковой давности.

Признание иска обычно излагается ответчиком в письменном заявлении, которое приобщается к материалам дела. При подписании заявления представителем ответчика следует проверить его полномочия, имея в виду, что признание иска относится к специальным полномочиям (ч. 2 ст. 62 АПК РФ). В то же время не исключен случай протокольной фиксации признания иска (ч. 1 ст. 159 АПК РФ).

Признание иска ответчиком является достаточным основанием для удовлетворения арбитражным судом требований истца (см. ч. 4 ст. 170 АПК РФ).

Некоторые арбитражные суды считают, что "...признание ответчиком иска не исключает возможность уменьшения судом на основании ст. 333 ГК РФ взыскиваемой с ответчика неустойки в случае ее явной несоразмерности последствиям нарушения обязательства" <192>.

<192> Пункт 11 Обобщения судебной практики применения норм АПК РФ об изменении основания или предмета иска, размера исковых требований, признании иска от 29 октября 2004 г. N 14/04; одобрено Постановлением Президиума Арбитражного суда Красноярского края от 20 октября 2004 г. N 12.

Действительно, ч. 1 ст. 333 ГК РФ наделяет арбитражный суд правом уменьшить подлежащую взысканию неустойку.

Кроме того, Конституционный Суд РФ даже особо подчеркнул, что в указанной норме речь идет не о праве суда, а, по существу, о его обязанности установить баланс между применяемой к нарушителю мерой ответственности и оценкой действительного (а не возможного) размера ущерба, причиненного в результате конкретного правонарушения <193>.

<193> [Определение](#) КС РФ от 21 декабря 2000 г. N 263-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Наговицына Юрия Александровича на нарушение его конституционных прав частью первой статьи 333 ГК РФ". См. также: [Определение](#) КС РФ от 10 января 2002 г. N 11-О "По жалобам граждан Бузулуцкой Антонида Михайловны, Егоровой Зинаиды Ивановны, Марченко Александра Владимировича, Мокрыщев Вадимира Андреевича, Педана Виктора Андреевича и Семенищев Ивана Тимофеевича на нарушение их конституционных прав статьей 333 ГК РФ".

Тем не менее, как отмечается в литературе, в частных отношениях судебная дискреция в вопросах определения содержания спорного права не может иметь приоритет перед волеизъявлением сторон правоотношения. Если истец требует определенную сумму неустойки, а ответчик признает правомерность такого требования, корректировка арбитражным судом содержания спорного правоотношения означала бы вторжение в область диспозитивных начал <194>;

<194> [Комментарий](#) к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Под ред. В.В. Яркова. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Инфотропик Медиа, 2011.

признание фактических обстоятельств дела (ст. 70 АПК РФ).

АПК РФ ориентирован на предоставление сторонам возможности примирения,

возможности, состязаясь, доказывать свои правовые позиции. В этом же направлении определены задачи судов первой и апелляционной инстанций в вопросе признания фактов и заключения соглашения о признании фактов (ч. 1 ст. 70 АПК РФ).

Не случайно в АПК РФ речь идет только о судах первой и апелляционной инстанций, поскольку именно в этих инстанциях происходит установление обстоятельств дела, исследование доказательств, следовательно, и признание фактов.

При этом нельзя полагать, что с точки зрения теории процесса правильным будет утверждение, что названные суды на всех стадиях процесса должны содействовать сторонам в признании фактов. Процессуальная неточность заключается в том, что и производство в суде первой инстанции, и апелляционное производство - это и есть стадии процесса. Очевидно, законодатель имел в виду, что на любом этапе рассмотрения дел в суде первой или апелляционной инстанции возможно признание факта (на стадии подготовки дела, во время проведения судебного заседания и пр.).

К сожалению, АПК РФ не раскрывает механизмов того, как суд может содействовать сторонам в достижении соглашения, проявлять инициативу и использовать свои процессуальные полномочия для достижения названной цели. Вероятно, суд должен при разъяснении сторонам их прав и обязанностей остановиться на возможности признания обстоятельств дела, показав процессуальные последствия такого действия и их преимущества.

Следует отметить, что ст. 70 АПК РФ распространяет право признания обстоятельств дела только на стороны, хотя и третьи лица, заявляющие самостоятельные требования относительно предмета спора, также обязаны доказывать обстоятельства согласно распределению обязанности доказывания. Целесообразно было бы распространить право признания фактов и на данный вид третьих лиц. Однако в АПК РФ такой нормы не содержится.

Кроме того, признание факта необходимо отличать от признания иска. Так, под признанием понимается согласие с фактом, на котором другое лицо основывает свои требования или возражения. Данная процедура основывается на распределении обязанности доказывания, в соответствии с которым каждая сторона доказывает определенные факты. Признание же иска (полное или частичное) относится к распорядительным действиям сторон и означает согласие с требованиями истца.

Процессуальное последствие признания стороной фактов отражено в ч. 3 ст. 70 АПК РФ: признание стороной обстоятельств, на которых другая сторона основывает свои требования или возражения, освобождает другую сторону от необходимости доказывания таких обстоятельств. Признание стороной фактов может быть изложено письменно или устно. Если признание изложено в письменной форме, то оно приобщается к материалам дела. При устной форме признания оно заносится в протокол судебного заседания и удостоверяется подписью стороны. Факт признания сторонами конкретных обстоятельств дела заносится в протокол судебного заседания и удостоверяется подписями обеих сторон.

Нарушение требований закона о порядке фиксации признания фактов приводит к тому, что соответствующие обстоятельства не могут быть исключены из предмета доказывания.

По материалам арбитражной практики.

Общество с ограниченной ответственностью "Астэк" (далее - ООО "Астэк") обратилось в Арбитражный суд Московской области с иском к открытому акционерному обществу "Аэропорт Быково" (далее - ОАО "Аэропорт Быково") о взыскании 1 904 977 руб. 20 коп. основного долга по договору поставки нефтепродуктов N 124 от 4 марта 2002 г. и 3 142 622 руб. 71 коп. договорной неустойки.

Решением Арбитражного суда Московской области от 19 марта 2003 г. в удовлетворении исковых требований ООО "Астэк" отказано ввиду нарушения истцом ст. 382 ГК РФ при заключении договора цессии. Суд признал договор цессии от 6 сентября 2002 г. N Т/А-609/02, на основании которого к истцу перешло право требования по вышеуказанному договору поставки, недействительным в соответствии со ст. 168 ГК РФ, в связи с тем, что в договоре отсутствуют доказательства его возмездности.

Постановлением апелляционной инстанции Арбитражного суда Московской области от 8 мая 2003 г. решение суда от 19 марта 2003 г. оставлено без изменения. При этом суд апелляционной инстанции указал, что помимо того, что договор цессии от 6 сентября 2002 г. N

Т/А-609/02 не содержит условия о его возмездности, данный договор является незаключенным в силу п. 1 ст. 432 ГК РФ, поскольку содержит неопределенные условия о характере передаваемых правомочий.

Постановлением Федерального арбитражного суда Московского округа от 9 июля 2003 г. N КГ-А41/4522-03 принятые по делу судебные акты отменены как вынесенные при неправильном применении норм материального права и содержащие выводы, не соответствующие имеющимся в деле доказательствам, дело направлено в Арбитражный суд Московской области на новое рассмотрение. При новом рассмотрении дела суду предложено проанализировать имеющиеся в деле документы, установить подлежащие доказыванию обстоятельства и разрешить спор по существу.

Решением Арбитражного суда Московской области от 1 декабря 2003 г. по тому же делу в удовлетворении исковых требований ООО "Астэк" отказано.

Решение мотивировано тем, что договор цессии подписан ненадлежащим лицом; договор уступки права требования является притворной сделкой, совершенной с целью прикрыть другую сделку, а именно сделку дарения права требования; отсутствовало согласие ответчика на замену лица в обязательстве. При указанных обстоятельствах суд пришел к выводу о ничтожности договора цессии от 6 сентября 2002 г. N Т/А-609/02 по основанию, предусмотренному ст. 168 ГК РФ, как не соответствующего закону.

Определением апелляционной инстанции Арбитражного суда Московской области от 7 апреля 2004 г. по делу N А41-К1-18611/02, оставленным без изменения Постановлением Федерального арбитражного суда Московского округа от 18 мая 2004 г. N КГ-А41/3803-04-П, производство по делу приостановлено до вступления в законную силу судебного акта по делу N А41-К1-5688/04 по исковому заявлению ОАО "Аэропорт Быково" к ООО "Астэк" о признании недействительным договора цессии от 6 сентября 2002 г. N Т/А-609/02.

Постановлением апелляционной инстанции Арбитражного суда Московской области от 29 декабря 2004 г. решение суда от 1 декабря 2003 г. по делу N А41-К1-18611/02 отменено. С ОАО "Аэропорт Быково" в пользу ООО "Астэк" взыскано 1 824 440 руб. 40 коп. основного долга, 20 722 руб. 20 коп. в возмещение расходов по уплате госпошлины по иску. С ОАО "Аэропорт Быково" также взыскана в доход федерального бюджета госпошлина по апелляционной жалобе в сумме 10 361 руб. 10 коп. В остальной части иска отказано.

При этом суд апелляционной инстанции исходил из того, что Постановлением Десятого арбитражного апелляционного суда от 3 сентября 2004 г. N 10АП-317/04-ГК по делу N А41-К1-5688/04, оставленным без изменения Постановлением Федерального арбитражного суда Московского округа от 23 ноября 2004 г., ОАО "Аэропорт Быково" отказано в иске к ООО "Астэк" о признании договора цессии недействительным. В связи с этим суд апелляционной инстанции признал необоснованным вывод суда первой инстанции о несоответствии договора цессии требованиям ст. 168, 182, 382, 419, 63 ГК РФ и его ничтожности.

Не согласившись с принятым по делу Постановлением, ООО "Астэк" обратилось с кассационной жалобой, в которой просит указанный судебный акт отменить и принять новый судебный акт. В обоснование своих доводов заявитель указал, что суд нарушил нормы процессуального права, проведя пересчет сумм основного долга, признанного ответчиком, нарушил нормы материального права, а также полно и всесторонне не исследовал имеющиеся в деле доказательства.

В заседании суда кассационной инстанции представитель ООО "Астэк" поддержал доводы, изложенные в кассационной жалобе. Представитель ОАО "Аэропорт Быково" возражал против удовлетворения кассационной жалобы, о чем представил мотивированный отзыв.

Изучив материалы дела, обсудив доводы жалобы и отзыва на нее, выслушав объяснения представителей сторон, проверив в порядке ст. 286 АПК РФ правильность применения судом норм материального права и норм процессуального права, суд кассационной инстанции не находит оснований для отмены постановления апелляционной инстанции в связи со следующим.

В соответствии с ч. 3 ст. 70 АПК РФ признание стороной обстоятельств, на которых другая сторона основывает свои требования или возражения, освобождает другую сторону от необходимости доказывания таких обстоятельств. Факт признания сторонами обстоятельств заносится арбитражным судом в протокол судебного заседания и удостоверяется подписями

сторон. Признание, изложенное в письменной форме, приобщается к материалам дела.

Поскольку факт признания ответчиком долга в сумме 1 829 048 руб. 40 коп. не удостоверен в порядке [ч. 3 ст. 70](#) АПК РФ, а именно не внесен в протокол судебного заседания и не удостоверен подписями сторон, а также не приобщен к материалам дела в виде отдельного документа, что подтверждается материалами дела, у суда не было основания для признания данного обстоятельства не требующим доказывания. Таким образом, довод заявителя о том, что суд апелляционной инстанции в своем Постановлении проверял те обстоятельства, которые признаны ответчиком, и произвел пересчет суммы основного долга, тем самым нарушив нормы процессуального права, является несостоятельным.

Как следует из материалов дела и установлено судом, между ООО "ТК-ОТОП" и ОАО "Аэропорт Быково" был заключен договор поставки нефтепродуктов от 4 марта 2002 г. N 124.

Между ООО "ТК-ОТОП" и истцом был заключен договор цессии от 6 сентября 2002 г. N Т/А-609/02, согласно которому ООО "ТК-ОТОП" уступило ООО "Астэк" право кредитора по обязательствам, вытекающим из договора поставки нефтепродуктов от 4 марта 2002 г. N 124 в объемах и на условиях, установленных договором поставки.

Согласно приложениям N 1 - 29 к указанному договору поставки, ООО "ТК-ОТОП" поставило ответчику керосин ТС-1 в количестве 2063,653 тонны на общую стоимость 14 032 840 руб. 40 коп.

Оплата ОАО "Аэропорт Быково" поставленного керосина была произведена в размере 12 208 400 руб., в связи с чем сумма его долга по договору составила 1 824 440 руб. 40 коп.

Согласно [ст. 309](#) ГК РФ обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона.

Поскольку ответчик не представил доказательств надлежащего исполнения обязательств по договору поставки, суд апелляционной инстанции правомерно взыскал оставшуюся неуплаченной сумму основного долга в пользу истца.

Суд апелляционной инстанции также пришел к обоснованному выводу, что указанная заявителем сумма основного долга в размере 80 536 руб. 80 коп. не подлежит взысканию с ответчика, поскольку ООО "Астэк" не представило надлежащих доказательств того, что поставленный на указанную сумму керосин являлся собственностью ООО "ТК-ОТОП", а поставка была осуществлена в рамках спорного договора.

Кроме того, суд кассационной инстанции согласен с выводом суда апелляционной инстанции, что с ОАО "Аэропорт Быково" не может быть взыскана неустойка, предусмотренная п. 6.7 спорного договора, поскольку ООО "ТК-ОТОП" по собственной инициативе, не дождавшись предоплаты, отгрузил ответчику керосин, тем самым в одностороннем порядке изменил условие договора о порядке расчетов.

Учитывая изложенное, суд кассационной инстанции считает, что обжалуемое Постановление является законным и обоснованным.

Оснований для отмены или изменения обжалуемого судебного акта, предусмотренных [ст. 288](#) АПК РФ, не имеется.

Руководствуясь [ст. 284, 286, 287, 289](#) АПК РФ, суд постановил: Постановление апелляционной инстанции от 29 декабря 2004 г. по делу N А41-К1-18611/02 Арбитражного суда Московской области оставить без изменения, а кассационную жалобу ООО "Астэк" - без удовлетворения <195>.

<195> [Постановление](#) Федерального арбитражного суда Московского округа от 30 марта 2005 г. N КГ-А41/1960-05-П.

Необходимо отметить, что признание фактов не носит абсолютного характера, так как арбитражный суд вправе не принять признание стороной фактов. Отказ в принятии признания возможен при наличии доказательств, дающих основание полагать, что признание такой стороной конкретных обстоятельств совершено в целях сокрытия обстоятельств или под влиянием обмана, насилия, угрозы, заблуждения, на что арбитражным судом указывается в протоколе судебного заседания. В данном случае важно обратить внимание на фразу закона "если арбитражный суд располагает такими доказательствами", следовательно, нет обязанности по поиску подобного рода доказательств. На арбитражном суде лежит контрольная функция - проверить, нет ли таких

доказательств. Такими доказательствами могут быть показания свидетелей, письменные, вещественные доказательства, объяснения лиц, участвующих в деле, заключения экспертов.

Если арбитражный суд не принял признание стороной обстоятельств дела, то они подлежат доказыванию в общем порядке, т.е. в соответствии с существующим распределением обязанности по доказыванию.

Если же арбитражный суд принял признание сторонами фактов и если это признание надлежаще удостоверено сторонами по правилам данной статьи, то такие обстоятельства не проверяются в ходе разбирательства дела (ч. 5 ст. 70 АПК РФ).

О том, принимает или не принимает арбитражный суд признание сторонами обстоятельств, указывается им в протоколе судебного заседания. Выносить определение в виде отдельного судебного акта в этом случае не требуется <196>;

<196> Пункт 37 информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 августа 2004 г. N 82 "О некоторых вопросах применения АПК РФ".

заклучение соглашения о признании обстоятельств дела (ст. 70 АПК РФ).

Содержание такого соглашения - это признание сторон, о чем свидетельствует ч. 2 ст. 70 АПК РФ. Иными словами, соглашения стороны могут достигнуть вне суда или во время судебного разбирательства. Объектом соглашения выступают обстоятельства дела. Стороны могут договориться о признании отдельных фактов, всех фактов и т.д. Достигнутое соглашение удостоверяется сторонами в их совместном заявлении, которое составляется в письменной форме, представляется в арбитражный суд, рассматривающий дело по первой инстанции или в апелляционном порядке. Суд принимает соглашение сторон на любой стадии в первой и апелляционной инстанциях.

В своем соглашении стороны вправе признать любые факты, входящие в предмет доказывания по делу. Признание фактов, не имеющих значения для дела, не имеет юридической значимости. Признание фактов сторонами основывается на распределении между ними обязанности по доказыванию. В связи с этим сторона признает те факты, которые должна доказывать противоположная сторона.

Помимо дел, возникающих из гражданских правоотношений, результаты примирения в арбитражном процессе могут возникать и по делам, возникающим из административных и иных публичных правоотношений: соглашение (гл. 15, ст. 190 АПК РФ); отказ от требований (ч. 2 ст. 49 АПК РФ); признание требований (ч. 3 ст. 49 АПК РФ); признание фактических обстоятельств дела (ст. 70 АПК РФ); заключение соглашения о признании обстоятельств дела (ст. 70 АПК РФ).

Итак, в Российской Федерации возможность обращения к процедуре посредничества предусмотрена в п. 2 ст. 135 АПК РФ, а именно при подготовке дела к судебному разбирательству судья разъясняет сторонам их право на рассмотрение дела с участием арбитражных заседателей, право передать спор на разрешение третейского суда, право обратиться на любой стадии арбитражного процесса в целях урегулирования спора за содействием к посреднику, в том числе к медиатору, в порядке, установленном федеральным законом, и последствия совершения таких действий, принимает меры для заключения сторонами мирового соглашения, содействует примирению сторон.

Активность арбитражного суда в данном случае ничуть не противоречит принципу состязательности, установленному в ст. 9 АПК РФ, а, наоборот, способствует реализации как самого принципа состязательности, так и принципа диспозитивности арбитражного процесса.

Как отмечает С.Л. Дегтярев, акцент в АПК РФ делается на том, что с помощью арбитражного суда действия сторон по примирению и урегулированию спора будут носить более осознанный и обдуманый характер, что позволит в какой-то мере исключить из предмета рассмотрения суда необоснованные требования, кроме того, примирение сторон на любой из стадий арбитражного процесса будет содействовать принципу процессуальной экономии <197>.

КонсультантПлюс: примечание.

Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (под ред.

<197> Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Под ред. проф. В.В. Яркова. М.: Волтерс Клувер, 2004. С. 353.

Так, в соответствии с п. 2 ст. 138 АПК РФ стороны могут урегулировать спор, заключив мировое соглашение или применяя другие примирительные процедуры, в том числе процедуру медиации, если это не противоречит федеральному закону.

Как отмечает И.Ю. Захарьяцева, "...согласно линии АПК РФ примирительные процедуры представляют собой симбиоз, с одной стороны, диспозитивно-состязательного права сторон на использование примирительных процедур и с, другой стороны, активной роли арбитражного суда. Исходя из этого, Кодекс говорит не только о праве сторон использовать примирительные процедуры по своему усмотрению, но и обязывает суд оказывать максимально возможную помощь спорящим лицам в разъяснении и реализации данного права, что следует расценивать как очередной шаг внедрения примирительных форм в арбитражный процесс. Нельзя обойти вниманием только тот факт, что, несмотря на наметившуюся тенденцию, данная обязанность предполагается Кодексом, но не имеет четкого закрепления..." <198>.

<198> Захарьяцева И.Ю. Примирительные процедуры в арбитражном процессуальном законодательстве Российской Федерации (концептуальные основы и перспективы развития): Дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2005. С. 114.

По материалам арбитражной практики.

Администрация г. Новороссийска обратилась в Арбитражный суд Краснодарского края с иском к ООО "Бизнес Интернешнл Терминал" о взыскании задолженности по арендной плате в размере 1 684 046 руб. 73 коп. по договору аренды земельного участка от 15 сентября 1999 г. N 4700001343(1681) за период с 1 января 2002 г. по 30 сентября 2006 г., пени - 564 486 руб. 40 коп. за период с 11 апреля 2002 г. по 12 декабря 2006 г.

Решением от 13 августа 2007 г., оставленным без изменения Постановлением апелляционной инстанции от 31 октября 2007 г., иск удовлетворен. Судебные акты мотивированы тем, что заключенный сторонами договор аренды земельного участка не расторгнут, ответчик продолжает использовать участок после истечения срока действия договора, не уплачивая арендную плату.

В кассационной жалобе ООО "Бизнес Интернешнл Терминал" просило отменить решение от 13 августа 2007 г. и Постановление апелляционной инстанции от 31 октября 2007 г. По мнению заявителя, суды неправомерно не приняли во внимание одностороннее изменение истцом размера арендных платежей.

В судебном заседании представители администрации и общества заявили ходатайство об утверждении судом кассационной инстанции мирового соглашения, подписанного уполномоченными лицами, на следующих условиях.

1. Истец и ответчик пришли к соглашению, что задолженность по арендной плате по договору от 15 сентября 1999 г. N 4700001343(1681) составляет 1 049 926 руб. 73 коп. за период с 23 марта 2004 г. по 30 июня 2006 г. и пени в размере 169 190 руб. 95 коп. за период с 23 марта 2004 г. по 30 июня 2006 г.

2. Учитывая давние партнерские отношения, стороны пришли к соглашению рассрочить уплату образовавшейся задолженности по арендной плате по договору от 15 сентября 1999 г. N 4700001343(1681) в размере 1 049 926 руб. 73 коп. за период с 23 марта 2004 г. по 30 июня 2006 г. и пени в размере 169 190 руб. 95 коп. за период с 23 марта 2004 г. по 30 июня 2006 г.

3. По договоренности сторон срок рассрочки образовавшейся задолженности составляет 12 месяцев равными долями с момента утверждения настоящего мирового соглашения Федеральным арбитражным судом Северо-Кавказского округа, что, в свою очередь, составляет 101 593 руб. 14 коп. в месяц.

4. Расходы по уплате государственной пошлины в размере 8 780 руб. возлагаются на

ответчика.

Мировое соглашение составлено на основании [ст. 139, 140](#) АПК РФ в трех экземплярах.

Последствия прекращения производства по делу в связи с заключением мирового соглашения, предусмотренные [ст. 142](#) АПК РФ, сторонам разъяснены и понятны.

В силу [ст. 138, 139](#) АПК РФ стороны могут урегулировать спор, заключив мировое соглашение или используя другие примирительные процедуры, если это не противоречит федеральному закону. Мировое соглашение может быть заключено на любой стадии арбитражного процесса, по любому делу, если иное не предусмотрено Кодексом и иным федеральным законом.

Полномочия лиц, подписавших мировое соглашение, документально подтверждены. В связи с тем что мировое соглашение не нарушает права и законные интересы других лиц и не противоречит закону, кассационная инстанция считает возможным удовлетворить ходатайство сторон о его утверждении.

В связи с утверждением мирового соглашения госпошлина по исковому заявлению подлежит взысканию с ответчика в размере, установленном [ст. 333.21, 333.22, 333.40](#) Налогового кодекса Российской Федерации.

Руководствуясь [ст. 138 - 141, 150, 151, 284, 287, 289](#) АПК РФ, Федеральный арбитражный суд Северо-Кавказского округа постановил: решение от 13 августа 2007 г. и Постановление апелляционной инстанции от 31 октября 2007 г. Арбитражного суда Краснодарского края по делу N А32-6078/07-9/149 отменить.

Утвердить мировое соглашение сторон на следующих условиях:

1. Стороны признают, что по договору от 15 сентября 1999 г. N 4700001343(1681) задолженность ООО "Бизнес Интернешнл Терминал" перед администрацией г. Новороссийска за период с 23 марта 2004 г. по 30 июня 2006 г. составляет 1 049 926 руб. 73 коп. арендной платы, 169 190 руб. 95 коп. пени.

2. Долг 1 049 926 руб. 73 коп. и пени 169 190 руб. 95 коп. ответчик должен уплатить истцу в течение 12 месяцев, исчисляемых с 13 марта 2008 г., равными платежами по 101 593 руб. 14 коп. в месяц.

5. Уплата в доход федерального бюджета госпошлины по иску возлагается на ответчика.

Взыскать с общества с ограниченной ответственностью "Бизнес Интернешнл Терминал" в доход федерального бюджета госпошлину 8 797 руб. 80 коп. Арбитражному суду Краснодарского края выдать исполнительный лист. Производство по делу N А32-6078/07-9/149 прекратить. [Постановление](#) вступает в законную силу со дня его принятия <199>.

<199> [Постановление](#) Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 13 марта 2008 г. N Ф08-164/08.

Итак, в АПК РФ закреплены нормы, регулирующие институт примирения сторон: примирительным процедурам посвящена специальная глава ([гл. 15](#)), согласно [ст. 133, 135, 138](#) АПК РФ арбитражный суд обязывается принимать меры для примирения сторон, содействовать им в урегулировании спора, впервые получил законодательное закрепление институт посредничества ([ст. 135, 158](#) АПК РФ).

Однако лаконичность и разрозненность существующих норм не позволили им стать эффективным инструментом урегулирования споров. В связи с этим в целях более широкого внедрения в сферу осуществления правосудия способов урегулирования споров посредством использования примирительных процедур, в том числе примирения, осуществляемого при содействии суда, Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации внесен [проект](#) Федерального закона N 121844-6 "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием примирительных процедур" (далее - законопроект) о более широком использовании примирительных процедур в арбитражном судопроизводстве <200>.

<200> См.: СПС.

В [законопроекте](#) предусматриваются дополнительные по отношению к медиации и другим примирительным процедурам возможности для лиц, участвующих в деле, урегулировать спор при содействии судебного примирителя, закрепляется институт судебного примирения, определяются принципы примирительных процедур, создаются условия для активной роли суда в содействии сторонам в урегулировании споров, в том числе возникающих из административных и иных публичных правоотношений.

Важно отметить, что о необходимости содействовать примирению сторон на стадии судебного разбирательства в целях сокращения количества рассматриваемых судами дел и улучшения качества отправления правосудия указано в Рекомендации Комитета министров Совета Европы N R(86)12 о мерах по недопущению и сокращению чрезмерной рабочей нагрузки на суды, принятой еще в 1986 г.

Комитетом министров в данной рекомендации предложено в качестве одной из основных задач возложить на судей обязанность добиваться примирения сторон и заключения мирового соглашения по всем соответствующим вопросам на любой стадии судебного разбирательства.

Более того, Российская Федерация обладает собственными традициями примирения, в том числе и при участии суда.

В [законопроекте](#) сформулированы общие положения о примирительных процедурах как процессуальном институте, обозначены принципы проведения примирительных процедур, их основные разновидности: переговоры, посредничество, медиация, судебное примирение.

Термины "посредничество", "посредник" используются в законопроекте как родовое понятие, учитывая, что термины "медиация", "медиатор", "судебное примирение", "судебный примиритель" являются специальными по отношению к ним согласно положениям [п. 2 ч. 1 ст. 135, п. 2 ст. 158](#) АПК РФ. Вступивший в силу с 1 января 2011 г. Федеральный [закон](#) от 27 июля 2010 г. N 193-ФЗ "Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)" (далее - Закон о медиации) был принят в целях создания правовых условий для применения в Российской Федерации процедуры медиации. При этом в соответствии с [ч. 6 ст. 1](#) Закона о медиации его положения не применяются к отношениям, связанным с оказанием судьей или третейским судьей в ходе судебного или третейского разбирательства содействия примирению сторон, если иное не предусмотрено федеральным законом.

Вместе с тем отметим, что в 2011 г. примирительные процедуры с участием медиаторов использовались в арбитражных судах в рамках рассмотрения всего 11 дел.

В свою очередь, в разработанном с учетом положений [Закона](#) о медиации [законопроекте](#) особое внимание уделяется пределам участия суда в урегулировании споров и формам, в которых суд может реализовать возложенные на него законом обязанности по оказанию содействия сторонам в примирении, в урегулировании существующего между ними конфликта.

Таким образом, законопроект направлен на дальнейшее внедрение и популяризацию в России примирительных процедур, в том числе и медиации, а также повышение их эффективности.

В [законопроекте](#) в целях предоставления сторонам максимальных возможностей по урегулированию спора реализована гибкая и многоплановая модель содействия суда примирению сторон, которое может осуществляться в различных формах.

В соответствии с [законопроектом](#) примирительная процедура может быть проведена по любому делу и на любой стадии арбитражного процесса по ходатайству сторон (стороны) или по предложению арбитражного суда при согласии сторон. Такое предложение может быть сделано судом на любой стадии процесса, для его рассмотрения арбитражным судом может быть объявлен перерыв.

[Законопроектом](#) предлагается закрепить широкий перечень возможных результатов примирения, к которым могут прийти стороны в процессе примирительной процедуры. К числу таких результатов относятся: мировое соглашение, заключаемое в отношении всех или части требований, частичный или полный отказ от иска, его частичное или полное признание, признание обстоятельств, на которых другая сторона основывает свои требования или возражения, соглашение по обстоятельствам дела.

Если в процессе примирительной процедуры, срок которой не может превышать два месяца, стороны не достигнут взаимоприемлемого результата примирения, судебное

разбирательство возобновляется.

В соответствии с [законопроектом](#) к осуществлению функций судебных примирителей предлагается привлекать помощников судей, не принимающих участия в рассмотрении дела, сотрудников аппарата суда, имеющих высшее юридическое образование, и судей в отставке. Предполагается, что список судебных примирителей будет утверждаться Пленумом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации на основе предложений арбитражных судов о кандидатурах судебных примирителей.

Помимо возможности участия в судебном примирении, стороны в соответствии с действующей редакцией [АПК](#) РФ вправе на любой стадии рассмотрения дела инициировать проведение процедуры медиации.

При этом стороны не ограничены в выборе посредника и могут прибегнуть к услугам медиатора либо избрать судебного примирителя, который утверждается арбитражным судом.

[Законопроектом](#) также устанавливаются принципы судебного примирения, полномочия судебного примирителя, возможность его замены судом.

Предполагается, что порядок проведения судебного примирения и требования к судебному примирителю будут также определены Регламентом проведения судебного примирения, утверждаемым Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации.

[Законопроект](#) исходит из того, что примирительные процедуры могут проводиться в том числе по делам, возникающим из административных и иных публичных правоотношений. Представляется, что такой подход будет способствовать нахождению сторонами взаимоприемлемого результата урегулирования спора либо (при его недостижении) сближению позиций сторон в том числе и по спорам, где одной из сторон является государственный орган, орган местного самоуправления.

Подобный опыт имеется в ряде европейских стран (в Королевстве Нидерландов, Германии, Великобритании, Австралии), где существует обязательный досудебный порядок урегулирования налоговых споров, в том числе с использованием медиации, который способствует тому, что до стадии судебного рассмотрения доходит менее 10% таких споров.

При этом результатами примирения сторон по спорам, возникающим из административных и иных публичных правоотношений, могут быть признание обстоятельств дела, соглашение сторон по обстоятельствам дела; соглашение сторон, содержащее квалификацию сделки, совершенной лицом, участвующим в деле, или статуса и характера деятельности этого лица; частичный или полный отказ от требований, частичное или полное признание требований, в том числе вследствие достижения сторонами соглашения в оценке обстоятельств в целом или в их отдельных частях.

На необходимость активного использования примирительных процедур по делам, возникающим из административных и иных публичных правоотношений, указывает также Рекомендация Комитета министров Совета Европы от 5 сентября 2001 г. N Rec(2001)9 об альтернативных методах урегулирования споров между административными органами и частными лицами.

При этом, как указано в данной рекомендации, примирение и медиация могут инициироваться участвующими сторонами, судьей или предусматриваться в обязательном порядке законом.

В ряде стран процедура судебной медиации (примирения) носит обязательный характер. Так, в США, Канаде, Словении судья вправе предписать сторонам провести процедуру медиации; в Великобритании сторона вправе отказаться от предложенной судом медиации, но при этом такая сторона понесет все судебные расходы другой стороны, даже выиграв спор.

В [законопроекте](#) предлагается закрепить возможность арбитражного суда в целях примирения сторон и уточнения ими фактических обстоятельств, снятия противоречий в позициях, в том числе путем проведения сверки взаимных расчетов, откладывать судебное разбирательство по своей инициативе и в порядке, предусмотренном [АПК](#) РФ, предложив сторонам использовать примирительную процедуру, в том числе с участием судебного примирителя.

Такие действия могут совершаться арбитражным судом в процессе рассмотрения дел об оспаривании ненормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) органов, осуществляющих публичные полномочия, и должностных лиц, о взыскании обязательных

платежей и санкций, только если стороны не использовали досудебное урегулирование спора и при наличии согласия организации, индивидуального предпринимателя или гражданина.

Представляется, что в условиях непростой экономической ситуации и возрастающего количества споров с участием государственных органов именно государство должно расширять использование примирительных процедур для эффективного урегулирования споров со своим участием в том числе в целях укрепления авторитета органов государственной власти, повышения доверия к ним.

При этом суд, откладывая судебное разбирательство по своей инициативе, не принуждает стороны к примирению, а лишь предлагает им попытаться урегулировать спор самим, оценить все положительные стороны данного способа. В случае недостижения согласия по спорным вопросам рассмотрение дела судом будет продолжено.

Кроме того, изменения, предлагаемые в [Закон](#) Российской Федерации "О статусе судей в Российской Федерации", предоставляют судье, пребывающему в отставке и имеющему стаж работы в должности судьи не менее 20 лет, право осуществлять полномочия третейского судьи, быть медиатором, судебным примирителем. Это позволит повысить не только привлекательность альтернативных процедур разрешения споров, но и укрепит профессиональными кадрами институты медиации и судебного примирения.

В целях дополнительного стимулирования сторон к использованию примирительных процедур [законопроектом](#) предлагаются изменения в Налоговый [кодекс](#) Российской Федерации, согласно которым до 70% государственной пошлины будет подлежать возвращению истцу при заключении мирового соглашения, отказе от иска, признании ответчиком иска, в том числе по результатам проведения таких процедур.

На основании [ч. 3 ст. 16](#) Закона о медиации процедура медиации по спорам, переданным на рассмотрение суда или третейского суда до начала проведения процедуры медиации, может проводиться только медиаторами, осуществляющими свою деятельность на профессиональной основе. Такими медиаторами могут быть в соответствии с [ч. 1 ст. 16](#) Закона о медиации лица, достигшие возраста двадцати пяти лет, имеющие высшее профессиональное образование и прошедшие курс обучения по программе подготовки медиаторов, утвержденной в порядке, установленном Правительством Российской Федерации.

Представляется, что для утверждения арбитражным судом мирового соглашения, заключенного сторонами, статус медиатора будет не столь важен, поскольку суд самостоятельно оценивает условия мирового соглашения на предмет выявления противоречий закону или нарушения прав других лиц ([ч. 5 ст. 49](#) АПК РФ).

Вместе с тем мировое соглашение, заключенное по спору, рассматриваемому арбитражным судом с участием непрофессионального медиатора, вопреки желанию сторон, может быть не утверждено арбитражным судом как противоречащее закону или определение об утверждении такого мирового соглашения может быть отменено судом вышестоящей инстанции. Такая ситуация может привести к нарушению основополагающих принципов примирительных процедур - принципов добровольности, сотрудничества и принципа свободы договора, не будет способствовать развитию примирительных процедур и их более активному использованию в спорах, рассматриваемых судами.

В связи с изложенным [законопроектом](#) предлагается исключить [ч. 3 ст. 16](#) Закона о медиации.

Согласно законопроекту предлагается внести изменения в [ст. 138](#) АПК РФ и изложить ее в следующей редакции:

"**Статья 138.1.** Порядок и сроки проведения примирительной процедуры

1. Примирительная процедура может быть проведена по ходатайству сторон (стороны) или по предложению арбитражного суда.

Предложение арбитражного суда провести примирительную процедуру может содержаться в определениях о принятии искового заявления (заявления) к производству, о вступлении в дело соистца, о привлечении ответчика, о замене ненадлежащего ответчика надлежащим или привлечении надлежащего ответчика в качестве второго ответчика, о вступлении в дело третьего лица, заявляющего самостоятельные требования относительно предмета спора, о вступлении в дело третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора,

либо о привлечении третьего лица к участию в деле, об объединении дел в одно производство, о выделении требований в отдельное производство, о назначении дела к судебному разбирательству, о приостановлении производства по делу либо его возобновлении, об отложении судебного разбирательства, а также может быть сделано судом в устной форме.

Для рассмотрения сторонами возможности использования примирительных процедур арбитражный суд может объявить перерыв в судебном заседании.

2. При согласии сторон с предложением арбитражного суда о проведении примирительных процедур в случае удовлетворения ходатайства о проведении примирительной процедуры сторон или стороны при согласии другой стороны, а также в случае, предусмотренном [частью 3 статьи 190](#) настоящего Кодекса, арбитражный суд выносит определение о проведении примирительной процедуры и об отложении судебного разбирательства.

В определении о проведении примирительной процедуры арбитражный суд указывает наименование сторон, предмет спора и круг вопросов, для урегулирования которых может быть использована примирительная процедура, сроки проведения примирительной процедуры.

В определении могут содержаться и иные указания, необходимые для обеспечения надлежащего проведения примирительной процедуры.

3. Примирительные процедуры должны быть завершены в срок, установленный судом в определении о проведении примирительной процедуры, но не превышающий одного месяца. По ходатайству сторон указанный срок может быть продлен арбитражным судом, но не более чем на один месяц.

4. В ходе примирительной процедуры стороны могут заключить мировое соглашение в отношении всех или части требований, которое утверждается арбитражным судом в порядке, предусмотренном [статьей 141](#) настоящего Кодекса. Результатом примирения сторон могут быть также: частичный или полный отказ от иска, его частичное или полное признание, признание обстоятельств, на которых другая сторона основывает свои требования или возражения, соглашение по обстоятельствам дела. Признание обстоятельств, признание иска, отказ от иска принимаются арбитражным судом в порядке, установленном настоящим Кодексом.

5. В случае если стороны не достигли примирения, отказались от проведения примирительных процедур либо истек срок их проведения, арбитражный суд возобновляет судебное разбирательство в порядке, предусмотренном [частью 10 статьи 158](#) настоящего Кодекса.

[Статья 138.2. Переговоры](#)

Стороны вправе урегулировать спор путем проведения ими переговоров в целях примирения.

Переговоры осуществляются на условиях, определяемых сторонами, в срок, указанный в определении арбитражного суда об отложении судебного разбирательства или предварительного судебного заседания.

В случаях, предусмотренных федеральным законом или договором, переговоры проводятся в обязательном порядке.

[Статья 138.3. Медиация](#)

Стороны вправе урегулировать спор путем применения процедуры медиации в порядке, предусмотренном настоящим Кодексом и федеральным законом.

В случае заявления сторонами соответствующего ходатайства арбитражный суд откладывает судебное разбирательство на основании [части 2 статьи 158](#) настоящего Кодекса.

[Статья 138.4. Судебное примирение](#)

1. Стороны вправе урегулировать спор путем использования примирительной процедуры с участием судебного примирителя (судебное примирение).

Процедура судебного примирения может быть использована по любому делу на любой стадии арбитражного процесса.

2. Судебным примирителем может выступать судья в отставке, помощник судьи, не принимающего участия в рассмотрении дела, работник аппарата суда, имеющий высшее юридическое образование. Список судебных примирителей утверждается Пленумом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации на основе предложений арбитражных судов о кандидатурах судебных примирителей.

Судебный примиритель участвует в процедуре судебного примирения с учетом положений

законодательства о статусе судей Российской Федерации и о государственной гражданской службе.

3. Судебный примиритель определяется по взаимному согласию сторон из числа судебных примирителей, утвержденных Пленумом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации для данного арбитражного суда, и утверждается определением арбитражного суда в случае удовлетворения ходатайства сторон о назначении судебного примирителя. В случае недостижения сторонами согласия в отношении кандидатуры судебного примирителя судебный примиритель определяется путем случайной выборки с использованием автоматизированной информационной системы при наличии технической возможности.

4. Судебное примирение осуществляется на основе принципов независимости, беспристрастности, нейтральности и добросовестности судебного примирителя.

Порядок проведения судебного примирения и требования к судебному примирителю определяются настоящим [Кодексом](#) и Регламентом проведения судебного примирения, утверждаемым Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации.

5. В целях соотнесения и сближения позиций сторон по делу и выявления дополнительных возможностей для урегулирования спора с учетом их интересов, оказания им содействия в достижении взаимоприемлемого результата примирения, основанного в том числе на понимании и оценке сторонами обоснованности заявленных требований и возражений, судебный примиритель вправе вести переговоры со сторонами, другими лицами, участвующими в деле, изучать представленные сторонами документы, знакомиться с материалами дела с согласия арбитражного суда и осуществлять другие действия, необходимые для эффективного урегулирования спора и предусмотренные Регламентом проведения судебного примирения, в том числе давать сторонам рекомендации в целях скорейшего урегулирования спора и сохранения между сторонами деловых отношений.

Судебный примиритель не является участником арбитражного процесса и не вправе совершать действия, влекущие возникновение, изменение либо прекращение прав или обязанностей лиц, участвующих в деле, и других участников арбитражного процесса.

Судебный примиритель не дает заключения о перспективе разрешения спора в судебном заседании.

Судья вправе запрашивать информацию о ходе примирительной процедуры не чаще, чем один раз в две недели".

§ 6. Мирное соглашение как примирительная процедура

К понятию "мировое соглашение" в отечественной науке имеется три подхода.

Первый подход. Представление о мировом соглашении (мировой сделке) как о договоре, "...в силу которого контрагенты обязываются к взаимным уступкам ввиду сомнительности принадлежащих им в отношении друг друга прав" <201>. Такое понимание мирового соглашения было распространено в дореволюционном праве, когда существовали понятия "судебная мировая сделка" и "внесудебная мировая сделка". Отличия внесудебной мировой сделки от судебной мировой сделки проявлялись в том, что, во-первых, судебная мировая сделка касается спорного правоотношения, ставшего предметом судебного процесса; во-вторых, судебная мировая сделка совершается в присутствии суда и при его участии; в-третьих, для судебной мировой сделки установлены особые формы заключения <202>.

<201> Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). М., 1995. С. 342.

<202> Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. М.: Издание Бр. Башмаковых, 1914. С. 457.

М.А. Рожкова справедливо полагает, что мировое соглашение - это "сплав" гражданско-правовой сделки (мировой сделки) и процессуальных элементов, специально предусмотренных законом <203>. Данное мнение основывается на точке зрения М.А. Гурвича, утверждавшего, что мировое соглашение является "...не процессуальным договором, а юридическим составом более

сложным, в который входят договор в смысле сделки гражданского права и ряд элементов процессуального значения" <204>.

<203> Рожкова М.А. Мировое соглашение в арбитражном суде: проблемы теории и практики. М.: Статут, 2004. С. 32, 33.

<204> Советский гражданский процесс / Под ред. М.А. Гурвича. М.: Высшая школа, 1975. С. 17, 28.

Кроме того, в литературе отмечается, что разновидности мировых соглашений отличаются друг от друга не только правовой природой, но и целевой направленностью, содержанием, характером волеизъявления сторон, а также правовыми последствиями его заключения и утверждения судом, равно как и порядком исполнения <205>.

<205> Шерстюк В.М. Мировое соглашение по Федеральному закону "О реструктуризации кредитных организаций" // Законодательство. 2002. N 2. С. 45.

Второй подход. Представление о мировом соглашении как институте конкурсного производства. В соответствии со ст. 2 Федерального закона от 26 октября 2002 г. N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)" мировое соглашение - это процедура, применяемая в деле о банкротстве на любой стадии его рассмотрения в целях прекращения производства по делу о банкротстве путем достижения соглашения между должником и кредиторами. Специфика мирового соглашения в деле о банкротстве заключается в том, что оно допускает при определенных условиях подчинение воли некоторых участвующих в нем лиц воле большинства, т.е. мировое соглашение по делу о банкротстве обязательно и для тех, кто не голосовал за его заключение или голосовал против.

Третий подход. Представление о мировом соглашении как институте процессуального права в виде соглашения сторон, направленного на прекращение судебного спора на основе взаимных уступок материально-правового характера.

Рассмотрим некоторые точки зрения ученых на определение мирового соглашения.

М.А. Гурвич определял судебное мировое соглашение как заключенное сторонами соглашение, направленное на окончание судебного дела, обязывающее стороны рассматривать спорное правоотношение таким, каким оно установлено этим соглашением, и руководствоваться им в своем поведении, удостоверенное и утвержденное судом <206>.

<206> Советский гражданский процесс / Под ред. М.А. Гурвича (автор гл. 10 - профессор М.А. Гурвич). М., 1975. С. 126.

Как отмечает И.Ю. Захарьяшева, данное определение отвечает всем признакам, присущим данной судебной примирительной процедуре: 1) добровольное соглашение сторон об урегулировании спора, а не его разрешении, как это происходит при судебном разбирательстве; 2) его содержание предопределено волеизъявлением сторон и согласовано между ними; 3) влечет прекращение судебного разбирательства; 4) осуществляется под контролем суда и утверждается последним; 5) утверждение судом означает, что оно не противоречит закону, правам и интересам других лиц <207>.

<207> Захарьяшева И.Ю. Примирительные процедуры в арбитражном процессуальном законодательстве Российской Федерации (концептуальные основы и перспективы развития): Дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2005. С. 171.

О.С. Черникова в целях оптимизации и эффективности мирового соглашения предлагает выделять такие функции мирового соглашения, как: 1) урегулирование спора, так как стороны приходят к взаимному согласию и спор прекращается; 2) экономия процессуального времени, так как после заключения мирового соглашения суд выносит определение о прекращении производства по делу; 3) функция делового сотрудничества, т.е. сохраняются и продолжают

развиваться деловые отношения между сторонами; 4) функция обеспечения исполнения, так как мировое соглашение не подлежит обжалованию в апелляционном порядке, а подлежит немедленному исполнению <208>.

<208> Черникова О.С. Мировое соглашение как процедура в арбитражном процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2006. С. 9.

Сравнение подходов к мировому соглашению с позиции стран романо-германской правовой системы позволяет определить его как средство внесудебного урегулирования споров. В России мировое соглашение рассматривается как институт, применимый преимущественно в рамках гражданского и арбитражного процесса.

Особенностью мирового соглашения как правового института является его акцессорный характер, а именно мировое соглашение всегда основано на определенных правоотношениях сторон, является их продолжением и не может быть заключено при их отсутствии. До настоящего времени нет четкого понимания того, что именно является предпосылками заключения мирового соглашения.

Наиболее распространенными являются следующие подходы:

1) единый институт мирового соглашения применяется как для урегулирования споров о праве между участниками частноправового оборота, так и в отсутствие спора для упрощения реализации права. Таким образом, мировое соглашение допустимо, когда есть риск того, что субъективное право стороны не будет реализовано (либо потому, что суд может принять решение в пользу другой стороны, либо потому, что другая сторона не в состоянии выполнить соответствующую обязанность);

2) мировое соглашение, служащее средством урегулирования спора, и мировое соглашение, заключаемое в отсутствие спора, - это два различных правовых института: мировое соглашение допустимо только в тех случаях, когда есть риск неблагоприятного судебного или третейского решения по данному предмету.

Как отмечает Д.Л. Давыденко, оба подхода берут начало в одних и тех же положениях римского права, по-разному истолкованных. Одним из ключевых различий в том, какие именно концепции мирового соглашения, выработанные в римском праве, были заимствованы той или иной правовой системой, являлась область их применения: только урегулирование споров или также и урегулирование бесспорного долга. В римском праве transaction заключалось и в случае, когда между сторонами было сомнение по поводу не наличия, а реализуемости права, т.е. так, как оно применяется в современном праве в исполнительном и конкурсном производстве. В средние века глоссаторы ограничили содержание этого института только случаями сомнения в наличии или объеме субъективного права. Тем самым было положено начало пониманию мирового соглашения в узком и широком смысле слова. Подход, присущий классическому римскому праву, был впоследствии воспринят немецкой школой права и закреплен в Германском гражданском уложении 1896 г. Более узкий подход, предложенный глоссаторами, был заимствован французским и итальянским правом. Во Французском гражданском кодексе 1804 г., Итальянском гражданском кодексе 1941 г. понятие мирового соглашения дается именно в этом узком смысле <209>.

<209> Давыденко Д.Л. Мировое соглашение как средство внесудебного урегулирования частноправовых споров (по праву России и некоторых зарубежных стран): Дис. ... канд. наук. М., 2004. С. 27.

По мнению Д.Л. Давыденко, "...мировое соглашение является правовым институтом особого рода. Сочетая в себе материально-правовые и процессуальные элементы, оно требует специального регулирования как в материальном, так и в процессуальном и коллизионном праве. При этом в своей основе оно является гражданско-правовым договором отдельного вида, который может быть заключен сторонами как в ходе судебного процесса, так и до его начала. Внесудебные мировые соглашения должны регулироваться материальным правом, а судебные - также и процессуальным правом (в отношении их процессуальных последствий, порядка их

заклучения, изменения, оспаривания и исполнения)" <210>.

<210> Давыденко Д.Л. Мировое соглашение как средство внесудебного урегулирования частноправовых споров: по праву России и некоторых зарубежных стран: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 10.

Необходимо отметить, что понятие "мировое соглашение", являясь далеко не однородным, зачастую необоснованно используется для определения как внесудебного (досудебного) мирового соглашения, так и для определения судебного мирового соглашения.

По мнению В.А. Базарова, следует проводить четкое их отграничение друг от друга, так как их правовая природа различна: внесудебное мировое соглашение представляет собой соглашение (договор) о разрешении материально-правового спора на взаимовыгодных для сторон условиях, т.е. сделку в гражданско-правовом значении, а судебное представляет собой возмездную гражданско-правовую сделку сторон гражданского, арбитражного или третейского судопроизводства либо процедуры исполнения их решений, совершаемые ими путем взаимных уступок с целью осуществления субъективного права и прекращения судопроизводства либо процедуры принудительного исполнения решения, условия которой вступают в законную силу после утверждения государственным или третейским судом, порождают для ее сторон гражданские права и обязанности и могут быть исполнены принудительно <211>.

<211> Базаров В.А. Институт мирового соглашения: сравнительные аспекты и пути развития: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2004. С. 8.

Между тем С.В. Лазарев не согласен с имеющимся в теории понятием внесудебного мирового соглашения как соглашения о разрешении материально-правового спора на определенных условиях. Классификационный критерий подразделения мировых соглашений на внесудебные и судебные он видит в присутствии суда при заключении мирового соглашения, а также в действиях суда и сторон, направленных на заключение этого акта, - судебное заключается в присутствии суда, внесудебными будут все остальные <212>.

<212> Лазарев С.В. Мировое соглашение в гражданском судопроизводстве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006. С. 10.

По мнению А.М. Абдрашитова, для того чтобы внесудебное мировое соглашение раскрыло весь свой богатый потенциал, необходимо, чтобы оно носило характер реально действующего средства разрешения споров. Что же в данном случае предлагается. Во-первых, введение требования нотариального удостоверения мирового соглашения. Нотариус будет проверять законность мирового соглашения, дееспособность и правоспособность его участников, соответствие волеизъявления их действительной воле. Во-вторых, возможность выдачи судом исполнительного листа на внесудебное мировое соглашение. В данном случае обязанность по проверке условий внесудебного мирового соглашения будет возложена на суд. В-третьих, сочетание двух вышеуказанных путей, когда заключение мирового соглашения происходит перед нотариусом, который осуществляет проверку законности мирового соглашения и его удостоверение, а суд после истечения срока для заявления возражений стороной, против которой испрашивается принудительное исполнение, выдает исполнительный лист.

Следует согласиться с А.М. Абдрашитовым, который считает более предпочтительным введение требования нотариального удостоверения мирового соглашения. Во-первых, это позволяет освободить суды от исполнения несвойственных им функций разрешения дел, не связанных со спорами о праве; во-вторых, это дает возможность участникам частноправовых отношений урегулировать или предупредить свой спор, не передавая информацию о нем в суд, являющийся органом государственной власти; в-третьих, это возлагает расходы, связанные с разрешением и предупреждением споров путем заключения внесудебных мировых соглашений, на стороны; в-четвертых, это будет способствовать становлению традиции самостоятельного урегулирования споров без обращения к суду; в-пятых, это не влечет за собой утрату возможности

обращения за судебной защитой <213>.

<213> Абдрашитов А.М. Мировое соглашение в делах о несостоятельности (банкротстве): Дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006. С. 35, 36.

Итак, в случае если мировое соглашение утверждено судом, то последствием является прекращение производства по делу, неприменение ранее вынесенных судебных актов. В данном случае очевидна контрольная роль суда при утверждении мирового соглашения, а именно суд должен проверить законность этого акта по нескольким направлениям.

Во-первых, есть ли процессуальное действие, а именно заключено ли мировое соглашение, есть ли обращение сторон к суду об утверждении мирового соглашения.

Во-вторых, наделена ли соответствующая категория лиц, участвующих в деле, правом на заключение мирового соглашения.

В-третьих, добровольность заключения мирового соглашения и осознание последствий утверждения судом этого акта.

В-четвертых, возможно ли по данной категории дел заключение мирового соглашения; допускается ли возможность договоренности сторон; не изменяют ли стороны своим соглашением императивные нормы закона.

В-пятых, возможно ли распоряжение стороной соответствующим объектом, правом; кому принадлежит на праве собственности и в соответствии с какими документами соответствующий объект.

В-шестых, все ли лица привлечены к участию в деле и не нарушает ли мировое соглашение их прав, а также прав лиц, не привлеченных к участию в деле; ясно, четко ли изложены его условия; нет ли двусмысленности, нечеткости условий; не включены ли "лишние" условия; возможно ли все условия исполнить принудительно; не заключено ли мировое соглашение под условием.

В-седьмых, урегулируется ли данным мировым соглашением спор; соответствуют ли условия мирового соглашения предмету спора, затрагивают ли другие права и обязанности сторон; не содержит ли мировое соглашение мер ответственности за его нарушение <214>.

<214> Лазарев С.В. Мировое соглашение в гражданском судопроизводстве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006. С. 10.

Как отмечает Р.Е. Гукасян, мировое соглашение имеет определенные преимущества перед судебным решением: а) стороны получают навыки самостоятельного регулирования возникших между ними споров и разногласий, сохраняют уважение и деловые отношения друг с другом; б) мировое соглашение очень часто становится первым шагом к окончательному примирению сторон, в то время как судебное решение нередко увеличивает разногласия между ними; в) судебное решение содержит элемент государственного принуждения, мировое же соглашение заключается на основании волеизъявления самих спорящих сторон, на основе их убеждения в необходимости именно такого разрешения спора; г) заключение сторонами мирового соглашения экономит время и средства суда; д) мировое соглашение предпочтительнее судебного решения особенно в тех случаях, когда имеются трудности фактического порядка для вынесения решения или трудности, связанные с исполнением будущего решения <215>.

<215> Гукасян Р.Е. Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве. Саратов, 1970. С. 125 - 146.

К числу основных признаков мирового соглашения относятся следующие:
мировое соглашение представляет собой средство защиты права;
мировое соглашение - это двух(много)сторонняя сделка, то есть договор;
мировое соглашение - это сделка, которая заключается между лицами, уже связанными гражданским правоотношением;
мировое соглашение является взаимной возмездной сделкой.

К числу иных признаков О.С. Черникова относит:

взаимовыгодность - при заключении мирового соглашения стороны на основе добровольного волеизъявления и взаимных уступок друг другу приходят к компромиссу, сохраняют деловые отношения;

законность - в соответствии с ч. 6 ст. 141 АПК РФ содержание мирового соглашения не должно противоречить закону или нарушать права и законные интересы других лиц;

рациональность - соблюдение участниками мирового соглашения допустимых пределов взаимных уступок <216>.

<216> Черникова О.С. Мировое соглашение как процедура в арбитражном процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2006. С. 9.

Правовое значение мирового соглашения заключается в его преклюзивном (преграждающем или ограничивающем) действии, т.е. устранении возможности для сторон возвращаться к предшествующему спору или правовой либо фактической неопределенности (трансформации сомнительного (спорного) притязания в определенное (бесспорное или признанное)) право. Действие мирового соглашения не сводимо ни к конститутивному (мировое соглашение не всегда содержит новацию), ни к декларативному, т.е. его значение как правового института не ограничивается прекращением или подтверждением предшествующих правоотношений сторон, а связано с прекращением правового спора на согласованных условиях.

Сущность мирового соглашения состоит в устранении разногласий по поводу точного содержания правоотношений участников частнопроводимого оборота на согласованных ими условиях.

Преклюзивное действие мирового соглашения выделяет его из прочих правовых средств и определяет его место как основного средства урегулирования споров, более эффективного для достижения этой цели, чем новация, отступное или иные правовые институты, которые не могут в полной мере его заменить <217>.

<217> Давыденко Д.Л. Мировое соглашение как средство внесудебного урегулирования частнопроводимых споров: по праву России и некоторых зарубежных стран: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 12, 13.

Следует согласиться с С.В. Лазаревым о необходимости разработки и внедрения механизма, стимулирующего стороны к заключению мирового соглашения.

Под таким механизмом понимается комплекс мер, направленных на заключение сторонами мирового соглашения:

информационные. Они подразумевают уяснение сторонами преимуществ утверждения мирового соглашения. Информация об этом должна содержаться на стендах в судах, находящихся на видном месте. Возможно при подаче искового заявления истцом и при получении его ответчиком предоставление буклета, содержащего обязанности и права стороны, в том числе на заключение мирового соглашения, а также преимущества мирового соглашения;

имущественные - материальное стимулирование заключения мирового соглашения. Подобная мера закреплена в АПК РФ как возврат истцу половины уплаченной государственной пошлины;

защитные. Признания стороны, которая пошла на уступки при заключении мирового соглашения, если последнее почему-либо не состоялось, не должны допускаться в дальнейшем как доказательство. По желанию сторон должна быть обеспечена конфиденциальность условий примирения - в случаях подачи ходатайства о проведении закрытого судебного заседания одной из сторон должно проводиться закрытое судебное заседание об утверждении мирового соглашения;

временные. В каждом деле в судебном разбирательстве суд должен информировать стороны о возможности отложения судебного разбирательства на определенный разумный период времени. По истечении этого периода суд обязан проверить, какие конкретные меры для примирения выполнены сторонами. В случае их непринятия или намеренного затягивания

процесса он налагает судебный штраф на виновную сторону;

обеспечительные. Целесообразно при утверждении мирового соглашения не прекращать производство по делу, а приостанавливать до момента предполагаемого исполнения его условий. После этого должно быть принято одно из решений: о прекращении производства по делу (при отсутствии заявления о возобновлении производства в течение 1 месяца с предполагаемого исполнения), о возобновлении производства по делу при заявлении одной из сторон и рассмотрение дела по существу;

теоретико-нормативные. Разработка в рамках правовой науки и внедрение в жизнь примирительных процедур (альтернативных способов разрешения споров). На первых порах льготный налоговый режим и законодательно установленные границы гонораров лиц и организаций, осуществляющих примирительные процедуры. Обучение в юридических вузах методике достижения мира, ведению переговоров, использованию примирительных процедур. Совершенствование положений законодательства, направленных на примирение сторон <218>.

<218> Лазарев С.В. Мировое соглашение в гражданском судопроизводстве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006. С. 16, 17.

В российском процессуальном законодательстве наиболее подробное урегулирование порядка рассмотрения и утверждения судом мирового соглашения содержится в АПК РФ. В нем установлены следующие общие правила:

1) мировое соглашение может быть заключено сторонами на любой стадии арбитражного процесса и при исполнении судебного акта (п. 1 ст. 139 АПК РФ); по любому делу, если иное не предусмотрено АПК РФ и иным федеральным законом (п. 2 ст. 139 АПК РФ);

2) согласно п. 4 ст. 49, п. 2 ст. 138 АПК РФ субъектами мирового соглашения могут быть стороны процесса;

3) представитель стороны должен быть наделен полномочиями на заключение мирового соглашения от имени представляемого лица, что специально оговаривается в доверенности, выдаваемой представляемым, или ином документе, подтверждающем полномочия представителя (п. 2 ст. 63, п. 1 ст. 140 АПК РФ);

4) мировое соглашение заключается в письменной форме и подписывается сторонами или их представителями при наличии у них полномочий на заключение мирового соглашения, специально предусмотренных в доверенности или ином документе, подтверждающих полномочия представителя (п. 1 ст. 140 АПК РФ); составляется и подписывается в количестве экземпляров, превышающем на один экземпляр количество лиц, заключивших мировое соглашение; один из этих экземпляров приобщается арбитражным судом, утвердившим мировое соглашение, к материалам дела (п. 4 ст. 140 АПК РФ);

5) мировое соглашение утверждается арбитражным судом, в производстве которого находится дело. В случае если мировое соглашение заключено в процессе исполнения судебного акта, оно представляется на утверждение арбитражного суда первой инстанции по месту исполнения судебного акта или в арбитражный суд, принявший указанный судебный акт; вопрос об утверждении мирового соглашения рассматривается арбитражным судом в судебном заседании; по результатам рассмотрения вопроса об утверждении мирового соглашения арбитражный суд выносит определение об утверждении мирового соглашения или отказе в утверждении мирового соглашения (ст. 141 АПК РФ);

6) арбитражный суд не утверждает мировое соглашение, если оно противоречит закону или нарушает права и законные интересы других лиц (п. 6 ст. 141 АПК РФ);

7) если в мировом соглашении отсутствует условие о распределении судебных расходов, арбитражный суд разрешает этот вопрос при утверждении мирового соглашения в общем порядке, установленном АПК РФ;

8) в определении арбитражного суда об утверждении мирового соглашения обязательно указываются условия мирового соглашения и распределение судебных расходов между сторонами. Кроме того, арбитражный суд обязан возратить истцу из федерального бюджета половину уплаченной им государственной пошлины (за исключением случаев, если мировое соглашение заключено в процессе исполнения судебного акта арбитражного суда);

9) после утверждения мирового соглашения арбитражный суд определением прекращает производство по делу (ч. 2 ст. 150 АПК РФ);

10) определение об утверждении мирового соглашения подлежит немедленному исполнению и может быть обжаловано в арбитражный суд кассационной инстанции в течение месяца со дня вынесения определения (п. 8 ст. 141 АПК РФ);

11) мировое соглашение исполняется лицами, его заключившими, добровольно, в порядке и сроки, которые ими предусмотрены; мировое соглашение, не исполненное добровольно, подлежит принудительному исполнению с соблюдением общих правил, регулирующих исполнение актов арбитражного суда, на основании исполнительного листа, выдаваемого арбитражным судом по ходатайству лица, заключившего мировое соглашение (ст. 142 АПК РФ).

Глава 2. ОСОБЕННОСТИ МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОГО И НАЦИОНАЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПОСРЕДНИЧЕСТВА (МЕДИАЦИИ)

§ 1. Международно-правовые акты о процедуре медиации

Для регулирования посреднических и примирительных процедур на международном и национальном уровне организации, поддерживающие и развивающие альтернативные формы разрешения споров, разрабатывают примерные правила рассмотрения споров, имеющие рекомендательный характер. В частности, на международном уровне к документам рекомендательного характера относятся: Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре 2002 г., Директива N 2008/52 ЕС Европейского Парламента и Совета от 21 мая 2008 г. относительно некоторых аспектов медиации в гражданских и коммерческих делах (далее - Директива), Примирительный регламент ЮНСИТРАЛ 1980 г. и др.

Проанализируем ряд документов, регулирующих примирительные процедуры.

Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре 2002 г.

Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре разработан с учетом практики применения согласительных процедур в различных государствах и представляет собой свод рекомендаций (14 статей). Рекомендован он государствам для включения его положений в их национальное право, а его использование призвано способствовать единообразию правового регулирования в области согласительных процедур.

Для целей Типового закона о международной согласительной процедуре под термином "согласительная процедура" понимается процедура, которая может именоваться согласительной, посреднической или обозначаться термином аналогичного смысла и в рамках которой стороны просят третье лицо или лиц (посредников) оказать им помощь в попытке достичь мирного урегулирования их спора, возникшего из договорных или иных правоотношений либо в связи с ними. Иными словами, согласительная процедура представляет собой один из видов примирительных процедур, которая подразумевает ее исполнение с помощью третьего лица - примирителя (посредника) <219>.

<219> Термин "согласительная процедура" используется в Типовом законе в качестве широкого понятия, охватывающего процедуры, при которых лицо или коллегия лиц оказывают сторонам помощь в их попытке достичь мирного урегулирования своего спора. Между такими процедурами урегулирования споров, как переговоры, согласительная процедура и арбитраж, имеются важные различия. После возникновения спора стороны, как правило, пытаются урегулировать его путем переговоров без привлечения каких-либо лиц, не имеющих отношения к спору. Если переговоры не привели к урегулированию спора, то можно воспользоваться целым рядом механизмов урегулирования споров, включая арбитраж и согласительную процедуру.

Кроме того, в п. 4 ст. 1 Руководства по принятию и применению типового закона ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре (2002 год) указано, что согласительная процедура является международной, если:

а) коммерческие предприятия сторон соглашения о согласительной процедуре в момент его

заклучения находятся в различных государствах;

б) государство, в котором находятся коммерческие предприятия сторон, не является ни государством, в котором должна быть исполнена значительная часть обязательств, вытекающих из коммерческих отношений; ни государством, с которым наиболее тесно связан предмет спора.

Несмотря на то, что Типовой закон о международной коммерческой согласительной процедуре ориентирован на международные согласительные процедуры, он допускает их применение государствами в своем национальном законодательстве для их регламентации не только международной согласительной, но и внутренней процедуры. При этом Типовой закон о международной коммерческой согласительной процедуре может быть использован применительно к отношениям коммерческого характера (как договорным, так и внедоговорным). Иными словами, как отмечает М.А. Рожкова, подлежащий урегулированию с использованием согласительной процедуры спор может вытекать из любых отношений коммерческого характера, в том числе из любых торговых сделок на поставку товаров или услуг или обмен товарами или услугами; дистрибьюторских соглашений; коммерческого представительства или агентского соглашения; факторинга; лизинга; строительства промышленных объектов; предоставления консультативных услуг; инжиниринга; лицензирования; инвестирования; финансирования; банковских услуг; страхования; соглашений об эксплуатации или концессии; совместных предприятий и других форм промышленного или предпринимательского сотрудничества; перевозки товаров или пассажиров воздушным, морским, железнодорожным или автомобильным транспортом <220>.

<220> Рожкова М.А., Елисеев Н.Г., Скворцов О.Ю. [Договорное право: соглашения о подсудности](#), международной подсудности, примирительной процедуре, арбитражное (третейское) и мировое соглашения / Под общ. ред. М.А. Рожковой. М.: Статут, 2008. С. 342.

В соответствии с [п. 3 ст. 1](#) Типового закона о международной коммерческой согласительной процедуре под термином "посредник" понимается лицо, которое не обладает полномочиями выносить обязательное для сторон решение. При этом важно отметить, что если стороны не договорились об ином, то посредник не может выступать в качестве арбитра по спору, который являлся или является предметом согласительной процедуры, или по другому спору, возникшему в связи с тем же договором или правоотношением или в связи с любым имеющим к нему отношение договором или правоотношением. Кроме того, Типовой закон о международной коммерческой согласительной процедуре не применяется к случаям, когда судья или арбитр в ходе судебного или арбитражного производства пытается содействовать урегулированию. Таким образом, данный Типовой закон разграничивает деятельность по осуществлению согласительной процедуры, которая осуществляется примирителем, и содействие в примирении сторон, что относится к задачам судей. Так, в [ст. 138](#) АПК РФ указано, что арбитражный суд принимает меры для примирения сторон, содействует им в урегулировании спора.

Согласно [п. 7 ст. 1](#) Типового закона о международной коммерческой согласительной процедуре стороны могут по своему усмотрению договариваться об исключении применения данного Закона. Кроме того, [ст. 3](#) данного Типового закона устанавливает правило, в соответствии с которым стороны могут договориться об исключении или изменении любого из положений Типового закона о международной коммерческой согласительной процедуре. Исключения составляют лишь случаи, указанные в [ст. 2](#), определяющей толкование Типового закона, и [п. 3 ст. 6](#), которая обязывает примирителя стремиться к непредвзятости подхода по отношению к сторонам и учитывать при этом обстоятельства спора.

В силу положений [ст. 4](#) Типового закона о международной коммерческой согласительной процедуре согласительная процедура в отношении возникшего спора начинается в день, когда стороны в споре соглашаются обратиться к согласительной процедуре. В случае если сторона, которая предложила другой стороне обратиться к согласительной процедуре, не получает сообщения о принятии предложения в течение тридцати дней со дня направления такого предложения или в течение иного срока, указанного в предложении, она может рассматривать отсутствие ответа как отклонение предложения об обращении к согласительной процедуре.

Согласно [ст. 6](#) Типового закона о международной коммерческой согласительной процедуре

стороны могут по своему усмотрению договариваться, посредством ссылки на какой-либо регламент или иным образом, о порядке проведения согласительной процедуры. Если же договоренность о порядке проведения согласительной процедуры отсутствует, посредник может вести согласительную процедуру в таком порядке, какой он считает надлежащим, учитывая обстоятельства дела, любые пожелания, которые могут выразить стороны, и необходимость скорейшего урегулирования спора. Однако в любом случае при проведении согласительной процедуры посредник стремится к обеспечению непредвзятого подхода по отношению к сторонам и учитывает при этом обстоятельства дела, а также он может на любой стадии согласительной процедуры вносить предложения об урегулировании спора.

Как и любая примирительная процедура проводится с учетом принципа конфиденциальности, международная коммерческая согласительная процедура в соответствии с положениями [ст. 8 - 10](#) Типового закона также строится на этих началах.

Во-первых, когда посредник получает от одной из сторон информацию, касающуюся спора, он может раскрыть существо этой информации другой стороне согласительной процедуры. Однако если сторона сообщает посреднику какую-либо информацию под прямым условием о сохранении ее конфиденциальности, эта информация не раскрывается другой стороне согласительной процедуры.

Во-вторых, сохраняется конфиденциальность всей информации, относящейся к согласительной процедуре, за исключением тех случаев, когда ее раскрытие требуется по закону или для целей исполнения или приведения в исполнение мирового соглашения, если стороны не договорились об ином.

В-третьих, сторона согласительной процедуры, посредник или любое третье лицо, включая лиц, участвовавших в согласительной процедуре, не приводит или не представляет в качестве доказательства и не ссылается в своих свидетельских показаниях в рамках арбитражного, судебного или аналогичного разбирательства на любые из следующих элементов:

предложение одной из сторон об обращении к согласительной процедуре или тот факт, что одна из сторон выразила готовность к участию в согласительной процедуре;

мнения или предложения, высказанные одной из сторон согласительной процедуры в отношении возможного урегулирования спора;

заявления или признания, сделанные одной из сторон в ходе согласительной процедуры;

предложения посредника;

тот факт, что одна из сторон проявила готовность принять предложение об урегулировании, сделанное посредником;

документ, подготовленный исключительно для целей согласительной процедуры.

В соответствии со [ст. 11](#) Типового закона о международной коммерческой согласительной процедуре согласительная процедура прекращается, если:

стороны урегулировали спор и заключили мировую сделку;

примиритель (после консультаций со сторонами) сделал заявление о том, что дальнейшие усилия в рамках согласительной процедуры более себя не оправдывают;

стороны сделали заявление, адресовав его примирителю, о том, что согласительная процедура прекращается;

одна из сторон сделала заявление, направив его другой стороне (сторонам) и примирителю (если примиритель уже назначен), о том, что согласительная процедура прекращается. Иными словами, все основания для прекращения согласительной процедуры подразделяются на две группы: а) стороны достигли согласия и урегулировали спор; б) стороны не урегулировали спор.

В заключение отметим, что согласно [ст. 13](#), когда стороны договорились о согласительной процедуре и прямо обязались не возбуждать в течение установленного ими срока или до наступления оговоренного события арбитражное или судебное разбирательство в отношении существующего или будущего спора, арбитраж или суд признает силу такого обязательства до тех пор, пока условия этого обязательства не будут выполнены. Исключением является случай, когда стороне необходимо защитить свои права. При этом возбуждение такого разбирательства само по себе не рассматривается как отказ от соглашения о согласительной процедуре или как прекращение согласительной процедуры.

[Директива](#) 2008/52 ЕС Европейского Парламента и Совета от 21 мая 2008 г. относительно

некоторых аспектов медиации в гражданских и коммерческих делах (далее - Директива).

Цель Директивы - обеспечение лучшего доступа к справедливости как часть политики Европейского союза, направленной на создание правового пространства свободы, безопасности и справедливости, должна включать доступ как к судебным, так и к внесудебным методам разрешения споров. Директива призвана внести свой вклад в надлежащее функционирование внутреннего рынка, в частности в том, что касается предоставления и использования медиативных услуг.

Медиация в соответствии с Директивой обеспечивает эффективное по затратам и быстрое внесудебное разрешение споров по гражданским и коммерческим делам посредством процедур, отвечающих потребностям сторон. В отношении договоренностей, достигнутых посредством медиации, существует большая вероятность того, что они будут исполняться добровольно, как и большая вероятность того, что они обеспечат сохранение дружеских и устойчивых отношений между сторонами. Эти преимущества находят свое наиболее явное подтверждение в ситуациях, связанных с наличием международных элементов.

Сразу отметим, что Директива не может применяться:

в отношении прав и обязанностей, по которым стороны не вправе принимать самостоятельные решения с учетом действующего законодательства, а такие права и обязанности часто имеют место в рамках семейного права и трудового законодательства;

в отношении предконтрактных переговоров или в отношении процедур судебного или арбитражного характера, как, например, некоторые схемы судебного примирения, схемы рассмотрения жалоб потребителей, арбитраж или экспертные заключения, а также процедур, осуществляемых учреждениями, издающими формальные рекомендации, будь то юридически обязательные или нет, для разрешения споров.

Таким образом, подчеркивается различие между мерами по примирению сторон, которые обязан принимать судья, и посредничеством, проводимым медиатором. Однако категорического запрета на участие судей в посредничестве из Директивы не вытекает. Более того, в Директиве отмечается, что в тех случаях, когда судья в соответствии с национальным законодательством может выступать в качестве медиатора, Директива должна применяться к посредничеству, проводимому судьей, который не ответственен за какое-либо судебное разбирательство, имевшее отношение к предмету спора.

Под медиатором Директива подразумевает любое третье лицо, привлеченное к осуществлению медиации эффективным, объективным и компетентным образом, вне зависимости от наименования или профессии данного третьего лица в соответствующем государстве - члене ЕС и вне зависимости от того, каким образом это третье лицо было привлечено или затребовано для проведения медиации (ст. 3).

Целью данной Директивы является упрощение доступа к разрешению споров путем содействия использованию медиации и обеспечения сбалансированного соотношения между медиацией и судебными процедурами.

Согласно ст. 3 Директивы, медиация означает любой процесс вне зависимости от его обозначения, в котором две или более стороны спора прибегают к помощи третьей стороны с целью достижения соглашения о разрешении их спора, и вне зависимости от того, был ли этот процесс инициирован сторонами, предложен или назначен судом или предписывается национальным законодательством государства - члена ЕС.

Это определение включает медиацию, проводимую судьей, не участвующим в каких-либо судебных процедурах в связи с соответствующим спором. Это определение не включает усилий, предпринимаемых судом или судьей, стремящихся урегулировать спор в рамках судебных процедур, затрагивающих соответствующий спор.

Директива применяется в отношении споров на международном уровне <221> по гражданским и коммерческим делам, за исключением прав и обязанностей, решения по которым стороны не вправе решать самостоятельно в соответствии с применяемым правом. Это относится, в частности, к вопросам налогообложения, таможенным и административным вопросам, а также к вопросам ответственности государства за действия и упущения в осуществлении государственной власти (acta iure imperii).

<221> Спором на международном уровне считается спор, как минимум одна из сторон которого имеет местом регистрации или местом обычного пребывания государство - член ЕС иное, нежели какая-либо иная сторона на дату, когда: (а) стороны соглашаются использовать медиацию в связи с возникновением спора; (b) медиация назначена судом; (с) обязательство использовать медиацию возникает в соответствии с национальным законодательством или (d) сторонам направлено приглашение в соответствии с положениями [статьи 5](#) Директивы.

Кроме того, [Директива](#) может применяться:

в отношении ситуаций, в которых суд направляет стороны на медиацию или в которых национальное законодательство предписывает проведение медиации;

в случаях если судья в соответствии с национальным законодательством может выступать в качестве медиатора;

в отношении медиации, осуществляемой судьей, не участвующим в каких-либо судебных процедурах в связи с предметом или предметами спора, однако не должна распространяться на попытки, предпринимаемые судом или судьей для разрешения спора в контексте юридических процедур, относящихся к рассматриваемому спору, или в отношении дел, по которым суд или судья запрашивает помощь или консультацию компетентного лица.

Европейский кодекс поведения для медиаторов от 2 июня 2004 г. (далее - Кодекс поведения для медиаторов; Кодекс).

Кодекс поведения для медиаторов был разработан инициативной группой практикующих посредников при поддержке Европейской комиссии и принят на конференции в Брюсселе 2 июня 2004 г.

Кодекс поведения для медиаторов определяет ряд принципов, которых медиаторы обязуются добровольно придерживаться под свою ответственность. Кодекс разработан для всех видов медиации по гражданским и коммерческим делам.

Организации, предоставляющие услуги медиации, также могут брать на себя указанные в Кодексе обязательства, требуя от медиаторов, действующих под эгидой этих организаций, соблюдать установленные правила. Кроме того, организации имеют возможность представлять информацию о мерах, принимаемых ими для обеспечения соблюдения Кодекса медиаторами посредством, например, обучения, оценки и мониторинга.

Согласно Кодексу поведения для медиаторов, медиация определяется как любой процесс, при котором две и более стороны соглашаются на привлечение третьей стороны (далее - медиатора) для оказания им помощи при разрешении их спора путем достижения согласия без судебного решения независимо от того, как этот процесс может называться или характеризоваться в общепринятом смысле в каждой из стран-членов.

Важно отметить, что ссылки на Кодекс не затрагивают действия национального законодательства или правил, регулирующих отдельные сферы деятельности.

Организации, предоставляющие услуги медиации, могут разрабатывать более подробные Кодексы, применяемые к конкретному контексту или к видам предлагаемых ими услуг медиации, а также к конкретным сферам, таким, как, например, медиация в семейных делах или в сфере потребления.

Каковы же основные положения Кодекса поведения для медиаторов?

Прежде всего, следует отметить то, что медиаторы должны быть компетентными и иметь необходимые знания в сфере медиации. При этом важными факторами являются надлежащее обучение и постоянное совершенствование их теоретических и практических навыков в области медиации с учетом всех относящихся к этому стандартов или требований, связанных с их аккредитацией. Кроме того, медиатор, прежде чем принять предложение выступить в качестве медиатора, должен убедиться в том, что он имеет достаточный опыт работы и компетентность для проведения медиации, и по требованию сторон предоставить им информацию о своей предыдущей деятельности и об имеющемся опыте работы.

Важнейшими принципами деятельности медиатора являются:

независимость и нейтралитет. Медиатор не вправе действовать или, если он начал действовать, продолжать действовать без выяснения предварительно всех обстоятельств, которые могут или могли бы повлиять на его независимость или вызвать конфликт интересов.

Обязанность выяснения таких обстоятельств является постоянным требованием на протяжении всего процесса медиации.

К таким обстоятельствам относятся:

любые личные или деловые отношения с одной из сторон;

любая, будь то прямая или косвенная, финансовая либо иная заинтересованность в результатах медиации;

предыдущая деятельность медиатора или кого-либо из его компании, предприятия в любом ином качестве, кроме медиатора, в пользу одной из сторон.

В таких случаях медиатор может согласиться на проведение медиации или продолжить проведение медиации, только если он уверен в своей способности осуществлять медиацию с соблюдением полной независимости и нейтралитета, обеспечивающих полную объективность, и при определенно выраженном согласии сторон;

беспристрастность. Медиатор всегда должен действовать абсолютно объективно по отношению к каждой из сторон и стремиться быть воспринятым как действующий и стремящийся предоставлять услуги каждой из сторон относительно того, что касается медиации, одинаковым образом, с уважением к процессу медиации.

Что касается процедуры проведения медиации, медиатор должен убедиться в том, что стороны понимают особенности процесса медиации и роль медиатора и сторон в этом процессе.

В частности, он должен перед принятием на себя обязательств по проведению медиации убедиться в том, что стороны поняли условия и положения соглашения о проведении медиации, включая, в частности, все положения, касающиеся обязательств медиатора и сторон в отношении конфиденциальности <222>, и выразили свое согласие с этими условиями и положениями.

<222> Медиатор должен хранить в качестве конфиденциальной всю информацию, полученную в процессе проведения медиации или связанную с ней, включая факт, что медиация будет проведена или уже имела место, за исключением случаев, если это связано с требованиями закона или основ общественной политики. Любая информация, доведенная конфиденциально до сведения медиатора одной из сторон, не должна доводиться им до сведения другой стороны, за исключением случаев, если на это имеется согласие другой стороны или этого требует закон.

Медиатор должен проводить процедуру надлежащим образом, принимая во внимание обстоятельства дела, в том числе возможный дисбаланс сил и нормы права, возможные пожелания сторон и необходимость быстрого урегулирования спора. Стороны полностью свободны в отношении выражения согласия с медиатором - со ссылкой на правила или иным образом с теми методами, которые должны использоваться при проведении медиации.

Медиатор, если он считает это целесообразным, может, проинформировав стороны, прекратить процедуру медиации с учетом обстоятельств дела и своей компетенции в случаях, когда намечающееся соглашение является невыполнимым или незаконным либо когда продолжение процедуры медиации вряд ли приведет к положительному результату.

Примирительный [регламент](#) ЮНСИТРАЛ 1980 г.

Согласно [Регламенту](#) он применяется для согласительного урегулирования споров, возникающих из договорных или иных правоотношений, когда стороны стремятся урегулировать спор мирным путем. Стороны могут изменять или исключать любые положения Регламента.

В данном документе урегулирован порядок разрешения споров через посредников, согласование кандидатуры посредника или посредников, а также принципы разрешения спора.

Основные юридически значимые положения, которые нашли в нем отражение, можно обозначить следующим образом:

определение начала согласительной процедуры (для целей упорядочения отношений сторон, а также возможного приостановления течения срока исковой давности);

установление порядка назначения посредников, а также требований независимости и беспристрастности посредников, правил их поведения в случае конфликта интересов;

закрепление принципа конфиденциальности процедуры посредничества (приобретает особое значение в тех случаях, когда посредничество оказалось безуспешным и стороны вынуждены обращаться за разрешением спора в суд или в другой юрисдикционный орган);

установление ограничений использования конкретной информации в последующем судебном или другом разбирательстве;

установление правила об обязательной силе достигнутого сторонами соглашения и приведении его в исполнение.

Как отмечает Е.И. Носырева, к законодательной регламентации могут быть отнесены также: порядок инициирования процедуры посредничества (обязательный или добровольный). Если обязательный, то должны устанавливаться гарантии обеспечения права на судебную защиту; если добровольный, то определяется механизм получения согласия сторон;

категории дел, по которым допускается использование посредничества, или категории дел, по которым посредничество недопустимо;

круг лиц, которые могут выполнять функции посредника, и требования, предъявляемые к посреднику;

порядок привлечения посредников для досудебного урегулирования споров;

сроки и границы проведения посредничества (в частности, в течение какого времени после возбуждения дела в суде может иметь место посредничество - до начала подготовки дела к судебному разбирательству или после его окончания);

процессуальные последствия использования процедуры посредничества в суде в случае достижения сторонами соглашения об урегулировании спора и в случае безуспешности посредничества <223>.

<223> Носырева Е.И. Методические и теоретические основы преподавания курса "Посредничество (медиация)". В кн.: Хрестоматия альтернативного разрешения споров: Учебно-методические материалы и практические рекомендации / Сост. Г.В. Севастьянов. СПб.: АНО "Редакция журнала "Третейский суд", 2009. С. 389, 390.

Примирительное производство начинается путем направления одной стороной другой стороне письменного приглашения о таком производстве с кратким изложением предмета спора. Примирительное производство считается неначавшимся, если другая сторона отклоняет предложение о нем или если первая сторона не получила в 30-дневный срок от другой стороны какого-либо сообщения по этому вопросу. По соглашению сторон в процедуре могут участвовать один примиритель или более. В случае если стороны не договорятся по кандидатурам примирителей, то они могут согласовать в качестве рекомендующего органа какую-либо организацию или лицо, которые произведут соответствующие назначения. Однако в отличие от арбитражной процедуры такие назначения примирителей не носят принудительного характера.

После назначения примиритель запрашивает у сторон необходимые материалы, определяет время и место разбирательства. Порядок процедуры примиритель определяет самостоятельно, руководствуясь принципами объективности и справедливости и предоставляя сторонам равные возможности для изложения и обоснования своей позиции. Если стороны достигли мирового соглашения, то они вырабатывают его и подписывают. Эту функцию может выполнить примиритель, если стороны попросят его об этом.

В соответствии со [ст. 7](#) Регламента посредник независимо и беспристрастно оказывает сторонам помощь в их стремлении достичь мирного урегулирования их спора, руководствуясь принципами объективности, непредвзятости и справедливости, учитывая, среди прочего, права и обязанности сторон, соответствующие торговые обычаи и связанные с данным спором обстоятельства, включая сложившуюся между сторонами деловую практику. Посредник может вести согласительную процедуру таким образом, какой он считает надлежащим, учитывая обстоятельства дела, пожелания сторон, включая просьбу стороны о том, чтобы он заслушал устные заявления и необходимость скорейшего урегулирования спора. Кроме того, посредник может на любой стадии согласительной процедуры вносить предложения об урегулировании спора. При этом не требуется, чтобы такие предложения делались в письменной форме и сопровождались изложением мотивов.

Примирительное производство может быть завершено следующим образом:

подписанием сторонами мирового соглашения - в день его подписания;

письменным заявлением посредника после консультации со сторонами о том, что

дальнейшие усилия в рамках согласительной процедуры более себя не оправдывают;
письменным заявлением сторон, адресованным посреднику, о том, что согласительная процедура прекращается;

письменным заявлением одной из сторон, направленным другой стороне и посреднику, если таковой назначен, о том, что согласительная процедура прекращается.

Важно отметить, что после прекращения согласительной процедуры посредник устанавливает сумму издержек согласительной процедуры и в письменном уведомлении сообщает ее сторонам. Термин "издержки" включает гонорар посредника, размер которого должен быть разумным; путевые и другие расходы, понесенные посредником; путевые и другие расходы свидетелей, привлечение которых было предложено посредником с согласия сторон; оплату услуг экспертов, привлечение которых было предложено посредником с согласия сторон; оплату содействия. Эти расходы стороны оплачивают поровну, если не согласовано иное. Все другие расходы несет каждая сторона.

Регламентом также установлено:

1) посредник не имеет права выступать в качестве арбитра или в качестве представителя или адвоката какой-либо из сторон в любом арбитражном или судебном разбирательстве в отношении спора, являющегося предметом согласительной процедуры. Стороны не могут привлекать посредника в качестве свидетеля в ходе такого разбирательства;

2) стороны не могут использовать в качестве доказательства в арбитражном или судебном разбирательстве по спору, который являлся предметом примирительного производства, следующее:

мнения или предложения, высказанные другой стороной в отношении возможного урегулирования спора;

признания, сделанные другой стороной в ходе согласительной процедуры;

предложения посредника;

тот факт, что другая сторона проявила готовность принять предложение об урегулировании, сделанное посредником.

К числу основных документов рекомендательного характера на уровне Российской Федерации относятся: [Регламент](#) по проведению примирительной процедуры с участием посредника Коллегии посредников, а также Согласительный [регламент](#) МКАС при ТПП РФ.

[Регламент](#) по проведению примирительной процедуры с участием посредника Коллегии посредников был утвержден Приказом Торгово-промышленной палаты Российской Федерации от 12 мая 2006 г. <224> (далее - Регламент).

<224> С изменениями, утвержденными [Приказом](#) ТПП РФ от 30 декабря 2008 г. N 72.

В соответствии с данным [Регламентом](#) примирительная процедура с участием посредника является альтернативным (внесудебным) способом разрешения конфликтов, разногласий и споров, возникших в сфере коммерческих отношений, направленным на выработку взаимовыгодных или взаимоприемлемых условий их разрешения и добровольное заключение сторонами соглашения в соответствии с выработанными условиями.

В соответствии с соглашением сторон посредник может также принимать участие в их переговорах, заключении ими договоров и в других случаях, когда стороны признают это необходимым.

Согласно [ст. 1](#) Регламента стороны, желающие урегулировать возникший между ними конфликт, разногласие либо спор с участием посредника, обращаются в Коллегию посредников с совместным заявлением о проведении примирительной процедуры, которое должно содержать:

наименование (фамилию, имя, отчество) сторон, их адреса, номера телефонов, факсов, адреса электронной почты;

фамилии, имена, отчества уполномоченных представителей, если таковые имеются;

краткое описание существа спора, включающее оценку его стоимости;

фамилию, имя, отчество назначаемого сторонами посредника или совместную просьбу о назначении посредника с указанием требований к его квалификации. Кроме того, к заявлению прилагаются доказательства уплаты регистрационного сбора, определенного положением о

сборах и расходах.

Следует отметить, что посредник не вправе принимать поручение о проведении примирительной процедуры непосредственно от сторон. В случае обращения стороны к посреднику он разъясняет ей порядок проведения примирительной процедуры, установленный Регламентом.

Что касается проведения примирительной процедуры, то согласно [Регламенту](#), если стороны не предусмотрели иное, она проводится одним посредником, который избирается сторонами из списка членов Коллегии посредников по проведению примирительных процедур при Торгово-промышленной палате Российской Федерации или с обоюдного согласия сторон предлагается самими сторонами. В случае если в 30-дневный срок со дня поступления заявления в Коллегию посредников стороны не договорились о кандидатуре посредника, он назначается Председателем Коллегии посредником с учетом пожеланий сторон. При этом указанные в Регламенте функции единоличного посредника распространяются и на участие в примирительной процедуре двух и более посредников.

Как и в любой примирительной процедуре, посредник и стороны должны соблюдать конфиденциальность в отношении всех вопросов, касающихся данной процедуры. Требование конфиденциальности распространяется и на соглашение сторон, достигнутое в результате примирительной процедуры, кроме случаев, когда раскрытие тех или иных его положений необходимо для целей выполнения такого соглашения.

В соответствии со [ст. 3](#) Регламента подготовка к проведению примирительной процедуры осуществляется со всеми сторонами спора. При подготовке к проведению примирительной процедуры назначаются консультации с руководителями организаций, индивидуальными предпринимателями, иными гражданами, являющимися спорящими сторонами и (или) их представителями.

Консультации со сторонами по проведению примирительной процедуры начинаются только после предъявления сторонами доказательств уплаты ими регистрационного сбора и проводятся посредником для: выяснения обстоятельств спора и позиций сторон; определения необходимых, относящихся к спору, документов; предварительного определения условий, требований и пожеланий сторон к проведению примирительной процедуры и ее результатам; выяснения мнения сторон о предполагаемом времени, необходимом для проведения и завершения примирительной процедуры; определения места и времени начала проведения примирительной процедуры.

В процессе консультаций между сторонами заключается договор, где устанавливаются размер, порядок уплаты и распределения между ними сборов и расходов в связи с проведением примирительной процедуры.

Примирительная процедура проводится только при уплате сторонами гонорарного и административного сборов.

После завершения консультаций день проведения примирительной процедуры назначается таким образом, чтобы обеспечить максимальную возможность участия в ней руководителей организаций, индивидуальных предпринимателей либо иных граждан, являющихся спорящими сторонами.

В случае невозможности личного участия указанных лиц день проведения примирительной процедуры назначается таким образом, чтобы обеспечить участие в ней их надлежащим образом уполномоченных представителей, в чьем непосредственном ведении находится вынесенный на примирительную процедуру вопрос.

Важно отметить, что проведение примирительной процедуры начинается с проверки полномочий лиц, принимающих участие в урегулировании спора и достижении соглашения сторон.

Посредник представляется сторонам и сообщает об опыте своей профессиональной деятельности. Сторонам также разъясняются основные принципы проведения примирительной процедуры: добровольность; равноправие сторон; конфиденциальность; нейтральность посредника.

Кроме того, стороны информируются о роли посредника в примирительной процедуре с целью достижения соглашения сторон и о праве сторон в любое время отказаться от

продолжения примирительной процедуры.

Посредник полностью свободен в выборе способа проведения примирительной процедуры и организует ее в целях достижения наибольшей эффективности по своему усмотрению, с соблюдением при этом требований [Регламента](#). Так, если посредник считает необходимым, он проводит беседу с каждой из сторон в отдельности, при этом информация, полученная при беседе с одной из сторон, может быть передана другой стороне только с разрешения стороны, сообщившей информацию.

Посредник также дает возможность сторонам высказываться и формулировать предложения, которые, по их мнению, могут привести к урегулированию их спора.

Посредник также в ходе примирительной процедуры выявляет действительный интерес и намерения каждой из сторон. Соблюдая принципы нейтральности и равноправия сторон, посредник вправе с их согласия вносить свои предложения относительно возможностей разрешения спора и заключения соответствующего соглашения сторон <225>.

<225> Соглашение сторон заключается в письменной форме в трех экземплярах, каждый из которых подписывается лицами, принимавшими участие в примирительной процедуре.

Приостановление и прекращение примирительной процедуры установлено в [ст. 6](#) Регламента. Так, посредник приостанавливает примирительную процедуру в случаях, когда считает это целесообразным, в частности при возникновении временного затруднения в достижении сторонами взаимоприемлемого соглашения; в иных случаях - по просьбе одной либо обеих сторон.

Основания прекращения примирительных процедур следующие:

если из-за бездействия хотя бы одной из сторон спора после приостановления примирительной процедуры она не возобновляется в 30-дневный либо иной согласованный срок;

если дальнейшее проведение возобновленной после приостановления примирительной процедуры будет признано посредником либо хотя бы одной из сторон бесперспективным либо становится невозможным по иным обстоятельствам;

если истек согласованный для урегулирования спора срок и стороны не договорились о его продлении;

в случаях, установленных положением о сборах и расходах.

Примирительная процедура считается прекращенной с момента подписания сторонами соглашения о достижении примирения или прекращении процедуры.

Согласительный [регламент](#) МКАС.

Согласительный регламент МКАС применяется для согласительного урегулирования споров, могущих передаваться на рассмотрение МКАС, в тех случаях, когда стороны, стремясь к мирному урегулированию споров, договорились о проведении согласительной процедуры в МКАС в соответствии с Согласительным регламентом МКАС.

В соответствии с [§ 2](#) Согласительного регламента МКАС сторона, желающая прибегнуть к согласительной процедуре, направляет в МКАС просьбу о согласительной процедуре, где должны быть указаны:

наименования и адреса сторон;

краткое изложение существа спора;

размер требования;

копия соглашения сторон о согласительной процедуре по Согласительному регламенту (если таковое достигнуто);

подпись уполномоченного лица.

В случае если между сторонами отсутствует соглашение о согласительной процедуре по Согласительному [регламенту](#) МКАС, обратившаяся в суд сторона может просить МКАС предложить другой стороне или сторонам дать согласие на проведение такой согласительной процедуры. В этом случае ответственный секретарь МКАС должен известить другую сторону или стороны о предложении обратиться к согласительной процедуре по Согласительному регламенту МКАС и предлагает в срок не более тридцати дней с даты получения извещения МКАС сообщить о своем согласии или отказе участвовать в согласительной процедуре, а также свое краткое мнение

по существу спора при наличии такого согласия.

При неполучении ответа в указанный срок или получении отрицательного ответа согласительная процедура не проводится, о чем ответственный секретарь МКАС извещает сторону, обратившуюся с просьбой о согласительной процедуре.

При наличии соглашения сторон о согласительной процедуре МКАС назначает единоличного посредника, если иное не установлено соглашением сторон. В соответствии с § 4 Регламента при выполнении своих функций посредники должны быть беспристрастными и независимыми. При этом в качестве посредников не могут выступать лица, заинтересованные в исходе согласительной процедуры.

Лицо, принимающее на себя функции посредника, должно сообщать в МКАС о любых обстоятельствах, которые могут вызвать сомнения о его беспристрастности или независимости, а также о любом таком обстоятельстве, если оно становится ему известным впоследствии в ходе проведения согласительной процедуры.

В соответствии с § 16 Регламента согласительная процедура прекращается в случаях подписания сторонами мирового соглашения; письменного заявления посредника после консультации со сторонами о том, что дальнейшие усилия в рамках согласительной процедуры более себя не оправдывают; письменного заявления сторон или одной из них, адресованного посреднику, о том, что согласительная процедура прекращается. После прекращения согласительной процедуры посредник представляет в секретариат МКАС соответствующие документы.

Что касается других государств, в Швейцарии Цюрихской торговой палатой разработаны Правила процесса Цюрихского мини-трала, в Бельгии - Правила мини-трала Бельгийского центра арбитража и посредничества, в США Американской арбитражной ассоциацией разработаны и приняты Правила урегулирования коммерческих споров с помощью посредничества, кроме того, существует Единообразный акт о посредничестве и др.

§ 2. Посредничество (медиация) в российском законодательстве

В Российской Федерации необходимость создания нормативных правовых актов, регулирующих механизм реализации примирительной процедуры, отражена в Федеральной целевой программе "Развитие судебной системы России на 2007 - 2012 годы", где указано, что внедрение примирительных процедур (восстановительной юстиции), внесудебных и досудебных способов урегулирования споров, в том числе вытекающих из административных правоотношений, будет способствовать снижению нагрузки на судей и, как следствие, экономии бюджетных ресурсов и повышению качества осуществления правосудия. При этом предполагается широкое внедрение процедур медиации в качестве механизмов реализации положений законов Российской Федерации, предусматривающих возможность примирения сторон.

В связи с этим необходима разработка нормативных правовых актов, определяющих механизм реализации указанных положений, статус соответствующих организаций, осуществляющих функции медиации, а также регламент (процедуру) их работы <226>.

<226> Информация с сайта "Федеральные целевые программы":
<http://fcp.economy.gov.ru/cgi-bin/cis/fcp.cgi/Fcp/ViewFcp/View/2011/225>.

Кроме того, в соответствии со Стратегией развития финансового рынка Российской Федерации до 2020 года (далее - Стратегия) <227> в целях внедрения механизмов медиации при рассмотрении корпоративных споров необходимо разработать систему мер, стимулирующих их применение, наделить соответствующий уполномоченный государственный орган необходимыми полномочиями, связанными с организацией этой работы и аккредитацией профессиональных медиаторов. По мере развития механизмов и институтов медиации следует рассмотреть целесообразность введения обязательного досудебного этапа использования медиации при возникновении отдельных наиболее сложных категорий корпоративных споров в области

эмиссии ценных бумаг, раздела активов, слияний и поглощений и в иных случаях, существенным образом затрагивающих права и интересы инвесторов.

<227> Утверждена распоряжением Правительства Российской Федерации от 29 декабря 2008 г. N 2043-р.

В целях создания правовых условий для применения в Российской Федерации альтернативной процедуры урегулирования споров с участием в качестве посредника независимого лица - медиатора (процедуры медиации), содействия развитию партнерских деловых отношений и формированию этики делового оборота, гармонизации социальных отношений был принят Федеральный закон от 27 июля 2010 г. N 193-ФЗ "Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)" (далее - Закон о медиации).

С принятием специального Закона о медиации созданы условия для интеграции медиации в российскую правовую культуру и положено начало для развития частной модели. Однако факта принятия закона, как известно, еще недостаточно для появления соответствующих практик, поэтому для того, чтобы медиация стала реальной альтернативой судебному рассмотрению споров, еще предстоит решить ряд достаточно сложных задач. Отметим лишь две основные: во-первых, формирование в стране корпуса профессиональных медиаторов и, во-вторых, разработка оптимальных механизмов согласования медиации с юрисдикционными процедурами.

Итак, согласно ст. 4 Закона о медиации в случае, если стороны заключили соглашение о применении процедуры медиации и в течение оговоренного для ее проведения срока обязались не обращаться в суд или третейский суд для разрешения спора, который возник или может возникнуть между сторонами, суд или третейский суд признает силу этого обязательства до тех пор, пока условия этого обязательства не будут выполнены, за исключением случая, если одной из сторон необходимо, по ее мнению, защитить свои права.

Если спор передан на рассмотрение суда или третейского суда, стороны могут применить процедуру медиации в любой момент до принятия решения по спору соответствующим судом или третейским судом. Отложение рассмотрения дела о споре в суде или третейском суде, а также совершение иных процессуальных действий определяется процессуальным законодательством.

В соответствии с Законом о медиации медиативное соглашение представляет собой достигнутое сторонами в результате применения процедуры медиации к спору или спорам, к отдельным разногласиям по спору и заключенное в письменной форме.

Медиативное соглашение - соглашение, достигнутое сторонами в результате процедуры медиации, проведенной после передачи спора на рассмотрение суда или третейского суда, может быть утверждено судом или третейским судом в качестве мирового соглашения в соответствии с процессуальным законодательством или законодательством о третейских судах, законодательством о международном коммерческом арбитраже.

Медиативное соглашение по возникшему из гражданских правоотношений спору, достигнутое сторонами в результате процедуры медиации, проведенной без передачи спора на рассмотрение суда или третейского суда, представляет собой гражданско-правовую сделку, направленную на установление, изменение или прекращение прав и обязанностей сторон.

К такой сделке могут применяться правила гражданского законодательства об отступном, о новации, прощении долга, зачете встречного однородного требования, возмещении вреда. Кроме того, защита прав, нарушенных в результате неисполнения или ненадлежащего исполнения такого медиативного соглашения, осуществляется способами, предусмотренными гражданским законодательством.

К **основным принципам** процедуры медиации относятся:

принцип законности, который является общеправовым, т.е. при проведении всякой примирительной процедуры стороны не должны нарушать требований законов и иных нормативных правовых актов. К сожалению, данный принцип не нашел отражения в Законе о медиации;

принцип добровольности. В соответствии со ст. 7 Закона о медиации применение

процедуры медиации осуществляется на основании соглашения сторон, в том числе на основании соглашения о применении процедуры медиации. Ссылка в договоре на документ, содержащий условия урегулирования спора при содействии медиатора, признается медиативной оговоркой при условии, что договор заключен в письменной форме.

Кроме того, процедура медиации может быть применена при возникновении спора как до обращения в суд или третейский суд, так и после начала судебного разбирательства или третейского разбирательства, в том числе по предложению судьи или третейского судьи;

принцип конфиденциальности. Конфиденциальность можно рассматривать в двух аспектах: как негласность самой процедуры, так и сохранение в тайне информации, полученной в ходе альтернативных слушаний. Негласность, прежде всего, предполагает проведение закрытых заседаний. Посторонние лица могут допускаться только с согласия сторон. В соответствии со [ст. 5 Закона о медиации](#) при проведении процедуры медиации сохраняется конфиденциальность всей относящейся к указанной процедуре информации, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами, и случаев, если стороны не договорились об ином.

Медиатор не вправе разглашать информацию, относящуюся к процедуре медиации и ставшую ему известной при ее проведении, без согласия сторон. Кроме того, стороны, организации, осуществляющие деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации, медиатор, а также другие лица, присутствовавшие при проведении процедуры медиации, независимо от того, связаны ли судебное разбирательство, третейское разбирательство со спором, который являлся предметом процедуры медиации, не вправе ссылаться, если стороны не договорились об ином, в ходе судебного разбирательства или третейского разбирательства на информацию о:

1) предложении одной из сторон о применении процедуры медиации, равно как и готовности одной из сторон к участию в проведении данной процедуры;

2) мнениях или предложениях, высказанных одной из сторон в отношении возможности урегулирования спора;

3) признаниях, сделанных одной из сторон в ходе проведения процедуры медиации;

4) готовности одной из сторон принять предложение медиатора или другой стороны об урегулировании спора.

Истребование от медиатора и от организации, осуществляющей деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации, информации, относящейся к процедуре медиации, не допускается, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами, и случаев, если стороны не договорились об ином;

принцип равноправия сторон. Данный принцип подразумевает равные процедурные права сторон, их одинаковые правовые возможности. Поэтому стороны обладают равными правами делать заявления, высказывать предложения, возражать и т.д., т.е. совершать действия, которые им кажутся необходимыми для заключения взаимовыгодного соглашения;

принцип сотрудничества. Данный принцип характерен именно для медиации. Если принцип состязательности представляет собой правило, согласно которому заинтересованные в исходе дела лица отстаивают свою позицию в споре путем представления доказательств суду и другой стороне по делу, высказывания своих доводов и соображений, дачи объяснений и т.д., то в процедуре медиации стороны не отстаивают свою правоту, а пытаются прийти к взаимовыгодному или взаимодопустимому компромиссу;

принцип независимости и беспристрастности медиатора. Данный принцип подразумевает запрет любого постороннего вмешательства или воздействия на медиатора любых юридических или физических лиц. В соответствии с [п. 6 ст. 15 Закона о медиации](#) медиатор не вправе быть представителем какой-либо стороны; оказывать какой-либо стороне юридическую, консультационную или иную помощь; осуществлять деятельность медиатора, если при проведении процедуры медиации он лично (прямо или косвенно) заинтересован в ее результате, в том числе состоит с лицом, являющимся одной из сторон, в родственных отношениях; делать без согласия сторон публичные заявления по существу спора.

Важно отметить, что медиация имеет определенные условия и правила ведения, а также очередность действий. Однако и в зарубежной, и в отечественной литературе отсутствует общепризнанный подход к выделению стадий медиации.

Между тем формирование единого алгоритма проведения медиации имеет большое значение для дальнейшего развития этого института в российском правовом поле, в том числе для разработки стандартов практической деятельности в рамках саморегулируемых организаций и программ обучения медиаторов.

В целях систематизации представленных подходов к рассмотрению стадий медиации представляется возможным выделить три типа этой процедуры:

1) медиация закрытого типа, суть которой заключается в том, что основная работа медиатора (выяснение оснований спора (действительных интересов), содействие стороне в переосмыслении проблемы и в поиске возможных вариантов урегулирования споров) осуществляется в индивидуальных (закрытых) сессиях. Медиация закрытого типа активно практикуется в странах общего права;

2) медиация открытого типа без проведения индивидуальной работы медиатора с каждой из сторон, когда вся процедура проходит за общим столом переговоров. Медиация открытого типа практикуется некоторыми европейскими специалистами, достаточно широко распространена в Германии;

3) медиация смешанного типа, в рамках которой стороны остаются за общим столом переговоров до тех пор, пока наблюдается положительная динамика к заключению соглашения. И только в исключительных случаях, когда продолжение совместных переговоров невозможно либо нерационально, медиатор может провести индивидуальную работу с каждой из сторон <228>.

<228> Калашникова С.И. Медиация в сфере гражданской юрисдикции. М.: Инфотропик Медиа, 2011.

Основываясь на практике Центра правовых технологий и примирительных процедур (медиации) Уральской государственной юридической академии, С.И. Калашникова делает вывод о том, что медиация смешанного типа в сочетании с классической моделью медиации оказывается наиболее эффективной. При этом в процедуре медиации предлагается выделять три основные стадии, каждая из которых представляет собой совокупность процедурных действий, объединенных общей целью:

1) стадия подготовки к медиации;

Стадия подготовки к медиации представляет собой совокупность процедурных действий, направленных на организацию проведения процедуры. Целью данной стадии является создание условий для проведения медиационной сессии.

На анализируемой стадии перед медиатором поставлены следующие задачи: проведение оценки медиабельности спора; определение состава участников (в случае необходимости - приглашение участников процедуры); разрешение организационных вопросов о месте и времени проведения медиации.

Как правило, во время подготовки медиатор проводит предварительные консультации с участниками процедуры, в которых разъясняет суть, значение и порядок проведения процедуры медиации. Подготовка к медиации может осуществляться в рамках подготовительной совместной встречи медиатора со сторонами и (или) посредством встреч отдельно с каждой из сторон.

Стадия подготовки завершается заключением соглашения о проведении процедуры медиации (agreement to mediate). Оно представляет собой трехстороннее процедурное соглашение, основной целью которого является определение процедурных прав и обязанностей участников медиации. Иными словами, данное соглашение направлено на индивидуализацию общих (утвержденных) правил проведения процедуры медиации с учетом особенностей спора и пожеланий его участников. Обычно в соглашении о проведении процедуры медиации содержатся сведения обо всех участниках примирительной процедуры и о предмете спора. Условия соглашения касаются порядка проведения процедуры (в том числе сроков проведения медиации, избранной модели медиации, функций и полномочий медиатора, оснований и порядка замены медиатора), порядка оплаты процедуры медиации, пределов действия принципа конфиденциальности, ответственности медиатора и сторон за нарушение условий соглашения. В соглашение о проведении процедуры медиации также рекомендуется включать условия о форме, порядке заключения и вступления в силу медиативного соглашения. При этом медиатор обязан

разъяснить сторонам возможные варианты заключения и оформления медиативного соглашения, а также правовые последствия выбора того или иного подхода. Соглашение о проведении медиации может содержать ссылку на правила проведения медиации и положения об оплате расходов на медиацию, утвержденные организацией, обеспечивающей проведение примирительных процедур, либо на процедурные стандарты саморегулируемой организации. Такое соглашение заключается в письменной форме, подписывается как сторонами, так и медиатором. В [статье 8](#) Федерального закона N 193-ФЗ закреплён перечень обязательных условий соглашения о проведении процедуры медиации. В целом он отвечает сложившейся практике;

2) стадия медиационной сессии;

Стадия медиационной сессии представляет собой совокупность процедурных действий, направленных на выработку взаимовыгодного соглашения и, таким образом, на урегулирование спора. В рамках данной стадии можно выделить несколько этапов.

1 этап: организация процесса переговоров.

Целью данного этапа является определение порядка дальнейшей работы в рамках медиационной сессии и создание условий для ведения переговоров.

На данном этапе медиатор разъясняет сторонам цели, основные принципы медиации, роль и сферу ответственности участников, последовательность дальнейшей работы, а также правила поведения и взаимодействия участников процедуры. Вступительное слово медиатора помогает нормировать процедуру медиации, настроить стороны на ведение переговоров, а также разрешить оставшиеся организационные вопросы.

2 этап: изложение позиций сторон.

Цель этапа - выявление содержания позиций сторон в споре.

На данном этапе сторонам предоставляется возможность изложить историю развития спора, предъявить и обосновать свои требования.

Задачами медиатора являются получение максимального объема информации о споре, уточнение и конкретизация позиций сторон, выявление уровня и характера расхождений. На данном этапе стороны при содействии медиатора производят вербализацию спора.

3 этап: выявление основного интереса сторон.

Целью этапа является выделение ключевых аспектов (предмета дальнейших переговоров), по которым необходимо достигнуть соглашения.

На данном этапе сторонам предоставляется возможность уточнить позиции друг друга (с учетом услышанного ранее), обсудить проблемную ситуацию.

Задачами медиатора являются определение темы для переговоров, круга вопросов, требующих разрешения, и последовательности их обсуждения, содействие ведению диалога и сближению позиций сторон по каждому выделенному аспекту.

Если на данном этапе возможны плодотворное обсуждение и выработка вариантов урегулирования спора, медиатор продолжает вести переговоры. В случае если стороны настаивают на первоначально занятых позициях и совместный диалог становится непродуктивным, медиатор переходит к следующему факультативному этапу.

4 этап: поиск истинных интересов сторон и их возможных крайних позиций.

Цель этапа - подготовка стороны к обсуждению ключевых аспектов спора и к выработке предложений по их урегулированию.

Основные задачи медиатора заключаются в выявлении интересов и целей каждой из сторон, в обсуждении проблемных вопросов и рассмотрении альтернативных вариантов решения спора, в выработке предложений и определении порядка их дальнейшего обсуждения.

Проведение индивидуальной работы с каждой из сторон является факультативным этапом, в ходе которого медиатор восполняет недостающую информацию и решает задачи, которые не удалось по каким-либо причинам выполнить на предыдущих этапах.

Медиатор работает индивидуально с каждой из сторон, возможно проведение поочередно нескольких встреч.

5 этап: выработка совместного решения (поиск и комбинация альтернатив).

Цель этапа - окончательное урегулирование спора.

Задачами медиатора являются организация совместного анализа возможных вариантов урегулирования спора по каждому из проблемных аспектов на предмет их соответствия

интересам сторон, выработка приемлемых условий соглашения, проверка реалистичности исполнения выдвинутых предложений.

6 этап: достижение договоренности.

Цель этапа - принятие сторонами окончательного решения по спору и оформление соглашения.

На данном этапе медиатору следует удостовериться, что достигнутое соглашение удовлетворяет потребности сторон, одинаково понимается всеми участниками процедуры и может быть исполнено обеими сторонами.

Окончательно соглашение может быть составлено в устной или письменной форме.

7 этап: завершение медиационной сессии.

Целью данного этапа является закрытие медиационной сессии и (или) завершение процедуры медиации.

По аналогии с открытием медиационной сессии на данном этапе медиатор произносит заключительное слово, в котором подводит итог медиационной сессии и согласовывает со сторонами дальнейшие действия.

Если спор сторон урегулирован, медиатор уточняет дальнейшие действия по исполнению и необходимость контроля исполнения достигнутого соглашения. В случае если спор не урегулирован, медиатор может обсудить возможность повторной сессии;

3) контрольно-аналитическая стадия. Представляет собой совокупность процедурных действий медиатора, направленных на осуществление контроля за исполнением медиативного соглашения, а также осуществление анализа проделанной работы.

В рамках данной стадии выполняются те действия, которые согласовали стороны и медиатор на завершающем этапе процедуры. Как правило, после окончания медиационной сессии участники процедуры договариваются об очной встрече или связываются по телефону через определенный период в целях обсуждения и совместной оценки результатов медиации.

Как справедливо отмечает С.И. Калашникова, выделение таких стадий, этапов и их последовательная реализация на практике позволяют:

получать необходимую информацию для анализа структуры спора (что делает возможным сформировать четкое представление о характере рассогласований и с учетом этого выделить и проранжировать ключевые аспекты спора наиболее оптимальным способом);

выявить основания спора и истинные интересы сторон, что значительно расширяет пространство для переговоров;

отделить этап выработки альтернатив решения от этапа заключения окончательного соглашения (что стимулирует поиск наиболее приемлемых вариантов).

Таким образом, медиация является стадийной процедурой. При этом алгоритм и последовательность совершаемых медиатором действий отличает этот способ урегулирования споров от иных примирительных процедур. У каждой стадии и этапа медиации имеются свои цели и задачи, реализация которых обеспечивает успешное завершение процедуры заключением медиативного соглашения.

§ 3. Практика применения Федерального закона от 27 июля 2010 г. N 193-ФЗ "Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)"

Анализируя работу института медиации необходимо отметить, что в Российской Федерации он был введен своевременно, а это позволит в перспективе разрешить многие проблемы, возникшие у граждан (физических лиц) и юридических лиц при исполнении обязательств.

Отметим один очень важный момент. Договариваясь о совершении сделки, каждая сторона в силу своего жизненного опыта и опыта деловой деятельности, правовой культуры и других индивидуальных особенностей зачастую упускает из виду то, что для нее является очевидным, либо то, что незнакомо для нее.

В Российской Федерации договоров заключается множество, но иногда они имеют недостатки, при которых сложно выяснить волю сторон. Восполнимым в данном случае является

лишь то, что относится к императивным нормам права. В связи с чем с психологической точки зрения возвращение сторон к первоначальному состоянию позволит им быстрее достигнуть консенсуса в разрешении возникшего конфликта. Безусловно, очень важным является правовая культура, которая, к сожалению, оставляет желать лучшего. Но предпосылки для развития правовой культуры граждан в Российской Федерации есть.

Так, согласно **Основам** государственной политики Российской Федерации в сфере развития правовой грамотности и правосознания граждан <229> государство создает условия, обеспечивающие развитие правовой грамотности и правосознания граждан, их осведомленность о характере, способах и пределах осуществления и защиты их прав, охраняемых законом интересов в административном и судебном порядке, а также доступ граждан к квалифицированной юридической помощи. Важнейшей задачей государства является также пропаганда и разъяснение необходимости соблюдения гражданами своих обязанностей, правил общежития, уважения прав и законных интересов других лиц независимо от расы, национальности, языка, отношения к религии, убеждений и других обстоятельств.

<229> Утверждены Президентом РФ 28 апреля 2011 г. N Пр-1168.

Уместным будет отметить, какие же факторы влияют на формирование правовой культуры и позитивного типа правосознания и поведения:

1) характер воспитания и моральный климат в семье, законопослушное поведение родителей;

2) качественный уровень воспитания и обучения в образовательных учреждениях различного типа и вида, в том числе закрепление и развитие у учащихся основ правосознания;

3) распространение и использование доступных для восприятия информационных материалов, формирующих правовую грамотность и правосознание населения, в печатном, электронном, аудиовизуальном и ином виде, а также с помощью средств массовой информации;

4) доступность и понятность оказываемых в системе государственной и муниципальной службы услуг населению; доступность правосудия, судебной защиты нарушенных прав, безупречность и эффективность деятельности судов и органов, исполняющих судебные решения; строгое соблюдение государственными и муниципальными служащими норм закона и профессиональной этики;

5) понятность, доступность и эффективность законодательства, его адекватность реальной экономической и общественно-политической ситуации в стране, реализация в законодательстве принципов справедливости и равноправия, обеспечения соответствия норм права интересам и потребностям различных социальных групп;

6) систематический и качественный контроль за состоянием законодательства Российской Федерации в целях его оптимизации, выявления пробелов и противоречий, своевременной его инкорпорации и кодификации, а также контроль за правоприменением, выявление и анализ проблемных ситуаций, связанных с неправильным пониманием и применением закона;

7) эффективная, профессиональная и законная деятельность правоохранительных и иных уполномоченных органов по выявлению и пресечению преступлений и других нарушений закона, обеспечение неотвратимости соразмерного и справедливого наказания за нарушение закона;

8) обеспечение правопорядка в жизненно важных для большинства граждан сферах жизни, соблюдение нормативных требований организациями, осуществляющими реализацию товаров и оказывающими услуги населению;

9) доступность для граждан квалифицированной юридической помощи; неукоснительное соблюдение адвокатами и нотариусами, иными частнопрактикующими юристами в их профессиональной деятельности норм закона и профессиональной этики;

10) деятельность лиц творческих профессий и их объединений, средств массовой информации, организаторов эфирного и кабельного вещания, издательских организаций, производителей рекламной продукции, направленная на создание и распространение произведений, активно продвигающих в общественное сознание модель законопослушного поведения в качестве общественно одобряемого образца; ограничение распространения произведений, прямо или косвенно пропагандирующих непочтительное отношение к закону, суду

и государству, правам человека и гражданина, поэтизирующих и пропагандирующих криминальное поведение.

Возвращаясь к практике применения [Закона](#) о медиации, необходимо отметить, что Верховным Судом РФ проведено обобщение практики применения Федерального закона от 27 июля 2010 г. N 193-ФЗ "Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)", а также изучен вопрос о создании в субъектах Российской Федерации центров медиации.

Сегодня в России все большее распространение получают организации, специально создаваемые для оказания услуг в сфере проведения примирительных процедур: центры примирительных процедур, центры медиации, центры развития переговорных процессов, коллегии посредников и др. В этих организациях разрабатываются согласительные регламенты или методики поведения примирительных процедур, составляются списки примирителей, нередко ведутся специализированные курсы, семинары или тренинги по обучению примирителей (с выдачей свидетельств или сертификатов).

Проведенный в Российской Федерации мониторинг показал, что в 2011 г. в 27 субъектах Российской Федерации были созданы организации (центры, некоммерческие партнерства, автономные некоммерческие организации, общественные организации и т.п.), осуществляющие деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации.

Кроме того, организации, обеспечивающие проведение процедур медиации, созданы еще в 25 регионах: Свердловская область (пять организаций), Пермский край (наряду с Ассоциацией медиаторов на территории Прикамья созданы муниципальные службы примирения), Иркутская область (три организации), а также Чувашская Республика, Республика Башкортостан, Республика Татарстан, Алтайский край, Белгородская область, Калужская область, Кемеровская область, Кировская область, Краснодарский край, Красноярский край, Липецкая область, г. Москва, Московская область, Новгородская область, Новосибирская область, Оренбургская область, Псковская область, Ростовская область, г. Санкт-Петербург, Ставропольский край, Саратовская область, Ульяновская область (не более одной-двух таких организаций).

Например, в Красноярском крае центр медиации Юридического института Сибирского федерального университета был создан на основании решения Ученого совета Сибирского федерального университета в феврале 2011 г.

В Кировской области 9 июня 2011 г. создано некоммерческое партнерство "Приволжский центр медиации, конфликтологии и психологии" для развития и практического применения альтернативной процедуры урегулирования споров (процедуры медиации) в соответствии с положениями Федерального [закона](#) от 27 июля 2010 г. N 193-ФЗ.

В Калининградской области при Калининградской торгово-промышленной палате с 2007 г. функционирует Центр посредничества и третейского разбирательства.

С августа 2012 г. на территории города Тюмени и Тюменской области осуществляет деятельность ООО "Консалтинговое бюро "КОНСЕНТ", главным направлением которого является досудебное урегулирование споров с участием независимых посредников (медиаторов).

Коллегия посредников (медиаторов) по проведению примирительных процедур при Тамбовской областной торгово-промышленной палате была создана решением Правления от 15 октября 2010 г.

Сибирский центр конфликтологии в Новосибирской области создан медиаторами - физическими лицами и организациями, содействующими проведению процедуры медиации (профессиональными посредниками), для регулирования профессиональной деятельности медиаторов, осуществления контроля за качеством их работы медиаторов, защиты их интересов в отношениях с органами государственной власти, а также с международными профессиональными организациями медиаторов, обучения медиаторов и достижения иных целей, предусмотренных уставом Центра.

Коллегия посредников по проведению примирительных процедур была создана при Торгово-промышленной палате Республики Башкортостан в декабре 2009 г. и приступила к работе в апреле 2011 г.

Как было отмечено выше, примирительная процедура (медиация) применяется в качестве альтернативной процедуры урегулирования споров, возникающих из гражданских

правоотношений, в том числе в связи с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности, а также споров, возникающих из трудовых и семейных правоотношений. Данная процедура осуществляется с участием независимого лица - медиатора на основе добровольного согласия сторон и в целях достижения ими взаимоприемлемого решения путем переговоров ([подп. 1, 2 ст. 1, п. 2 ст. 2, ст. 3 Закона о медиации](#)).

В настоящее время в Российской Федерации в целях проведения процедуры медиации могут быть привлечены как конкретные медиаторы, так и организации, осуществляющие деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации, одним из основных видов деятельности которых является деятельность по организации проведения процедуры медиации ([п. 4 ст. 2 Закона о медиации](#)).

В процессе поиска медиатора, практикующего в конкретном регионе России, можно использовать любые доступные источники информации, начиная от рекомендаций и заканчивая поисковыми системами и специализированными сайтами в сети Интернет.

Можно также обратиться в организацию, осуществляющую деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации, которая может рекомендовать кандидатуру медиатора, кандидатуры медиаторов или назначить их в случае, если стороны направили соответствующее обращение в указанную организацию на основании соглашения о проведении процедуры медиации ([ч. 2 ст. 9 Закона о медиации](#)). Например, такими организациями по имеющейся у Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации информации по состоянию на 1 августа 2012 г. являются следующие (список организаций приводится в алфавитном порядке):

Коллегия посредников при Торгово-промышленной палате России (г. Москва);

Межрегиональный союз медиаторов (г. Москва);

Некоммерческое партнерство "Лига медиаторов" (города Санкт-Петербург, Великий Новгород, Владивосток, Екатеринбург, Казань, Краснодар, Минск, Москва, Московская область, Набережные Челны, Омск, Пермь, Ростов-на-Дону, Самара, Саратов, Тверь, Тюмень, Улан-Удэ, Хабаровск, Южно-Сахалинск);

Объединенная служба медиации (посредничества) при Российском союзе промышленников и предпринимателей (г. Москва);

Центр медиации и права (г. Москва);

Центр медиации Уральской государственной юридической академии (г. Екатеринбург);

Центр правовых инноваций и примирительных процедур Воронежского государственного университета (г. Воронеж);

Центр правового обучения и медиации при ФГБОУ ВПО "Байкальский государственный университет экономики и права" (г. Иркутск);

коллегии посредников (медиаторов), центры примирительных процедур при региональных торгово-промышленных палатах.

Кроме того, процедура медиации может быть применена при возникновении спора до обращения в суд, а также после начала судебного разбирательства, в том числе по предложению судьи ([п. 2 ст. 7 Закона о медиации](#)).

Согласно [п. 5 ч. 1 ст. 150 ГПК РФ](#) при подготовке дела к судебному разбирательству судья принимает меры по заключению сторонами мирового соглашения, в том числе по результатам проведения в порядке, установленном федеральным законом, процедуры медиации, к которой стороны вправе обратиться на любой стадии судебного разбирательства.

Обобщение судебной практики Верховного Суда РФ показало, что судьями при проведении со сторонами беседы в ходе подготовки дела к судебному разбирательству ([п. 5 ч. 1 ст. 150 ГПК РФ](#)) либо в подготовительной части судебного заседания ([ст. 172 ГПК РФ](#)), как правило, разъясняется их право на урегулирование спора путем медиации, в том числе с последующим заключением мирового соглашения.

Между тем имелись случаи, когда указанное требование гражданского процессуального законодательства нарушалось судами, что является недопустимым.

Итак, возможность и порядок проведения процедуры медиации разъясняется судами в следующих формах:

посредством наружного размещения соответствующей информации на стендах и сайтах судов и судебных участков мировых судей;

в определениях о подготовке дела к слушанию, направляемых сторонам;
в ходе рассмотрения дела.

Материалы проведенного Верховным Судом Российской Федерации обобщения судебной практики свидетельствуют о том, что стороны редко самостоятельно принимают решение об обращении к процедуре медиации. Как правило, указанные лица заключают соглашение о применении медиации только после разъяснения судьей существа этого института, порядка и условий его проведения, а также преимуществ урегулирования спора с использованием данной примирительной процедуры.

Изучение практики также показало, что судьями не разъяснялось право на обращение к посреднику (медиатору) в случае, если споры затрагивали или могли затронуть права и законные интересы третьих лиц, не участвующих в процедуре медиации, или публичные интересы ([ч. 5 ст. 1 Закона о медиации](#)).

Согласно [ч. 2 ст. 4 Закона о медиации](#), если спор передан на рассмотрение суда или третейского суда, стороны могут применять процедуру медиации в любой момент до принятия решения по спору соответствующим судом или третейским судом. Что касается отложения рассмотрения дела в суде, то данный вопрос определяется процессуальным законодательством.

Изучение судебной практики свидетельствует о том, что в большинстве случаев при заявлении сторонами ходатайства об отложении разбирательства дела для проведения процедуры медиации суды удовлетворяли такие ходатайства. Сроки, на которые откладывалось разбирательство, составляли от шести дней до двух месяцев.

Между тем по смыслу [ст. 13 Закона о медиации](#) сроки проведения процедуры медиации определяются сторонами соглашением о проведении процедуры медиации исходя из конкретных обстоятельств возникшего спора. Медиатор и стороны должны принимать все возможные меры для того, чтобы указанная процедура была прекращена в срок не более чем 60 дней.

Суд не вправе по собственной инициативе устанавливать срок для проведения процедуры медиации, отличный от срока, определенного сторонами в соглашении о проведении такой процедуры. При этом указанный в соглашении срок не может превышать срок, установленный в [Зако́не](#) о медиации.

Вместе с тем если процедура медиации была проведена сторонами до обращения в суд, но по каким-либо обстоятельствам спор был передан на рассмотрение суда и стороны вновь приняли решение о ее проведении ([ч. 3 и 4 ст. 7 Закона о медиации](#)), то в этом случае суд может отложить рассмотрение дела не более чем на 60 дней, независимо от продолжительности предыдущей процедуры ([ч. 3 ст. 13 Закона о медиации](#)).

Отложение разбирательства дела в связи с проведением процедуры медиации не может быть расценено как нарушение разумных сроков.

Такой же позиции придерживается и Европейский суд по правам человека, который считает, что основанием для признания несоблюдения требования разумного срока могут служить только те отсрочки, которые были допущены по вине государства <230>.

<230> [Постановление](#) Европейского суда по правам человека от 19 июня 2003 г. по делу "Педерсен и Баадсгаард против Дании".

Однако такие задержки могут быть оправданы особыми обстоятельствами, например неоднократными ходатайствами заявителя об отложении судебного разбирательства <231>.

<231> [Постановление](#) Европейского суда по правам человека от 27 мая 2004 г. по делу "Лиадис против Греции".

Стороны применяли процедуру медиации по следующим категориям дел:

- 1) по делам о защите прав потребителей;
- 2) по жилищным спорам (о нечинении препятствий в пользовании жилым помещением; о нечинении препятствий в проживании и пользовании жилым помещением; о признании утратившим право пользования жилым помещением; о реальном разделе жилого дома);
- 3) по спорам, возникающим из семейных отношений (об определении места жительства

ребенка и порядка осуществления родительских прав родителем, проживающим отдельно от ребенка; об изменении порядка общения с ребенком; о взыскании алиментов в твердой денежной сумме на содержание несовершеннолетнего ребенка; о лишении родительских прав, о разделе имущества, нажитого в период брака);

4) по делам, возникающим из имущественных и иных отношений (о взыскании долга);

5) по иным категориям дел (об обязанности восстановить межевые знаки; о ликвидации разворотной площадки и др.).

В силу ч. 3 ст. 12 Закона о медиации медиативное соглашение, достигнутое сторонами в результате процедуры медиации, проведенной после передачи спора на рассмотрение суда или третейского суда, может быть утверждено судом в качестве мирового соглашения в соответствии с процессуальным законодательством. Мировое соглашение может быть заключено только по желанию сторон, следовательно, вопрос о заключении мирового соглашения по результатам проведения процедуры медиации может быть инициирован сторонами по делу.

Обобщение практики показало, что по результатам проведенной процедуры медиации стороны чаще всего заключали медиативное соглашение, которое впоследствии утверждалось судом в качестве мирового соглашения.

Например, опекун Г., действуя в интересах своей подопечной П., обратился в Октябрьский районный суд г. Екатеринбурга с иском о разделе наследственного имущества к несовершеннолетней сестре З.

В обоснование требований Г. указал, что после смерти отца спорящих сторон открылось наследство, в состав которого включены квартира в г. Екатеринбурге и автомобиль. В отношении квартиры опекуну истицы выдано свидетельство о праве на наследство по закону на 1/2 доли в праве собственности. На машину свидетельство не выдавалось. Опекун Г. просил передать автомобиль наследнице - ответчице З. и взыскать в пользу истицы компенсацию в размере 55 тыс. руб. (1/2 стоимости автотранспортного средства).

По делу было проведено предварительное судебное заседание, в котором судьей сторонам разъяснено право на урегулирование спора путем проведения процедуры медиации. После судебного заседания обе стороны обратились к суду с заявлениями о предоставлении им возможности провести процедуру медиации. По ходатайству сторон суд отложил судебное заседание на 13 сентября 2011 г. В указанный день суду представлено соглашение о проведении примирительной процедуры с назначением даты проведения процедуры медиации на 21 сентября 2011 г. Суд отложил разбирательство дела на 14 ноября 2011 г.

Однако уже 14 октября 2011 г. стороны заключили медиативное соглашение. В медиативном соглашении стороны предусмотрели, что ответчица З. передает принадлежащую ей 1/2 доли в наследуемой квартире по договору дарения истице П., которая становится единственной собственницей данной квартиры. В однокомнатной квартире, в которой проживает несовершеннолетняя истица, после снятия ее опекуном Г. с регистрационного учета регистрируется ответчица З. Автотранспортное средство передается в собственность ответчицы З. В процедуре медиации и выработке условий медиативного соглашения принимал участие представитель органа опеки и попечительства.

Медиативное соглашение в части раздела наследуемого имущества в виде автотранспортного средства было передано в Октябрьский районный суд г. Екатеринбурга для утверждения мирового соглашения.

Приведем пример из арбитражной практики, когда применение процедуры медиации послужило основанием заключения мирового соглашения.

По материалам арбитражной практики.

Арбитражный суд Ростовской области, рассмотрев в открытом судебном заседании дело от 21 февраля 2012 г. N А53-26414/2011 по исковому заявлению Комитета по управлению имуществом города Волгодонска к обществу с ограниченной ответственностью "УК Арт Инвест" о взыскании 567 000 руб. задолженности по арендной плате, 11 133 руб. 28 коп. пени, расторжении договора аренды от 1 апреля 2011 г. N 163, выселении, установил следующее.

Комитет по управлению имуществом города Волгодонска обратился в Арбитражный суд Ростовской области с иском к ООО "УК Арт Инвест" о взыскании 567 000 руб. задолженности по арендной плате за период с 1 апреля 2011 г. по 31 июля 2011 г., пени за период

с 20 апреля 2011 г. по 15 августа 2011 г. в размере 11 133 руб. 28 коп., расторжении договора аренды от 1 апреля 2011 г. N 163, обязанности передать земельный участок 61:48:0040218:32 из земель поселений, расположенный по адресу: Ростовская область, г. Волгодонск, ул. Ленинградская, д. 11, площадью 13 340 кв. м по акту приема-передачи.

Исковые требования мотивированы ненадлежащим исполнением обязательств арендатором по договору аренды находящегося в государственной собственности земельного участка от 1 апреля 2011 г.

В судебном заседании, назначенном на 9 февраля 2012 г., в порядке ст. 163 АПК РФ объявлялся перерыв до 16 февраля 2012 г. до 17 ч 00 мин., после которого судебное разбирательство продолжено. Информация о движении дела размещена на официальном сайте Арбитражного суда Ростовской области.

Сторонами в судебном заседании заявлено ходатайство об утверждении в качестве мирового соглашения по делу медиативного соглашения, заключенного между Комитетом по управлению имуществом города Волгодонска и обществом с ограниченной ответственностью "УК Арт Инвест", представленное на рассмотрение суда.

В соответствии со ст. 138, 139 АПК РФ стороны могут урегулировать спор, заключив мировое соглашение, если оно не нарушает права и законные интересы других лиц и не противоречит закону.

В соответствии со ст. 12 Федерального закона от 27 июля 2010 г. N 193-ФЗ "Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)" медиативное соглашение, достигнутое сторонами в результате процедуры медиации, проведенной после передачи спора на рассмотрение суда или третейского суда, может быть утверждено судом или третейским судом в качестве мирового соглашения в соответствии с процессуальным законодательством или законодательством о третейских судах, законодательством о Международном коммерческом арбитраже.

Таким образом, представленное сторонами медиативное соглашение рассматривается судом как мировое соглашение по делу.

Основанием заключения мирового соглашения явилось достижение сторонами при проведении процедуры медиации согласия по порядку исполнения ответчиком обязательств в связи с просрочкой исполнения обязательств по внесению арендных платежей по договору аренды находящегося в государственной собственности земельного участка от 1 апреля 2011 г.

От истца медиативное соглашение подписано председателем Комитета по управлению имуществом города Волгодонска Е.В. Ерохиным, со стороны ответчика медиативное соглашение подписано представителем общества по доверенности М.В. Барановым. Полномочия лиц, подписавших медиативное соглашение, проверены судом.

Условия мирового соглашения от 9 февраля 2012 г. не противоречат ст. 606, 614, 619 ГК РФ, поскольку наличие задолженности на сумму мирового соглашения по внесению арендной платы подтверждено материалами дела. Оценив представленное соглашение, суд пришел к выводу о том, что оно не противоречит закону и не нарушает прав и законных интересов других лиц, подписано полномочными представителями сторон, в связи с чем суд не усматривает установленных ч. 5 ст. 49 и ч. 6 ст. 141 АПК РФ оснований, препятствующих утверждению мирового соглашения.

В соответствии с ч. 2 ст. 150 АПК РФ в случае утверждения мирового соглашения арбитражный суд прекращает производство по делу.

В соответствии с ч. 3 ст. 140 АПК РФ, если в мировом соглашении отсутствует условие о распределении судебных расходов, арбитражный суд разрешает этот вопрос при утверждении мирового соглашения в общем порядке, установленном АПК РФ.

В определении арбитражного суда об утверждении мирового соглашения на основании п. 3 ч. 7 ст. 141 АПК РФ указывается на возвращение истцу из федерального бюджета половины уплаченной им государственной пошлины. Согласно подп. 3 п. 1 ст. 333.40 Налогового кодекса Российской Федерации (далее - НК РФ) при заключении мирового соглашения до принятия решения арбитражным судом возврату истцу подлежит 50% суммы уплаченной им государственной пошлины.

С учетом изложенного с ответчика подлежит взысканию государственная пошлина в доход

федерального бюджета в размере 9 281 руб. 33 коп.

Поскольку истец освобожден от уплаты госпошлины в порядке [подп. 1.1 п. 1 ст. 333.37 НК РФ](#), оснований для возврата ему 50% госпошлины не имеется.

Руководствуясь [ст. 41, 49, 140, 141, ч. 2 ст. 150, ст. 151, 159, 184, 185 АПК РФ](#), суд определил: ходатайство сторон об утверждении мирового соглашения, заключенного с применением процедуры медиации 9 февраля 2012 г., удовлетворить <232>.

<232> Определение Арбитражного суда Ростовской области о прекращении производства по делу N А53-26414/2012 от 21 февраля 2012 г.

В результате обобщения судебной практики Верховного Суда Российской Федерации установлено, что при рассмотрении медиативного соглашения для утверждения в качестве мирового соглашения суды исходили из содержания [ч. 3 ст. 12 Закона о медиации](#) и [ст. 39 ГПК РФ](#), согласно которым, если медиативное соглашение не соответствует закону или нарушает права и законные интересы других лиц, оно не подлежит утверждению судом в качестве мирового соглашения. Однако, как показало изучение судебной практики, случаев отказа со стороны судов в утверждении мировых соглашений, заключенных на основании медиативных соглашений, как не соответствующих закону не имелось.

Стороны с участием медиатора при заключении медиативного соглашения вырабатывали и другие, помимо мирового соглашения, решения о совершении дальнейших процессуальных действий, что отражалось впоследствии в тексте документа. Во исполнение таких решений ответчики обращались в суд с заявлениями о признании иска, истцы - об уменьшении исковых требований либо об отказе от иска.

Что касается случаев неисполнения процессуальных условий, содержащихся в медиативных соглашениях, то в результате обобщения практики таких случаев не выявлено. Например, по иску А. к М. о выделе в натуре доли в праве общей собственности на земельный участок и прекращении долевой собственности 11 октября 2011 г. сторонами заключено соглашение о проведении процедуры медиации.

Судебное разбирательство в Октябрьском районном суде г. Екатеринбурга было отложено на 29 ноября 2011 г. 14 ноября 2011 г. сторонами заключено медиативное соглашение, по условиям которого истица А. дарит принадлежащую ей 1/2 доли в праве общей собственности на жилой дом в г. Екатеринбурге ответчику М. В день заключения договора дарения стороны заключили соглашение о разделе спорного земельного участка и прекращении долевой собственности. После передачи на государственную регистрацию договора дарения и соглашения о разделе земельного участка истица А. подала в суд заявление об отказе от иска. 29 ноября 2011 г. районным судом вынесено определение о прекращении производства по делу в связи с отказом истицы от иска, которое не обжаловалось и вступило в законную силу. Таким образом, данное дело находилось в производстве суда немногим более трех месяцев.

Между тем имели место случаи, когда процедура медиации была прекращена в связи с отказом одной из сторон от дальнейшего проведения процедуры медиации ([п. 4 ст. 14 Закона о медиации](#)), а также по решению медиатора, признавшего нецелесообразным ее дальнейшее проведение ([п. 3 ст. 14 Закона о медиации](#)). По делам, где не удалось заключить медиативное соглашение, споры были разрешены судом с вынесением решения.

Суммы, подлежащие выплате медиатору в случае осуществления деятельности по проведению процедуры медиации на платной основе, не могут быть отнесены к судебным издержкам ([ст. 94 ГПК РФ](#)). В случае неоплаты медиатору указанных услуг, предусмотренных таким соглашением, расходы на их проведение подлежат взысканию по иску медиатора.

Как показало изучение судебной практики, судебные постановления (определения о прекращении производства по делу, определения об оставлении заявления без рассмотрения), вынесенные после процедуры медиации, в суд вышестоящей инстанции сторонами не обжаловались.

Кроме того, судами отмечалось, что лица, участвующие в процедуре медиации, не обращались с жалобами на неисполнение или ненадлежащее исполнение медиативного соглашения, и это вполне закономерно, поскольку в результате процедуры медиации стороны

урегулировали возникший конфликт самостоятельно, выработали приемлемые для них условия медиативного соглашения, что и способствовало его добровольному исполнению. Таким образом, процедура медиации уменьшила нагрузку на суды, в том числе и на суды вышестоящих инстанций.

Вместе с тем обобщение судебной практики показало, что в большинстве судов указанные примирительные процедуры в настоящее время пока не нашли широкого применения.

Основные причины заключаются в следующем: новизна процедуры, высокая степень конфликтности отношений участников спора, отсутствие навыков и традиций по ведению переговоров и т.д. Стороны соглашались пройти процедуру медиации в исключительных случаях, после того как судьями в судебных заседаниях затрачивается значительное время на разъяснение сущности процедуры медиации и ее преимуществ.

Очень позитивным является опыт внедрения медиации в Свердловской области, где для поиска оптимальных путей взаимодействия государственного правосудия с медиацией в Свердловской области был организован первый в России правовой эксперимент по разработке и апробации механизмов интеграции медиации в гражданское судопроизводство.

Для проведения эксперимента была разработана и утверждена концепция, подготовлена программа, определены задачи, сформирована рабочая группа. Правовой эксперимент проводится на базе судебного участка № 6 Октябрьского района г. Екатеринбурга и Октябрьского районного суда г. Екатеринбурга, ставшего по итогам 2010 г. одним из лидеров Свердловской области по судебной нагрузке. Научно-методическое сопровождение эксперимента, проведение практических медиаций осуществляется Центром медиации Уральской государственной юридической академии.

Модель правового эксперимента готовилась на основе изучения опыта взаимодействия института медиации и судебных органов Германии, Нидерландов, Финляндии, Австралии, Англии и Уэльса, США, Канады. Разработанная модель была адаптирована для российской системы правосудия.

В результате эксперимента была создана и апробирована методика разъяснения судьями сторонам их права на урегулирование спора в рамках медиации, найдены оптимальные механизмы взаимодействия медиаторов и суда, согласованы процессуальные формы передачи спора на медиацию, что позволило сформировать практику обращений участников гражданского процесса к медиатору.

Как показали итоги эксперимента, в результате заключения медиативных соглашений прекращается производство по гражданскому делу, итоговый судебный акт, которым оканчивается производство, не обжалуется в суды вышестоящих инстанций, предотвращается подача новых и встречных исков, ввиду добровольного исполнения не возбуждается исполнительное производство.

Результаты опросов участников процедуры медиации показали, что этот способ урегулирования спора стал для них предпочтительнее, чем судебное разбирательство, поскольку решение, принятое по итогам медиации, более соответствует их интересам, нежели решение суда.

Среди факторов, которые побудили стороны обратиться к медиации, были отмечены следующие:

квалифицированное разъяснение судьями права на урегулирование спора в рамках процедуры медиации;

проведение информационных встреч медиатора и сторон непосредственно в здании суда;

высокий профессиональный уровень медиаторов;

проведение процедуры медиации для участников гражданского процесса бесплатно.

По справедливому суждению С.К. Загайновой, подобного рода эксперименты позволят найти для России оптимальную модель частной медиации <233>.

<233> Загайнова С.К. О комплексном подходе к развитию медиации в России // Закон. 2012. № 3. С. 51 - 56.

Глава 3. МЕДИАТИВНОЕ СОГЛАШЕНИЕ

КАК ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВАЯ СДЕЛКА

§ 1. Правовой характер медиативного соглашения

Как было отмечено, процедура медиации завершается заключением медиативного соглашения, под которым понимается соглашение, достигнутое сторонами в результате применения процедуры медиации к спору или спорам, а также к отдельным разногласиям по спору.

Необходимость в заключении медиативного соглашения возникает тогда, когда факт нарушения субъективного гражданского права уже налицо и (или) имеется угроза предъявления материально-правовых требований в случае неисполнения обязательств. Заключая медиативное соглашение, стороны преследуют цель защиты своего права. При отсутствии такой цели заключаемая сторонами сделка будет только способом осуществления субъективных гражданских прав. Таким образом, основным определяющим фактором в данном случае выступает правовая цель медиативного соглашения - защита субъективного гражданского права.

В числе основных требований, предъявляемых к медиативному соглашению, [Закон](#) о медиации называет следующие.

Во-первых, медиативное соглашение должно совершаться в письменной форме. Это означает, что к данному соглашению могут применяться все требования гражданского законодательства к такой форме сделки. Так, согласно [ст. 160](#) ГК РФ, сделка в письменной форме должна быть совершена путем составления документа, выражающего ее содержание и подписанного лицом или лицами, совершающими сделку, или должным образом уполномоченными ими лицами. При этом в [Законе](#) о медиации не указано, в какой именно (простой или нотариальной) письменной форме должно заключаться медиативное соглашение. Следовательно, медиативное соглашение стороны заключают в простой письменной форме. В нотариальной же форме оно может заключаться по желанию сторон.

Необходимость письменной формы медиативного соглашения обусловлена тем, что со дня его подписания сторонами прекращается процедура медиации и в нем отражаются все сведения, касающиеся данного спора. Как уже было отмечено, медиативное соглашение должно содержать сведения о сторонах, предмете спора, проведенной процедуре медиации, медиаторе, а также согласованные сторонами обязательства, условия и сроки их выполнения. При этом в [Законе](#) о медиации ничего не говорится о последствиях несоблюдения указанных выше требований. Между тем в соответствии со [ст. 160](#) ГК РФ законом, иными правовыми актами и соглашением сторон могут устанавливаться дополнительные требования, которым должна соответствовать форма сделки, и предусматриваться последствия несоблюдения этих требований. Если такие последствия не предусмотрены, применяются последствия несоблюдения простой письменной формы сделки. Так, несоблюдение простой письменной формы сделки лишает стороны права в случае спора ссылаться в подтверждение сделки и ее условий на свидетельские показания, но не лишает их права приводить письменные и другие доказательства ([ст. 162](#) ГК РФ).

Во-вторых, медиативное соглашение должно содержать сведения о сторонах, а именно об участниках спорного правоотношения.

В-третьих, в медиативном соглашении должен быть указан предмет спора, а именно то, по поводу чего возник спор.

В-четвертых, в медиативном соглашении должна быть обусловлена процедура медиации, сведения о медиаторе, а также согласованные сторонами обязательства, условия и сроки их выполнения.

[Статья 12](#) Закона о медиации закрепляет два вида медиативного соглашения:

а) медиативное соглашение, достигнутое сторонами в результате процедуры медиации, проведенной после передачи спора на рассмотрение суда или третейского суда, которое может быть утверждено судом или третейским судом в качестве мирового соглашения в соответствии с процессуальным законодательством, законодательством о третейских судах либо законодательством о международном коммерческом арбитраже.

Согласно АПК РФ вопрос об утверждении мирового соглашения рассматривается судом в судебном заседании. При этом суд контролирует законность этого акта, а также соблюдение прав

и охраняемых законом интересов сторон.

Так, в [п. 6 ст. 141](#) АПК РФ суд не утверждает мировое соглашение, если оно противоречит закону или нарушает права и законные интересы других лиц. Согласно [п. 3 ст. 139](#) АПК РФ мировое соглашение не может противоречить закону или нарушать права и законные интересы других лиц. Соблюдение этого требования является необходимым условием, ограничивающим распорядительные действия сторон, направленные на заключение мирового соглашения. В связи с этим указанные действия осуществляются под контролем арбитражного суда, который при рассмотрении вопроса об утверждении мирового соглашения должен проверить, не противоречит ли оно закону и не нарушает ли это соглашение права и законные интересы других лиц.

Таким образом, можно сделать вывод, что суд, утверждая медиативное соглашение в качестве мирового, также осуществляет контроль за его законностью.

Как уже отмечалось выше, по процессуальному законодательству мировое соглашение прекращает производство по делу, следовательно, и медиативное соглашение, утвержденное как мировое, также прекращает производство по делу. Исполнение мирового соглашения производится сторонами в самостоятельном порядке на добровольной основе. Это следует из смысла положений норм [ГПК РФ](#) и непосредственно закреплено в [ст. 142](#) АПК РФ. В случае же уклонения одной из сторон от исполнения условий мирового соглашения другая сторона в соответствии с положениями процессуального законодательства может обратиться в суд с ходатайством о выдаче исполнительного листа и исполнение мирового соглашения будет производиться в принудительном порядке по общим правилам исполнения решения.

Таким образом, отсутствие статей, посвященных принудительному исполнению данного вида медиативных соглашений в Законе о медиации, компенсируется достаточно детальной конкретизацией в нормах других законодательных актов ([АПК РФ](#), [ГПК РФ](#)). В случае необходимости принудительного исполнения медиативного соглашения, утвержденного в качестве мирового, стороны смогут разрешить этот вопрос;

б) медиативное соглашение по возникшему из гражданских правоотношений спору, достигнутое сторонами в результате процедуры медиации, проведенной без передачи спора на рассмотрение суда или третейского суда, которое представляет собой гражданско-правовую сделку, направленную на установление, изменение или прекращение прав и обязанностей сторон.

Следует вспомнить, что согласно [ст. 153](#) ГК РФ сделками признаются действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей.

Любая сделка представляет собой совокупность определенных юридических признаков, а именно:

сделка является юридическим фактом - действием, т.е. волевым актом. А как и любой волевой акт, сделка включает два элемента: внутреннюю волю лица, совершающего сделку, и волеизъявление, т.е. выражение внутренней воли вовне. [Закон](#) о медиации исходит из презумпции (предположения) соответствия воли и волеизъявления;

сделка является действием граждан и юридических лиц как основных участников регулируемых гражданским правом отношений;

сделка имеет цель, т.е. воля в сделке направлена на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей.

Важно отметить, что к медиативному соглашению как к сделке могут применяться правила гражданского законодательства об отступном, о новации, прощении долга, зачете встречного однородного требования, возмещении вреда.

Отступное.

Отступное является одним из институтов, относительно сущности которого в теории гражданского права существуют различные точки зрения. Нет согласия и в вопросе об основании возникновения отступного, а именно каким договором является соглашение об отступном - реальным или консенсуальным, порождает ли права и обязанности соглашение об отступном после непосредственного его составления и подписания, является ли данное правоотношение альтернативным или оно относится к иному виду правоотношений.

Под отступным в буквальном, неюридическом смысле принято понимать определенную плату, чаще всего деньги, которые предлагаются одним лицом другому лицу за согласие отказаться, отступить от чего-либо. В таком значении отступное может иметь место и между лицами, не связанными какими-либо обязательственными отношениями. Такого рода отступное могло иметь место, например, при проведении торгов, когда более мелкие покупатели откупались подобным образом от более крупных и состоятельных конкурентов.

Иное, более узкое значение термина "отступное" имеется в гражданском праве. Смысл **отступного** состоит в том, что оно прекращает обязательство путем предоставления должником взамен предусмотренного исполнения другого, согласованного с кредитором исполнения (уплата денег, передача иного имущества, уступка права и т.п.). В данном случае отступное возможно только между лицами, связанными обязательственными правоотношениями, и является вполне легальной сделкой.

По материалам арбитражной практики.

Индивидуальные предприниматели Попова Акулина Павловна (ИП Попова А.П.) и Тимофеева Любовь Павловна (ИП Тимофеева Л.П.) обратились в Арбитражный суд Республики Саха (Якутия) с иском к открытому акционерному обществу "Акционерный коммерческий банк (ОАО "АКБ") "Алмаэргиэнбанк", уточненным в порядке [ст. 49](#) АПК РФ, о признании соглашения об отступном от 13 апреля 2007 г. N 01/07 недействительным и применении последствий недействительности в виде возврата недвижимого имущества - здания кафе гостиницы "Хоттей" общей площадью 98,10 кв. м, инв. N ТИ-946, литеры Г2, Г3, расположенного по адресу: Сунтарский улус, с. Сунтар, ул. Октябрьская, д. 23, корп. 2.

В качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора, привлечена индивидуальный предприниматель Тимофеева Розалия Павловна (ИП Тимофеева Р.П.).

Решением Арбитражного суда Республики Саха (Якутия) от 20 августа 2008 г. иски удовлетворены.

Постановлением Четвертого арбитражного апелляционного суда от 28 октября 2008 г. решение суда первой инстанции оставлено без изменения.

Не согласившись с принятыми по делу судебными актами, ОАО "АКБ "Алмаэргиэнбанк" обратилось в Федеральный арбитражный суд Восточно-Сибирского округа с кассационной жалобой, в которой просит их отменить.

Как полагает заявитель кассационной жалобы, вывод судов о невозможности произвести погашение задолженности за ИП Тимофееву Р.П. лицами, не являющимися стороной по сделке, является неправильным.

По его мнению, судами не принята во внимание [ст. 313](#) ГК РФ. Законодательство, а также условия кредитных договоров не содержат запрета на передачу исполнения, возложение обязанности по исполнению обязательства на третьих лиц.

Соглашение об отступном от 13 апреля 2007 г. соответствует требованиям [ст. 420, 432](#) ГК РФ.

Заявитель указывает на нарушение судами норм процессуального права - [ст. 27](#) АПК РФ (стороны соглашения об отступном являются физическими лицами, спор не подлежит рассмотрению в арбитражном суде). Кроме того, по мнению заявителя, истицы изменили одновременно предмет и основание иска, что является нарушением норм процессуального права.

ИП Тимофеева Л.П. и ИП Попова А.П. в отзыве на кассационную жалобу доводы заявителя отклонили, указав на их необоснованность.

Присутствующий в судебном заседании представитель заявителя кассационной жалобы подтвердил ее доводы.

Дело рассмотрено в порядке, предусмотренном [гл. 35](#) АПК РФ.

Рассмотрев доводы кассационной жалобы, проверив правильность применения Арбитражным судом Республики Саха (Якутия), Четвертым арбитражным апелляционным судом норм материального и процессуального права, соответствие выводов судов фактическим обстоятельствам и имеющимся доказательствам при рассмотрении дела, Федеральный арбитражный суд Восточно-Сибирского округа приходит к следующим выводам.

Согласно материалам дела между ответчиком и третьим лицом - ИП Тимофеевой Р.П. заключены кредитные договоры от 23 сентября 2005 г. N 344/05 и от 17 августа 2005 г. N 359/05.

13 апреля 2007 г. между истцами - ИП Поповой А.П., ИП Тимофеевой Л.П. и ОАО "АКБ "Алмазэргиэнбанк" заключено соглашение об отступном N 01/07, в соответствии с условиями которого истцы в счет задолженности третьего лица по кредитным договорам от 23 сентября 2005 г. N 344/05 и от 17 августа 2005 г. N 359/05 передали в собственность ОАО "АКБ "Алмазэргиэнбанк" недвижимое имущество - здание кафе гостиницы "Хоттей" общей площадью 98,10 кв. м, инв. N ТИ-946, литеры Г2, Г3, расположенное по адресу: Сунтарский улус, с. Сунтар, ул. Октябрьская д. 23, корп. 2.

Пунктами 1.4, 1.5 соглашения стороны определили обязанность ответчика после государственной регистрации права собственности на недвижимое имущество произвести списание задолженности истцов перед банком по кредитным договорам от 23 сентября 2005 г. N 344/05 и от 17 августа 2005 г. N 359/05 на общую сумму 1 006 576 руб. 83 коп.

Считая, что условия соглашения об отступном от 13 апреля 2007 г. N 01/07 не соответствуют действующему законодательству, поскольку у ИП Поповой А.П. и ИП Тимофеевой Л.П. перед банком отсутствует обязательство по кредитным договорам от 23 сентября 2005 г. N 344/05 и от 17 августа 2005 г. N 359/05, истцы обратились в арбитражный суд с настоящим иском.

Возражая против заявленных требований, ОАО "АКБ "Алмазэргиэнбанк" указало на то, что гражданское законодательство не запрещает прекращение обязательства должника третьими лицами. Спорное соглашение об отступном заключалось по волеизъявлению истцов и прекратило обязательство ИП Тимофеевой Р.П.

Исследовав доводы и возражения сторон, представленные ими доказательства, суд первой инстанции, руководствуясь требованиями [ст. 307](#), [308](#), [409](#) ГК РФ, признал исковые требования подлежащими удовлетворению.

Суд первой инстанции исходил из того, что истцы не являлись стороной обязательств, возникших на основании кредитных договоров от 23 сентября 2005 г. N 344/05 и от 17 августа 2005 г. N 359/05, и не могут прекратить обязательство третьего лица посредством предоставления отступного. На момент заключения спорного соглашения об отступном у ИП Тимофеевой Р.П. отсутствовали обязательства по возврату кредита, его прекращение посредством отступного является беспредметным.

Четвертый арбитражный апелляционный суд согласился с выводами суда первой инстанции, указав на то, что сторонами по соглашению об отступном должны быть стороны по первоначальной сделке.

Федеральный арбитражный суд Восточно-Сибирского округа считает обжалуемые судебные акты законными и обоснованными.

В силу [ст. 409](#) ГК РФ, по соглашению сторон обязательство может быть прекращено предоставлением взамен исполнения отступного (уплата денег, передача имущества и т.п.).

Соглашение об отступном порождает право должника на замену исполнения и обязанность кредитора принять отступное.

Отступное - один из способов прекращения обязательства по соглашению сторон. Смысл отступного состоит в том, что взамен первоначально указанного в обязательстве предмета исполнения предоставляется иной предмет исполнения. Отступное является платой за отказ от исполнения, указанного в первоначальном обязательстве, средством освобождения должника от необходимости совершать первоначальное исполнение.

Поскольку стороной по соглашению об отступном от 13 апреля 2007 г. N 01/07 должник не являлся, судами первой и апелляционной инстанций правомерно установлено, что указанное соглашение является недействительным как противоречащее [ст. 409](#) ГК РФ.

В соответствии со [ст. 168](#) ГК РФ сделка, не соответствующая требованиям закона или иных правовых актов, ничтожна, если закон не устанавливает, что такая сделка оспорима, или не предусматривает иных последствий нарушения.

Недействительная сделка не влечет юридических последствий, за исключением тех, которые связаны с ее недействительностью, и недействительна с момента ее совершения.

При недействительности сделки каждая из сторон обязана возвратить другой все полученное по сделке.

Признав соглашение об отступном от 13 апреля 2007 г. N 01/07 недействительным, суд правомерно применил последствия его недействительности, обязав ответчика возвратить

истицам полученное по недействительной сделке помещение кафе гостиницы "Хоттей".

Таким образом, нормы материального права правильно применены судами при принятии судебных актов по делу.

Федеральный арбитражный суд Восточно-Сибирского округа не принимает доводы заявителя о нарушении судами норм процессуального права - [статей 27](#) и [49](#) АПК РФ.

В соответствии со ст. 27 АПК РФ арбитражному суду подведомственны дела по экономическим спорам и другие дела, связанные с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности.

Арбитражные суды разрешают экономические споры и рассматривают иные дела с участием организаций, являющихся юридическими лицами, граждан, осуществляющих предпринимательскую деятельность без образования юридического лица и имеющих статус индивидуального предпринимателя, приобретенный в установленном законом порядке, а в случаях, предусмотренных АПК РФ и иными федеральными законами, с участием Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований, государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц, образований, не имеющих статуса юридического лица, и граждан, не имеющих статуса индивидуального предпринимателя (далее - организации и граждане).

Поскольку на момент обращения в арбитражный суд с настоящим иском истицы имели статус индивидуальных предпринимателей, что подтверждается материалами дела, отношения сторон связаны с осуществлением предпринимательской деятельности, арбитражный суд правомерно рассмотрел спор по существу.

Не нашел подтверждения довод заявителя кассационной жалобы о нарушении судом первой инстанции [ст. 49](#) АПК РФ.

При таких обстоятельствах судебные акты по делу в соответствии с [п. 1 ч. 1 ст. 287](#) АПК РФ подлежат оставлению без изменения.

В соответствии со [ст. 110](#) АПК РФ расходы по уплате государственной пошлины за рассмотрение дела судом кассационной инстанции подлежат отнесению на заявителя кассационной жалобы.

Руководствуясь [ст. 286 - 289](#) АПК РФ, Федеральный арбитражный суд Восточно-Сибирского округа постановил: решение от 20 августа 2008 г. Арбитражного суда Республики Саха (Якутия), [Постановление](#) от 28 октября 2008 г. Четвертого арбитражного апелляционного суда по делу N А58-2216/2008 оставить без изменения, кассационную жалобу - без удовлетворения.

Меры по приостановлению исполнения решения от 20 августа 2008 г. Арбитражного суда Республики Саха (Якутия), [Постановления](#) от 28 октября 2008 г. Четвертого арбитражного апелляционного суда по делу N А58-2216/2008, указанные в Определении Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 20 ноября 2008 г., отменить <234>.

<234> [Постановление](#) Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 17 декабря 2008 г. N А58-2216/08-Ф02-6329/08.

Итак, совершая исполнение путем отступного, должник с согласия кредитора откупается и от долга и обязательство между должником и кредитором прекращается как исполненное надлежащим образом. При этом обязательство прекращается не в момент достижения его участниками соглашения об отступном, а в момент предоставления должником кредитору нового исполнения (которое по стоимости может не только быть меньше первоначального исполнения, но и совпадать с ним и даже превышать его).

До принятия [ГК](#) РФ в отечественном гражданском праве наиболее распространенной была ситуация, когда значение отступных денег, отступного, по особому соглашению сторон придавалось задатку, вносимому при заключении договора. Воспользоваться отступным могла любая из сторон. При этом, если правом на отказ (отступление) от обязательства воспользовалась сторона, давшая задаток, она его теряла и тем самым обязательство прекращалось. Если об отказе (отступлении) от обязательства заявляла сторона, получившая задаток, она должна была возвратить его в двойном размере своему контрагенту.

Исходя из понятия отступного ([ст. 409](#) [ГК](#) РФ), его отличие от задатка заключается в

следующем. Во-первых, "...смысл отступного состоит в наделении должника с согласия кредитора возможностью, сохраняя в остальном обязательство, заменить первоначальный предмет исполнения другим" <235>, т.е. предоставлением отступного прекращается обязательство, а не договор, поэтому встречное обязательство сохраняет свою силу.

КонсультантПлюс: примечание.

[Комментарий](#) к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (под ред. О.Н. Садикова) включен в информационный банк согласно публикации - КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 2005 (3-е издание, исправленное, переработанное и дополненное).

<235> Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / Под ред. О.Н. Садикова. М.: ИНФРА-М, 1998.

Во-вторых, при предоставлении отступного кредитор получает от должника то, что равноценно исполнению обязательства, т.е. условно можно говорить, что обязательство прекращается его исполнением. При применении задатка в случае неисполнения должником договора кредитор получает лишь сумму задатка, получение которой никак не может быть приравнено к исполнению обязательства, которое прекращается в результате расторжения договора.

В-третьих, предоставлением отступного исключается возможность взыскания убытков, так как права кредитора не нарушаются. Что касается задатка, то такая возможность существует, поскольку происходит неисполнение обязательства и кредитор может требовать возмещения убытков, если стороны не договорились об ином ([п. 2 ст. 381 ГК РФ](#)). Именно диспозитивностью [абз. 2 п. 2 ст. 381 ГК РФ](#), согласно которому стороны могут исключить возмещение убытков, некоторые цивилисты обосновывают ошибочное мнение о том, что задаток может являться отступным <236>.

<236> Воскресенская Е.В. [Правовая природа отступного как основания](#) прекращения гражданско-правовых обязательств // Законы России: опыт, анализ, практика. 2011. N 3.

Исследование отступного как способа прекращения обязательства будет неполным, если не обозначить его основные квалифицирующие признаки:

а) соглашение об отступном по своей юридической природе является консенсуальной сделкой, а именно такая сделка вступает в силу с момента заключения сторонами соответствующего соглашения. Кроме того, в данный момент теряет силу первоначальное обязательство и с этого времени кредитор приобретает право требования предоставления согласованного отступного, а должник - обязанность такое отступное представить.

В настоящее время данная точка зрения нашла свое отражение и в судебно-арбитражной практике.

По материалам арбитражной практики.

Обязательство прекращается с момента предоставления отступного взамен исполнения, а не с момента достижения сторонами соглашения об отступном. Соглашение об отступном порождает право должника на замену исполнения и обязанность кредитора принять отступное.

Коммерческий банк (далее - банк) обратился в арбитражный суд с иском к акционерному обществу (далее - общество) о взыскании задолженности по кредитному договору в связи с неисполнением должником соглашения об отступном.

Как следовало из материалов дела, между сторонами был заключен кредитный договор, однако общество свою обязанность по возврату суммы кредита и уплате процентов не исполнило. В связи с этим стороны заключили соглашение об отступном, в котором предусмотрели право общества взамен исполнения передать банку определенное имущество. Поскольку ответчик сумму кредита не возвратил, проценты не уплатил, отступное не предоставил, истец обратился в суд за защитой своих прав.

Отказывая в удовлетворении исковых требований, суд первой инстанции сослался на то, что

заключением соглашения об отступном обязательства общества по кредитному договору прекратились и у банка отсутствует право требования уплаты суммы кредита и процентов. После заключения соглашения об отступном истец вправе требовать от ответчика исполнить обязательство в натуре: передать имущество по данному соглашению. Неисполнение обществом соглашения об отступном следует расценивать как нарушение обязательства, влекущее ответственность в соответствии с нормами [гл. 25 ГК РФ](#).

Суд кассационной инстанции отменил решение суда по следующим основаниям.

Согласно [ст. 409](#) ГК РФ по соглашению сторон обязательство может быть прекращено предоставлением взамен исполнения отступного (уплата денег, передача имущества и т.п.). Размер, сроки и порядок предоставления отступного устанавливаются сторонами.

Из смысла [ст. 409](#) ГК РФ следует, что соглашение об отступном не прекращает обязательства. Для прекращения обязательства по основанию, предусмотренному названной статьей Кодекса, необходимо наличие соглашения об отступном и исполнение данного соглашения, выражающееся в фактическом предоставлении отступного.

Оценивая выводы суда первой инстанции и соглашение сторон об отступном, суд кассационной инстанции подчеркнул, что с момента заключения соглашения об отступном возникает право должника на замену исполнения и обязанность кредитора принять отступное. Соглашение об отступном не создает новой обязанности должника, следовательно, не порождает права требования кредитора предоставить отступное. При неисполнении соглашения об отступном в определенный сторонами срок кредитор (истец) вправе потребовать исполнения первоначального обязательства и применения к должнику мер ответственности в связи с его неисполнением.

Таким образом, обязательство общества возратить сумму кредита и уплатить проценты не прекратилось, поэтому отказ банку в иске необоснован.

Поскольку при разрешении спора суд первой инстанции неправильно применил нормы материального права, не проверил представленный истцом расчет задолженности, дело было направлено на новое рассмотрение в тот же суд <237>.

<237> [Пункт 1](#) информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 21 декабря 2005 г. N 102 "Обзор практики применения арбитражными судами статьи 409 Гражданского кодекса Российской Федерации".

Между тем вопрос о том, является ли соглашение об отступном консенсуальной или реальной сделкой, остается дискуссионным.

Действительно, в большинстве случаев для отнесения того или иного договора к реальным или консенсуальным необходимо обратиться к рассмотрению предмета обязательства.

Так, если предметом правоотношения являются работы или услуги, договор будет консенсуальным, поскольку указанные действия подразумевают некоторую протяженность во времени. В случае если речь идет о предоставлении определенной вещи, договор может считаться заключенным как в момент ее передачи (реальный договор), так и с момента достижения сторонами соглашения (консенсуальный договор). Таким образом, если признать, что предметом соглашения об отступном являются только вещи, то допускается возможность существования реальной модели отступного.

Разногласия по поводу того, является ли соглашение об отступном консенсуальным или реальным, также связаны с отождествлением момента заключения соглашения об отступном с моментом исполнения порожденного им правоотношения. В результате некоторые авторы связывают прекращение первоначального обязательства с моментом заключения соглашения об отступном.

Следует согласиться с теми авторами, которые предлагают различать момент возникновения сделки и момент ее исполнения <238>.

<238> Бациев В.В. Обязательство, осложненное условием об отступном (замене исполнения). М., 2005. С. 12.

Если проанализировать [ст. ст. 432 и 433](#) ГК РФ, можно сделать вывод, что в действующем гражданском законодательстве закреплена презумпция консенсуальности договора. Так, в соответствии с [п. 1 ст. 432](#) ГК РФ договор считается заключенным, если между сторонами в требуемой в подлежащих случаях форме достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора, и только если в соответствии с законом для заключения договора необходима также передача имущества, договор считается заключенным с момента передачи соответствующего имущества ([п. 2 ст. 433](#) ГК РФ). Что касается непосредственного исполнения условий договора, то эта ситуация находится за пределами его заключения.

В связи с этим предоставление отступного взамен исполнения является основанием прекращения первоначального обязательства и исполнением заключенной сделки об отступном в порядке, согласованном сторонами. Непредоставление же отступного влечет не возникновение нового обязательства, а сохранение первоначального обязательства, с целью прекращения которого заключалось соглашение об отступном;

б) соглашение об отступном является возмездным договором, что предполагает наличие встречного предоставления, которое получает сторона за исполнение вытекающих из договора обязанностей. С этой точки зрения, на каких бы основаниях (возмездной или безвозмездной сделке) ни основывалось право кредитора требовать от должника исполнения по первоначальному обязательству, соглашение об отступном всегда будет иметь возмездный характер, так как предусматривает передачу должником определенной имущественной ценности (отступного) в обмен на отказ кредитора от права требовать исполнения первоначального обязательства;

в) соглашение об отступном может быть как односторонним обязательством (когда у одной из его сторон есть только права, а у другой - только обязанности. Такая ситуация чаще всего складывается в тех случаях, когда первоначальное обязательство по каким-либо причинам нарушено должником и соглашение об отступном заключается уже после такого нарушения), так и взаимным (когда права и обязанности, вытекающие из этого соглашения, возникают у обеих его сторон. Такая конструкция отступного возможна, как правило, при согласовании соответствующих условий одновременно с установлением основного обязательства либо до того, как истечет срок исполнения это обязательства);

г) предметом отступного могут быть предоставление должником кредитору вещей, в том числе денег и ценных бумаг, передача кредитору прав требования, имеющихся у должника к третьим лицам, а также выполнение должником для кредитора работ или оказание ему услуг. При этом должны соблюдаться установленные императивными нормами закона условия оборота соответствующих вещей, уступки соответствующих прав, а также выполнения соответствующих работ и оказания услуг. Например, если предметом отступного является недвижимое имущество, то соглашение не может состояться без государственной регистрации перехода соответствующих прав, а если в качестве отступного должник передает кредитору ценные бумаги, выраженные в иностранной валюте, последний должен иметь лицензию (разрешение) на проведение таких операций;

д) отступное имеет черты сходства, характерные для такого института обязательственного права, как замена исполнения.

Отметим, что под заменой исполнения понимается право должника предоставить с согласия кредитора во исполнение обязательства иной предмет, отличный от первоначального предмета обязательства. Указанные условия характерны и для отступного, когда должник, отступаясь от требования кредитора, предоставляет ему иной предмет исполнения, т.е. заменяет один предмет исполнения другим.

От обычной замены обязательства отступное отличается тем, что первое происходит всегда до, а второе - обычно после того, как обязательство оказалось нарушенным, а также тем, что при первом обстоятельстве, в отличие от второго, обязательство прекращается без его превращения в другое <239>;

(книга 1) включена в информационный банк согласно публикации - Статут, 2001 (3-е издание, стереотипное).

<239> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. Издание дополнительное, стереотипное (5-й завод). М.: Статут, 2002. С. 450.

е) соглашение об отступном может быть связано с прекращением как договорных (применительно к тем действиям, которые должна совершить (или от совершения которых должна воздержаться) обязанная сторона), так и внедоговорных обязательств (возможно, в тех пределах, в которых оно не нарушает предусмотренных законом, актом государственного органа или судебным решением обязательных условий установления или исполнения такого обязательства (о предмете, цене, сроке и т.д.) и в тех случаях, в которых соответствующая замена исполнения не противоречит охранительному характеру деликтного, алиментного или кондикционного обязательства).

Новация.

Новация (от лат. novatio - изменение, обновление) является одним из широко распространенных способов прекращения обязательства по соглашению сторон.

Соглашение о новации в узком смысле представляет собой договор, поименованный в [п. 1 ст. 414](#) ГК РФ, который направлен на прекращение первоначального обязательства и возникновение нового обязательства между теми же лицами, предусматривающий иной предмет или способ исполнения первоначального обязательства.

Соглашением о новации в широком смысле может быть любой из договоров, предусмотренных в [разд. IV](#) ГК РФ "Отдельные виды обязательств", т.е. поименованный договор, а также непоименованный или смешанный договор, прекращающий первоначальное договорное обязательство сторон и обуславливающий возникновение нового договорного обязательства между теми же лицами.

Новация как способ прекращения обязательств была известна еще римскому праву. В тот период она связывалась, прежде всего, с заменой должника в обязательстве. Допускалась также новация и по другим причинам, например ввиду отсрочки исполнения договора <240>.

<240> Черниловский З.М. Римское частное право. М., 1997. С. 154.

К числу основных условий новации относятся следующие.

1. Допустимость замены первоначального обязательства.
2. Действительность основания возникновения первоначального обязательства.
3. Наличие соглашения сторон о прекращении обязательства путем замены его новым.

По материалам арбитражной практики.

Обязательство прекращается новацией тогда, когда воля сторон определенно направлена на замену существовавшего между ними первоначального обязательства другим обязательством.

Муниципальное унитарное предприятие (далее - предприятие) обратилось в арбитражный суд с иском к акционерному обществу и обществу с ограниченной ответственностью о взыскании сумм основного долга и процентов за пользование чужими денежными средствами.

Суд первой инстанции отказал в удовлетворении иска. Суд апелляционной инстанции отменил решение суда, иск удовлетворил по таким основаниям.

Как следовало из материалов дела, между предприятием и акционерным обществом заключен договор теплоснабжения, по которому первое надлежащим образом исполнило свои обязанности, однако второе не оплатило полученную тепловую энергию. Договором поручительства, заключенным между предприятием и обществом с ограниченной ответственностью, предусмотрена ответственность поручителя за исполнение акционерным обществом (должником) обязательства по оплате тепловой энергии и уплате процентов за пользование чужими денежными средствами.

Суд первой инстанции, отказывая предприятию в иске к должнику и поручителю, указал, что ответчиками в суд представлена переписка предприятия и акционерного общества, из которой можно сделать вывод, что последнее обязалось поставить первому молочную продукцию и истец

согласился на это. Данная переписка велась после заключения договора теплоснабжения.

В соответствии со [ст. 414](#) ГК РФ обязательство прекращается соглашением сторон о замене первоначального обязательства, существовавшего между ними, другим обязательством между теми же лицами, предусматривающим иной предмет или способ исполнения (новация). Таким образом, по мнению суда первой инстанции, первоначальное обязательство акционерного общества оплатить полученную тепловую энергию прекращено новацией, а именно обязательством поставить молочную продукцию.

В силу [п. 3 ст. 414](#) ГК РФ новация прекращает дополнительные обязательства, связанные с первоначальным, если иное не предусмотрено соглашением сторон. Между тем в материалах дела отсутствует согласие поручителя на сохранение в связи с заключением соглашения о новации обязательств, возникших из договора поручительства. Следовательно, в данном случае новацией прекращено и обязательство поручителя акционерного общества.

По мнению суда апелляционной инстанции, выводы суда первой инстанции являются необоснованными по следующим основаниям. Существо новации заключается в замене первоначального обязательства, существовавшего между сторонами ранее, другим обязательством с одновременным прекращением первоначального обязательства. Новация происходит только тогда, когда действия сторон направлены к тому, чтобы обязательство было новировано. Намерение же произвести новацию не предполагается. Если стороны намерены совершить новацию, то они должны это определенно выразить.

Из соглашения должно следовать, что стороны имели в виду замену первоначального обязательства другим обязательством, что влечет для них некоторые правовые последствия, в частности невозможность требовать исполнения первоначального обязательства. Соглашение, достигнутое между предприятием и акционерным обществом в процессе переписки, такого условия не содержит.

Анализ представленных суду документов позволяет сделать вывод о том, что акционерное общество и предприятие заключили договор купли-продажи молочной продукции, который по своей природе является самостоятельной сделкой и не прекращает обязательств сторон по договору теплоснабжения <241>.

<241> Информационное [письмо](#) Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 21 декабря 2005 г. "Обзор практики применения арбитражными судами статьи 414 Гражданского кодекса Российской Федерации" // <http://www.arbitr.ru>.

4. Отличие нового обязательства от первоначального по предмету или способу исполнения.
5. Сохранение состава участников.

Итак, новация представляет собой любое изменение договора с тем, что сами стороны по соглашению между собой продолжают занимать свои места в правоотношении.

Сравнивая новацию с институтом изменения договора, необходимо отметить, что для отграничения новации от изменения договора следует исходить из основных признаков, характеризующих новацию: 1) намерения сторон совершить новацию; 2) изменения характера правовой связи между сторонами.

Кроме того, в отличие от новации при изменении договора характер правовой связи между сторонами не меняется.

При этом необходимо учитывать, что прекращение обязательства новацией возможно только по соглашению сторон. Изменение договора, по общему правилу, также осуществляется на основании соглашения сторон, если иное не предусмотрено ГК РФ, другими законами или договором ([п. 1 ст. 450](#) ГК РФ).

Кроме того, новация и изменение договора различаются по форме совершения. Новация должна совершаться в форме, предусмотренной для новированного обязательства. Соглашение об изменении договора совершается в той же форме, что и договор, если из закона, иных правовых актов, договора или обычаев делового оборота не вытекает иное ([п. 1 ст. 452](#) ГК РФ).

Поскольку новация представляет собой способ прекращения обязательства, вместе с основным обязательством прекращаются и дополнительные (акцессорные) обязательства ([п. 3 ст. 414](#) ГК РФ). Тем не менее стороны могут выразить желание сохранить субсидиарное

обязательство, для чего им необходимо достичь соглашения, которое и будет в таком случае основанием возникновения соответствующего субсидиарного обязательства. Имеется в виду, что при коллизии между первоначальным договором и последующим соглашением приоритетом пользуется последнее <242>.

КонсультантПлюс: примечание.

Монография М.И. Брагинского, В.В. Витрянского "Договорное право. Общие положения" (книга 1) включена в информационный банк согласно публикации - Статут, 2001 (3-е издание, стереотипное).

<242> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. Издание дополнительное, стереотипное (5-й завод). М.: Статут, 2002. С. 455.

По материалам арбитражной практики.

Условие соглашения о новации, которым предусмотрено сохранение связанных с первоначальным обязательством дополнительных обязательств залогодателя, не являющегося должником, ничтожно.

Акционерное общество обратилось в арбитражный суд с иском к обществу с ограниченной ответственностью об обращении взыскания на заложенное имущество ответчика. В качестве третьего лица на стороне ответчика привлечен индивидуальный предприниматель (далее - предприниматель). Решением суда по другому делу взыскана задолженность предпринимателя, однако данный судебный акт исполнен не был. Как следовало из материалов дела, между истцом и предпринимателем заключен договор купли-продажи. Обязательство предпринимателя по оплате товара было обеспечено залогом имущества в соответствии с договором залога, заключенным между истцом и обществом с ограниченной ответственностью (ответчиком).

После заключения договора купли-продажи и исполнения истцом своей обязанности по передаче товара между истцом и предпринимателем было заключено соглашение о новации, которым обязанность предпринимателя по оплате товара согласно положениям [ст. 818](#) ГК РФ заменена заемным обязательством.

В связи с неисполнением предпринимателем своих обязательств по уплате суммы займа и процентов за пользование займом акционерное общество обратилось в суд с иском к ответчику-залогодателю. Истец в обоснование требования указал: в соглашении о новации стороны предусмотрели, что все дополнительные обязательства, связанные с первоначальным, не прекращаются и сохраняют свою силу ([п. 3 ст. 414](#) ГК РФ).

В отзыве на иск ответчик сослался на [подп. 1 п. 1 ст. 352](#) Кодекса, в соответствии с которым залог прекращается с прекращением обеспеченного залогом обязательства. По мнению залогодателя, к возникшим отношениям должны применяться нормы этой статьи, а не норма [п. 3 ст. 414](#) ГК РФ.

Суд первой инстанции применил [п. 3 ст. 414](#) Кодекса и удовлетворил требования истца в полном объеме. Суд кассационной инстанции отменил решение суда первой инстанции и отказал истцу в иске по следующим основаниям.

Согласно [п. 3 ст. 414](#) ГК РФ новация прекращает дополнительные обязательства, связанные с первоначальным, если иное не предусмотрено соглашением сторон. Данная норма является специальной по отношению к норме [подп. 1 п. 1 ст. 352](#) Кодекса, и именно ее необходимо применять при разрешении спора. Однако при ее толковании необходимо иметь в виду, что в случае заключения соглашения о замене первоначального обязательства другим обязательством стороны могут предусмотреть сохранение в силе дополнительных обязательств, связанных с первоначальным, но только тех, которые существовали между ними. Залог имущества ответчика обеспечивал исполнение первоначального обязательства предпринимателя. Из договора залога возникли права и обязанности у истца и ответчика. Заключая соглашение о новации, которым обязанность предпринимателя по оплате товара была заменена заемным обязательством, стороны не могли сохранить залоговые отношения, не существовавшие между ними. Иной вывод противоречил бы [п. 3 ст. 308](#) Кодекса, в соответствии с которым обязательство не создает

обязанностей для лиц, не участвующих в нем в качестве сторон.

Поэтому условие соглашения о новации, которым предусмотрено сохранение связанных с первоначальным обязательством дополнительных обязательств залогодателя, не являющегося должником, ничтожно и исковое требование не подлежит удовлетворению <243>.

<243> Информационное [письмо](#) Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 21 декабря 2005 г. "Обзор практики применения арбитражными судами статьи 414 Гражданского кодекса Российской Федерации" // <http://www.arbitr.ru>.

Необходимо отметить, что в ГК РФ специально выделено запрещение новации применительно к обязательствам личного характера, имеющих целевое назначение - по возмещению вреда, причиненного жизни и здоровью, и по уплате алиментов (п. 2 ст. 414 ГК РФ).

Если не считать личного характера соответствующих требований, то необходимость в такой норме связана с тем, что предмет и способ исполнения соответствующего обязательства определяются не стороной, а требованиями законодательства.

Зачет.

При зачете (ст. 410 - 412 ГК РФ) происходит полное или частичное прекращение одного обязательства вместе с полным или частичным прекращением встречного однородного требования.

К числу квалифицирующих признаков зачета относятся следующие:

требования к зачету должны быть встречными, предъявляемыми друг к другу одними и теми же лицами, каждое из которых в одном обязательстве выступает кредитором, а в другом - должником;

требования к зачету должны быть однородными, т.е. такими, предметом которых является одинаковое имущество, определенное родовыми признаками;

исполнение зачета возможно только в случае наступления срока исполнения по встречным обязательствам, кроме случаев, когда срок не указан или определен моментом востребования.

Кроме того, специальные ограничительные правила действуют в отношении зачета при уступке требований. Речь идет о том, что для такого зачета необходимо, чтобы соответствующие требования возникали по основанию, которое существовало к моменту, когда получено уведомление об уступке прав, при этом срок требований должен уже наступить, если только он не был вообще указан или был определен моментом востребования.

Вместе с тем указанные ограничения действуют только при зачете, основанном на односторонней сделке, т.е. совершаемом по воле одной из сторон. Если же зачет носит договорный характер, т.е. вытекает из соглашения сторон, указанные ограничения не имеют силы.

В ГК РФ предусмотрены случаи, при которых вообще исключается возможность зачета. Согласно ст. 411 ГК РФ запрещается зачет требований о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, требований о пожизненном содержании, взыскании алиментов.

Зачет исключается и тогда, когда по заявлению другой стороны к соответствующему требованию подлежит применению срок исковой давности и этот срок истек.

По материалам арбитражной практики.

Обязательство не может быть прекращено зачетом встречного однородного требования, если по заявлению другой стороны к требованию подлежит применению срок исковой давности и этот срок истек (абз. второй ст. 411 ГК РФ). При этом сторона, получившая заявление о зачете, не обязана заявлять о пропуске срока исковой давности контрагенту, так как исковая давность может быть применена только судом, который применяет ее при наличии заявления при рассмотрении соответствующего спора (п. 2 ст. 199 ГК РФ).

Акционерное общество обратилось с иском к товариществу с ограниченной ответственностью о взыскании задолженности по арендной плате и эксплуатационным платежам.

Ответчик в отзыве на иск предъявленное к нему требование не признал, сославшись на прекращение его обязательства по арендной плате и эксплуатационным платежам зачетом встречного однородного требования, возникшего у него по другому договору с акционерным обществом. Истец в судебном заседании заявил о ничтожности зачета, поскольку право встречного требования возникло у ответчика в 1995 г., однако о зачете им было заявлено лишь в

2000 г., т.е. по истечении трехгодичного срока.

Суд первой инстанции, исследовав все обстоятельства дела, в применении исковой давности отказал, мотивировав свое решение тем, что истец не заявил контрагенту о пропуске срока исковой давности после получения от ответчика заявления о зачете, как этого требует абзац второй ст. 411 ГК РФ. Суд апелляционной инстанции решение отменил и удовлетворил требование истца. При этом было указано, что срок исковой давности истек в отношении требования ответчика, на основании которого сделано заявление о зачете. В соответствии со ст. 411 ГК РФ не допускается зачет требований, если по заявлению другой стороны к требованию подлежит применению срок исковой давности и этот срок истек. Гражданское законодательство не содержит требования о направлении стороной, получившей заявление о зачете, заявления о пропуске срока исковой давности другой стороне, поскольку исковая давность применяется только судом по заявлению, сделанному при рассмотрении спора (п. 2 ст. 199 ГК РФ). Поэтому обоснованные требования истца подлежат удовлетворению, несмотря на сделанное ответчиком заявление о зачете <244>.

<244> Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 29 декабря 2001 г. N 65 "Обзор практики разрешения споров, связанных с прекращением обязательств зачетом встречных однородных требований" // <http://www.arbitr.ru>.

Между тем сегодня существуют, кроме вышеуказанных, и другие ограничения, выработанные в процессе применения законов судами РФ:

а) должник не может выбрать, какое из требований кредитора он зачитывает: издержки кредитора, проценты или основную сумму долга.

По материалам арбитражной практики.

При зачете части встречного денежного требования должны учитываться положения ст. 319 ГК РФ.

Коммерческий банк обратился в арбитражный суд с иском о взыскании с должника невозвращенного кредита и процентов за пользование кредитом.

Возражая против иска, ответчик заявил о частичном прекращении его обязательства зачетом встречного однородного требования к банку.

Арбитражным судом было установлено, что размер имеющегося у ответчика встречного однородного требования к банку был достаточен для погашения лишь части всех возникших из кредитного договора требований истца.

Ответчик полагал, что имеет право самостоятельно определить, какие из требований кредитора подлежат прекращению зачетом. В своем письме банку он указал, что зачетом погашаются его обязательства по возврату кредита, а также определенной части начисленных процентов за пользование им.

Истец в судебном заседании заявил, что ответчик не вправе был погашать зачетом в первую очередь требование о возврате самой суммы займа (капитальной суммы), поскольку в соответствии со ст. 319 ГК РФ сумма произведенного платежа, недостаточная для исполнения денежного обязательства полностью, при отсутствии иного соглашения погашает прежде всего издержки кредитора по получению исполнения, затем - проценты, а в оставшейся части - основную сумму долга.

Арбитражный суд, удовлетворяя иск банка, указал, что отношения сторон по частичному зачету встречного денежного требования прямо не урегулированы законодательством, поэтому при отсутствии соответствующего соглашения сторон и применимого обычая делового оборота к отношениям истца и ответчика должно применяться законодательство, регулирующее сходные отношения (п. 1 ст. 6 ГК РФ).

Зачет встречного однородного требования (ст. 410 ГК РФ) и надлежащее исполнение (ст. 408 ГК РФ) представляют собой случаи прекращения обязательства. Поэтому в данном деле к частичному зачету встречного денежного требования должны предъявляться такие же требования, как и к исполнению денежного обязательства. Исполнение денежного обязательства при недостаточности произведенного платежа регулируется ст. 319 ГК РФ. Следовательно, при зачете части встречного денежного требования должны учитываться требования ст. 319 ГК РФ.

Таким образом, если иное не предусмотрено договором, при недостаточности встречного денежного требования заемщика для полного прекращения его денежного обязательства зачетом в первую очередь должны считаться прекращенными издержки кредитора по получению исполнения, затем - проценты, а в оставшейся части - основная сумма долга <245>;

<245> **Пункт 6** информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 29 декабря 2001 г. N 65 "Обзор практики разрешения споров, связанных с прекращением обязательств зачетом встречных однородных требований" // <http://www.arbitr.ru>.

б) если к должнику предъявлен иск, он не вправе заявить о зачете. В такой ситуации зачет может быть осуществлен путем предъявления встречного иска.

По материалам арбитражной практики.

Обязательство не может быть прекращено зачетом встречного однородного требования, срок которого наступил, после предъявления иска к лицу, имеющему право заявить о зачете. В этом случае зачет может быть произведен при рассмотрении встречного иска, который принимается судом на основании **п. 1 ч. 3 ст. 110** Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (**п. 1 ч. 3 ст. 132** АПК РФ 2002 г.).

Акционерное общество обратилось в арбитражный суд с иском к унитарному предприятию о взыскании задолженности по договору строительного подряда.

Ответчик в отзыве на иск указал, что он заявляет о зачете встречного однородного требования, поскольку истец имеет перед ним денежный долг по другому договору.

Истец в судебном заседании представил против зачета следующее возражение: поскольку заявление о зачете получено им после предъявления иска, гражданско-правовое обязательство должника при таких обстоятельствах не может прекратиться по основанию, предусмотренному **ст. 410** ГК РФ.

Суд, изучив материалы дела и установив, что между сторонами действительно имеются встречные денежные требования, основанные на разных договорах, иск обоснованно удовлетворил, сославшись на то, что ответчик не воспользовался своим правом на предъявление встречного иска и, кроме того, не лишен возможности защиты своих прав посредством предъявления отдельного иска. В решении было также указано, что по смыслу **п. 1 ч. 3 ст. 110** АПК РФ (**п. 1 ч. 3 ст. 132** АПК РФ 2002 г.) после предъявления к должнику иска не допускается прекращение обязательства зачетом встречного однородного требования в соответствии с нормами **ст. 410** ГК РФ. Ответчик может защитить свои права лишь предъявлением встречного искового требования, направленного к зачету первоначального требования, либо посредством обращения в арбитражный суд с отдельным исковым заявлением <246>;

<246> **Пункт 1** информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 29 декабря 2001 г. N 65 "Обзор практики разрешения споров, связанных с прекращением обязательств зачетом встречных однородных требований" // <http://www.arbitr.ru>.

в) от заявления о зачете впоследствии нельзя отказаться.

Гражданское законодательство не предусматривает возможности восстановления правомерно и обоснованно прекращенных зачетом обязательств при отказе от сделанного стороной заявления о зачете.

Арендодатель обратился в арбитражный суд с иском к арендатору о взыскании задолженности по арендной плате.

Ответчик иск не признал, обосновав свои возражения отсутствием у истца права требования арендной платы и прекращением обязательства зачетом встречного однородного требования (**ст. 410** ГК РФ).

Судом первой инстанции было установлено, что за несколько месяцев до обращения истца в суд ответчик известил арендодателя о том, что на основании **ст. 410** ГК РФ его обязательство по арендной плате прекращено путем зачета встречного однородного требования. Арендодатель с

проведением зачета не согласился, известив об этом арендатора соответствующим письмом, и обратился с иском о взыскании задолженности в суд. Ответчик, в свою очередь, выставил в банк истца инкассовое поручение о списании с последнего в предусмотренном договором безакцептном порядке суммы долга истца перед ответчиком, отказавшись от сделанного им до этого заявления о зачете встречного однородного требования. В связи с этим, по мнению суда, действия ответчика, направленные на получение задолженности с истца, свидетельствуют о том, что зачет не состоялся.

Суд апелляционной инстанции решение суда отменил и в иске отказал. В судебном акте было указано, что гражданское право не предусматривает возможности отказа от совершенного зачета. Действия ответчика по получению долга посредством безакцептного списания денежных средств со счета истца в данном случае не влекут каких-либо правовых последствий для состоявшегося зачета <247>.

<247> **Пункт 9** информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 29 декабря 2001 г. N 65 "Обзор практики разрешения споров, связанных с прекращением обязательств зачетом встречных однородных требований" // <http://www.arbitr.ru>.

Прощение долга.

Прощение долга как один из способов прекращения обязательств до настоящего времени является предметом научных дискуссий, и в юридической литературе отсутствует единство в понимании этого института.

В самом общем виде суть дискуссий сводится к следующему: представляет ли собой прощение долга одностороннюю или двустороннюю сделку, можно ли рассматривать прощение долга в качестве разновидности дарения или оно является самостоятельным институтом гражданского права.

Эти вопросы имеют не только теоретическое, но и практическое значение, поскольку в зависимости от квалификации решается вопрос о возможности применения этого института в имущественном обороте.

Следует отметить, что признаком прощения долга как особого способа прекращения обязательств служит то, что при нем не предполагается какое бы то ни было встречное удовлетворение, поскольку в противном случае отношения сторон превратятся в зависимости от обстоятельств, в новацию или отступное. Кроме того, в связи с тем, что прощение долга представляет собой освобождение кредитором должника от имущественной обязанности, совершаемое по соглашению между сторонами, оно превращается в предмет договора дарения. По этой причине к прощению долга следует применять нормы ГК РФ, которые устанавливают случаи запрета дарения (ст. 575 ГК РФ) либо его ограничения (ст. 576 ГК РФ).

По материалам арбитражной практики.

Отношения кредитора и должника по прощению долга можно квалифицировать как дарение, только если судом будет установлено намерение кредитора освободить должника от обязанности по уплате долга в качестве дара. В таком случае прощение долга должно подчиняться запретам, установленным статьей 575 ГК РФ, п. 4 которой не допускается дарение в отношениях между коммерческими организациями.

Общество с ограниченной ответственностью (заимодавец) обратилось в арбитражный суд с иском к акционерному обществу (заемщику) о взыскании процентов по договору займа и неустойки за несвоевременный возврат суммы займа.

Как следовало из представленных суду документов, ответчик, получив от истца денежные средства по договору займа, обязался в установленный договором срок возвратить сумму займа и уплатить проценты за пользование денежными средствами. Поскольку заемщик не выполнил своевременно своих обязанностей, руководитель заимодавца направил в его адрес письмо с требованием немедленно возвратить сумму займа, указав при этом, что в случае исполнения данного требования заимодавец освобождает заемщика от уплаты процентов за пользование денежными средствами и неустойки за несвоевременный возврат суммы займа. Заемщик сумму займа возвратил.

В своих возражениях на иск ответчик указал на отсутствие у него обязанности уплатить проценты и неустойку, так как данные обязательства прекращены прощением долга.

Суд первой инстанции иск удовлетворил, мотивировав свое решение следующим.

Прощение долга представляет собой освобождение кредитором должника от имущественной обязанности. В связи с этим прощение долга является разновидностью дарения (ст. 572 ГК РФ), поэтому оно должно подчиняться запретам, установленным ст. 575 ГК РФ, в соответствии с п. 4 которой не допускается дарение в отношениях между коммерческими организациями.

Таким образом, прощение долга, совершенное заимодавцем, является ничтожным, не влечет каких-либо последствий, поэтому обязанность заемщика уплатить проценты по договору займа и неустойку за несвоевременный возврат суммы займа не прекратилась.

Суд кассационной инстанции отменил решение суда первой инстанции и в иске отказал по следующим основаниям.

В соответствии со ст. 415 ГК РФ обязательство прекращается освобождением кредитором должника от лежащих на нем обязанностей, если это не нарушает прав других лиц в отношении имущества кредитора.

Суду не представлено каких-либо сведений, на основании которых можно было бы сделать вывод о нарушении прощением долга прав третьих лиц в отношении имущества кредитора.

Оценивая квалификацию судом первой инстанции прощения долга в качестве разновидности дарения, суд кассационной инстанции указал: квалифицирующим признаком дарения является согласно п. 1 ст. 572 Кодекса его безвозмездность. При этом гражданское законодательство исходит из презумпции возмездности договора (п. 3 ст. 423 ГК РФ). Поэтому прощение долга является дарением только в том случае, если судом будет установлено намерение кредитора освободить должника от обязанности по уплате долга в качестве дара. Об отсутствии намерения кредитора одарить должника может свидетельствовать, в частности, взаимосвязь между прощением долга и получением кредитором имущественной выгоды по какому-либо обязательству между теми же лицами.

Изучив отношения сторон, суд кассационной инстанции установил, что целью совершения сделки прощения долга являлось обеспечение возврата суммы задолженности в непрошенной части без обращения в суд, т.е. у кредитора отсутствовало намерение одарить должника.

Поскольку в данном случае у кредитора не было намерения освободить должника от обязанности в качестве дара, в удовлетворении иска отказано <248>.

<248> Пункт 3 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 21 декабря 2005 г. N 104 "Обзор практики применения арбитражными судами норм Гражданского кодекса Российской Федерации о некоторых основаниях прекращения обязательств".

Прощению долга посвящена всего одна статья ГК РФ, но именно из ее содержания судебные инстанции делали столь широкие выводы, что практическое использование этого института в коммерческом обороте было парализовано. По своей юридической конструкции прощение долга и дарение действительно имеют некоторое сходство, но не тождество.

Длительное время судебные инстанции рассматривали прощение долга как договор, а моментом прекращения обязательства считали согласие должника на прощение долга (п. 1 ст. 433 ГК РФ). Возможно, эта позиция не лишена логики и соответствует практике (несмотря на прощенный долг, должник все равно вправе исполнить свое обязательство).

Вывод об односторонности прощения долга можно сделать из формулировки ст. 415 ГК РФ, в соответствии с которой обязательство прекращается освобождением кредитором должника от лежащих на нем обязанностей. При этом выражение "обязательство прекращается освобождением" не содержит указания на какое-либо соглашение между кредитором и должником. Кредитор своим односторонним волевым актом освобождает должника от соответствующей обязанности и тем самым прекращает обязательство, в то время как дарение предполагает обязательное согласие одаряемого принять дар и именно поэтому является договором. Односторонний характер прощения долга (в противоположность договорной природе дарения) может послужить одним из аргументов действительности сделки.

Между тем квалификация прощения долга как односторонней сделки автоматически снимает вопрос о возможности применения к отношениям сторон норм о договоре дарения (ст. 572, 575 ГК РФ), потому что односторонняя сделка ни при каких обстоятельствах не сможет трансформироваться в договор (соглашение), которым во всех случаях является дарение.

Одной из существенных особенностей договора дарения является его безвозмездность. Этот квалифицирующий признак договора прямо закреплен в Кодексе (ст. 572 ГК РФ). Любое встречное предоставление свидетельствует об отсутствии дарения (ст. 423 ГК РФ). Следовательно, прощение долга может быть квалифицировано как дарение только в том случае, если вопрос о его безвозмездном характере будет решен положительно. Поскольку ст. 415 ГК РФ не указывает на безвозмездный характер прощения долга, то будет действовать презумпция его возмездности. Иными словами, прощение долга возможно, если кредитор получает какое-либо встречное предоставление со стороны должника.

§ 2. Роль медиатора в процедуре медиации

Медиатор является специалистом, который призван разрешать конфликты с помощью медиации. Он участвует в процедуре медиации как третья, нейтральная, незаинтересованная сторона. В процессе переговоров медиатор помогает конфликтующим сторонам понять интересы свои и противника, определить занимаемые позиции. Также медиатор подводит стороны к поиску конструктивного решения спора, приемлемого для обеих сторон, и помогает сторонам найти то решение, которое устроило бы всех участников конфликта.

Медиатору отводится весьма значительная роль, поэтому следует определять уровень требований к его кандидатуре.

При подготовке медиаторов предъявляются очень серьезные требования к личности медиатора, так как наличия особых качеств требует сама специфика профессии. Сертифицированный медиатор также должен быть обучен и с точки зрения самой технологии проведения процедуры. Вот почему человек, планирующий стать посредником, обязан понимать, что, даже пройдя курс обучения и получив сертификат на право работы медиатором, он должен будет постоянно совершенствоваться, поддерживая и улучшая приобретенные навыки, проходить дополнительное обучение, углубляя знания и повышая профессиональную компетентность.

Каждый медиатор, вне зависимости от того, где он проходил обучение, должен быть последовательным в приверженности профессиональной этике медиатора. Ранее мы указывали о существовании Кодекса поведения медиаторов, над которым идет активная работа медиаторов России. В его основе лежит Европейский кодекс поведения медиаторов (Code of conduct). Основные требования профессиональной этики, которые были сформулированы в этом Кодексе, в полной мере отражают все необходимые качества, которыми должен обладать медиатор.

Итак, медиатор устанавливает фактические обстоятельства возникшего между сторонами конфликта. Однако это не означает, что он будет углубляться в личные истории и проблемы.

На самом деле часто при возникновении разногласий в деловых отношениях партнеры пытаются договориться друг с другом напрямую, но переговоры срываются в силу того, что обе стороны занимают очень жесткие позиции.

Медиатор же помогает сторонам взглянуть на их проблему по-другому, как бы со стороны, чтобы они могли лучше увидеть интересы и потребности друг друга, понять, чем они мотивируют свою позицию и ожидаемый ими исход конфликта.

Медиатор как лицо, привлекаемое сторонами в качестве посредника для содействия в выработке сторонами решения по существу спора, выполняет ряд функций <249>, благополучное осуществление которых зависит от его компетентности в области коммуникации, ведения переговоров и управления конфликтом в целом.

<249> Под функциями медиатора можно понимать основные направления действий медиатора, выражающие роль и задачи медиатора в процедурной, содержательной и эмоционально-психологической сферах.

Функции, которые осуществляет медиатор, можно классифицировать в зависимости от сфер

его деятельности: во-первых, функции в сфере процедуры; во-вторых, функции в сфере содержания спора; в-третьих, функции в эмоционально-психологической сфере.

В сфере процедуры медиатор выполняет две основные функции: организационную и педагогическую.

Что касается организационной функции, то ее следует рассматривать в двух значениях:

организационно-технический аспект (подготовка помещения, организация пространства для совместных переговоров и индивидуальной работы с учетом количества участников медиации, обеспечение технической поддержки в случае необходимости и т.д.);

организационно-процедурный (управленческий) аспект, который связан с обеспечением последовательного и конструктивного ведения переговоров. Данный аспект является выражением самой медиативной технологии.

Выполнение организационной функции в процедурном аспекте предполагает, во-первых, создание посредником условий для конструктивного диалога всех участников медиации, во-вторых, организацию переговоров сторон согласно избранной (с учетом специфики спора) модели. Для этого медиатор использует приемы эффективной коммуникации, а также знания теории переговоров и навыки управления переговорным процессом.

В случае если соответствующие условия не оговорены в соглашении о проведении медиации, тип переговоров будет зависеть от профессионального выбора медиатора, его навыков и персонального подхода к примирительной процедуре. Основными инструментами, используемыми для осуществления обозначенной выше функции, являются техники активного слушания и обработки информации, вопросные техники, в том числе техники постановки вопросов с целью стимулирования стороны к поиску новых нестандартных решений урегулирования спора. Таким образом, медиатор, не вмешиваясь в содержательную часть спора, управляет конфликтом, что в конечном итоге приводит к его разрешению.

Педагогическая функция реализуется в двух компетенциях:

1) непосредственно в ходе медиации, например на этапе индивидуальной работы со сторонами, при необходимости медиатор может обучать сторону ведению переговоров, высказыванию своих предложений. В зарубежной литературе деятельность медиатора в данном направлении называют "персональным переговорным коучингом" (от англ. coach - тренировать) <250>;

<250> Spencer D., Brogan M. Указ. соч. Р. 49.

2) опосредованно, т.е. в течение всей процедуры медиации стороны обучаются ведению интегративных переговоров (при реализации классической модели медиации). Иными словами, медиатор своими действиями формирует у сторон определенные образы и модели поведения, которые они в последующем смогут реализовывать при урегулировании разногласий самостоятельно без вмешательства третьих лиц.

Кроме того, в сфере содержания спора медиатор выполняет информационную (предоставление объективной информации относительно сложных вопросов) и в некоторых случаях - консультационную функции. Очевидно, что данные функции характерны лишь для некоторых (неклассических) моделей медиации.

Функция обеспечения благоприятного психологического климата означает действия медиатора, направленные на поддержание мирного взаимодействия участников примирительной процедуры и соблюдение баланса сил сторон. В данном случае приоритетное место занимают навыки управления конфликтом и регуляции эмоционального напряжения сторон.

Все перечисленные функции медиатора взаимосвязаны и взаимообусловлены, что обеспечивает поступательное продвижение сторон в переговорах к урегулированию спора. Следует отметить, что реализация определенных функций и применение указанных приемов и техник возможны не только в рамках медиации, но и в любой иной юридической практике <251>.

<251> Калашникова С.И. Медиация в сфере гражданской юрисдикции. М.: Инфотропик Медиа, 2011.

Итак, деятельность медиатора представляет собой осознанное использование специальных техник и приемов в целях управления переговорами. Между тем роль медиатора не ограничивается простой организацией и хронометрированием переговорного процесса в целях обеспечения понимания (за исключением некоторых неклассических моделей медиации) и в этом смысле медиация отличается от таких процедур, как модерация. В то же время медиатор не наделен полномочиями на вынесение обязательного для сторон решения. Этим примирительная процедура с участием посредника отличается от третейского разбирательства и иных юрисдикционных процедур, а потому должна рассматриваться как внеюрисдикционный способ урегулирования правовых споров.

Список литературы

Аболонин Г.О. Посредничество при разрешении споров как альтернатива судебной тяжбе // Юрист. 2001. N 5.

Алексеев М.А., Иншакова А.О., Николюкин С.В. Трансформация регламентации деятельности и компетенции международного коммерческого арбитража (экономико-правовые потребности современного хозяйствования) / Под ред. А.О. Иншаковой, С.В. Николюкина. М.: Юрлитинформ, 2012.

Андреева Т.К. Некоторые комментарии к Федеральному закону "О третейских судах в Российской Федерации" // Хозяйство и право. 2003. N 1.

Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. Издание дополнительное, стереотипное (5-й завод). М.: Статут, 2002.

Буртовая Е.В. Конфликтология. М., 2002.

Давыденко Д.Л. Мирное соглашение как средство внесудебного урегулирования частноправовых споров (по праву России и некоторых зарубежных стран): Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004.

Зайцев А.И., Кузнецов Н.В., Савельева Т.А. Негосударственные процедуры урегулирования правовых споров. Саратов, 2000.

Калашникова С.И. Медиация в сфере гражданской юрисдикции. М.: Инфотропик Медиа, 2011.

Каллистратова Р.Ф. Альтернативное судопроизводство для разрешения экономических споров // Судебная система России. М., 2000.

Клеандров М.И. Прошлое третейских судов по разрешению экономических споров // Третейский суд. 2000. N 5.

Коннов А.Ю. [Понятие, классификация и основные виды](#) альтернативных способов разрешения споров // Журнал российского права. 2004. N 12.

Лисицын В.В. Медиация - способ разрешения коммерческих споров в Российской Федерации: Краткий курс лекций. М., 2009.

Медиация в практике нотариуса / Отв. ред. С.К. Загайнова, Н.Н. Тарасов, В.В. Ярков (серия "Библиотека медиатора". Кн. 3). М.: Инфотропик Медиа, 2012.

Мейер Д.И. Юридические исследования относительно торгового быта Одессы // Мейер Д.И. Избранные произведения по гражданскому праву. М., 2003. С. 209.

Международное коммерческое право: Учебное пособие / Под общ. ред. В.Ф. Попондопуло. М.: Омега-Л, 2004.

Насыров Р.В. О коммерческих судах в России // Российский юридический журнал. 1996. N 2. Негосударственные процедуры урегулирования споров: Учебно-методическое пособие / Под ред. А.И. Зайцева, В.М. Мелихова, О.А. Коробова и др. Волгоград, 2005.

Немытина М.В. Альтернативное правосудие в России // Развитие альтернативных форм разрешения правовых конфликтов. Саратов, 2000.

Нешатаева Т.Н. Третейские и государственные суды // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2001. Вып. 2.

КонсультантПлюс: примечание.

[Монография](#) С.В. Николюкина "Международный коммерческий арбитраж" включена в

Николюкин С.В. Международный коммерческий арбитраж. М.: Юстицинформ, 2010.

Николюкин С.В. Мировые сделки как регуляторы коммерческих конфликтов: Монография. М.: Юрлитинформ, 2011.

Николюкин С.В. Третейское соглашение как основание разбирательства споров в третейском суде: Монография. М.: Финансовый университет, 2012.

Носырева Е.И. Альтернативное разрешение споров в США. М.: ОАО "ИД Городец", 2005.

Полуяктов А. [Примирение сторон в арбитражном](#) и гражданском процессе // Арбитражный и гражданский процесс. 2006. N 5, 6.

Посредничество (медиация) в хозяйственных судах Республики Беларусь / Под ред. В.С. Каменкова. 2-е изд. Минск: Дикта, 2012.

Радченко В.А. Социально-экономические и организационно-методические предпосылки развития альтернативного разрешения споров в России. Ростов-на-Дону, 2000.

[Развитие медиации в России: теория, практика, образование](#): Сб. ст. / Под ред. Е.И. Носыревой, Д.Г. Фильченко (серия "Библиотека медиатора". Кн. 4). М.: Инфотропик Медиа, 2012.

Рожкова М.А., Елисеев Н.Г., Скворцов О.Ю. [Договорное право: соглашение о подсудности](#), международной подсудности, примирительной процедуре, арбитражное (третейское) и мировое соглашение. М.: Статут, 2008.

Романенко М.А. Альтернативные формы разрешения правовых конфликтов в сфере прав человека и гражданина: Дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2008.

КонсультантПлюс: примечание.

[Статья](#) Г.В. Севастьянова, А.В. Цыпленковой "Тенденции развития институциональных начал альтернативного разрешения споров" включена в информационный банк согласно публикации - "Вестник ВАС РФ", 2007, NN 3, 4.

Севастьянов Г.В., Цыпленкова А.В. Тенденции развития институциональных начал альтернативного разрешения споров // Вестник ВАС РФ. 2007. N 10.

Сергеев К.Н. Альтернативные способы разрешения споров // Профессиональные навыки юриста: опыт практического обучения. М., 2001.

Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. М.: Волтерс Клувер, 2005.

Столетова Д.Э. Конфликты в международных коммерческих сделках и альтернативные судебному способы их разрешения: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007.

КонсультантПлюс: примечание.

[Статья](#) Д.А. Суворова "Формирование принципов примирительного производства в спорах с участниками экономической деятельности" включена в информационный банк согласно публикации - "Юрист", 2006, N 4.

Суворов Д.А. Формирование принципов примирительного производства в спорах с участниками экономической деятельности // Юрист. 2006. N 6.

Тихомиров Ю.А. Коллизионное право: Учебное научно-практическое пособие. М., 2000.

Херсонцев А.И. Альтернативное разрешение споров: проблемы правового регулирования и европейский опыт // Российский юридический журнал. 2003. N 3.

Хрестоматия альтернативного разрешения споров: Учебно-методические материалы и практические рекомендации / Сост. Г.В. Севастьянов. СПб.: АНО "Редакция журнала "Третейский суд", 2009.

Худойкина Т.В. Юридическая конфликтология: от исходных позиций теории до практики разрешения и предупреждения юридического конфликта. Саранск, 2001.

Царегородцева Е.А. [Примирительные процедуры как способ оптимизации](#) гражданского судопроизводства // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2006. N 5.

Чумиков А.Н. Ведение переговоров: стратегия, коммуникация, фасилитация, медиация. М.,

1997.
