

Федеральное государственное научно-исследовательское учреждение
«Институт законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации»

На правах рукописи

Гайдаенко Шер Наталья Ивановна

**Договорные формы урегулирования споров, возникающих
в связи с предпринимательской деятельностью
(опыт России и зарубежных государств)**

Диссертация

на соискание ученой степени

доктора юридических наук

12.00.03 – гражданское право, семейное право,
предпринимательское право, международное
частное право;

12.00.15 – гражданский процесс, арбитражный процесс

Научный консультант:
доктор юридических наук
Н. Г. Семилютина

Москва – 2018

Оглавление

Введение.....	4
Глава 1. Способы разрешения конфликтов / спорных ситуаций	29
1.1. Конфликт и спор – проблема разграничения категорий.....	29
1.2. Классификация альтернативных способов разрешения споров, их договорная природа	38
1.3. Договорные механизмы ранней диагностики споров	85
Глава 2. Переговоры, соглашение об их проведении и договорная экспертиза.	94
2.1. Переговоры	94
2.2. Переговоры с участием юристов-представителей.....	172
и их договорное оформление	172
2.3. Договорная экспертиза	192
Глава 3. Договоры о разрешении споров с привлечением стороннего лица (аккомодатора).....	215
3.1. Стороннее лицо, привлекаемое по соглашению сторон для урегулирования спора	215
3.2. Внесудебная медиация предпринимательских споров	233
3.3. Третейское разбирательство	262
3.4. Администрирующие институты и их роль в урегулировании коммерческих споров.....	283
Глава 4. Проблема создания замкнутых договорных систем урегулирования предпринимательских споров	304
4.1. Договорные способы урегулирования споров	304
в делящихся проектах	304
4.2. Договорные способы разрешения конфликтных ситуаций при реализации инвестиционных проектов	332
4.3. Договорный порядок урегулирования споров из отношений государственно-частного партнерства.....	352
Заключение	360

Список сокращений	376
Список использованной литературы.....	377

Введение

Актуальность темы исследования. Значимость и актуальность темы исследования состоит в изучении и формулировании критериев, необходимых для формирования системы гражданско-правовых договоров, обеспечивающих механизм урегулирования конфликтов, минимизации транзакционных издержек сторон и снижение нагрузки на государственные суды. Предпринят системный комплексный анализ различных внесудебных способов разрешения предпринимательских споров. Такие способы рассматриваются через призму гражданского права в рамках договоров, особенность которых заключается во взаимосвязи с гражданским процессом. Эти договоры при соответствии установленным критериям наделяются свойством их непосредственного исполнения со стороны суда.

Заключая договор, стороны управляют рисками, снижают затраты и транзакционные издержки, что позволяет учесть интересы сторон и установить их баланс, оптимизировать фазы выработки договора и его исполнения с точки зрения предвидения¹. Поэтому комплексное исследование альтернативных способов разрешения предпринимательских споров, в том числе – с иностранным элементом, является актуальным и может помочь построить систему мер, которые, если и не преодолеют нежелание предпринимателей брать ответственность за разрешение конфликта на себя, то хотя бы повысят уровень их осведомленности и правовой культуры и позволят привить им первичные навыки ведения переговоров². Отметим, что с 01.07.2016 г. сторонам многих экономических споров предписано предпринять обязательную попытку досудебного урегулирования их разногласий до обращения в арбитражный

¹ Cabral A. Les conventions sur la procédure en droit processuel brésilien // Revue internationale de droit comparé (RIDC).– 2016. –No 3. – P.641–642.

² Об этих и других причинах низкой популярности примирительных процедур (См.: Справка о практике применения судами Федерального закона от 27.07. 2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации) за период с 2013 по 2014 год» (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 01.04. 2015 г.)– Система ГАРАНТ.

суд³. Во исполнение пункта 2 Перечня поручений Президента РФ № Пр-2042⁴ выработаны предложения по совершенствованию регулирования примирительных процедур, включая применение медиации при рассмотрении дел государственными судами. Законопроект Верховного Суда РФ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с совершенствованием примирительных процедур», утвержденный Постановлением № 1 Пленума Верховного Суда РФ от 18.01.2018 г.⁵, вводит понятие судебного примирения, расширяет возможности сторон в выборе примирительных процедур, доступных для урегулирования переданного на рассмотрение суда спора на любой стадии его разбирательства, и в закреплении их результатов в виде мирового соглашения и ряда других перечисленных в процессуальном законе соглашений, утверждаемых судом. Тем не менее вопрос об упрощенном порядке закрепления итоговых договоренностей сторон об урегулировании спора, достигнутых ими вне связи с судебным или третейским разбирательством, еще предстоит решить. При этом актуальной представляется проблема оптимизации участия государства в разрешении предпринимательских споров посредством принципа, согласно которому государство вмешивается лишь в тех случаях, когда нарушаются законные права и интересы государства, участников конфликта либо третьих лиц.

Глобализация международных хозяйственных связей и интенсификация экономического оборота закономерно приводят к увеличению числа предпринимательских споров. В то же время становится очевидным, что распространению согласительных процедур препятствует правовая сила их результата: итоговое соглашение, достигнутое сторонами, не имеет силы исполнительного документа. Решения этой проблемы предложены в 2018 году заинтересованным государствам Комиссией ООН по праву международной

³ Часть 5 ст.4 Арбитражного процессуального кодекса РФ.

⁴ URL: <http://kremlin.ru/acts/assignments/orders/55806#assignment-5>

⁵ URL: <http://www.supcourt.ru/documents/own/26360/>

торговли (далее – ЮНСИТРАЛ)⁶. Результатом работы ее Рабочей группы II стали Конвенция о международных медиативных соглашениях и Типовой закон о международной коммерческой медиации и международных медиативных соглашениях – новая редакция Типового закона ЮНСИТРАЛ о международных коммерческих согласительных процедурах. Совершенствование национального законодательства в области признания и исполнения достигнутых в результате применения альтернативных способов разрешения споров (далее – АРС) соглашений представляется актуальным, поскольку, с одной стороны, способствует вовлечению отечественных предпринимателей в международную систему разделения труда, а с другой – позволяет обеспечить эффективную защиту инвесторов.

При формировании договорных отношений по урегулированию споров в международном коммерческом обороте сторонами широко применяются правила частной унификации права, выработанные различными объединениями предпринимателей, а также международными объединениями юристов. Массив таких правил, восходящих к обычаю делового оборота, существенно вырос за последние годы. Исследование этих правил, практики их применения и перспектив их использования к отношениям с участием российских предпринимателей также придает исследованию практическое значение.

Степень разработанности темы исследования. Популярность тем, связанных с исследованием альтернативных способов урегулирования коммерческих споров, последовательно растет среди отечественных и зарубежных ученых. Наибольшее число исследований предпринято отечественными и зарубежными учеными преимущественно в области третейского разбирательства и международного коммерческого арбитража.

⁶ Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), Рабочая группа II. URL: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/commission/working_groups/2Arbitration.html (дата обращения: 20.04.2018).

Медиация в качестве института гражданского процесса также исследована достаточно подробно. Некоторым видам АРС (ранней оценке спора, или оценке спора на ранней стадии), экспертизе, пока что не вызвавшим пристального внимания со стороны отечественных исследователей, посвящены отдельные статьи.

Такие виды АРС, как переговоры при содействии юристов сторон (переговоры сотрудничества и переговоры участия), советы по разрешению споров, процедура направляемого выбора (guided choice), достаточно скупо освещенные зарубежными авторами преимущественно из стран общего права, в отечественной литературе подробно не исследовались.

Переговоры как гражданско-правовой механизм урегулирования коммерческих споров впервые стали предметом углубленного исследования.

Цель диссертационного исследования. Цель настоящего исследования заключается в выявлении закономерностей построения универсальной системы разрешения предпринимательских споров, которые позволят сторонам совершить осознанный и информированный выбор в пользу способа урегулирования данного конкретного спора, позволяющего достичь наиболее эффективных с экономической точки зрения результатов для обеих сторон. Задача адаптации способа разрешения спора к его обстоятельствам достигается путем выбора, применения и закрепления результата АРС при помощи системы гражданско-правовых договоров, заключенных между сторонами спора.

Задачи диссертационного исследования. Для достижения указанной цели были поставлены следующие задачи:

- исследовать закономерности формирования системы договоров, позволяющих урегулировать экономический спор без обращения к процедурам, применяемым государственными судами;
- выявить отличительные черты, характеризующие входящие в эту систему договоры;

- выяснить, каким образом участие стороннего третьего лица – устроителя взаимодействия сторон – в процедуре АРС влияет на результат этой процедуры, проследить связь между ролью этого лица в АРС, требованиями, предъявляемыми к этому лицу, и процессуальными последствиями его действий;
- выявить предпосылки унификации требований к материальной и процессуальной составляющим АРС на основе анализа результатов работы Рабочей группы II ЮНСИТРАЛ над конвенцией о международных медиативных соглашениях и новой редакции типового закона о международной коммерческой согласительной процедуре, дополненной разделом о приведении в исполнение международных коммерческих медиативных соглашений;
- сформулировать закономерности построения многоуровневой матричной системы АРС, включающей договорный контур урегулирования спора сторонами и форму понуждения к исполнению достигнутого в АРС результата;
- выявить особенности построения систем урегулирования споров внутри сложных систем договорных связей.

Широкому использованию АРС для урегулирования предпринимательских споров, в том числе возникающих во внешнеэкономическом обороте, препятствует неопределенность правового результата согласительных коммерческих процедур. Пользователи не видят экономического смысла в том, чтобы тратить время и ресурсы на то, чтобы в конечном счете получить очередное соглашение, за исполнением которого снова придется обращаться в суд. Располагая разработанными ЮНСИТРАЛ текстами универсальной конвенции и типовых законодательных положений об исполнении международных медиативных соглашений, целесообразно закрепить условия непосредственной исполнимости таких соглашений в национальном законодательстве и разработать международные инструменты о

порядке исполнения таких соглашений в контексте двусторонних отношений государств и на уровне региональных объединений (например, ЕАЭС⁷).

Темы урегулирования споров между предпринимателями и потребителями (B2C), равно как и построения механизмов разрешения коммерческих (в том числе с иностранным элементом) споров онлайн, заслуживают отдельного исследования и в настоящей работе не освещаются.

Объект и предмет исследования. Объект исследования – деятельность по гражданско-правовому регулированию отношений субъектов предпринимательской деятельности при возникновении споров между ними.

Предмет исследования – договорные формы урегулирования споров, возникающих в ходе предпринимательской деятельности. Провозглашение принципа свободы договора стало одним из ключевых моментов экономической реформы⁸. Принцип свободы договора предполагает добросовестность действий сторон, разумность⁹ и справедливость его условий⁹. Конфликт заложен в договор уже при его заключении, поскольку, вступая в договор, каждая из сторон преследует свою цель, отличную от цели другой стороны, и следует своей воле; в результате взаимодействия этих волеизъявлений образуется тождественная воля сторон в отношении предмета

⁷ О значении механизмов примирения, согласования интересов и принудительном исполнении решении как части правозащитной системы Евразийского экономического союза см. выступление Т. Я. Хабриевой на Международном форуме «Евразийская экономическая перспектива»: - Международный форум «Евразийская экономическая перспектива»: сборник выступлений участников (Санкт-Петербург, 11 апреля 2013 г.) / под ред. И. А. Максимцева, Е. А. Карлика. – СПб.: СПбГЭУ, 2014. – С.45.

⁸ Пункты 1, 2 ст. 1, ст. 421 ГК РФ.

⁹ См: Определение Конституционного Суда РФ от 04. 02. 2014 г. № 222-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью "Балтийский лизинг" на нарушение конституционных прав и свобод пунктом 3 статьи 421, пунктом 1 статьи 454, пунктом 1 статьи 624, пунктом 1 статьи 1102 Гражданского кодекса Российской Федерации и пунктом 1 статьи 19 Федерального закона "О финансовой аренде (лизинге)», п. 3 // URL : http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision_153554.pdf (дата обращения: 20.09.2017); Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14.03. 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах», п. 9, 10 //Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 2014 г. – № 5.

договора – объекта гражданского права¹⁰. Исполнением договора движет динамическое взаимодействие воле сторон договора, направленных на урегулирование спора, что находит выражение в итоговой договоренности об урегулировании спора. В свою очередь, этот результат противоборства воле сторон вступает во взаимодействие с его признанием государством. Таким образом, в диалектическом единстве регулируемого нормами материального права взаимодействия воле сторон по урегулированию своего конфликта, возникающего из гражданско-правового обязательства, и взаимодействия по признанию результата достигнутой сторонами итоговой договоренности государством на основании процессуальных норм, имеющих публично-правовую природу, происходит формирование системы альтернативных способов разрешения споров и совершенствуется процессуальное законодательство.

Первичным способом урегулирования спора между участниками экономического оборота, связанными договорными отношениями, является частный, состоящий в попытке сторон самостоятельно устранить препятствия для согласованного ими порядка исполнения взаимных обязательств. Достаточно ознакомиться с любым стандартным договором, содержащим положение о порядке урегулирования спора. Первыми в последовательности действий сторон по урегулированию спора, как правило, окажутся переговоры – в устной или письменной (обмен претензиями) форме. Договорные формы урегулирования споров, соответствующие отношениям сторон, принято называть альтернативными.

¹⁰ О противоречии внутри договора писал Г. В. Ф. Гегель, указывая, что «так как обе договаривающиеся стороны относятся друг к другу как непосредственные самостоятельные лица, то договор исходит из : а) из произвола; б) тождественная воля, вступающая в наличное бытие посредством договора, есть лишь им положенная, тем самым общая, а не в себе и для себя всеобщая воля; в) предметом договора является единичная внешняя вещь, ибо только подобная вещь подчинена их голому произволу отчуждать ее» (Гегель Г. В. Ф. Философия права / Пер. с нем. Б.Г. Столпнера и М.И. Левина; ред. Д.А. Керимов, В.С. Нерсисянц. – М., 1990. – С.129. («вещь», очевидно, следует понимать в широком смысле, подразумевая как материальные, так и нематериальные объекты гражданского права)

Под альтернативными механизмами разрешения споров¹¹ в данном исследовании понимаются законные способы разрешения споров, применяемые сторонами в соответствии с соглашением между ними, не предусматривающие обращения конфликтующих сторон в государственные суды¹². Перечень таких способов открыт, а форма урегулирования гибка (с безусловным преобладанием диспозитивных норм)¹³. Договор (или договоренность в

¹¹ О понятии АРС см., в частности: Коннов А. Ю. Понятие, классификация и основные виды альтернативных способов разрешения споров // Журнал российского права. – 2004. – № 12. – С. 17; Николюкин С. В. Правовые технологии посредничества (медиации) в Российской Федерации: научно-практическое пособие. – М., 2013; Скворцов О. Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. – М., 2005. – С. 352. Брыжинский А. А. определяет практику альтернативного разрешения правовых споров и конфликтов как «(внесудебную) правопримирительную (правосогласительную) практику, представляющую собой “всю предметно-практическую деятельность самих спорящих или конфликтующих субъектов либо третьих лиц, направленную на разрешение споров или конфликтов (примирение сторон, достижение согласия, компромисса) в рамках правовой системы общества” (См.: Брыжинский А. А. Альтернативное разрешение правовых споров и конфликтов в России: дис...канд. юрид. наук. – Саранск, 2005; Кузина В. И. Понятие, отличительные черты, преимущества и недостатки альтернативного разрешения споров // Мониторинг правоприменения. – 2012. – № 4. – С.69–73.) Наиболее общее определение АРС дал Г. В. Севастьянов (См.: Севастьянов Г. В. Правовая природа третейского разбирательства и компетенция третейского суда в сфере недвижимости: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2013. – С.11).

¹² Вопрос о месте АРС и, в частности, медиации в системе гражданской юрисдикции как процессуального института, исследован в отечественной и переводной литературе. См., в частности, Калашникова С. И. Медиация в сфере гражданской юрисдикции / С. И. Калашникова. – М., 2011; Комментарий к Федеральному закону «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» / Отв. ред. С. К. Загайнова, В. В. Ярков. – М., 2011; Лисицын В. В. Медиация: примирительное урегулирование коммерческих споров в России (прошлое и настоящее, зарубежный опыт). Вып. 2. – М., 2011; Пель М. Приглашение к медиации: практическое руководство о том, как эффективно предложить разрешение конфликта путем медиации. – М., 2009; Ковач, Кимберли К. Медиация: краткий курс / Пер. с англ.: Е. И. Носырева [и др.]. – 2-е изд. М., 2013. См. также: Mirimanoff Jean A., Pons Marco. Amicable Dispute Resolution : Bibliography [Electronic resource]. – Slatkine, Geneva, 21.10.2014 // URL: <https://rm.coe.int/jean-a-mirimanoff-marco-pons-amicable-dispute-resolution-bibliography/168078e3c7> (дата обращения: 20.04.2018); Mirimanoff Jean A. La médiation dans l'ordre juridique suisse. Une Justice durable à l'écoute du troisième millénaire. 1-re éd. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011.

¹³ О свободе договора, автономии воли сторон и диспозитивности начал гражданско-правовых и гражданско-процессуальных отношений как основе этих способов урегулирования споров говорилось также в постановлении КС РФ от 26.05. 2011 г. № 10-П. «По делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 11 Гражданского кодекса Российской Федерации, пункта 2 статьи 1 Федерального закона "О третейских судах в Российской Федерации", статьи 28 Федерального закона "О государственной регистрации

широком смысле) – первичное соглашение о применении того или иного способа урегулирования спора (согласованное сторонами положение договора о порядке урегулирования споров путем переговоров) – по существу является исходным, если не главным, орудием в контексте гражданско-правовых отношений между субъектами предпринимательской деятельности. Обращение же в судебные органы оказывается лишь наилучшей альтернативой обсуждаемому соглашению¹⁴ и становится привычным и приемлемым для сторон выходом в том случае, если не удалось достичь договоренности или договор не был заключен.

Альтернативные способы разрешения споров представляют собой основанный на соглашении сторон механизм урегулирования возникших контроверз¹⁵ и противоречий путем устранения их причины. Они также могут применяться по соглашению сторон в качестве эффективного средства профилактики нарушений и корректировки сбоев в договорных отношениях сторон. Участники коммерческих отношений равноправны, наделены правом своей волей и в своем интересе самостоятельно выбрать способ урегулирования своего спора, а в международных коммерческих отношениях – право, применимое к порядку разрешения их спора (соглашения о порядке разрешения спора)¹⁶. Заключаемые между сторонами договоры опосредуют отношения, основанные на принципе равенства сторон. Это же относится к случаям, когда в

прав на недвижимое имущество и сделок с ним", пункта 1 статьи 33 и статьи 51 Федерального закона "Об ипотеке (залоге недвижимости)" в связи с запросом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации»– Система ГАРАНТ.

¹⁴ Термин «(наи)лучшая альтернатива обсуждаемому (обговариваемому) соглашению» (best alternative to negotiated agreement, BATNA в различных переводах на русский язык – НАОС, НЛАОС, ЛАОС) для обозначения конкретного стандарта последовательных действий, способных защитить от заключения невыгодного соглашения, не отвечающего интересам стороны переговоров, ввели в своем классическом труде по технике принципиальных, или основанных на интересах сторон, переговоров Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In ведущие специалисты Гарвардского университета Р. Фишер, У.Юри и Б. Паттон. См.: Фишер Р., Юри У., Паттон Б. Переговоры без поражения. Гарвардский метод / Пер. с англ. Т. Новиковой. – М., 2012. – С. 140–153.

¹⁵ Контроверза – расхождение во мнениях, разногласие, препирательство. URL: <http://dic.academic.ru/dic.nsf/business/6472> (дата обращения: 20.02.2018).

¹⁶ Подпункты 1, 2 ст. 1 ГК РФ.

гражданские отношения вступает государство¹⁷. Особой спецификой, однако, обладают инвестиционные споры, в которых между сторонами – принимающим государством и частным инвестором – формируются отношения, характеризующиеся сложной экономической взаимозависимостью сторон, в которых государство, вступая в договор, определяющий порядок осуществления капиталовложений, становится участником регулируемых гражданским законодательством отношений и участвует в них наравне с инвестором¹⁸. При этом правила такого взаимодействия, предусмотренные национальным законодателем, или, если речь идет о международных инвестиционных спорах – принятые по договоренности между государствами, направлены на то, чтобы сбалансировать интересы участников гражданско-правовых договоров, сторонами которых выступают принимающее государство и частный инвестор¹⁹. Альтернативные способы разрешения споров направлены на поиск баланса интересов, а потому являются универсальным инструментом для разрешения таких споров.

Происходит расширение сферы регулирования гражданского права за счет включения в нее новых видов договоров, направленных на разрешение конфликтных ситуаций. К числу таких договоров относятся: 1) договоры, предусматривающие необходимость и определяющие порядок проведения переговоров и согласительных процедур, направленных на урегулирование спора; 2) договоры, определяющие порядок оформления и форму итоговых договоренностей сторон об урегулировании спора.

Особенностью и квалифицирующим признаком этой системы договоров является их непосредственная связь с соглашениями, заключаемыми

¹⁷ Пункт 1 ст. 124 ГК РФ.

¹⁸ См., например, п. 3 ст. 3 Федерального закона от 13.07.2015 г. № 224-ФЗ «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» – Система ГАРАНТ.

¹⁹ О нежелательности и негативных последствиях такого смещения см.: Семилютина Н. Г. Формирование правовой модели российского рынка финансовых услуг: Автореф дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2005. – С. 8 – 9.

сторонами²⁰. Договоры, направленные на разрешение конфликтных ситуаций, заключаются вне судебного разбирательства, но принимаются во внимание судом в случае признания их непосредственных процессуальных последствий как для сторон, так и для юрисдикционных органов. Итоговые соглашения, достигнутые в результате применения по договоренности сторон консенсуальных процедур урегулирования спора²¹, представляют собой отдельную категорию гражданско-правовых договоров, отличных от мировых соглашений, утверждаемых судами и третейскими судами. Для достижения правовой определенности необходимо использовать термин «итоговое соглашение об урегулировании спора (или его части)» (далее – итоговое соглашение об урегулировании спора) в качестве понятия, обозначающего соглашение, выработанное сторонами в результате прямых переговоров, либо переговоров с участием профессионального переговорщика (переговоров участия или переговоров сотрудничества), либо в результате внесудебной согласительной процедуры (подвидом которой является медиация). Итоговое соглашение – это договор особого рода, для которого устанавливается специальный (упрощенный) порядок исполнения, максимально приближенный к порядку исполнения решений третейского суда²². Установление такого порядка исполнения итоговых соглашений об урегулировании спора, позволяющего исполнить их напрямую, дает возможность наделять их свойством непосредственной исполнимости.

²⁰ В отечественной правовой науке существуют разные мнения относительно природы (материально-правовой, процессуально-правовой, смешанной) и классификации соглашений сторон в цивилистическом процессе. Тем не менее многие авторы рассматривают их как совместное волеизъявление участвующих в деле лиц, направленное на выбор формы защиты права или порядка урегулирования спора. См., например: Шеменева О. Н. Роль соглашений сторон в гражданском судопроизводстве: монография. – М., 2017. – С. 2–14.

²¹ К ним, в частности, относятся прямые переговоры сторон, переговоры при содействии юристов, согласительные процедуры с участием посредника. Классификация АРС приводится в п. 1.2 главы 1 диссертации.

²² Статьи 35 и 36 Закона РФ от 07.07.1993 г. № 5338-І «О международном коммерческом арбитраже», ст. 41 и 42 Федерального закона от 29.12.2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации», ст. 238 – 239 Арбитражного процессуального кодекса РФ от 24.07.2002 г. № 95-ФЗ.

Выделение соглашения о порядке урегулирования спора (соглашения, предшествующего заключению итогового соглашения об урегулировании спора или его части и в этом смысле являющегося преддоговорным) в самостоятельную категорию гражданско-правовых договоров отражает тенденцию расширения автономии воли сторон. Поскольку стороны – участники международного коммерческого оборота смогут выбрать право, применимое к такому соглашению, появятся основания ввести самостоятельное коллизионное регулирование переговорных отношений сторон, исключив применение в субсидиарном порядке положений о коллизионном регулировании деликтных обязательств и обязательств вследствие причинения вреда или неосновательного обогащения.

Следует учитывать, что в рамках договорных условий стороны традиционно свободны в выборе действий по урегулированию собственного конфликта. Отсылки к проявлению инициативы по урегулированию своих споров спорящими сторонами при приоритете публичного регулирования процесса встречались еще в римском праве²³. Способность стороны самостоятельно урегулировать конфликт повышает ее самооценку, ведет к снижению напряженности в обществе и объективно способствует его развитию в целом и экономического оборота в частности в условиях цивилизованного диалога между участниками общества. Таким образом, необходима система урегулирования споров, обеспечивающая оптимальное сочетание самостоятельных действий сторон по урегулированию своих споров, поощрения и признания этих действий со стороны государства.

Методология и методы исследования. При написании работы использовался комплекс общенаучных (диалектический, системный, индуктивный, дедуктивный) и специально-юридических методов исследования,

²³ Об особенностях судебного процесса, свидетельствующего об «установившемся равновесии между публичным правосудием в лице претора и частным правосудием, осуществляемым судьей, или арбитром, назначенным обеими сторонами» (См.: Гарсия Гарридо М. Х. Римское частное право: казусы, иски, институты / пер. с исп.; отв. ред. Л. Л. Кофанов.– М., 2005. – С.153).

в частности, метод системного анализа (исследование АРС как совокупности определенным образом организованных компонентов), а также структурно-функциональный метод, позволяющий проследить взаимосвязь между содержанием компонентов системы, их структурными связями и функциями как компонента, так и объекта). Принимая в качестве наиболее удобного «для осознания живой правовой действительности»²⁴ критерия исследования договорных форм урегулирования предпринимательских споров критерий положения субъекта в правоотношении, мы строим его на базовом признаке, характеризующем гражданско-правовую отрасль права, а именно на равенстве сторон, и производной от него автономии их воли²⁵.

Специфика объекта исследования предопределила необходимость применения межотраслевого и *междисциплинарного подхода*. Дисциплина представляет собой совокупность познаний или навыков, которым можно обучиться и обучить²⁶. Междисциплинарность характеризует деятельность, осуществляемую между несколькими дисциплинами или во взаимоотношениях между ними, при этом самостоятельная ценность каждой из дисциплин не отрицается. Междисциплинарность позволяет проанализировать, синтезировать и гармонизировать связи между дисциплинами, соединяя их в скоординированное и созвучное целое. Чтобы быть эффективным и принести полезные плоды, исследование деятельности, связанной с урегулированием конфликтов и споров, в том числе предпринимательских, должно быть междисциплинарным. При формировании и коррекции правовых отношений по

²⁴ Черепахин Б. Б. К вопросу о частном и публичном праве // X сборник трудов профессоров и преподавателей Иркутского гос. ун-та. – Иркутск, 1926. – С. 8–35. URL: http://civil.consultant.ru/elib/books/22/page_12.html (дата обращения: 20.03.2018).

²⁵ См.: Брагинский М. И. О месте гражданского права в системе «право публичное – право частное». В сб.: Проблемы современного гражданского права. – М., 2000. – С. 67.

²⁶ Слово «дисциплина» в этом значении было употреблено автором позднего античного периода (V в. н.э), адвокатом Марцианом Феликсом Капеллой в его произведении (а фактически – учебнике) «Брак Филологии и Меркурия», иногда также называемом *de septem disciplinis*. О мультидисциплинарности, междисциплинарности и трансдисциплинарности в науках см., например, Alvargonzàles D. Multidisciplinarity, Interdisciplinarity, Transdisciplinarity, and the Sciences. // URL: www.academia.edu/4599145/ (дата обращения: 20.09.2017).

урегулированию споров в предпринимательской среде должны приниматься во внимание результаты психологических, нейробиологических, социологических исследований, для чего создаются специальные научные центры²⁷.

В работе использован также *метод функционального сравнительно-правового анализа*. В условиях, когда появляются новые центры разрешения споров, обновляются правила АРС, усиливается конкуренция между разными юрисдикциями, предлагающими оптимальные с точки зрения предпринимателей варианты оформления отношений по поводу урегулирования споров, встает вопрос о сохранении конкурентоспособности страны и ее способности предоставить отвечающую нуждам пользователей площадку для разрешения споров. Сравнивая правовые средства, используемые в разных странах для оптимального решения аналогичных задач, и в частности набор правовых решений, предлагаемых законодателем в разных правовых системах, а также международными организациями на наднациональном уровне для разрешения предпринимательских споров, автор диссертации дает предложения по совершенствованию законодательства и организации работы администрирующих АРС институций.

В работе использован *статистический метод* (в частности, результаты анкетирования, проведенного среди специалистов в области разрешения споров), позволяющий получить статистические показатели относительно наиболее эффективных и востребованных форм АРС, целесообразности их внедрения и вероятных направлений по их совершенствованию. Применение статистического метода позволяет сформулировать предложения по совершенствованию законодательства.

²⁷ Один из первых в мире центров междисциплинарного изучения эмоций и их влияния на поведение человека и общества – Национальный исследовательский центр «Аффективные науки – эмоции в индивидуальном поведении и социальных процессах» при Женевском университете (Швейцарский центр аффективных наук) (National Center of Competence in Research “Affective Sciences – Emotions in Individual Behaviour and Social Processes” (NCCR Affective Sciences). (см подробнее.: Klimecki O. Role of Emotions in Peacebuilding and Conflict Resolution // Affect & Emotion. Newsletter of the NCCR Affective Sciences. – 2015. – Vol. 3, Iss. 04. – P. 4).

Теоретическая основа диссертационного исследования. При проведении исследования автор опирался на труды выдающихся российских и советских ученых: Т. Е. Абовой, М. И. Брагинского, Е. И. Васьковского, Н. Г. Вилковой, В. В. Витрянского, В. П. Грибанова, Н. Г. Дорониной, Н. Г. Елисеева, И. С. Зыкина, О. С. Иоффе, С. К. Загайновой, Н. И. Клейн, А. С. Комарова, С. Н. Лебедева, Л. А. Лунца, С. К. Мая, А. Л. Маковского, Н. И. Марышевой, И. Б. Новицкого, Е. И. Носыревой, В. А. Ойгензихта, И. А. Покровского, О. Н. Садикова, Г. В. Севастьянова, Н. Г. Семилютиной, Е. А. Суханова, Ю. А. Тихомирова, Е. А. Флейшиц, И. О. Хлестовой, Г. Ф. Шершеневича, Т. М. Яблочкова и др.

В работе использованы труды иностранных авторов: М. Барендрехта, М. Блессинга, Р. Давида, Р. Дармона, К. Дюпона, К. Имхооза, М. Кателино, Г. Кауфманн-Колер, Дж. Ланде, Дж. Лэка, П. Пишонна, А. Ригоцци, Н. Руйе, Б. Самбет Глазнер, Т. Стипановича, У. Юри, В. Фишера и др.

Специфика предмета и комплексный характер исследований потребовали использования трудов экономистов, социологов, психологов, в частности, О. В. Аллахвердовой, Е. Н. Ивановой, Ц. А. Шамликашвили, Д. Канемана, В. Смита, Г. А. Саймона и других.

Нормативную базу исследования составляют положения законодательства Российской Федерации и зарубежных стран, международные договоры; нормативные акты, действующие в рамках экономических интеграционных объединений; при работе над диссертацией исследовались положения типовых документов, разработанных в правительственных (ЮНСИТРАЛ) и неправительственных (УНИДРУА, МТП, МАЮ) организациях, а также акты частноправовой унификации (Принципы международных договоров УНИДРУА, Принципы ведения переговоров МТП).

Эмпирическая база исследования включает материалы судебной практики, проекты нормативных актов по теме работы.

Научная новизна диссертационного исследования. В настоящем диссертационном исследовании решена имеющая большое теоретическое и

практическое значение научная проблема, заключающаяся в обосновании существования самостоятельной системы договоров, объединяемых по критерию непосредственной исполнимости результата достигнутой сторонами договоренности по альтернативному урегулированию предпринимательских споров. Предложенная автором концепция является вкладом в теорию регулирования гражданских материальных правоотношений. Указанные виды договоров положены в основу правовой модели регулирования, определяемой как единая система норм, имеющих главным образом договорную природу. Признание договорной природы предложенной системы имеет большое значение с точки зрения гражданского процесса.

В работе впервые предпринято системное исследование различных способов урегулирования конфликтных ситуаций: проведения переговоров об урегулировании споров, смешанной экспертизы. Переговоры как комплексный гражданско-правовой механизм урегулирования экономических споров (включая правовую природу соглашения о порядке проведения переговоров и специфические свойства итоговых соглашений об урегулировании спора) также впервые стали предметом углубленного исследования.

На основе проведенного диссертационного исследования автором сформулированы следующие **положения, выносимые на защиту**:

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

В диссертации исследованы два взаимосвязанных вида договоров: 1) соглашение о порядке урегулирования спора, опосредующее договоренность сторон о применении и использовании одного или нескольких внесудебных (альтернативных) способов урегулирования спора, возникающего из регулируемых гражданским правом отношений сторон; 2) итоговое соглашение

об урегулировании спора, закрепляющее результат договоренности сторон, достигнутый в результате применения АРС и являющийся проявлением свободы договора. Обосновывается принадлежность таких договоров к области гражданско-правового, а не процессуального (публично-правового) регулирования. Определяются классифицирующие признаки соглашений о порядке урегулирования споров и итоговых соглашений об урегулировании спора: целевая направленность этих соглашений и их непосредственная исполнимость.

2. Соглашение о порядке урегулирования спора, с одной стороны, закрепляет выбор сторон относительно способа (последовательности действий сторон) для урегулирования спора; с другой, – обязывает стороны действовать в порядке, соответствующем выбранному ими способу урегулирования спора. Выбранный сторонами способ разрешения спора и порядок его реализации находятся в неразрывной связи: формальное наименование способа урегулирования спора без определения порядка его реализации является фикцией. Соглашение о порядке урегулирования спора должно соответствовать формальным признакам, установленным как в гражданском, так и в процессуальном законодательстве. Так, на соответствие формальным признакам, описанным в Нью-Йоркской конвенции 1958 г., законах о третейских судах и международном арбитраже и воспроизведенным в процессуальном законодательстве, основаны дерогационные свойства арбитражной оговорки. Суд принимает это обстоятельство во внимание, и потому необходима корреляция гражданско-правовой нормы о договоре о порядке урегулирования спора с процедурой разрешения спора в суде.

3. Специфическим свойством соглашения о порядке урегулирования спора является его автономность. Автономность третейской оговорки связана со спором по основному обязательству, и отсутствие связи между спором, арбитражным соглашением и результатом его применения – арбитражным решением – служит основанием для его отмены. Выбор сторон относительно способа урегулирования спора обусловлен осознаваемыми сторонами на

момент заключения договора рисками, связанными с исполнением или неисполнением конкретных обязательств, вытекающих из основного договора. В отличие от третейского соглашения, для сторон соглашения о порядке урегулирования спора путем переговоров или медиации допустимо выходить за пределы основного обязательства и урегулировать конфликт вне непосредственной связи с соглашением о порядке разрешения спора. Не обязательно обеспечивать соответствие предмета итогового соглашения об урегулировании спора, вытекающего из материально-правовых отношений, соглашению о порядке урегулирования конфликтной ситуации, поскольку конфликт оказывается шире непосредственного предмета спора²⁸.

4. Установлено наличие двух разновидностей АРС – проводимых сторонами самостоятельно (переговоры) и при участии назначенного сторонами для содействия в урегулировании своего конфликта или разрешения правового спора между ними стороннего лица – устроителя взаимодействия сторон (аккомодатора)²⁹. Стороны своим соглашением о порядке урегулирования спора предусматривают дополнительные процессуальные обязательства аккомодатора с целью обеспечить исполнимость материально-правовых результатов процедуры АРС³⁰. В процедуре АРС аккомодатор может принимать как активное, так и пассивное участие. Активная роль аккомодатора заключается в непосредственном участии в процессе урегулирования спора сторон, в таком случае аккомодатор пребывает внутри процедуры

²⁸ Подробнее о различиях между конфликтом и спором см. п. 1.1 главы 1 диссертации. В работе термин «спор» понимается широко и распространяется как на конфликт, так и на спор.

²⁹ Термин «аккомодатор» как вид ролевой функции в переговорах использовали Р. Фишер и Д. Шапиро в работе, посвященной переговорам в эмоционально отягощенных условиях. См. Fisher R., Shapiro D. *Beyond Reason Using Emotions as you Negotiate*. – London. – 2006. – P.129.

³⁰ В зависимости от того, какие функции стороны договорились передать аккомодатору для урегулирования своего спора, объем его полномочий может меняться. Тем не менее его договорная роль как устроителя коммуникационной среды для оптимального взаимодействия сторон остается неизменной. Задача устроителя взаимодействия сторон (аккомодатора) заключается в том, чтобы выявить истинный интерес сторон спора и таким образом определить действительную волю сторон.

урегулирования спора. Пассивная роль аккомодатора состоит во внешнем сопровождении сторон, заключающемся в технической организации процедуры урегулирования спора и обеспечении соответствия результата этой процедуры формальным критериям непосредственной исполнимости. Тем не менее для достижения этой цели допускаются точечные вмешательства аккомодатора в процедуру урегулирования спора. Так, администрирующая институция, роль и функции которой подробно рассматриваются в § 3.4 гл. 3 диссертации, выступает в качестве технического аккомодатора.

5. Проанализирована роль аккомодатора, и установлена зависимость ее особенностей от процессуальных последствий его действий. В зависимости от результатов, ожидаемых сторонами от участия аккомодатора в процедуре урегулирования их спора, аккомодатор либо выносит по спору решение, обязательное для сторон, либо, подтвердив соответствие собственной квалификации согласованным в договоре о порядке урегулирования спора требованиям, присутствует при урегулировании спора, фиксируя факт проведения процедуры АРС, полномочия сторон или их представителей, участвующих в процедуре³¹. Соответствие процедуры АРС формальным требованиям, определенным в законе, является составляющей обязательности результата, достигнутого в результате АРС, и играет решающую роль в признании непосредственной исполнимости их результата.

6. Элементом гарантии беспристрастности и независимости аккомодатора является разделение функций технического администрирования (обеспечение физической возможности проведения АРС – помещение, рассылка оповещений, возмещение издержек и выплата гонораров), организации (в узком смысле слова – проверка оповещения сторон, обеспечение равенства сторон в представлении своих позиций и т.п.) и

³¹ Целесообразно изучить возможность отнести к функциям нотариуса удостоверение факта соответствия процедуры АРС и ее результата формальным признакам, определенным законом и соглашением сторон (соответствующие положения были предусмотрены, например, ч. 3 ст. 20 первоначального проекта федерального закона «О примирительной процедуре с участием посредника (медиации)», подготовленного рабочей группой ТПП РФ). (Третьейский суд. – 2006. – № 6. – С. 14 – 19).

непосредственного проведения процедуры урегулирования спора. В свою очередь, процессуальные последствия действий аккомодатора обуславливают требования, предъявляемые к его квалификации и личным качествам. К ожидаемым субъективным качествам аккомодатора относятся способность к независимому суждению и устойчивость к внешнему воздействию. Происходит формирование единообразных стандартов квалификации (профессиональные стандарты), поведения (этические кодексы) аккомодаторов и правил организации ими процедур урегулирования или разрешения спора. Договорная природа стандартов соглашений сторон проявляется в том, что на уровне международных объединений предпринимателей и профессиональных объединений специалистов в сфере разрешения споров вырабатываются унифицированные требования к оценке качества услуг аккомодатора.

7. В условиях интенсификации международного оборота происходит унификация требований к процедурной составляющей АРС и их формализация. Возрастает роль правил «частной унификации» в формировании договорных отношений сторон по поводу урегулирования коммерческих споров: с одной стороны, усиливается значение национальных процедур, с другой – обостряется необходимость восприятия международных стандартов. Так, типовые оговорки о порядке разрешения споров или о применении регламентов администрирующих институций включаются в договоры сторон по их воле и обретают для сторон обязательную силу. Предпосылки унификации требований к материальной и процедурной составляющей АРС заложены в результате разработки в рамках ЮНСИТРАЛ документа о приведении в исполнение международных коммерческих медиативных соглашений и обновленного текста модельных законодательных положений о международных коммерческих согласительных процедурах. Классифицирующие признаки договоров об урегулировании спора, при соблюдении которых обеспечивается их непосредственная исполнимость, целесообразно включить в отечественное законодательство.

8. Сделан вывод о тенденции формирования многоуровневой матричной³² (сотовой) системы альтернативных способов урегулирования споров, предполагающей взаимную связь между избранным сторонами способом урегулирования спора и включающей договорный контур урегулирования спора между сторонами, с одной стороны, и форму понуждения к исполнению достигнутого в результате АРС решения, с другой. Договорный контур урегулирования спора формируется как на национальном уровне, так и на международном; на пересечении возникают взаимодействия по поводу урегулирования гражданско-правовых споров с разным составом участников – государственно-частных, международных и национальных. Правила взаимодействия и поведения сторон, а также сторон и привлекаемых для урегулирования их спора сторонних лиц основаны на договоренности сторон и включают типовые соглашения, разработанные участниками профессиональных объединений, регламенты и руководства администрирующих институций, принципы договоров, типовые и модельные документы, выработанные в результате компромисса между участниками специализированных неправительственных организаций. Процессуальная императивная составляющая, изначально присутствующая в результате АРС в виде подразумеваемого гарантированного законом права стороны, чьи права нарушены, обратиться за защитой своих прав в государственный суд, возможность непосредственного исполнения активизируется только в случае нарушения достигнутого в результате применения АРС результата одной из сторон, когда возникает необходимость в восстановлении нарушенных прав добросовестной стороны.

9. Установлено, что система разрешения предпринимательских споров, объединяющая АРС и государственную юрисдикцию, представляет собой единый механизм, в котором стороны, руководствуясь своим

³² Под матрицей здесь понимается опорный элемент или структура, предназначенная для возведения на ее основе новой конструкции, которую можно будет воспроизводить в дальнейшем.

экономическим интересом, на основе информированной и осознанной оценки обстоятельств спора и наиболее выгодного для сторон желаемого результата, выбирают самый адекватный механизм урегулирования своего разногласия, которым может оказаться в том числе и обращение в государственный суд.

10. Обоснован вывод о появлении новой методологии выработки унифицированных правил, заключающейся в одновременной работе над универсальным документом и типовым законом. Такой подход укрепляет взаимосвязь между национальным и международным регулированием. Ускорение оборота и потребность в выработке единого подхода к решению возникающих задач направлена на создание единого понятийного аппарата. Сначала вырабатывается единый понятийный аппарат, который после его включения в национальное законодательство обеспечивает единообразное применение норм международного договора (конвенциональных норм). Впервые параллельная работа над текстом конвенции и типовых законодательных положений шла в сфере приведения в исполнение соглашений о проведении международных коммерческих согласительных процедур и итоговых медиативных соглашений.

11. В рамках комплексных систем многокомпонентных договоров, опосредующих достижение единой экономической цели, АРС образует либо замкнутую систему урегулирования споров внутри системы договорных связей между профессиональными участниками договорных отношений (примером могут служить системы урегулирования споров в рамках профессиональных объединений, например, НАУФОР³³, в государственных корпорациях), в которой участники спора связаны общим договорным обязательством следовать принятой ими системе урегулирования спора, либо полузамкнутую (между профессиональным предпринимателем и потребителями, не входящими

³³ См., в частности, п. 6.6 примерной формы генерального соглашения о срочных сделках на финансовых рынках (Стандартная документация для срочных сделок на финансовых рынках. Ассоциация российских банков (АРБ), Национальная валютная ассоциация (НВА), Национальная ассоциация участников фондового рынка (НАУФОР). – 2011. – С. 51–52).

а общую единую систему), при этом в последнем случае у лица, не входящего в систему, может возникнуть право, но не обязанность следовать принятой профессиональными участниками процедуре, равно как и право пройти эту процедуру урегулирования спора не до конца и на любом этапе по собственному усмотрению выйти из нее и обратиться за защитой своих прав в государственные суды.

12. Установлена роль администрирующих институций в АРС и специфика их функций как аккомодаторов, выделены критерии надлежащего осуществления таких функций, подчеркнута важность ограничения их полномочий техническими функциями, хотя в ряде случаев допускается точечное организационное вмешательство администрирующих институций в процедуру АРС (например, назначение арбитра или председателя состава третейского суда, медиатора).

Теоретическая значимость диссертационного исследования заключается в том, что различные способы разрешения гражданско-правовых споров, возникающих между субъектами предпринимательской деятельности, рассмотрены как комплекс договорных отношений сторон. Выводы и обобщения, содержащиеся в диссертации, могут использоваться как в практической деятельности при разрешении споров и конфликтных ситуаций, так и для проведения дальнейших углубленных исследований по данной тематике.

Практическая значимость диссертационного исследования заключается в предоставлении в распоряжение отечественных предпринимателей набора экономичных и гибких договорных способов и форм эффективного урегулирования коммерческих споров, позволяющих достичь при разрешении разногласий не только минимально приемлемых, но и оптимальных результатов.

Степень достоверности и апробация результатов исследования. Достоверность изложенных в исследовании положений, выводов и рекомендаций подтверждается их использованием диссертантом при

подготовке мероприятий Центра содействия медиации и альтернативным способам разрешения споров (СОМЕДИАРС) ИЗиСП³⁴, участии в работе 64, 65, 66, 67 и 68 сессий ЮНСИТРАЛ (Рабочая группа II), Международном форуме медиативных центров Международного союза адвокатов, в арбитражных разбирательствах МКАС при ТПП РФ в качестве арбитра. Материалы использовались при разработке программы обучения основам сопровождения в международных коммерческих примирительных процедурах студентов Всероссийской академии внешней торговли Минэкономразвития России (ВАВТ), для подготовки студенческих команд ВАВТ для участия в международных соревнованиях по международной коммерческой медиации, организуемых под эгидой Международной торговой палаты³⁵, а также в соревнованиях по переговорам и медиации, проводимых под эгидой Международной ассоциации юристов и Венского центра международного арбитража³⁶ и при проведении СОМЕДИАРС экспериментальной добровольной аккредитации советников в процедуре медиации (юристов-переговорщиков) и медиаторов.

По теме диссертационного исследования опубликованы статьи и доклады в периодических изданиях, в том числе в ведущих рецензируемых научных журналах, указанных в перечне Высшей аттестационной комиссии при Министерстве образования и науки РФ, а также в сборниках и научных монографиях ИЗиСП. Основные положения диссертационного исследования освещены в монографии «Альтернативные механизмы разрешения споров как

³⁴ Центр содействия медиации и альтернативным способам разрешения споров (СОМЕДИАРС) – научно-методический, информационный центр, образованный в Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ. Цель центра – координация взаимодействия, обмена опытом и информацией между центрами альтернативного разрешения споров, созданными на территории Российской Федерации, стран – членов СНГ, иных зарубежных государств, а также центрами, учредителями которых являются международные, а также международные неправительственные организации.

³⁵ International Chamber of Commerce. URL: <http://www.iccwbo.org/training-and-events/competitions-and-awards/mediation-week/> (дата обращения: 20.04.2018).

³⁶ IBA-VIAC CDRD VIENNA. The Mediation and Negotiation Competition. URL: <http://www.cdrcvienna.org/> (дата обращения: 20.04.2018).

инструмент формирования благоприятной среды для предпринимательской деятельности (опыт России и зарубежных стран)». Подготовлены квалификационные оценочные программы мастерства медиаторов, медиаторов в межкультурных спорах и юристов-переговорщиков для СОМЕДИАРС. Программы одобрены Международным институтом медиации, в 2016 г. аттестованы первые юристы-переговорщики и медиаторы. Разработан курс учебных дисциплин по основам согласительных процедур и сопровождения в медиации, в порядке эксперимента преподаваемый в ВАВТ. Проведена подготовка студенческих команд для выступлений в международных конкурсах по переговорам, медиации и международному арбитражу. Эффективность программ и обоснованность выводов, изложенных в диссертации, проверяется путем участия в международных студенческих соревнованиях в качестве судьи. Апробация исследований проводится по ходу участия в работе российской делегации в работе Рабочей группы II ЮНСИТРАЛ. По теме диссертационной работы 15.02.2017 г. сделан доклад на ученом совете ИЗиСП при Правительстве Российской Федерации (протокол № 01 – 05/02 – УС).

Структура работы обусловлена ее предметом, целями и задачами, методологической основой исследования. Диссертация состоит из введения, четырех глав, заключения, списка сокращений и списка использованной литературы.

Глава 1. Способы разрешения конфликтов / спорных ситуаций

1.1. Конфликт и спор – проблема разграничения категорий

Конфликт – сложное явление, сочетающее в себе социальные, экономические, правовые, психологические составляющие в их противоборстве и взаимодействии. Теории конфликта и практике его разрешения посвящена обширная отечественная и зарубежная литература³⁷. Тем не менее ни одно из определений конфликта нельзя считать универсальным и общепринятым.

Целесообразно поднять этот вопрос, поскольку, чтобы определить правовую суть альтернативных механизмов разрешения споров, необходимо представлять, что именно понимается под спором. Связь спора и конфликта очевидна, спор в предпринимательской деятельности является вторичным, опосредованным при помощи правовых норм, проявлением обострения конфликта. Кроме того, при помощи альтернативных способов могут быть урегулированы не только споры, но и конфликты до их объективизации в виде спора.

Имеет смысл обратиться к философскому пониманию конфликта как формы взаимодействия (взаимоувязанных целенаправленных действий) его сторон. Если, двигаясь к достижению своих целей, стороны помогают друг другу своими действиями (одна сторона поддерживает какую-либо цель другой стороны), то они находятся в положительном взаимодействии (сотрудничают)³⁸. Если они препятствуют своими действиями достижению целей другой стороны, они находятся в отрицательном взаимодействии. Цели стороны определяются ее интересами. Диссертант согласен с точкой зрения Т.

³⁷ Большую прикладную ценность представляют переводные издания, прежде всего с немецкого языка, такие как Шварц Г. Управление конфликтными ситуациями: Диагностика, анализ и разрешение конфликтов / пер. с нем. Л. Конторовой. – СПб., 2007 (Schwarz G. Konfliktmanagement: Konflikte erkennen, analysieren, lösen. – Wiesbaden, 2003).

³⁸ См.: Конфликты в условиях формирования современного российского общества: курс лекций / Д. А. Абгаджав, Н. В. Абдуллаев, А. В. Алейников [и др.]; под ред. А. В. Алейникова, А. И. Стребкова. – СПб., 2015. – С. 19–38.

В. Сойфер, которая видит в интересе побудительную причину³⁹ и воплощение потребностей индивида. Поскольку человек существует в обществе, реализовать свои потребности – от самых базовых, направленных на сохранение его как биологического субъекта, до самых сложных, заключающихся в самореализации – он может лишь взаимодействуя с себе подобными. Отношения в обществе по поводу осуществления частных интересов его членов опосредуются правовыми нормами, поэтому понятию интереса в праве посвящены работы многих российских и зарубежных ученых⁴⁰. Не углубляясь в исследование этой темы, сполгаем целесообразным привести краткий обзор наиболее ярких теорий. Как отмечает Ю. А. Тихомиров, в праве посредством интереса выражаются притязания индивида, правовая и иная оценка явлений, действий в правовой сфере⁴¹. Существуют разные взгляды на природу интереса. Сторонники субъективной теории утверждают, что интерес характеризует отношения субъекта к условиям его бытия, представляет конкретную потребность, которую он удовлетворяет благодаря конкретным жизненным обстоятельствам⁴². Сторонники объективной теории, напротив, считают, что содержание интереса составляет социально значимая потребность⁴³. Существует также точка зрения, согласно которой в содержании интереса объединены и субъективные и объективные составляющие⁴⁴, либо сосуществующие в нем одновременно, либо

³⁹ См.: Сойфер Т. В. Концепция некоммерческих организаций в российском гражданском праве : дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2013. – С. 132.

⁴⁰ См.: Правовые модели и реальность : монография / О. А. Акопян, Н. В. Власова, С. А. Грачева [и др.] ; отв. ред. Ю. А. Тихомиров, Е. Е. Рафалюк, Н. И. Хлуднева. – М., 2014. – С. 195 – 197.

⁴¹ См.: Тихомиров Ю. А. Интерес в публичном и частом праве: согласование и противоборство // Интерес в публичном и частном праве. – М., 2002. – С. 4.

⁴² См.: Першин М. В. Частноправовой интерес: понятия, правообразование, реализация : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 2004.

⁴³ См.: Михайлова С. В. Категория интереса в российском гражданском праве. – М., 2002. – С. 26.

⁴⁴ См.: Грибанов В. П. Интерес в гражданском праве // Осуществление и защита гражданских прав. – М., 2000. – С. 238, 239.

возникающие друг за другом⁴⁵. Полагаем, что последняя точка зрения в наилучшей мере отражает динамичный характер интереса и объясняет его эволюцию на пути к достижению воплощенной в нем потребности. А. Я. Курбатов отмечает, что интерес, проявляясь в результате влияния общественных условий, после его индивидуального осознания трансформируется в субъективный интерес⁴⁶. Т. В. Сойфер, рассматривая этапы реализации интереса, замечает, что потребность преобразуется в интерес через осознание потребности, определение блага, ее удовлетворяющего, и выбор цели – пути получения этого блага. Интерес как юридическая категория формируется (и может быть реализован) через вступление в общественные отношения, регламентируемые правом и позволяющие субъекту получить желаемые блага путем осуществления субъективных прав и обязанностей⁴⁷. Отличавшийся консервативными взглядами французский цивилист Ж. Рипер отмечал, что контрагенты вправе защищать свои интересы при условии соблюдения законов и добрых нравов. Это борьба эгоистических воль, в которой каждый стремится получить наибольшее преимущество, пожертвовав самым малым. Это плодотворная борьба, поскольку она порождает энергии и сохраняет богатство, и это в любом случае фатальная борьба, поскольку основной движущей силой человеческих действий является интерес – по крайней мере, если речь идет об обмене товарами и услугами⁴⁸.

Конфликт возникает уже при выборе способа разрешения спора, в особенности спора, возникающего из предпринимательской деятельности. Предпринимательской деятельности свойственны самостоятельность участников, в том числе в принятии решений, связанных с урегулированием споров, а также неразрывно связанный с самостоятельностью риск за

⁴⁵ См.: Курбатов А. Я. Теоретические основы сочетания частных и публичных интересов при правовом регулировании предпринимательской деятельности. – М., 2001. – С. 16.

⁴⁶ Там же. С. 56–57.

⁴⁷ См.: Сойфер Т. В. Указ. соч. С. 124.

⁴⁸ См.: Ripert G. La règle morale dans les obligations civiles, Librairie générale de droit et de jurisprudence (LGDJ). – 4ème éd. – 1949. – №°40.

принимаемые решения и последствия применения выбранного способа разрешения спора.

Конфликт – динамичное явление. В своем формировании он проходит три этапа: формирование конфликтной ситуации, конфликтное взаимодействие (открытая стадия конфликта) и завершение конфликта⁴⁹. Формирование конфликтной ситуации – этап, на котором складываются предпосылки для инцидента, формируется объективное противоречие (проблема). Конфликтная стадия – это первая попытка решить проблему. После столкновения интересов сторон конфликт либо обостряется⁵⁰ либо идет на спад (когда у его участников пропадает либо желание либо способность урегулировать проблему). Завершением конфликта может стать либо устранение конфликта (проигрыш одной или обеих сторон, перерастание в новый конфликт), либо его урегулирование (путем взаимных уступок (компромисса), без устранения противоречия, лежащего в основе конфликта), либо его разрешение (устранением противоречия, вызвавшего конфликт). Для участников эти ситуации становятся либо положением «выигрыш–проигрыш», либо «проигрыш–проигрыш», либо «выигрыш–выигрыш». Заметим, что последняя ситуация невозможна при выборе состязательного способа разрешения конфликта – например, при обращении в суд или арбитраж.

Исследование конфликта, способов и пределов правового воздействия на него находится в начале пути. Тема обоснованности существования юридической конфликтологии как самостоятельного направления науки

⁴⁹ См.: Альтернативные способы разрешения споров между субъектами предпринимательской деятельности / С. С. Сулакшина, Е. Э. Буянова, В. В. Кулаков [и др.]. – М., 2013. – С. 33–34.

⁵⁰ Австрийский психолог Ф. Глазл описал девять этапов эскалации конфликта, см.: Глазл Ф. Конфликтменеджмент. Настольная книга руководителя и консультанта. – М., 2002. Б. Самбет Глазнер и Дж. Лэк полагают, что урегулирование спора на взаимовыгодных условиях наиболее вероятно на первых трех этапах (вариант «выигрыш – выигрыш»); конфликт, перешедший в своем развитии в три последующих этапа, можно разрешить путем состязательных процедур и в пользу одной из сторон (вариант «выигрыш – проигрыш»). Исход в виде взаимного проигрыша (вариант «проигрыш – проигрыш») наиболее вероятен на трех последних стадиях конфликта.

дискуссионна – достаточно сказать, что более или менее единодушно принятого определения предмета исследования – юридического конфликта – как и обоснования выделения юридического конфликта в качестве отдельного явления – не существует⁵¹. Так, Ю. А. Тихомиров определяет юридический конфликт как «противоречия между действующими правовыми нормами, актами и существующими институтами и притязаниями, действиями по их изменению, нарушению, отторжению...речь идет о а) правопонимании и толковании; б) законной процедуре рассмотрения конфликтов; в) об использовании и оценке доказательств; г) о наличии органа, уполномоченного разрешать конфликты; д) о признании обязательной силы решения по спору; е) о компенсации ущерба и восстановлении прежнего юридического состояния либо формировании нового состояния»⁵². В. Н. Кудрявцев полагает, что юридический конфликт – это «активное противостояние сторон, вызванное полярностью их интересов или разным отношением к ценностям и нормам общественной жизни»⁵³. По Ю. М. Бражникову, юридический конфликт – это «противоборство субъектов правоотношения на правовой основе, имеющего юридические последствия и разрешаемого или прекращаемого в виде юридических процедур и с помощью правовых средств»⁵⁴. Исследователи

⁵¹ Специалисты других отраслей знания констатируют, что в настоящее время приводятся только разнообразные описания проблемы, а поиск удовлетворительного определения понятия «конфликт» может продолжаться до бесконечности. Так, например, социальный конфликт М. М. Алдаганов определяет как «специфический способ человеческой деятельности, направленный на разрешение актуального противоречия посредством нейтрализации, преодоления или подавления противостоящих им сторон, тенденций или состояний» (Алдаганов М. М. Конфликтология – наука об обществе и конструктивных технологиях разрешения конфликтов // Конфликт. Политика. Общество : сборник науч. статей кафедры конфликтологии С.-Петербургского гос. ун-та. – СПб., 2007. – С. 15).

⁵² Тихомиров Ю. А. Юридический конфликт: сферы и механизмы. – М., 1994. – С. 41. См. также: Юридическая конфликтология – новое направление в науке // Государство и право. – 1994. – № 4. – С. 12

⁵³ Кудрявцев В. Н. Понятие юридического конфликта // Юрист. – 2002. – № 7.

⁵⁴ Бражников Ю. М. Юридический конфликт как предмет научного исследования // Актуальные проблемы государства и права. – Новокузнецк, 2005. – С. 86.

воспринимают конфликт каждый по-своему⁵⁵, зачастую сводя его к одному из моментов его существования – обострению, либо видят только негативную сторону конфликта, оставляя без внимания его созидательную часть (возможность сторон активно принять участие в его разрешении, услышать друг друга и совместно устранить разногласия в достижении целей каждой из них, заменить существующую правовую связь, не соответствующую общим интересам, качественно новой, расширяющей возможности каждой из них и выводящей их на новый уровень) и потому зачастую ограничивают способы его урегулирования прекращением породивших его отношений (расторжение договора, новация). Об изменении договора говорится реже. Можно согласиться с С. Ю. Филипповой в том, что «конфликт является имманентно присущим свойством правовой деятельности»⁵⁶, однако ее утверждение о том, что конфликты могут возникать только между равными субъектами, спорно. Правильно отмечая, что «скорее всего судебное разрешение споров не оказывает влияния на противоречие интересов сторон, не способно их примирить или оказать помощь в подыскании компромиссного решения»⁵⁷, видя причины в формализованном подходе суда, применяемом им принципе состязательности, рисках непредсказуемости судебных решений⁵⁸,

⁵⁵ См.: Филиппова С. Ю. Инструментальный подход в науке частного права. – М., 2013. – С. 240. С. Ю. Филиппова определяет конфликт как «свойство правовой деятельности субъектов социальной группы, образованной путем организации правовых целей, заключающееся в наличии противоречия правовых целей и интересов ее субъектов и выражающееся в стремлении каждого из участников социальной группы добиваться удовлетворения собственного интереса вопреки интересам других участников социальной группы» (Филиппова С. Ю. Указ. соч. С. 251–252).

⁵⁶ Там же. С. 288–289.

⁵⁷ Там же. С. 284.

⁵⁸ Как справедливо отмечает Н. Г. Елисеев, «источник свойственной судопроизводству неопределенности и непредсказуемости – в субъективности, неизбежно обнаруживаемой при индивидуальной оценке судом доказательств и фактов, в понимании и толковании правовой нормы. Кроме того, исход разбирательства определяется поведением сторон, их возможностями и способностями к этим действиям, в том числе готовностью доказательств, своевременностью их представления и умением провести их исследование, изложить свою позицию и обосновать ее» (Елисеев Н. Г. Конструктивная критика Концепции единого Гражданского процессуального кодекса на основе динамической теории права // Вестник экономического правосудия. – 2015. – № 8. – С. 76– 86).

длительности (и добавим – в плохой организации) процедур судебного рассмотрения споров, приводящих к трудно исчислимым издержкам сторон, С. Ю. Филиппова не замечает, что уже говорит о споре, а не о конфликте. Необходимо провести различие между этими двумя явлениями.

Представляется, что конфликт является естественным явлением жизни общества⁵⁹, обладающим как отрицательными сторонами (неурегулированный, игнорируемый конфликт способен привести к разрушению социальной системы)⁶⁰, так и положительными (в процессе урегулирования конфликта сторонами могут быть найдены инновационные решения, способные вывести отношения сторон на качественно новый уровень и позволить сторонам совместно достичь поставленных целей). При этом решающее значение в развитии и урегулировании конфликта имеет субъективный фактор. Результат разрешения конфликтной ситуации зависит от восприятия и осознания конфликта физическими лицами – сторонами или представителями сторон, при этом представители сторон могут иметь собственные интересы, не совпадающие с интересами представляемого лица. Стороны конфликта или их представители по-разному воспринимают причины и основания конфликта, по-разному к ним относятся: собственные потребности, интересы и цели участников конфликта могут находиться в противоречии или совпадать с собственными потребностями, интересами и целями данного физического лица, задаваемыми его компетенцией, влиянием культуры, в которой оно сформировалось, и социального окружения⁶¹. Конфликт является сложным и

⁵⁹ М. М. Алдаганов цитирует одного из классиков современной конфликтологии Р. Г. Дарендорфа (Dahrendorf R. *Out of Utopia. Essays in the Theory of Society*. – London, 1970. – P. 127): «Не наличие, а отсутствие конфликта является чем-то удивительным и ненормальным. Повод к подозрительности возникает тогда, когда обнаруживается общество или организация, в которых отсутствуют проявления конфликта» (Цит. по: Алдаганов М. М. Указ. соч. С. 9).

⁶⁰ О неустойчивых и устойчивых системах и опасности искусственного подавления переменчивости см.: Талеб Нассим Николас. *Антихрупкость. Как извлечь выгоду из хаоса* / пер. Н. Караваева. – М., 2014.

⁶¹ О роли субъекта (индивидуума) как единственного носителя интереса, в том числе в переговорах, где важнейшая роль принадлежит индивидуальному переговорщику, потребности которого включают не только удовлетворение материальных интересов, но

многоплановым междисциплинарным явлением, сочетающим социальные, экономические, правовые, психологические, этнические, культурные составляющие, и как таковое изучение этого явления только в рамках правовых наук нецелесообразно, поскольку не позволяет выработать эффективные средства для управления им и его урегулирования.

Спор – это объективизированное через нормы применимого к отношениям сторон права отражение позиций сторон на открытой стадии конфликта⁶². Позиции сторон излагаются в формальных извещениях, которыми стороны обмениваются на основании императивных норм применимого права или порядка, зафиксированного в соглашении сторон (претензия – ответ на претензию; акт сдачи-приемки оказанных услуг – мотивированный отказ от его подписания; исковое заявление – отзыв на иск). Позиции сторон не совпадают с интересами сторон и гораздо уже их. Швейцарские специалисты в области АРС адвокаты Б. Самбет-Глазнер и Дж. Лэк наглядно изображают конфликт в виде айсберга, верхушку которого образуют факты, законодательство и позиции сторон, а подводную часть – недопонимание, недоразумения, интересы, эмоции, чувства, ценности и потребности⁶³. Очевидно, что урегулировать конфликт по существу невозможно, если решать его только на основании информации, доступной в верхней части айсберга⁶⁴. Опираясь только

и потребности в признании его человеческого достоинства, эмоций, уменьшении культурных различий, преодолении когнитивных предрассудков и преодолении препятствий для диалога и обмена мнениями, заданных свойствами человеческой природы, см., например: Cohen Amy J. Dispute System Design, Neoliberalism, and the Problem of Scale [Electronic resource] // Harvard Negotiation Law Review. – 2009. – Vol. 14. – P. 65. – URL: <http://ssrn.com/abstract=1448806> (access date: 04.08.2017).

⁶² Это понятие спора шире и более универсально, нежели, например, выделяемые М. А. Рожковой спор о праве (правовой спор) и спор по факту. См.: Рожкова М. А. Средства и способы правовой защиты сторон коммерческого спора. – М., 2006. – С. 30–40.

⁶³ См.: Lack Jeremy. Appropriate Dispute Resolution (ADR): The Spectrum of Hybrid Techniques Available to the Parties // ADR in Business. Practice and Issues across Countries and Cultures. – Vol. II / Ed. by Arnold Ingen-Housz. – Kluwer Law International BV, the Netherlands. – 2011. – P. 341–343.

⁶⁴ См.: Гайдаенко Шер Н. И. Альтернативные механизмы разрешения споров как инструмент формирования благоприятной среды для предпринимательской деятельности (опыт России и зарубежных стран) : монография / отв. ред. Н. Г. Семилютина. – М., 2016. – С. 37.

положениями закона и разрешая спор по существу в соответствии с применимыми нормами права, нельзя устранить глубинные причины конфликта, которые могут иметь весьма отдаленное отношение к правовому его проявлению и чисто субъективный характер. Как справедливо отмечает Г. В. Севастьянов, разрешение спора подразумевает возможность сохранения конфликтных отношений, разрешение же конфликта, напротив, должно привести к его ликвидации⁶⁵. С нашей точки зрения, следует использовать терминологию, позволяющую точно обозначить разницу между двумя возможными подходами, и в первом случае говорить о разрешении спора, а во втором – об урегулировании конфликта/спора.

Если рассматривать АРС в качестве правового средства достижения участниками конфликта их целей – урегулирования конфликта или разрешения спора, то для выбора этого средства необходимо оформленное договором – соглашением о порядке урегулирования спора – согласие участников на его применение (согласие сторон на проведение переговоров, медиативная оговорка, соглашение о проведении переговоров при содействии адвоката, арбитражная оговорка). Можно также согласиться с С. Ю. Филипповой в том, что пределы свободы выбора правового инструментария определяются отсутствием императивной нормы, предписывающей сторонам определенное поведение, либо существованием императивной нормы, предписывающей сторонам самостоятельно избрать определенное поведение⁶⁶. Такая норма содержится в ч. 5 ст. 4 Арбитражного процессуального кодекса РФ (далее АПК РФ) в редакции, действующей с 01.06.2016 г.: она устанавливает для сторон гражданско-правовых споров по большинству категорий дел обязанность до передачи дела в суд в течение 30 календарных дней попытаться урегулировать свой спор. Однако есть опасность, что стороны будут подходить к соблюдению этого условия формально, ограничившись направлением претензии. Тем не менее начало положено, и несомненно в Единый Гражданский процессуальный

⁶⁵ См.: Севастьянов Г. В. Правовая природа третейского разбирательства. С. 17–18.

⁶⁶ См.: Филиппова С. Ю. Указ. соч. С. 36.

кодекс, если он будет принят, должна быть включена норма аналогичного содержания, предписывающая сторонам предпринять попытку урегулирования их спора в досудебном порядке.

В диссертации термины «спор» и «конфликт» используются как синонимы, если иное прямо не следует из контекста.

1.2. Классификация альтернативных способов разрешения споров, их договорная природа

Способы урегулирования коммерческих споров без обращения в государственные суды традиционно объединяются под названием «альтернативные»⁶⁷ (другие, предполагающие выбор из многих вариантов). Значение слова «альтернативный» в словосочетании «альтернативные способы разрешения споров» можно трактовать несколько шире, нежели «отличный от обращения в государственные суды». Это слово подчеркивает гражданско-правовую природу этих способов. Как справедливо отмечает В.А. Ойгензихт, альтернатива является проявлением присущей гражданскому праву диспозитивности, то есть способности «осуществлять правосубъектность по своему усмотрению, приобретая гражданские права и обязанности, распоряжаясь ими, определяя в известных пределах их содержание»⁶⁸. Кроме того, «альтернатива предписанию диспозитивной нормы допустима только в отношении обоюдного волеизъявления, соглашения сторон, а не в отношении одностороннего установления правоприменительного органа»⁶⁹. Поэтому справедливо будет утверждать, что все АРС объединяет их договорная природа и каждый из них представляет собой консенсуальный договор сторон⁷⁰.

⁶⁷ Ефремова Т. Ф. Толковый словарь русского языка URL: <http://что-означает.рф/> (дата обращения: 02.08.2017).

⁶⁸ Ойгензихт В. А. Альтернатива в гражданском праве. – Душанбе, 1991. – С. 11.

⁶⁹ Там же. С. 12–13.

⁷⁰ О роли договора как согласованного волеизъявления двух и более лиц, предполагающего наличие условий, которые стороны должны согласовать и которые затем

Ни один из этих способов не лишает стороны возможности обратиться в государственные суды за обжалованием результата. Так, ЕСПЧ не признал установленное законом обязательство предпринять попытку досудебного урегулирования гражданского спора нарушением права на доступ к суду. В этом делеречь шла об установленном хорватским ГПК требовании об обязательной предварительной попытке примирительной процедуры до обращения в суд с гражданско-правовым иском против государства⁷¹. ЕСПЧ пришел к выводу о том, что цель установленной законом досудебной процедуры заключалась в обеспечении процессуальной экономии путем избежания дорогостоящих и длительных судебных процедур и сокращения числа дел. ЕСПЧ заключил, что само по себе это обязательство не было неразумным и не причинило ущерба правовой позиции заявителей; следовательно, оно не ущемило права заявителей на доступ к суду⁷². Данная позиция ЕСПЧ свидетельствует о том, что предписание обязательного досудебного порядка урегулирования гражданского-правового спора приемлемо, если оно служит целям достижения процессуальной экономии, повышения

выступают в качестве регулятора их отношений, а также о ключевой роли принципа диспозитивности для гибкого регулирования экономики, для решения актуальной задачи достижения оптимальной степени правовой регламентации, исключения опасности «перерегулировать» экономические отношения, необоснованно стеснить их в развитии см., например: Зыкин И. С. Договор во внешнеэкономической деятельности. – М., 1990. – С. 3, 38–39. О регулятивной роли договорных условий см. также: Алексеев С. С. Общая теория права : в 2 т. – М., 1981. – Т. 1. – С. 129, 323–324. О договоре как непосредственном регуляторе поведения сторон см.: Халфина Р. О. Общее учение о правоотношениях. – М., 1974. – С. 302. О договоре как средстве «установления экономико-правовой связи и определения ее содержания с учетом волеизъявления самих участников этой связи» см.: Яковлев В. Ф. Гражданско-правовой договор и пути повышения его эффективности // Развитие советского гражданского права на современном этапе / отв. ред. В. П. Мозолин. – М., 1986. – С. 148.

⁷¹ См.: Momčilović c. Croatie Obligation de chercher à obtenir le règlement d'une action civile comme préalable indispensable à une procédure contentieuse contre l'État: non-violation // Note d'information sur la jurisprudence de la Cour ; Cour européenne des droits de l'homme. – 2015. – № 183. – P. 11–12.

⁷² См.: Конвенция о защите прав человека и основных свобод ETS № 005 (Рим, 4 ноября 1950 г.) (с изм. и доп. от 21.09. 1970 г., 20.12.1971 г., 01.01.1990 г., 06.11.1990 г., 11.05.1994 г.)– Система ГАРАНТ. В первом предложении п. 6.1 говорится о том, что «каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях или при предъявлении ему любого уголовного обвинения имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона».

эффективности отправления правосудия и сокращения числа дел. Таким образом, предписание обязательной попытки проведения любой согласительной процедуры, включая медиацию⁷³, законно и допустимо.

Все эти способы (механизмы) объединяет то, что они основаны на соглашении сторон (как о порядке, структуре их проведения, так и об ожидаемой правовой силе результата), заключенном сторонами добровольно, и конфиденциальны. Каждый из этих механизмов имеет определенную структуру⁷⁴, построенную таким образом, чтобы стороны смогли прийти к результату наиболее эффективным и наименее затратным (как с точки зрения финансов и времени, так и в отношении рационального использования человеческих ресурсов) путем.

Для альтернативных способов разрешения споров характерно, что путь к договоренности относительно предмета урегулирования (сущностного содержания разногласий сторон) в них затруднительно отделить от согласования порядка урегулирования этого разногласия. Именно этим можно объяснить возникновение таких теорий АРС, как теория частного процессуального права. Признавая за авторами теории право на свою точку зрения, полагаем, что процессуальное право по своей природе предполагает наличие элемента (государственного) принуждения. Так, например, Н. А. Гредескул определял гражданский процесс как защиту или осуществление (судебное) гражданских прав⁷⁵. Современные исследователи также подчеркивают роль властного начала в гражданском процессе: как отмечает А. А. Мохов, гражданский процесс «служит формой принудительного осуществления гражданско-правовых, семейно-правовых, трудовых и иных

⁷³ Как это сделано, например, в Италии. Подробнее см.: Гайдаенко Шер Н. И. Обязательная медиация: опыт Италии // Третейский суд. – 2012. – № 1. – С. 156–165.

⁷⁴ Так, А. Ю. Коннов отмечал в качестве свойства АРС системность действий сторон, направленных на достижение единой цели – урегулирование или разрешение спора. См.: Коннов А. Ю. Понятие, классификация и основные виды АРС [Электронный ресурс] // Журнал российского права. – 2004. – № 12. Система ГАРАНТ.

⁷⁵ См.: Гредескул Н. А. К учению об осуществлении права. Интеллектуальный процесс, требующийся для осуществления права. – 1-е изд. – Харьков, 1990. – С. VII.

обязанностей. Служебная роль гражданского процессуального права состоит именно в защите и охране прав, закрепленных в нормах материального права».⁷⁶ Элемент властного принуждения со стороны государственных судов и органов принудительного исполнения опирается на императивные нормы процессуального законодательства и является внешним по отношению к договорным отношениям сторон по поводу урегулирования возникшего между ними разногласия или спора. Напротив, механизмы альтернативного урегулирования споров построены, прежде всего, на добровольном (обусловленном экономическим интересом) вступлении в переговоры по поводу их применения, определения содержания урегулируемого отношения и порядка такого урегулирования, а также исполнения достигнутой договоренности⁷⁷. Таким образом, даже в частном правосудии – арбитраже – отсутствует процесс в том смысле, в каком он определен процессуальным законодательством, даже при сохранении таких основных принципов процесса, как состязательность, независимость и беспристрастность третейского судьи. Стороны самостоятельно определяют правила рассмотрения спора, в том числе предоставив арбитрам право по своему усмотрению выбрать порядок рассмотрения спора. Поэтому мы полагаем, что аргументы, приведенные в поддержку концепции частного процессуального права, на самом деле свидетельствуют в пользу материально-правовой, договорной природы механизмов АРС. Тем не менее в рамках диссертации мы рассматриваем только споры, возникающие между предпринимателями в процессе осуществления ими коммерческой деятельности на основании договоров между ними. По нашему мнению, в отношении понятия «коммерческий» следует придерживаться разъяснения, содержащегося в примечании 2 к п. 1. ст. 1

⁷⁶ Цит. по: Гражданский процесс [Электронный ресурс]: учебник / под ред. А. Г. Коваленко, А. А. Мохова, П. М. Филиппова. – 2-е изд., доп. и перераб. – М., 2010. Система ГАРАНТ.

⁷⁷ Об анализе АРС как неэффективного средства принудительного приведения в исполнение договоренностей сторон см.: Wagner G. Private Law Enforcement through ADR: Wonder Drug or Snake Oil? // *Common Market Law Review*. – 2014. – № 51. – P. 165–194.

Типового закона ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре (далее – Типовой закон ЮНСИТРАЛ)⁷⁸ и толковать его «широко, с тем чтобы он охватывал вопросы, вытекающие из всех отношений коммерческого характера, как договорных, так и недоговорных».

В отношении трансграничных коммерческих споров, возникающих между участниками международного коммерческого оборота, участники которых на момент заключения соглашения о порядке урегулировании спора имели коммерческие предприятия или место жительства в разных государствах⁷⁹, внимание уделяется вопросам выбора права, применимого к соглашениям о порядке урегулирования спора и итоговым соглашениям об урегулировании спора, прежде всего в перспективе исполнения итоговых соглашений.

В диссертации не рассматриваются споры между предприятиями и потребителями, и, соответственно, специфические для этой категории споров способы разрешения (омбудсмен, и т.п.), поскольку эта тема заслуживает отдельного исследования⁸⁰. Также не исследуются механизмы урегулирования споров внутри предприятия.

⁷⁸ ЮНСИТРАЛ. Типовой закон о международной коммерческой согласительной процедуре и руководство по принятию и применению, 2002 год [Электронный ресурс]. – Организация Объединенных Наций, Нью-Йорк, 2004. – URL: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-conc/03-90955_Ebook.pdf (дата обращения: 14.08.2017).

⁷⁹ В официальных документах международных организаций (в частности, ЮНСИТРАЛ) традиционно используется нейтральный универсальный термин «международный» для обозначения процедур урегулирования споров, связанных с международным торговым оборотом (международный торговый арбитраж, международная коммерческая согласительная процедура). Термин «трансграничный» (cross-border, transfrontalier) применяется в более узком специальном контексте международных коммерческих связей (в частности, для определения спора в ст. 2 Директивы Европейского парламента и Совета Европейского Союза 2008/52/ЕС от 21.05.2008 г. «О некоторых аспектах посредничества (медиации) по гражданским и коммерческим делам»). Если иное не оговорено особо и не следует из контекста, в настоящей работе термины «трансграничный» и «международный» используются как синонимы.

⁸⁰ Об АРС в разрешении споров между предпринимателями и потребителями см., в частности: Гайдаенко Шер Н. И. Формирование системы альтернативных механизмов

Специалисты, исследующие альтернативные способы разрешения споров и практикующие их, а также организации, занимающиеся администрированием таких процедур, не оставляют попытки составить исчерпывающие глоссарии – описания, содержащие определения различных видов альтернативных способов разрешения споров⁸¹. Представляется, что такие попытки обречены на неудачу, поскольку изобретательность сторон бесконечна и каждый спор индивидуален. Тем не менее результаты таких обобщений и классификаций безусловно полезны, поскольку они задают ориентиры для потенциальных пользователей и дают пищу для обсуждения, возможных обобщений и выводов.

Обращаясь к *критериям классификации альтернативных способов разрешения споров*, отметим следующее: «в составе альтернативных способов разрешения споров, общим условием для применения которых является соглашение сторон, можно условно выделить консенсуальные (основанные на общем согласии сторон как в отношении порядка их проведения, так и в отношении результата, завершающиеся соглашением по урегулированию спора, условно называемым мировым)⁸². Консенсуальные способы разрешения

разрешения споров: бесконфликтное общество как основа противодействия коррупции : науч.-практ. пособие / отв. ред. Н. Г. Семилютина. – М., 2015. – С. 91–102.

⁸¹ Например, список, составленный рабочей группой Международного института предотвращения и разрешения конфликтов (The International Institute for Conflict Prevention and Resolution : official site [Electronic resource]. URL : <http://www.cpradr.org/PracticeAreas/ADRResourcesToolkits/ADRPrimer.aspx> (access date: 13.08.2017); сводные таблицы (Kaufmann-Kohler G., Rigozzi A. Arbitrage international. Droit et pratique à la lumière de la LDIP. – Berne : Weblaw, 2006. – P. 9).

⁸² Рожкова М. А. Глава V. Мировое соглашение // 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., 2008 [Электронный ресурс]. – URL: http://rozhkova.com/books_text/dogovor.pdf (дата обращения: 13.08.2017). М. А. Рожкова, ссылаясь на дореволюционные источники, использует термин «мировая сделка» для сделок, заключенных в досудебном порядке, и термин «мировое соглашение» для сделок, заключенных после обращения одной из сторон в государственный или третейский суд. И. В. Орлова предлагает использовать термин «мировое соглашение» для судебных сделок, подчеркивая процессуальный характер термина, см.: Орлова И. В. К вопросу о соотношении понятий «мировое соглашение» и «мировая сделка» // Вестник международных научных конференций. – 2015. – Вып. 9 (13). – С. 74–77. Иной точки зрения придерживается Д. Л. Давыденко, по итогам подробного анализа отечественной доктрины и судебной практики российских судов предлагающий использовать единый термин «мировое соглашение» для обозначения внесудебных и судебных мировых сделок с тем, чтобы подчеркнуть цивилистическую природу

споров понимаются как основанные на добровольном согласии сторон механизмы, при помощи которых стороны стремятся разрешить споры между собой путем переговоров, не обращаясь в суд, где судья предпишет им решение. Консенсуальные способы урегулирования коммерческих споров включают любые не противоречащие императивным нормам законодательства механизмы разрешения споров, о которых стороны договорились добровольно. Это определение совпадает с определением альтернативных механизмов разрешения споров, нюансы могут заключаться в том, насколько активную роль стороны играют в определении порядка урегулирования их спора и статусе принятого решения (некоторые исследователи исключают из АРС арбитраж, поскольку стороны делегируют нейтральным третьим лицам и полномочия по определению процедуры (если они не договорились об арбитраже *ad hoc*), и полномочия по принятию решения за них, согласившись подчиниться предписанному им решению).

Из числа консенсуальных способов разрешения споров можно, в свою очередь, выделить более узкую группу согласительных. Согласительные

этого явления. См.: Давыденко Д. Л. Мировое соглашение и мировая сделка: соотношение понятий // Вестник ВАС РФ. – 2008. – № 12. – С. 82–99. Заметим, что во Франции, Швейцарии, провинции Квебек (Канада) восходящий к римскому праву термин "transaction", "transaction judiciaire" используется в процессуальном законодательстве именно для обозначения судебной мировой сделки. В Италии термином "transazione" обозначается гражданско-правовой договор (ст. 1965 Итальянского гражданского кодекса, см.: Codice Civile. Libro Quarto Delle obbligazioni. Titolo III. Dei singoli contratti. Capo XXV. Della transazione. Art. 1965 [La risorsa elettronica]. – URL: <http://www.altalex.com/documents/news/2014/04/03/della-transazione#art1965> (data di accesso: 13.08.2017)), заключаемый сторонами для урегулирования или предотвращения спора, то есть устранения неопределенности в правоотношениях путем взаимных уступок, см.: Franceschetti P. Transazione. Encyclopedia giuridica online AltalexPedia [La risorsa elettronica]. – URL: http://www.altalex.com/documents/altalexpedia/2016/01/14/transazione#_Toc440474383 (data di accesso: 13.08.2017). Профессор Монреальского университета (провинция Квебек, Канада) Г. Гольдштейн подчеркивает сложную природу мировой сделки: она находится между договором вследствие своего частного происхождения и судебным решением вследствие того, что имеет силу вступившего в силу судебного решения (Goldstein G. La méthode de la reconnaissance : une nouvelle clé pour décoder les règles relatives à l'effet au Québec d'une transaction internationale [La ressource électronique] // Revue du Barreau. – 2009. – Т. 68. – P. 279. – URL: <https://www.barreau.qc.ca/pdf/publications/revue/2009-tome-68-2.pdf> (la date de l'accès: 13.08.2017). Для того чтобы избежать терминологических споров, предлагается оставить процессуальному законодательству термин «мировое соглашение» и ввести новую категорию гражданско-правовых договоров – *итоговое соглашение об урегулировании спора*.

способы разрешения споров характеризуются участием независимого стороннего лица (аккомодатора, или устроителя взаимодействия сторон), привлеченного на основании соглашения сторон. В качестве аккомодатора может выступать как физическое лицо, так и администрирующая институция. Аккомодатор выполняет технические и организационные функции, обеспечивая сторонам условия для самостоятельного взаимодействия по урегулированию их спора, формально подтверждает факт проведения процедуры по ее окончании.

Таким образом, в число консенсуальных способов разрешения споров войдут переговоры сторон или их представителей, переговоры сотрудничества и «процедуры участия» (переговоры при участии представляющих интересы сторон специально обученных юристов или адвокатов, действующих в пределах должностных обязанностей, предусмотренных трудовым договором с ними либо на основании договора об оказании услуг и договора поручения); проводимая на основании договора сторон экспертиза (включая процедуры ранней диагностики споров); советы (комиссии) по разрешению споров⁸³ и все вариации этих процедур, согласованные сторонами для разрешения конкретных неотложных вопросов. Это могут быть проблемы технического характера, вопросы устранения спорного толкования определенных фактов, включая технические и правовые, а также связанные с разрешением определенной категории споров с учетом специфики отрасли, где стороны осуществляют свою предпринимательскую деятельность.

Понятие согласительных процедур урегулирования споров было выработано ЮНСИТРАЛ и зафиксировано в Типовом законе ЮНСИТРАЛ и Руководстве по его принятию и применению⁸⁴.

⁸³ См.: Гайдаенко Шер Н. И. Формирование системы альтернативных механизмов разрешения споров: бесконфликтное общество как основа противодействия коррупции. С. 103–117.

⁸⁴ Тексты этих документов на русском языке см. на официальном сайте ЮНСИТРАЛ: ЮНСИТРАЛ. Типовой закон о международной коммерческой согласительной процедуре и руководство по принятию и применению, 2002 год [Электронный ресурс]. – Организация Объединенных Наций, Нью-Йорк, 2004. – URL:

В преамбуле Резолюции, принятой Генеральной Ассамблеей ООН [по докладу Шестого комитета (A/57/562 и Corr. 1 и 2)] 57/18, «Типовой закон Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о международной коммерческой согласительной процедуре», сказано, что методы урегулирования споров, обозначаемые такими терминами, как «согласительная процедура» и «посредническая процедура», и терминами аналогичного смысла, все шире применяются в международной и национальной коммерческой практике в качестве альтернативы судебному разбирательству.

В п. 3 ст. 1 Типового закона ЮНСИТРАЛ в редакции 2002 г. согласительная процедура описана как процедура, в рамках которой стороны просят третье лицо или лиц (посредника, медиатора) оказать им помощь в попытке достичь дружественного урегулирования их спора, возникшего из договорных или иных правоотношений либо в связи с ними. Медиатор не обладает полномочиями предписывать сторонам разрешение спора. Исходя из изложенного согласительные процедуры не включают переговоры и право сотрудничества, а также международный коммерческий арбитраж. Тем не менее, утверждение об исключении арбитража представляется относительным, поскольку ст. 12 типового закона содержит диспозитивную норму, согласно которой посредник, изначально не наделенный полномочиями по разрешению дела за стороны, может по договоренности сторон превратиться в арбитра и, соответственно, предписать сторонам решение их спора.

Законодательство, принятое на основе Типового закона в редакции 2002 г., действует в 33 государствах⁸⁵. Россия к ним не относится, что позволяет ей

http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-conc/03-90955_Ebook.pdf (дата обращения: 14.08.2017).

⁸⁵ Данные приведены на официальном сайте ЮНСИТРАЛ: Типовой закон о международной коммерческой согласительной процедуре, 2002 год (URL: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/2002Model_conciliation_status.html), в том числе Единообразный закон о медиации США (с изм. 2003 г.) (Uniform Mediation Act 2001 by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws) (законодательство на его основе действует в одиннадцати штатах США и федеральном округе Колумбия), а также Единообразный закон о (международной) коммерческой медиации Канады (Uniform

адаптировать национальное законодательство в соответствии с современной редакцией Типового закона и с учетом терминологии Конвенции о международных медиативных соглашениях.

Таким образом, в число согласительных способов разрешения споров войдет медиация⁸⁶ (независимо от ее стиля – фасилитативного или директивного), проводимая по соглашению сторон. Такое соглашение может быть заключено и под влиянием и на основании императивного положения закона, предписывающего сторонам предпринять попытку урегулировать спор дружественным путем до передачи дела на рассмотрение государственного суда, в том числе и в сочетании с другими определяемыми по соглашению сторон способами разрешения спора (арб–мед, арб–мед–арб, медиация–экспертиза и т.п.). На наш взгляд, законодательством (как национальным, так и международными инструментами) должна предусматриваться возможность принудительного исполнения не только соглашений сторон, достигнутых в результате согласительных процедур, но и в итоге переговоров, в том числе – переговоров с участием юристов.

Консенсуальные способы не включают состязательные (арбитраж), итогом которых является обязательное для сторон решение третьего нейтрального лица или коллегии таких лиц, исполнение которого обеспечено государством через специально созданные для этого механизмы (Нью-Йоркская конвенция о взаимном признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г.)». ⁸⁷⁸⁸ Однако, здесь необходимо уточнение:

[International] Commercial Mediation Act, adopted in 2005 by the Uniform Law Conference of Canada) (законодательство на его основе принято и действует в двух провинциях этой страны).

⁸⁶ Среди разных определений медиации выделим определение коммерческой медиации, приведенное в статье *La Médiation Commerciale Contemporaine – un Nouvel Élan pour L'entreprise Européenne?* (Vassya Prokopieva, prof. Pierre-Yves Monette. – Collège d'Europe, Bruges, l'année académique 2003/2004), определяющее коммерческую медиацию как договорный, добровольный, конфиденциальный способ разрешения конфликта коммерческого свойства, местного или международного, в котором нейтральное независимое третье лицо упрощает, структурирует и координирует переговоры сторон с целью помочь им прийти к дружественному решению этого конфликта (Р. 2).

⁸⁷ Текст, статус и Руководство по Конвенции см. на официальном сайте ЮНСИТРАЛ: Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных

можно сказать, что арбитраж является условно консенсуальным механизмом, поскольку в случае добровольного исполнения арбитражного решения ответчиком отношения сторон остаются в частноправовой сфере. Консенсуальность утрачивается в момент, когда ответчик нарушает добровольно принятое на себя обязательство подчиниться вынесенному арбитражем решению, а истец вынужден обратиться за защитой своих нарушенных прав в государственный суд с целью добиться исполнения вынесенного в его пользу решения.

«Термин «примирительные процедуры»⁸⁹ неоднозначен, как правило, ассоциируется с деятельностью суда или международного арбитража, направленной на примирение сторон⁹⁰, и потому, по нашему мнению, его нежелательно применять в связи с альтернативными механизмами разрешения споров, используемыми автономно, вне связи с какими-либо состязательными

арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 год) (Нью-Йоркская конвенция) [Электронный ресурс]. – URL : http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html (дата обращения: 13.08.2017).

⁸⁸ Гайдаенко Шер Н. И. Альтернативные механизмы разрешения споров как механизм формирования благоприятной среды для предпринимательской деятельности. С. 40–44.

⁸⁹ А. Д. Карпенко и Д. Л. Давыденко определяют примирительные процедуры как «правомерные способы консенсуального урегулирования субъектами права возникших между ними споров на взаимоприемлемых условиях в соответствии с их интересами» (Медиация : учебник / под ред. А. Д. Карпенко, А. Д. Осинковского. – СПб.; М., 2016. – С. 131).

⁹⁰ Например, о судебном посредничестве, предусмотренном гл. 17 Хозяйственно-процессуального кодекса Республики Беларусь, см.: Власова Л. В. § 3. Судебное посредничество/примирение в Беларуси // Примирительные процедуры в суде : коллектив. монография ; под ред. А. Д. Карпенко. – СПб., 2014. – С. 23–31. О терминологической путанице между медиацией и примирением см.: Vert F. La confusion terminologique entre médiation et conciliation : un frein à leur développement // Gazette du Palais Edition professionnelle. – 30, 31 janvier 2015. – Nos. 30 à 31. – P. 8–11. О примирении как концепции процессуального права см.: La gestion des conflits. Manuel pour les praticiens / Imhoos Ch., Iynejian N., Courbat C., Jeandin N., Mirimanoff Jean A., Salberg A. C., Sambeth Glasner B., Vigneron Maggio-Aprile S. – Lausanne, 2008. – P. 6–7. О проблематичности оговорок, о деятельности арбитров в качестве примирителей на уровне amiable composition см.: Вилкова Н. Г. Договорное право в международном обороте (2-й завод). – М., 2004. – С. 255. Об отличии примирения от медиации см.: Гайдаенко Шер Н. И. Формирование системы альтернативных механизмов разрешения споров: бесконфликтное общество как основа противодействия коррупции. С. 170–172.

процедурами».⁹¹ Эта позиция нашла поддержку в контексте законодательной инициативы Верховного Суда РФ, одобренной для внесения в Государственную думу Постановлением № 1 Пленума Верховного Суда РФ от 18.01.2018 г. В законопроекте Верховного суда термин «примирительные процедуры» обозначает процедуры, направленные на устранение разногласия сторон в пределах заявленных в ходе искового производства требований и связанных с ними отношений, проводимые государственным гражданским служащим, имеющим высшее юридическое образование и стаж работы в юриспруденции не менее пяти лет, или судьей в отставке, по правилам, установленным Верховным судом. Примиритель (эксперт по юридическим вопросам) вправе давать сторонам рекомендации. Примиритель не является медиатором и не может выполнять его функции без прохождения специального дополнительного профессионального образования. Итог примирительной процедуры – процессуальное соглашение сторон, влекущее за собой одно из правовых последствий, описанных в публичном (процессуальном) законодательстве, создающее обязательства для суда как стороны этих отношений.

Кстати, именно критерий автономности, самостоятельности сторон в управлении своим спором использует для классификации способов разрешения гражданско-правовых споров итальянский юрист М. Бове⁹². Он предлагает разделять способы разрешения гражданско-правовых споров на автономные, самоуправляемые, и несамоуправляемые, «гетерономные». В свою очередь, последние он подразделяет на средства юрисдикционного типа и средства переговорного типа. К самоуправляемым он относит переговоры, к несамоуправляемым способам переговорного типа (*mezzo eteronomo di tipo negoziale*) – медиацию. Несамоуправляемые способы юрисдикционного типа

⁹¹ Гайдаенко Шер Н. И. Альтернативные механизмы разрешения споров как механизм формирования благоприятной среды для предпринимательской деятельности. С. 44.

⁹² См.: Bove Mauro. La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili [La risorsa elettronica]. – URL: <http://people.unica.it/carlopilia/files/2013/12/Bove.pdf> (data di accesso: 13.08.2017).

(mezzo eteronomo di tipo giurisdizionale) подразделяются на те, в которых активную роль играет государство (судебное разбирательство), и те, где активная роль принадлежит частным лицам (арбитраж). Представляется, что такой подход также допустим.

Раскрыть потенциал различных механизмов АРС позволяет также их условное разделение на договорные процедуры, основанные на интересах (используются для выявления потребностей и интересов их участников, то есть направлены на установление причин конфликта и побудительных мотивов, которыми стороны могут руководствоваться, принимая решение сесть за стол переговоров), договорные процедуры, в основе которых лежат формально закрепленные права сторон (позволяют определить, какие права закреплены за сторонами законом или иными систематизированными сводами правил и, соответственно, какие возможности стороны имеют для защиты этих прав), и процедуры, основанные на применении властного ресурса (цель таких процедур – получить максимум возможного, применив к другой стороне давление и вынудив ее принять вариант решения, в наибольшей мере отвечающий предпочтениям «ресурсной» стороны)⁹³. Властный ресурс – это обширное понятие. В в предпринимательских отношениях он формируется на основе финансовых преимуществ, обученного кадрового ресурса, административного ресурса (наличия связей с лицами, принимающими решения или в силу закона наделенными полномочиями применять силовые и административные санкции). Использование властного ресурса подразумевает применение психологического давления, административного, а также финансового ресурса и, кроме того, преимуществ, обусловленных более высокими профессиональными навыками ресурсной стороны. Если взглянуть на панораму АРС с точки зрения описанных выше критериев, окажется, что переговоры можно отнести как к первой, так и к третьей группе (они могут быть как интегративными, основанными на интересах сторон, так и

⁹³ См.: Rabinovich-Einy O., Katsch E. Technology and the Future of Dispute System Design // Harvard Negotiation Law Review. – 2012. – Vol. 17. – P. 156.

позиционными – с использованием властного ресурса), арбитраж – ко второй (позиции сторон и их требования основаны исключительно на нормах права). В первой группе окажется медиация, с некоторой натяжкой в нее можно включить рекомендательные советы по разрешению споров. Во вторую группу попадут и экспертиза (включая раннюю оценку спора) и советы по разрешению споров, принимающие обязательные для сторон решения.

Применяя эти критерии классификации АРС, к которым добавляются такие показатели, как степень контроля сторон над процедурой урегулирования спора, степень конфиденциальности процедуры (включая допустимость использования представленных по ее ходу аргументов в последующих третейских и судебных разбирательствах), степень ее формальности, возможно выстроить систему АРС – от переговоров до арбитража, по степени усиления директивности процедуры и изменения роли задействованного в их проведении нейтрального третьего лица.

В качестве классифицирующих признаков механизмов диагностики и разрешения споров целесообразно рассматривать участие третьих лиц в их проведении, а также функции и полномочия, возлагаемые сторонами на этих лиц.

К механизмам урегулирования споров, не подразумевающим участие нейтральных третьих лиц, относятся переговоры (переговоры внутри предприятия, во время которых анализируется спор и принимается решение о дальнейших действиях по его урегулированию, в том числе формируется команда переговорщиков для участия в переговорах с другой стороной; и переговоры (представителей) сторон).

К этой же группе относятся переговоры с участием юристов–переговорщиков сторон (юрисконсульты предприятия или приглашенных сторонами юристов или адвокатов). Роль юристов ограничена сопровождением в переговорах, функция юриста прекращается после завершения переговоров без достижения соглашения (переговоры сотрудничества), либо юристы продолжают представлять сторону в

последующих процедурах урегулирования спора (переговоры участия). В обоих случаях речь идет о переговорах при организационном содействии модератора – лица, не являющегося нейтральным и независимым от обеих сторон спора, но в дополнение к основной специальности обладающего специальными познаниями в сфере коммуникативных технологий. Кроме того, отношения модератора и сторон носят фидуциарный характер.

Определенной спецификой обладает ранняя односторонняя оценка (экспертиза) спора с привлечением стороннего эксперта, нанятого по договору об оказании услуг предприятием–участником спора. С одной стороны, эксперт в этой процедуре дает заключение по вопросам права, связанным с конкретным спором. С другой стороны, он выполняет роль консультанта. Отношения между заказчиком и экспертом также носят фидуциарный характер.

К механизмам, предусматривающим участие нейтральных сторонних лиц (аккомодаторов, или устроителей взаимодействия сторон), относятся следующие:

согласительные процедуры – все процедуры, описанные Типовым законом ЮНСИТРАЛ (в том числе медиация в любых ее стилях и способах, включая «челночную дипломатию»), без права медиатора давать сторонам рекомендации или консультации; примирение (с правом посредника-примирителя давать сторонам рекомендации);

договорная экспертиза (действующий на основании соглашения со сторонами спора специалист в области, в которой возник спор, или коллегия таких специалистов дают свое заключение по определенному вопросу, в положении об экспертизе, включенном сторонами в договор, из которого возник спор, или в соглашении о проведении экспертизы стороны определяют, будет ли заключение эксперта/экспертов являться рекомендацией или станет обязательным для сторон); отдельным видом экспертизы является оценка правовых обстоятельств спора приглашенным нейтральным юристом. Отметим отличие между процедурой ранней оценки дела и частной технической или правовой экспертизой. Роль эксперта, привлеченного по соглашению всех

сторон спора, ограничивается констатацией обстоятельств права или факта. При этом фидуциарных отношений между сторонами и экспертом не возникает;

совет (комиссия) по разрешению споров (постоянно действующая коллегия экспертов, формируемая из специалистов ключевых для исполнения долгосрочного – строительного или инвестиционного – проекта на ранней его стадии и действующая до завершения проекта). Совет оперативно разрешает разнообразные споры, возникающие по ходу исполнения проекта. Совет может быть наделен правом давать только рекомендации либо давать и рекомендации, и указания. Особенность этого механизма разрешения споров заключается в том, что, как правило, соглашением сторон устанавливается мораторий на обжалование решений совета до завершения проекта с тем, чтобы соблюсти сроки исполнения, не отвлекая ресурсы на судебные или арбитражные разбирательства;

третейское разбирательство или международный коммерческий арбитраж (избранное сторонами или назначенное по их указанию нейтральное стороннее лицо рассматривает дело по существу и выносит решение, которое стороны согласились принять и добровольно исполнить как обязательное; интересы стороны, в пользу которой вынесено арбитражное решение, защищены механизмом его принудительного исполнения, обеспеченным государством);

комбинированные, или гибридные, процедуры (сочетание переговоров и арбитража, медиации и арбитража, экспертной оценки, медиации и арбитража в любой необходимой для эффективного урегулирования спора последовательности, согласованной сторонами, возможно ведение двух или трех процедур параллельно, любые другие процедуры или их сочетания).

Механизмы урегулирования спора различаются по степени участия сторон в разрешении спора: от переговоров и медиации, где стороны играют активную роль в принятии решения и самостоятельно определяют результат процедуры, до договорной экспертизы и арбитража, где стороны передают

свою проблему на разрешение эксперту, чье решение стороны принимают как обязательное, или арбитру, чьему решению они договорились подчиниться.

Во всех механизмах, подразумевающих участие нейтрального аккомодатора, к такому лицу предъявляются обязательные требования независимости от сторон, беспристрастности (или, скорее, равной пристрастности ко всем сторонам), добросовестности и профессионализма. Этим требованиям «аккомодатор должен отвечать на протяжении всей процедуры, которую он ведет, чему соответствует обязанность информировать стороны об обстоятельствах, препятствующих дальнейшему его участию в процедуре, и право самого аккомодатора прекратить процедуру или оказаться от дальнейшего участия в ней»⁹⁴. Право сторон заявить отвод нейтральному третьему лицу, если имеются сомнения в его соответствии указанным требованиям, ограждает стороны от предвзятого (или воспринимаемого ими как предвзятое) отношения аккомодатора и, соответственно, позволяет предотвратить возникновение результата, не отвечающего ожиданиям сторон.

«Механизмы, подразумевающие привлечение нейтрального третьего лица, различаются по роли нейтрального третьего лица и объему его полномочий: если основной функцией третьего лица предполагается оказание сторонам содействия в той или иной форме, о которых мы скажем ниже, в урегулировании их спора, то роль может существенно различаться: медиатор помогает сторонам самостоятельно прийти к соглашению, наилучшим образом отвечающему их интересам, для чего структурирует процесс их переговоров, стимулируя стороны к выработке вариантов решений, медиатор – хозяин процесса, но он не вправе ни высказывать свое мнение о ситуации и обстоятельствах спора, ни давать им какие-либо рекомендации (в отсутствие согласия сторон).

Приведенная выше схема классификации АРС по степени директивности и по возможным ролям аккомодатора, исполняемым им в ходе урегулирования

⁹⁴ Гайдаенко Шер Н. И. Указ. соч. С. 46–47.

спора, является творческим продолжением разработанной Л. Рискиным (Leonard L. Riskin) для определения места и роли медиатора в процедуре разрешения спора «сетки Рискина» (Riskin Grid)⁹⁵. «Сетка Рискина» существует в двух вариантах – старом (публикации 1994 и 1996 гг.)⁹⁶ и новом (2005 г.)⁹⁷. Если «старая» сетка помогает сторонам спора определить роль медиатора внутри процедуры, преимущественно оперируя ожиданиями сторон в отношении его стиля и действий, то «новая» характеризуется более широким подходом и позволяет поместить медиатора в систему принятия решений, включающую варианты выбора решений по ходу медиации и степень возможного влияния различных участников процедуры (сторон, медиатора, юристов сторон) на эти решения. На практике «старая» сетка успешно используется практикующими медиаторами (например, при помощи этой матрицы можно обобщить ожидания сторон из разных юрисдикций относительно роли медиатора, приняв во внимание межкультурный контекст процедуры). По нашему мнению, для моделирования подходящей для разрешения конкретного спора процедуры с учетом желаемой роли аккомодатора можно воспользоваться «сеткой Л.Рискина», изначально созданной для формирования моделей медиации⁹⁸.

Примиритель действует более директивно: он, как и эксперт, вправе оценивать обстоятельства и давать сторонам рекомендации, но не вправе

⁹⁵ О схеме применительно к медиации см.: Калашникова С. И. Медиация в сфере гражданской юрисдикции. – М., 2011. – С. 64–65.

⁹⁶ См.: Riskin Leonard L. Understanding Mediator's Orientations, Strategies and Techniques: a Grid for the Perplexed // Harvard Negotiation Law Review. – 1996. – Vol. 1. – P. 8.

⁹⁷ Riskin Leonard L. Replacing the Mediator Orientation Grids, Again: The New New Grid System [Electronic resource] // Alternatives to the High Cost of Litigation. – 2005. – Vol. 29. – P. 127–132. – URL: <http://ssrn.com/abstract=1465157> (access date: 14.08.2017).

⁹⁸ О выборе способа разрешения спора см., в частности: Sander Frank E. A., Goldberg Stephen B. Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure // Negotiation Journal. – 1994. – Vol. 10, № 1. – P. 49–68; Sander Frank E. A., Rodzdeicz L. Matching cases and Dispute Resolution Procedures: Detailed Analysis Leading to a Mediation-Centered [Electronic resource] // Harvard Negotiation Law Review. – 2006. – Vol. 11. – P. 1. – URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=904805 (access date: 14.08.2017). Так, исследователи отмечают, что для урегулирования разногласий сторон имеет существенное значение готовность сторон оперативно менять подход к разрешению своего спора, адаптируя однажды выбранную и начатую для его разрешения процедуру к новым обстоятельствам.

вынести решение по спору. Если медиатор – не обязательно юрист, то от примирителя ожидается, что он больше знает о предмете спора и разбирается в его правовых аспектах. Особое значение имеет беспристрастность примирителя: в силу того, что его влияние на исход процедуры больше, выше риск, что от его предвзятого отношения может пострадать одна из сторон.

«Арбитр – это судья; он оценивает обстоятельства дела и правовые позиции сторон и в соответствии с нормами права выносит решение по делу, обязательное для сторон, принудительное исполнение решения обеспечено государством. При этом процесс рассмотрения дела строится арбитром в постоянном диалоге со сторонами и с учетом их пожеланий, но в пределах, необходимых для скорейшего и наиболее эффективного разрешения спора. В отличие от медиации, в арбитраже стороны (в той степени, в какой они не подчинились положениям регламента, о применении которого договорились) – хозяева процесса»⁹⁹.

В качестве дополнительного критерия классификации альтернативных способов разрешения споров с участием аккомодаторов можно рассматривать степень законодательного усмотрения в отношении регулирования требований к лицам, привлеченным сторонами спора по договору для содействия в урегулировании спора. Регулирование ужесточается по мере усиления директивной роли аккомодатора в процедуре урегулирования спора, выбранной сторонами на основании соглашения о порядке урегулирования спора возрастания возможности влияния аккомодатора на последствия разрешения конфликта для сторон, появления исполнительной силы результата его вмешательства: чем больше власти над результатом спора у аккомодатора, тем жестче требования к нему (профессиональный стандарт медиатора; требования к третейским судьям, устанавливаемые законодательством и администрирующими институтами).

⁹⁹ Гайдаенко Шер Н. И. Указ. соч. С. 48.

В зависимости от того, является ли результат проведенной по соглашению сторон процедуры урегулирования спора окончательным или подлежит последующему пересмотру сторонами или третьим лицом (результаты переговоров), можно классифицировать эти договорные процедуры как обратимые (переговоры) и необратимые (арбитраж). Сразу оговоримся, что необратимость (окончательность) результата задана в первую очередь соглашением сторон, договорившихся о том, что решение будет для них окончательным и обязательным, и положениями законодательства страны, где это решение должно быть исполнено. Так, в п.1 статьи 34 новой редакции ст. 34 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» предусмотрено, что арбитражное решение является окончательным и не подлежит отмене, лишь если стороны прямо предусмотрели это в своем соглашении и если арбитраж администрируется постоянно действующим арбитражным учреждением¹⁰⁰.

Тем не менее все эти способы урегулирования спора объединяет их договорная природа: их применение и проведение основано на соглашении сторон спора между собой, на договоре стороны спора с юристом-переговорщиком (трудовой договор или договор об оказании юридических услуг) и на договоре между сторонами спора и аккомодатором¹⁰¹.

Соглашения о порядке урегулирования споров, как включенные в состав основного договора сторон в виде оговорки о порядке разрешения споров (многоуровневой, одноуровневой или генеральной, подразумевающей гибкость подхода к избранию одного из способов как наиболее оптимального в данном конкретном случае), так и заключенные в виде самостоятельных соглашений (о проведении переговоров, о применении процедуры медиации, о проведении

¹⁰⁰ О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившим силу пункта 3 части 1 статьи 6 Федерального закона «О саморегулируемых организациях» в связи с принятием Федерального закона «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации»: федер. закон от 29.12.2015 № 409-ФЗ // СЗ РФ. – 2016. – № 1 (часть I). – Ст. 29.

¹⁰¹ О гражданско-правовой природе соглашения о применении процедуры медиации и соглашения о проведении процедуры медиации см., например: Бенюва В. И. Медиация как альтернативный способ разрешения международных коммерческих споров: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2013. – С. 9–10.

процедуры медиации) самостоятельны (автономны) по отношению к договору, из которого возник спор, и могут быть подчинены праву государства, отличного от права основного договора. При этом соглашение о порядке урегулирования спора, предусматривающее применение АРС, в большинстве случаев сочетает в себе положения о применении конкретного вида АРС, в которых назван конкретный способ разрешения спора, согласованный его сторонами, и положения о проведении такого АРС либо путем включения в него отсылки к правилам постоянно действующей администрирующей институции (например, арбитражная оговорка), которые автоматически становятся частью такого соглашения, либо посредством достаточно подробного описания порядка самостоятельных действий сторон по урегулированию спора или услуг и порядка действий аккомодатора. В любом случае достаточно трудно обнаружить (и исполнить) соглашение о применении АРС, в котором не содержались бы элементы соглашения об их проведении¹⁰².

Это гражданско-правовые договоры¹⁰³. Характерно, что авторы концепции единого Гражданского процессуального кодекса РФ в п. 15.3.1. указали, в частности, в отношении переговоров, что переговоры являются основной примирительной процедурой, «которая осуществляется по воле сторон, без каких-либо посредников или иного "внешнего" участия. Правила ведения переговоров при этом *не должны определяться процессуальным законодательством*» (курсив наш. – Н.Г.Ш.). Позиция законодателя, дополнившего с 1 июня 2015 г. Гражданский кодекс РФ (далее - ГК РФ) такими статьями, как ст. 434.1 и новой редакцией ч. 5 ст. 4 АПК РФ с 1 июня 2016 г.¹⁰⁴, также, на наш взгляд, однозначно свидетельствует в пользу гражданско-

¹⁰² Подробнее о соглашениях о порядке применения АРС см.: Гайдаенко Шер Н. И. Альтернативные механизмы разрешения споров как механизм формирования благоприятной среды для предпринимательской деятельности. С. 50–52.

¹⁰³ Как подчеркивал В. Ф. Яковлев, «...диспозитивный характер гражданско-правового регулирования и возможность правонаделения в пределах, установленных нормами права, являются отличительной особенностью гражданско-правовых отношений» (Яковлев В. Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. – М., 2006. – С. 99–100).

¹⁰⁴ Изменена с 01.07. 2017 г.

правового характера договоров о порядке урегулирования споров. Они подпадают под действие ч. 1 ст. 2 ГК РФ, согласно которой «Гражданское законодательство определяет правовое положение участников гражданского оборота, основания возникновения и порядок осуществления права собственности и других вещных прав, прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальных прав), регулирует отношения, связанные с участием в корпоративных организациях или с управлением ими (корпоративные отношения), договорные и иные обязательства, *а также другие имущественные и личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников.*» (курсив наш. – Н.Г.Ш.). Характерно, что материально-правовые истоки договоров о досудебном порядке урегулирования конфликта (соглашений о порядке урегулирования спора) не вызывают сомнений и у процессуалистов¹⁰⁵.

Соглашение о порядке урегулирования спора представляет собой гражданско-правовой договор особого рода¹⁰⁶, направленный на установление взаимных обязательств сторон по совершению в определенном порядке

¹⁰⁵ См., например: Колясникова Ю. С. Примирительные процедуры в арбитражном процессе : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2009. – С. 18–19.

¹⁰⁶ При автономном применении альтернативных способов разрешения споров вне системы государственных судов такое соглашение может иметь процессуальные последствия, но не становится процессуальным соглашением, о которых пишут применительно к российскому праву и праву зарубежных стран М. А. Рожкова, К. Л. Брановицкий, Н. Г. Елисеев и другие. См.: Рожкова М. А. Теория процессуального договора в соотношении с концепцией сделок, направленных на защиту прав // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. – 2007. – № 6. – С. 184–209 ; Брановицкий К. Л. Процессуальный договор в доктрине гражданского процесса ФРГ [Электронный ресурс] // Арбитражный и гражданский процесс. – 2010. – № 12. – Система «КонсультантПлюс» ; Елисеев Н. Г. Краткий комментарий к Гражданскому процессуальному уложению Германии [Электронный ресурс]. – 2006. – Система ГАРАНТ ; Кадье Л. Соглашения относительно процесса во французском праве (о контрактualизации разрешения споров) // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. – 2007. – № 6. – С. 167–183. С. А. Курочкин рассматривает соглашения сторон о процессе как проявление «контрактualизации» гражданского и арбитражного процессов, см.: Курочкин С. А. О контрактualизации гражданского и арбитражного процесса [Электронный ресурс] // Арбитражный и гражданский процесс. – 2012. – № 3. – С. 2–7. – URL: <http://www.center-bereg.ru/1274.html> (дата обращения: 12.08.2017).

действий, направленных на урегулирование спора без обращения в суд (и воздержание от действий, способных затруднить урегулирование спора) на определенный сторонами (с учетом императивных положений закона) срок. Такое соглашение может как описывать последовательность действий сторон по урегулированию их спора, так и просто отсылать к положениям стандартных правил (регламентов), принятых администрирующей институцией, согласованной сторонами для проведения процедур по урегулированию их споров¹⁰⁷. Представляется, что основой соглашения о порядке урегулирования спора, предусматривающего применение АРС, в любом случае становится соглашение сторон о проведении переговоров.

В зависимости от того, предусматривают ли стороны привлечь аккомодатора или несколько таких лиц к участию в урегулировании спора между ними, стороны могут урегулировать своим соглашением порядок избрания или назначения этих лиц самостоятельно либо отослав к процедуре их назначения, предусмотренной правилами (регламентом) администрирующей институции. Соглашением сторон заданы:

отношения сторон и аккомодатора или коллегии лиц, задействованных по их согласию в урегулировании переговоров в той или иной роли (роли медиатора, эксперта или арбитра), они определяются отдельным договором или системой договоров сторон между собой и с аккомодатором (соглашение о проведении экспертизы, соглашение о порядке проведения процедуры медиации);

условия оплаты вознаграждения третьему лицу, особые требования к нему, его квалификации и профессиональным навыкам, его роли и правовой силе результата его «вмешательства» в процедуру урегулирования спора

¹⁰⁷ О многоуровневых или комплексных оговорках см.: Носырева Е. И. Примирительные процедуры и международный коммерческий арбитраж // 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; МКАС при ТПП РФ. – М., 2007. – С. 301–302; Гайдаенко Шер Н. И. Формирование системы альтернативных механизмов разрешения споров: бесконфликтное общество как основа противодействия коррупции. С. 38–47.

(например, рекомендательный или обязательный для сторон характер экспертного заключения). Стороны могут согласовать эти вопросы для данного конкретного случая либо договориться полностью или с согласованными ими оговорками подчиниться правилам выбранной ими администрирующей институции для данного вида АРС. Соглашение может быть как инкорпорировано в текст основного договора, порядок разрешения споров из которого стороны намерены урегулировать, так и заключено отдельно. Оно может касаться как будущих, так и уже возникших споров (предполагаем, что такой вариант может оказаться предпочтительным в случае, если в законодательство будет включено положение об обязательной попытке досудебного урегулирования споров, поскольку позволит сторонам на основании заключенного между ними гражданско-правового соглашения смоделировать подходящий для данного конкретного спора и данных конкретных обстоятельств механизм разрешения споров, предусмотрев гарантии его исполнения в виде материальных санкций за нарушение). В любом случае такое соглашение автономно от основного договора. Выбранный сторонами способ разрешения спора и порядок его реализации, закрепленный в соглашении о порядке урегулирования спора с учетом норм процессуального законодательства, тесно связаны между собой: формальное поименование способа урегулирования спора без определения порядка его реализации является фикцией.

Все соглашения о порядке урегулирования спора предусматривают обязательство сторон сотрудничать для достижения этой цели¹⁰⁸. Характерно также, что обязательство сотрудничать для достижения урегулирования спора в наибольшей степени будет свойственно соглашениям об урегулировании споров, связанных с исполнением сложных долгосрочных соглашений,

¹⁰⁸ О проблемах договорной свободы и ее соотношении с потребностями развившейся социальной этики см.: Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. – М., 1998. – С. 245–275.

направленных на выполнение общего проекта, в том числе рамочных соглашений и многосторонних договоров.

Обязательным условием соглашения о порядке урегулирования спора является срок. Это требование основано на презумпции добросовестности поведения сторон коммерческого оборота и их заинтересованности в скорейшем устранении препятствия для продолжения нормальных деловых отношений и обусловлено, с одной стороны, императивными предписаниями законодательства, которыми может быть установлен пресекательный срок для проведения отдельных процедур АРС¹⁰⁹, и с другой – спецификой процессуальных последствий такого соглашения.

Говоря о правовой природе соглашений о порядке урегулирования споров, следует затронуть вопрос об ответственности за несоблюдение этих соглашений, тесно связанной с вопросом обеспечения непосредственной исполнимости таких соглашений. В связи с этим кратко остановимся на многоуровневых соглашениях, предусматривающих обязательство сторон на первом этапе прибегнуть к согласительной процедуре урегулирования спора до передачи дела в третейский суд. Если одна из сторон нарушает обязательство прибегнуть к согласительной процедуре (переговорам или медиации), то возникает вопрос, должна ли недобросовестная сторона возместить другой понесенные убытки (возникают ли материально-правовые последствия), либо недобросовестная сторона рискует, что уже третейский суд откажет ей в иске, поскольку была нарушена согласованная сторонами процедура урегулирования спора (то есть возникают ли процессуальные последствия)¹¹⁰. Если соглашение

¹⁰⁹ См., например, ч. 3 ст. 13 Федерального закона от 27.07.2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)».

¹¹⁰ Рассматривая медиативную оговорку как соглашение процессуальное, С. К. Загайнова отмечала, что «при наличии медиативной оговорки, соглашения о применении медиации следовало бы дать сторонам возможность исполнить свои договоренности и не возбуждать судебное производство без специальной оговорки о причинах, побудивших сторону нарушить соглашение о передаче спора на медиацию» (Загайнова С. К. Коммерческая медиация в России: основные трудности и пути их решения. – М., 2012. – С. 69–84).

о доарбитражном порядке урегулирования спора считать гражданско-правовым договором, то его нарушение следует рассматривать как любое другое нарушение обязательства, порождающее право добросовестной стороны требовать возмещения убытков, но не имеющее значения для последующей передачи дела в арбитраж. Если же, напротив, считать его процессуальным договором, то арбитраж, при наличии соответствующего ходатайства от другой стороны может отказать нарушителю в иске¹¹¹.

Представляется, что соглашение о досудебном/доарбитражном порядке урегулирования спора можно рассматривать как разновидность соглашения о порядке урегулирования спора – гражданско-правовой договор особого рода, предметом которого является создание предпосылок для проведения переговоров сторон, самостоятельных или с участием аккомодатора, направленных на поиск взаимоприемлемого решения их конфликта. Содержание соглашения заключается в описании взаимных прав и обязанностей, которые надлежит осуществить или исполнить сторонам перед тем, как передать спор на разрешение путем состязательной процедуры, и критериев, позволяющих установить, когда обязательство предпринять попытку урегулирования спора считается выполненным. Соглашением может

¹¹¹ Формулировка, содержащаяся в п. 1. ст. 4 Федерального закона от 27.07.2010 № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)», позволяет сделать вывод о том, что если стороны заключили соглашение о применении процедуры медиации, не оговорив срок, в течение которого она должна быть проведена, и в течение этого срока не обращались за разрешением своего спора в суд или третейский суд, то суд или третейский суд может оставить без внимания такое соглашение и рассмотреть дело по существу. Кроме того, даже если этот срок определен и стороны обязались обратиться к процедуре медиации, однако одна из сторон считает необходимым защитить свои права (а фактически – отказывается от проведения процедуры медиации), третейский суд также может принять дело к рассмотрению, проигнорировав соглашение о применении процедуры медиации, которое в таком случае является не более чем фикцией. Представляется, что при таком положении вещей логично считать соглашение о применении процедуры медиации, которое в данном случае является соглашением о выборе вида доарбитражного урегулирования спора, материально-правовым договором, что позволит добросовестной стороне взыскать с отказавшейся от исполнения своих обязательств стороны убытки. Оптимальным решением будет включение в соглашение о применении процедуры медиации положения о неустойке.

быть предусмотрена неустойка¹¹² на случай его нарушения. Исходя из существующей практики можно предположить, что в большинстве случаев соглашение будет оформлено в виде типовой оговорки, отсылающей к правилам институции, администрирующей проведение выбранной сторонами процедуры урегулирования спора (например, МТП, ВОИС). Поскольку стороны свободны принимать решения относительно исхода своего спора, соглашение не может предусматривать каких-либо обязательств договориться, однако может предусматривать порядок оформления результатов неудавшейся попытки урегулирования (например, в виде протокола за подписями участников). Очевидно, что в любом случае результат должен быть оформлен письменно, с тем, чтобы его можно было использовать в последующей состязательной процедуре как доказательство соблюдения попытки урегулировать спор. Если последующей состязательной процедурой станет третейский суд, то соглашение о доарбитражном порядке урегулирования спора станет первой ступенью или первым уровнем урегулирования спора. В таком случае первая и вторая ступени представляют собой самостоятельные соглашения сторон о порядке урегулирования спора, связанные последовательностью их исполнения во времени¹¹³. Специфика каждой ступени заключается в том, что результат первой невозможно ни предсказать, ни гарантировать ни по форме, ни по содержанию, в то время как неопределенная с точки зрения содержания форма результата второй обязательно обретет форму постановления или решения третейского суда.

Договоры о порядке урегулирования споров занимают особое место в системе гражданских договоров. Они обладают определенным сходством с организационными договорами и могут даже включать в себя один или несколько таких договоров, образуя своеобразную «матрешку» (если речь идет

¹¹² Статья 330 ГК РФ.

¹¹³ О многоуровневых оговорках см.: Содерлунд К. Оговорки о многоуровневом (мультиmodalном) разрешении споров // Международный коммерческий арбитраж. – 2006. – № 3. – С. 100–114 ; Ломакина Е. В. Юридическая сила многоуровневых соглашений об урегулировании международных коммерческих споров // Вестник ЮУрГУ. – 2012. – № 43. – С. 103–104.

о многоуровневых соглашениях о порядке урегулирования споров). В частности, типовая оговорка о разрешении спора при содействии администрирующей институции (например, оговорка о передаче спора на рассмотрение коллегии арбитров МКАС при ТПП РФ) может рассматриваться как рамочный договор¹¹⁴, определяющий общие условия обязательственных взаимоотношений сторон в связи с участием в администрируемом арбитраже (третейском разбирательстве). Открытые условия о порядке ведения арбитража, содержащиеся в нем, стороны вправе изменить путем заключения прямого соглашения лишь в пределах и порядке, предусмотренных законами о международном коммерческом арбитраже и о третейском разбирательстве (заметим, что дополнительно рекомендуемые арбитражные соглашения уже включены в тексты рекомендуемых арбитражных соглашений МКАС)¹¹⁵. В то же время содержание договора о порядке урегулирования спора не исчерпывается типовыми оговорками.

В отечественной доктрине вопрос об организационных отношениях, их отраслевой принадлежности и регулирующих их организационных договорах является дискуссионным. Организационные отношения в советской правовой науке воспринимались как производные от организационной деятельности государства, подразумевающей планирование и руководство хозяйственным процессом; административное, субординационное начало присутствовало в актах хозяйственного управления, задающих порядок взаимоотношений хозяйственных организаций и предприятий по поводу производства, распределения и обмена в условиях плановой экономики и государственной собственности на средства производства¹¹⁶. Можно выделить два основных подхода к организационным отношениям, подразумевающим как субординационные отношения, так и координационные: в первом

¹¹⁴ Статья 429.1 ГК РФ

¹¹⁵ См.: Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации. – М., 2017. – С. 173–179.

¹¹⁶ Подробнее см.: Братусь С. Н. Предмет и система советского гражданского права. – М., 1963.

организационные отношения рассматривались обособленно от отношений имущественных, во втором допускались связь между ними и присутствие организационных отношений в отношениях имущественных¹¹⁷. В качестве классифицирующих критериев организационных договоров выделялись содержание образуемой ими правовой связи¹¹⁸, содержание договора¹¹⁹, предмет и согласованная цель его участников¹²⁰, объект и содержание правового отношения, возникающего из договора¹²¹, наличие специфического организационного отношения, связанного с динамикой поведения участников договора и предполагающего наличие специального способа защиты организационных прав¹²². Возможно ли рассматривать отношения, регулируемые договором о порядке урегулирования спора, в качестве организационных? Если согласиться с Е. Б. Подузовой¹²³, М. А. Егоровой¹²⁴ и Б. Н. Мезриным¹²⁵ в том, что объектом такого договора выступает поведение

¹¹⁷ См.: Красавчиков О. А. Категории науки гражданского права : Избранные труды : в 2 т. – Т. 1. – М., 2005. – С. 52 ; Иоффе О. С. Избранные труды по гражданскому праву: из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». – М., 2003. – С. 264. При этом предлагаются различные классификации организационных договоров, включая их деление на однородные и неоднородные (предмет последних включает как имущественный, так и организационный элементы). См.: Тюрина С. А. Договор как регулятор организационных отношений в российском гражданском праве : автореф. дис. ...канд. юрид. наук. – М., 2012. – С. 4.

¹¹⁸ См.: Советское гражданское право : учебник : в 2 т. / Под ред. О. А. Красавчикова. – М., 1985. – Т. 1.

¹¹⁹ См.: Клейн Н. И. Организация договорно-хозяйственных связей. – М., 1976.

¹²⁰ См.: Пугинский Б. И. Коммерческое право России : учебник. – М., 2010.

¹²¹ См.: Гражданское право : учебник : в 2 т. / Под ред. Б. М. Гонгало. – М., 2016. – Т. 2.

¹²² См.: Андрющенко А. В. Организационный договор как общая договорная конструкция [Электронный ресурс] // Юридические исследования. – 2017. – № 5. – С. 71–84. DOI: 10.7256/2409-7136.2017.5.22926. – URL: http://e-notabene.ru/lr/article_22926.html (дата обращения: 31.07.2017).

¹²³ См.: Подузова Е. Б. Организационные аспекты договорных обязательств [Электронный ресурс] // Актуальные проблемы российского права. – 2015. – № 7. – Система ГАРАНТ.

¹²⁴ См.: Егорова М. А. Организационное отношение и организационные сделки в гражданско-правовом регулировании [Электронный ресурс] // Законы России: опыт, анализ, практика. – 2011. – № 5. – Система ГАРАНТ.

¹²⁵ См.: Мезрин Б. Н. Моделирование гражданско-правовых неимущественных обязательств // Антология уральской цивилистики. 1925–1989 : сборник статей. – М., 2001. – С. 199–200.

сторон, направленное на упорядочение их отношений, связей и действий, что между его сторонами возникают «поведенческие обязанности, то есть обязанности по организации договорных отношений (связей) или обязанности по совместной деятельности»¹²⁶, и если широко трактовать организацию договорных связей, включая в нее любые действия, направленные на изменение существующего положения, лежащего в основе конфликта сторон, в том числе изменение, прекращение имеющихся договорных отношений (связей), а также на определение условий будущих договоров, то можно сделать вывод о наличии определенных элементов организующего договора в договоре о порядке урегулирования спора. Тем не менее содержание договора о порядке урегулирования спора выходит за пределы содержания организующего договора, которым определяется порядок взаимоотношений сторон по «совершению действий, связанных с заключением данными сторонами в будущем другого договора или с осуществлением ими совместной деятельности»¹²⁷.

Отнести соглашения о порядке урегулирования спора к процессуальным соглашениям также нельзя, поскольку процессуальные соглашения неразрывно связаны с участием договаривающихся сторон в директивной состязательной процедуре разрешения спора – судебном разбирательстве или арбитраже. Предметом процессуальных договоренностей является совершение сторонами имеющих определенные процессуальные последствия действий, согласование которых допускается в жестких рамках процессуального законодательства, в ходе производства по делу в государственном суде или в связи с ведением дела. Соглашения о порядке урегулирования спора имеют процессуальные последствия, выражающиеся в невозможности их непосредственного исполнения. Тем не менее, они не обязательно связаны с разбирательством дел в судах. Можно сказать, что процессуальные соглашения приносят частно-

¹²⁶ См.: Егорова М. А. Правовой режим зачета в гражданско-правовых обязательствах. – М., 2012.

¹²⁷ Подузова Е. Б. Организационный договор и его виды : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2012. – С. 6.

правовой элемент в публично-правовое регулирование процесса судопроизводства в государственных судах, изнутри процесса влияя на складывание практики отправления правосудия.

Процессуальный договор стороны спора заключают в целях создания особых процессуальных правил, используя договорное регулирование в исковом производстве. Как справедливо отмечает Н.Г. Елисеев, господствующее в российской доктрине восприятие судопроизводства как процессуальных отношений публично-правового характера сдерживает договорное регулирование процессуальных отношений пределами соглашений, прямо допустимых законодательством¹²⁸. В отличие от процессуального договора, соглашение о порядке урегулирования спора заключается сторонами вне связи с исковым производством, свобода договаривающихся сторон в определении способов их взаимодействия по устранению причины конфликта не ограничивается нормами процессуального законодательства; соглашение о порядке урегулирования спора не связано с разбирательством дела в государственном суде; суд не участвует в определении объема прав и обязанностей сторон по этому договору; соглашение не оказывает воздействия на рассмотрение и разрешение спора судом¹²⁹.

Рассматривать договоры о порядке урегулирования спора как подготовительные договоры¹³⁰, предметом которых является заключение итогового соглашения об урегулировании спора, возможно, и некоторые из

¹²⁸ См.: Елисеев Н. Г. Договорное регулирование гражданских и арбитражных процессуальных отношений : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2016. – С. 20.

¹²⁹ Справедливо заключение О. Н. Шмелевой, полагающей, что объективным критерием, позволяющим разграничить процессуальные соглашения и соглашения, регулируемые материальным правом, выступает причинно-следственная связь между заключенным сторонами рассматриваемого в суде спора соглашением, ходом рассмотрения и разрешением спора в суде, роль суда как обязательного участника процессуальных отношений. См.: Шмелева О. Н. Роль процессуальных соглашений в гражданском судопроизводстве: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2017. – С. 22–23.

¹³⁰ В контексте данного исследования обращаем внимание на работу П. Сарвари-Бене, посвященная исследованию подготовительных договоров (*contrats préparatoires*) в современном праве Франции. См.: Sarvary-Bene P. *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire* [La ressource électronique]. – Droit. Université Montpellier, 2015. – URL: <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01346696/document> (la date de l'accès: 31.03.2018).

договоров, в частности соглашение о порядке урегулирования конкретного спора путем применения определенного способа АРС, заключенное в результате переговоров без содействия аккомодаторов можно считать подготовительным. Тем не менее соглашения, явившиеся результатом переговоров лиц, отличных от подписывающих итоговое соглашение, в том числе – переговоры при содействии юристов-переговорщиков, не говоря уже о переговорах с участием других аккомодаторов, не вписываются в концепцию подготовительного договора. Равным образом соглашение о порядке урегулирования спора имеет целью прийти к соглашению относительно взаимных предоставлений сторон, направленных на устранение причины конфликта или урегулирование спора, и конкретное содержание или форма итогового соглашения в момент заключения соглашения о порядке урегулирования спора еще не определены. Таким образом, соглашение о порядке урегулирования спора не является подготовительным договором.

Соглашения о порядке урегулирования спора, заключаемые вне связи с каким-либо судебным или административным директивным процессом, иллюстрируют встречное движение от частноправовых отношений сторон к процессуальным: они заключаются вне процесса, но оказывают влияние на формирование процессуальных норм (в частности, в том, что касается формулирования правил их непосредственного исполнения в форме типовых законодательных положений сначала на наднациональном, а затем и на национальном уровне). Практика соглашений о порядке урегулирования спора формирует обычаи делового оборота, в том числе на наднациональном уровне, превращаясь в нормы *lex mercatoria*.

Таким образом, соглашения о порядке урегулирования спора можно рассматривать как договоры особого рода, обслуживающие потребности экономического оборота и направленные на профилактику и устранение препятствий для эффективного взаимодействия участников экономического оборота.

Введение общего понятия соглашений о порядке урегулирования спора в гражданское законодательство становится завершающим звеном в цепочке единой системы разрешения предпринимательских споров. На международном уровне признание арбитражного соглашения и итога разрешения спора – арбитражного решения – обеспечиваются Нью-Йоркской Конвенцией о взаимном признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г., единообразие подхода к арбитражу – Типовым законом ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, правила его проведения – Типовым регламентом ЮНСИТРАЛ. С принятием Конвенции о международных медиативных соглашениях и Типового закона о международной коммерческой медиации и международных медиативных соглашениях (Типовым законом о международной коммерческой согласительной процедуре в новой редакции) завершается формирование рамочной модели международной коммерческой медиации. При этом Конвенция о международных медиативных соглашениях, как и Нью-Йоркская Конвенция 1958 г., обеспечивает признание не только итога медиации – медиативного соглашения, заключенного вне связи с каким-либо судебным разбирательством или арбитражем, но и соглашения о порядке проведения процедуры медиации. Унифицированный подход к внедрению в национальное законодательство положений о порядке проведения медиации и закреплению ее результата обеспечивается Типовым законом в редакции 2018 г., свод правил по ее применению – Регламентом международной коммерческой согласительной процедуры ЮНСИТРАЛ, регламентами международных объединений предпринимателей (таких, как МТП). Вопросы статуса соглашений о выборе суда по гражданским и коммерческим делам, их признания, а также взаимодействия государственных судов в связи с исполнением таких соглашений регулируются Гаагской конвенцией 2005 г. о соглашениях о выборе суда¹³¹. Таким образом, обеспечивается упрощенный

¹³¹ См.: Convention on Choice of Court Agreements (Concluded 30 June 2005) [Electronic resource] - URL: <https://assets.hcch.net/docs/510bc238-7318-47ed-9ed5-e0972510d98b.pdf> (Date

порядок исполнения итоговых международных коммерческих согласительных и предписательных процедур, проводимых при участии аккомодатора. Существование единой системы разрешения споров, регулируемой как нормами собственно законодательными, так и нормами мягкого права в сфере разрешения и урегулирования споров является иллюстрацией сформулированной Г. Спенсером и развитой Г. Ф. Шершеневичем¹³² теории параллельного существования и развития частного и государственного интереса, в правовой сфере выражающейся в параллельном существовании в отношениях взаимной зависимости и соподчинения публичного и частного права¹³³, их взаимопроникновения и влияния¹³⁴, впоследствии сформулированной Н. М. Коршуновым как теория конвергенции¹³⁵. Н. М. Коршунов отмечал негативное воздействие мифа об универсальности и неоспоримости сложившихся отраслей права на поиск места публичного и частного права в системе отраслей права¹³⁶. Равное отношение к исполнению результатов процедур, направленных на урегулирование спора, позволяет сторонам выбрать оптимальный вариант урегулирования своего спора, исходя из своих коммерческих целей. Остановимся подробнее на некоторых аспектах оформления соглашения о порядке урегулирования спора. При условии, что соглашение составлено грамотно, содержит конкретное описание взаимных обязательств сторон, полно и однозначно свидетельствует об общей воле

of access: 28.02.2018)

¹³² См.: Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Т. I: Введение.– Вып. 1. – Казань, 1901. – С.77.

¹³³ См.: Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права.– Т. I. – Часть общая.– СПб., 1911.– С.81.

¹³⁴ См.: Васильев В.В. Дуализм понимания сущности внутриотраслевых связей в гражданском праве. В сб.: Научные воззрения профессора Г.Ф.Шершеневича в современных условиях конвергенции публичного и частного права (к 150–летию со дня рождения): сборник материалов Международной научно-практической конференции (г. Казань, 1–2 марта 2013 г.) / под ред. Д. Х. Валеева, К. Рончки, З. Ф. Сафина, М. Ю. Чельшева. - М., 2014. – С.42.

¹³⁵ См.: Коршунов Н. М. Конвергенция частного и публичного права: проблемы теории и практики. – М., 2011.

¹³⁶ См.: Коршунов Н.М. Частное и публичное право: основы формирования основ современной теории конвергенции // Журнал российского права. – 2010. – № 5. – С. 66 –72.

сторон придать попытке примирения обязательный характер, в случае его неисполнения можно применить последствия, предусмотренные обязательственным правом. Презюмируется, что стороны исполняют свои договорные обязательства добросовестно¹³⁷, односторонний отказ от исполнения обязательства не допускается¹³⁸, а сторона, нарушившая свои обязательства, обязана по требованию добросовестной стороны возместить ей убытки¹³⁹. Тем не менее, рассчитать размер убытков от непроведенной или прерванной попытки урегулирования спора весьма затруднительно. Представляется, что лучшая с практической точки зрения перспектива для добросовестной стороны – предусмотренная ст. 308.3 ГК РФ возможность в судебном порядке требовать исполнения обязательства в натуре и присуждения штрафа. Под исполнением обязательства в натуре в данном случае понимается обязанность недобросовестной стороны к участию в попытке урегулирования спора, на которую она дала добровольное согласие, заключив соответствующее соглашение, а штраф, назначенный судом, может оказаться не только санкцией за допущенное нарушение, но и стимулом для участия в переговорах или любого рода согласительной процедуре, о проведении которой договорились стороны.

Специфика соглашения о применении досудебного/доарбитражного порядка урегулирования спора заключается в том, что его нарушение влечет за собой не только материально-правовые последствия, о которых говорилось выше, но и процессуально-правовые. Поэтому вопрос о характеристиках и отраслевой принадлежности договоров такого рода является дискуссионным, высказываются разные мнения по поводу их правовой природы. Так, например, К. А. Малюшин относит одну из разновидностей таких договоров – соглашение

¹³⁷ Пункт 3 ст. 1 ГК РФ.

¹³⁸ Пункт 1, первый абзац п. 2 ст. 310 ГК РФ. Представляется маловероятным, что в соглашение о досудебном/доарбитражном порядке урегулирования спора стороны пожелают включить положение о праве изменить его в одностороннем порядке или отказаться от его исполнения.

¹³⁹ Статья 15 ГК РФ.

о применении процедуры медиации – к особому рода юридическим фактам, имеющим дуалистическое значение (поскольку оно влечет определенные правовые последствия, имеющие одновременно материально-правовой и процессуально-правовой характер, в то же время отрицает частноправовой характер правоотношений, возникающих в результате его применения¹⁴⁰. Эта точка зрения представляется дискуссионной, поскольку соглашение о применении процедуры медиации служит самостоятельным организационным¹⁴¹ договором, порождающим права и обязанности сторон в отношении его предмета – действий, которые связанные договором стороны должны совершить (или от которых должны воздержаться) для создания условий, позволяющих предпринять попытку урегулирования возникшего из гражданско-правовых отношений спора с использованием технологии медиации. При этом соглашение о проведении процедуры медиации, как и любое другое соглашение о порядке урегулирования спора, обладает процессуальными последствиями: суд или третейский суд вправе отказать в иске или отложить разбирательство вплоть до исполнения сторонами соглашения о применении досудебной процедуры урегулирования спора¹⁴². Суд или третейский суд признают силу обязательства, вытекающего из соглашения о применении процедуры медиации, и не принимают дело к рассмотрению до завершения медиации, если этим соглашением оговорен срок, в течение

¹⁴⁰ См.: Комментарий к Федеральному закону «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» [Электронный ресурс] / отв. ред. С. К. Загайнова, В. В. Ярков. – М., 2011. – Система ГАРАНТ.

¹⁴¹ В системе классификации организационных договоров, предложенной Е. Б. Подузовой, такие договоры оказываются в числе организующих договоров, которые, однако, могут быть в зависимости от конкретных обстоятельств по своей целевой направленности отнесены как к договорам по организации процедур, способствующих заключению основного договора, так и к договорам по организации совместной деятельности, что свидетельствует и о многокомпонентности целей соглашений о порядке урегулирования спора, и о недостаточности предлагаемых автором критериев для классификации организационных договоров сложного состава. См.: Подузова Е. Б. Организационные договоры в гражданском праве. – М., 2014. – С. 38–39.

¹⁴² Как, например, в отношении медиации, начатой сторонами по ходу третейского разбирательства, см.: п. 4 ст. 49 Федерального закона от 29.12.2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» [Электронный ресурс]. – Система ГАРАНТ.

которого должна быть проведена медиация, и предусмотрен отказ сторон от обращения в суд или третейский суд на время медиации¹⁴³. Тем не менее дерогационный эффект соглашения о применении процедуры медиации условен: суд или третейский суд вправе принять дело к рассмотрению, «если одной из сторон необходимо, по ее мнению, защитить свои права»¹⁴⁴. Таким образом, возможность исключить одновременное проведение двух параллельных процедур урегулирования спора зависит, прежде всего, от воли сторон.

В любом случае вопрос о порядке определения ущерба, вызванного несоблюдением соглашения о доарбитражном урегулировании спора, вызывает большие сложности (если только стороны не предусмотрели неустойку за его нарушение). Если кредитор по этому соглашению пожелает воспользоваться своим правом на возмещение убытков, то такие убытки будут определяться по ст. 393 ГК РФ, при этом возникает вопрос – возможно ли с «разумной степенью достоверности» определить, в каком именно положении кредитор оказался бы, если бы должник не нарушил свое обязательство и переговоры или медиация состоялись бы. Использование иных средств правовой защиты, таких как отказ от договора (соглашения о досудебном урегулировании спора), вряд ли имеет практический смысл для добросовестной стороны. Поэтому в интересах сторон как можно точнее формулировать соглашение о порядке доарбитражного урегулирования спора, оговаривая как критерии, при соблюдении которых порядок считается соблюденным, так и санкции (неустойку) за несоблюдение этой процедуры. Представляется правильным подход, основанный на исследовании каждого конкретного соглашения и обстоятельств спора.

Соглашение об урегулировании спора, достигнутое в результате применения APC (итоговое соглашение об урегулировании спора). Стороны

¹⁴³ Это положение перекликается со ст. 13 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре.

¹⁴⁴ Пункт 1 ст. 4 Федерального закона от 27.07.2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» [Электронный ресурс]. – Система ГАРАНТ.

могут урегулировать спор, заключив любое соглашение¹⁴⁵, исполнение которого, по их мнению, позволит урегулировать спорную ситуацию и либо завершить на этом отношения, либо продолжить сотрудничество, договорившись об изменении или дополнении ранее действовавших между ними условий договора, либо договорившись расторгнуть ранее связывавший их договор и заключив один или несколько новых, отражающих изменения в ситуации и удовлетворяющих новые потребности сторон в дальнейшем сотрудничестве.

В качестве видового обозначения категории договоров, заключенных сторонами по результатам применения ими любого консенсуального способа урегулирования спора вне связи с судебным или третейским разбирательством, предлагается использовать термин *итоговое соглашение об урегулировании спора*. Использование слова «соглашение» обусловлено не акцентированием вспомогательной или подчиненной функции указанного договора по отношению к материально-правовому отношению, породившему спор, а соображениями соблюдения единой терминологии в контексте международных типовых документов о приведении в исполнение соглашений, достигнутых в результате международных коммерческих согласительных процедур (*accords de règlement, settlement agreements, acuerdos de transaccion*)¹⁴⁶. Кроме того, в пользу терминологического выделения итогового соглашения об урегулировании

¹⁴⁵ О третейских, медиативных и мировых соглашениях см., в частности: Ануров В. Н. Третейское соглашение: монография. – М., 2009. – С. 21–54; Давыденко Д. Л. Примирительные процедуры в европейской правовой традиции – М., 2013. – С. 181–183; Каменков В. С. Медиативное соглашение: место в системе правовых договоров (сравнительно-правовой анализ) // Третейский суд. – 2015. – № 1. – С. 111–118; Лебедев С. Н. Международный торговый арбитраж / Лебедев С. Н. // Избранные труды по международному коммерческому арбитражу, праву международной торговли, международному частному праву, частному морскому праву; МГИМО (У) МИД России. Кафедра междунар. частн. и гражд. права; сост. А. И. Муранов. – М., 2009. – С. 56–57; Рожкова М. А. Мировая сделка: использование в коммерческом обороте [Электронный ресурс]. – М., – 2005. – Система ГАРАНТ; Рожкова М. А. К вопросу о соотношении мирового и медиативного соглашений // Арбитражная практика. – 2011. – № 1. – С. 122–127.

¹⁴⁶ См. документы Рабочей группы II ЮНСИТРАЛ на английском, французском и испанском языках [Электронный ресурс]. URL : http://www.uncitral.org/uncitral/ru/commission/working_groups/2Arbitration.html (дата обращения: 14.08.2017).

спора, достигнутого вне связи с судебным или арбитражным разбирательством, его отнесения к гражданско-правовым договорам и нетождественности этого соглашения с мировым соглашением, утверждаемым в суде, свидетельствует тот факт, что мировое соглашение может быть заключено на всех этапах процесса¹⁴⁷.

Принимая во внимание позиции Верховного Суда РФ, сформулированные в постановлении № 1 Пленума 18.01.2018 г., «мировое соглашение» относится к соглашению, заключенному участниками процесса в связи с возникшим из регулируемых гражданским правом отношений спором, переданным на рассмотрение суда общей юрисдикции или арбитражного суда, либо в ходе третейского разбирательства, и переданному по соглашению сторон на утверждение третейскому суду (тогда мировое соглашение превращается в «арбитражное решение на согласованных условиях»). Мировое соглашение, заключенное в ходе административного судопроизводства или в любой момент до окончания исполнительного производства, по спору публично-правового характера, может называться «соглашением о примирении»¹⁴⁸. «Медиативное соглашение», заключенное участниками процесса в ходе судебного или арбитражного разбирательства и утвержденное по их соглашению судом или третейским судом, также является мировым соглашением.

Необходимость выделения итоговых соглашений об урегулировании спора (достигнутых сторонами самостоятельно или с участием, или при содействии аккомодатора) в отдельный вид договоров обуславливается в первую очередь тем, что поможет обеспечить правовую определенность и

¹⁴⁷ После возбуждения производства по делу, поскольку до завершения этого этапа процесс еще не начат. См. комментарий С. К. Загайновой к ч. 1. ст. 139 АПК РФ: Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации [Электронный ресурс] / под ред. В. В. Яркова. – 3-е изд., перераб. и доп. – М., 2011. – Система ГАРАНТ.

¹⁴⁸ Статья 137 Кодекса административного судопроизводства РФ от 08.03.2015 г. № 21 ФЗ, пункт 1. ст. 50 Федерального закона РФ от 02.10.2007 г. N 229-ФЗ "Об исполнительном производстве".

упростить процедуру их исполнения¹⁴⁹. Целесообразно предусмотреть единый (простой и необременительный) для всех договоров данного вида порядок придания им исполнительной силы¹⁵⁰. Поскольку речь идет о формальном подтверждении соответствия итогового соглашения установленным в материальном и процессуальном законодательстве критериям, логично предусмотреть нотариальное удостоверение таких договоров¹⁵¹. Представляется, что такое решение позволит сторонам предпринимательских споров в максимальной степени воспользоваться преимуществами свободы договора.

Тем не менее соглашения, заключаемые в результате урегулирования коммерческих споров, будут основаны на гражданско-правовых договорах, поименованных или непоименованных. Предмет соглашений, заключенных в результате применения АРС, может варьироваться от очень узкого (например, признание несоответствия качества товара, подтвержденное заключением эксперта, и поставка товара соответствующего качества в определенный сторонами срок либо возмещение уплаченной за некачественный товар цены) до очень широкого (например, прекращение действующего обязательства

¹⁴⁹ Документ A/CN.9/WG.II/WP.200/Add.1 6/12 V.16-10121, пп. 32, 36, 50; A/CN.9/896, пп. 40 и 41.

¹⁵⁰ «Следует предусмотреть механизм, с помощью которого та или иная сторона мирового соглашения (речь идет об итоговом соглашении об урегулировании спора. – *Н. Г. Ш.*) может ходатайствовать о приведении в исполнение непосредственно в государстве приведения в исполнение без предварительного условия применения механизма проверки или контроля в государстве, в котором мировое соглашение было заключено» (см. документ A/CN.9/896, п. 83, документ A/CN.9/WG.II/WP.200/Add.1 6/12 V.16-10121).

¹⁵¹ Кстати, возможность использовать соглашение об урегулировании спора в качестве исполнительного документа, если оно было удостоверено нотариусом, предусматривалась в первом варианте законопроекта о посредничестве (медиации), подготовленном рабочей группой ТПП РФ под руководством Е. И. Носыревой. Подробнее см.: Севастьянов Г. В. Законопроект о посредничестве (медиации) в его поэтапном и диалектическом развитии [Электронный ресурс] // Третейский суд. – 2006. – № 6. – URL: <http://arbitrage.spb.ru/misc/st-media.html#9> (дата обращения: 13.08.2017); Савранский М. Ю. О подготовке проекта Федерального закона «О примирительных процедурах с участием посредника (посредничестве)» // Третейский суд. – 2005. – № 4. – С. 5–8; Замечания и предложения по проекту ФЗ «О примирительной процедуре с участием посредника (посредничестве)» Федеральной нотариальной палаты // Третейский суд. – 2005. – № 5. – С. 19–22.

новацией). Характерно, что соглашения, заключаемые в результате урегулирования коммерческих споров путем согласительных процедур, могут иметь отдаленную связь с предметом спора, в то время как соглашения, заключаемые в связи с разрешением правового спора путем проведения состязательных процедур, определенно связаны с предметом спора.

Особенностью соглашений, заключенных в результате применения и проведения таких процедур, является то, что в них могут сочетаться элементы различных договоров; урегулирование спора может быть достигнуто в результате заключения разнородных соглашений, имеющих к предмету спора весьма опосредованное отношение, они также могут содержать элементы, не регулируемые законодательством и относящиеся к личным отношениям сторон или их уполномоченных представителей (например, обязательство принести личные извинения, не связанное с опубликованием опровержений в средствах массовой информации)¹⁵². Таким образом, цель таких соглашений заключается в том числе в установлении, сохранении или дружественном прекращении отношений сторон.

Подчеркивая связь между соблюдением оговоренной сторонами процедуры урегулирования спора, ее оформленным итоговым соглашением сторон результатом и процессуальными последствиями в случае несоблюдения

¹⁵² О нетипичных институтах гражданского права, содержащих элементы, относящиеся к другим отраслям права, коррелятивных договорах, соединяющих отношения гражданско-правовые и не гражданско-правовые, см.: Садиков О. Н. Нетипичные институты в советском гражданском праве // Советское государство и право. – 1979. – № 2. – С. 39. О том, что гражданское право при регулировании большинства отношений образует комплексную структуру, упоминал также В. П. Мозолин. См.: Мозолин В. П. Развитие советского гражданского права на современном этапе // СССР – Австрия: проблемы гражданского и семейного права. – М., 1983. – С. 11, 12 (Цит. по: Ойгензихт В. А. Нетипичные договорные отношения в гражданском праве: учеб. пособие. – Душанбе, 1984. – С. 4. О смешанных договорах писала и Н. И. Клейн, см.: Клейн Н. И. Организация договорно-хозяйственных связей. – М., 1976. – С. 98. О конгломерированных договорах как документах, в которых для функционального удобства соединяются разнородные части, об интегрированных договорах см.: Ойгензихт В. А. Указ. соч. С. 5. К признакам нетипичности договорных отношений В. А. Ойгензихт, в частности, относил комплексность элементов различных правоотношений, акцессорность отношений, ослабленность гражданско-правового характера отношений (С. 18). См. также: Кулаков В. В. Обязательство и осложнение его структуры в гражданском праве России: монография. – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2010. – С. 104.

одной из сторон обязательств по ее добровольному исполнению, следует отметить, что итоговое соглашение сторон может устанавливать взаимные права и обязанности только для его сторон (таким образом, не затрагиваются права и интересы третьих лиц), и законодательством страны, где запрашивается исполнение такого соглашения, должна быть предусмотрена возможность урегулирования спора в сфере, где он возник, путем заключения итогового соглашения сторон.

Вопрос об упрощенном (непосредственном) исполнении итогового соглашения об урегулировании спора взаимосвязан с вопросом о формулировании оснований его недействительности, наличие которых должна доказать ссылающаяся на них сторона, против которой направлено исполнение, и основания, применяемые по инициативе компетентного юрисдикционного органа, у которого запрашивается исполнение. К числу первых относятся: 1) основания, связанные со сторонами, – несоответствие воли и волеизъявления (ограниченная дееспособность и отсутствие необходимых полномочий у стороны); 2) основания, связанные с недостатками соглашения: а) неокончателность итогового соглашения, явившаяся следствием действий сторон или обстоятельств, находящихся вне их контроля; б) соглашение ничтожно, утратило силу или не может быть приведено в исполнение по закону, который указали стороны или, при отсутствии такого указания – по закону, который сочтет применимым компетентный юрисдикционный орган); 3) основания, связанные с процедурой АРС или аккомодатором, если он привлекался сторонами для содействия в урегулировании спора: а) аккомодатор не обеспечил непредвзятого подхода по отношению к сторонам, или б) оказал существенное воздействие или ненадлежащее влияние на какую-либо сторону, поскольку в противном случае эта сторона не заключила бы мировое соглашение¹⁵³, или в) не раскрыл обстоятельства, которые могут вызвать

¹⁵³ Обеспечение непредвзятого подхода по отношению к сторонам относится к осуществлению согласительной процедуры, поскольку оно определяется сторонами на основании соглашения о порядке урегулирования спора и не применяется к содержанию

обоснованные сомнения в его беспристрастности или независимости¹⁵⁴; 4) стороны договорились исключить возможность упрощенного исполнения итогового соглашения об урегулировании спора¹⁵⁵. Исходя из принципа добровольности проводимых процедур, для предпринимателей – сторон итогового соглашения об урегулировании спора целесообразно предусмотреть возможность прямо выраженного отказа от применения непосредственного порядка исполнения и в отсутствие такого отказа применять упрощенный порядок¹⁵⁶.

К основаниям, по которым компетентный юрисдикционный орган может отказать в исполнении итогового соглашения по собственной инициативе, относятся: а) то обстоятельство, что исполнение итогового соглашения об урегулировании спора будет противоречить публичному порядку, или б) законодательством не предусмотрена возможность урегулировать предмет итогового соглашения об урегулировании спора посредством конкретной процедуры АРС¹⁵⁷. Руководствуясь соображениями непосредственного исполнения итоговых соглашений об урегулировании споров, следует исходить из ограничительного толкования этих оснований.

Обобщая сказанное и обосновывая системную связь соглашений о порядке урегулирования спора и итоговых соглашений об урегулировании спора, констатируем, что основным видообразующим признаком для соглашений о порядке урегулирования спора и итоговых соглашений о его

мирового соглашения, которое стороны также определяют самостоятельно (документ А/CN.9/896, п. 99–102, документ А/CN.9/WG.II/WR.200, п. 41).

¹⁵⁴ А/CN.9/896, п. 104, 105, 108, 194.

¹⁵⁵ Можно провести аналогию с прямым соглашением сторон (ч. 13 ст. 1 Федерального закона от 29.12.2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации»), заключение которого допускается, в частности, ст. 40 указанного закона в отношении признания окончательности решения арбитража.

¹⁵⁶ Такой подход (opting out) зафиксирован в ст. 6 Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 11 апреля 1980 г.). См.: Вестник ВАС РФ. – 1994. – № 1. – Система ГАРАНТ. Данный подход во многом способствовал широкому применению этого документа.

¹⁵⁷ Представляется, что при установлении обязательной нотариальной формы для итоговых соглашений об урегулировании спора это основание останется своего рода страховкой на случай недобросовестного поведения нотариуса.

урегулировании выступает их цель. Как указывал Г. Ф. Шершеневич, у договора всегда есть цель, в отношениях сторон есть интерес, поскольку он необходим для создания прав, а мотив, которым руководствуются стороны, не имеет значения¹⁵⁸. Интерес – динамичная категория¹⁵⁹, определяющая направленность правового результата¹⁶⁰. Основание договора (causa), выделяющееся Г. Ф. Шершеневичем как «ближайшая и непосредственная причина установленной обязанности»¹⁶¹ для соглашения о порядке урегулирования спора – составление взаимоприемлемой программы последовательных действий сторон, направленных на устранение причины конфликтной ситуации, для итоговых соглашений об урегулировании спора – определение состава и порядка взаимных предоставлений сторон по созданию, восстановлению или преобразованию обусловленной совпадающими интересами сторон экономической ситуации после устранения причин конфликтной ситуации.

Используя систему многоступенчатой классификации договоров¹⁶², руководствуясь признаком результата, можно включить в ГК РФ дополнительную главу о договорах, заключаемых в целях урегулирования спора, о соглашениях о порядке урегулирования спора и итоговых соглашениях об урегулировании спора. В их число войдут уже доступные в настоящее время разновидности соответствующих договоров, направленных на достижение цели урегулирования спора (например, соглашение о порядке ведения переговоров об урегулировании спора), при этом сохранится отсылка к специально урегулированным законодательством видам разрешения споров (медиация,

¹⁵⁸ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права / науч. ред. В. С. Ем. – М., 2005. – Т. 2. – С. 82.

¹⁵⁹ См.: о динамике каузы сделки как «имеющей юридическое значение хозяйственную цель сделки», см.: Кашанин А. В. Кауза сделки в гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2002. – С. 103.

¹⁶⁰ Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. – М., 1958. – С. 156, 157–159, 319.

¹⁶¹ Шершеневич Г. Ф. Указ. соч.

¹⁶² Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. – М., 1998. – С. 324; Суханов Е. А. Гражданское право. – М., 1993. – Т. 2. – С. 46.

третейские суды, международный коммерческий арбитраж). Полагаем, что достаточно общих положений о соглашении об урегулировании спора с тем, чтобы сохранить максимально широкой автономии волю сторон, с одной стороны, и поименовать его как отдельный договор, с другой стороны, что важно для преодоления предубеждений со стороны государственных судов к исполнимости непоименованных договоров¹⁶³. Аргументом в пользу выделения соглашений о порядке урегулирования споров и итоговых соглашений об урегулировании споров в отдельную категорию гражданско-правовых договоров служит следующее обстоятельство. Если оставить их непоименованными, то в силу сложившейся судебной практики вместо применения к ним общих положений о договорах и обязательствах, предусмотренных ГК РФ, сохраняется возможность применения к ним правил о других (сходных) договорах, урегулированных законодательством, в ущерб условиям самого договора¹⁶⁴.

Полагаем, что для соглашений о порядке урегулирования спора достаточно соблюсти простую письменную форму, в целях же обеспечения непосредственной исполнимости итогового соглашения об урегулировании спора целесообразно закрепить для них правило об их нотариальном удостоверении.

Также считаем, что включение содержащихся в типовых документах универсального плана требований к форме итоговых соглашений об урегулировании спора, основаниям для отказа в их исполнении в упрощенном порядке позволит, с одной стороны, создать правовую определенность в отношении результата договоренности сторон об урегулировании спора, с другой – включить в законодательство страны сбалансированные положения,

¹⁶³ Как указывает М. И. Брагинский, набор поименованных договоров любой страны отстает от потребностей оборота. См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. – С. 324.

¹⁶⁴ На неспешность действий законодателя в вопросах регулирования принципа свободы договора и расширения диспозитивности в регулировании договорных отношений справедливо указывает В. В. Витрянский, критикуя изменения ст. 421 ГК РФ. См.: Витрянский В. В. Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги [Электронный ресурс]. – М., 2016. – Система ГАРАНТ.

выработанные в результате долгой дискуссии представителей разных школ права. Это позволит остаться в международном правовом пространстве регулирования предпринимательских споров. Тем не менее ничто не препятствует тому, чтобы предусмотреть в национальном законодательстве более благоприятные, нежели усредненный компромиссный вариант, решения для признания обязательной силы (для сторон) и приведения в исполнение правовой силы результата урегулирования спора. При этом формализация требований к таким соглашениям, в частности, удостоверению итоговых соглашений об урегулировании споров, являющемуся для компетентного государственного органа индикатором соответствия соглашения критериям их упрощенного исполнения, важна, поскольку позволит выработать привычку к определенному стандарту формы (как это произошло, например, с формой апостиля)¹⁶⁵.

Таким образом, соглашения о порядке урегулирования спора и итоговые соглашения об урегулировании спора объединены по целевому назначению (устранение правового препятствия в ходе динамического взаимодействия сторон по поводу реализации экономических интересов каждой из них) и направленности (правообразующей, правоизменяющей, правопрекращающей), а также по свойству непосредственной исполнимости. Предметом обоих этих соглашений являются встречные предоставления¹⁶⁶ являющихся участниками предпринимательской деятельности сторон, направленные на устранение

¹⁶⁵ О необходимости формирования матрицы и выработки привычки к форме см.: Зверева Г. Построить матрицу: дискурс российской власти в условиях сетевой культуры // PRO суверенную демократию : сборник / сост. Л. В. Поляков. – М., 2007. – С. 560–561.

¹⁶⁶ Как справедливо указывают А. В. и В. Л. Слесаревы, «независимо от подходов к определению и выявлению признаков основания (каузы) сделки, сущность ее заключается в направленности воли (цели), взаимосвязанной с мотивом, преследуемым сторонами сделки» (Слесарев А. В., Слесарев В. Л. [Электронный ресурс] // Гражданское законодательство и судебная практика: проблемы взаимодействия : монография / И. З. Аюшеева, В. Е. Белов, Д. А. Белова [и др.]; отв. ред. В. Л. Слесарев. – М., 2017. – Система ГАРАНТ). Цель, которую преследуют стороны, определяет специфику встречного предоставления, которое в рассматриваемых соглашениях (прежде всего, в итоговых соглашениях об урегулировании спора) может носить комплексный характер, не состоять в непосредственной связи с материально-правовым отношением, из которого возник или с которым связан урегулируемый спор.

факторов, препятствующих достижению совместных целей, обусловленных совпадающими или совместимыми экономическими интересами сторон. Устранение этих факторов происходит путем создания новых или изменения, прекращения или преобразования существующих отношений сторон, регулируемых материальным гражданским правом. Несмотря на связь с материально-правовым отношением, из которого возник спор, соглашение о порядке урегулирования спора, как и итоговое соглашение об урегулировании спора, самостоятельны. Автономия и непосредственная исполнимость соглашений о порядке урегулирования спора достигаются за счет их дерогационного эффекта.

Непосредственная исполнимость итоговых соглашений об урегулировании спора достигается установлением упрощенного порядка их исполнения (при соблюдении требований к их форме) и ограниченного списка оснований для отказа в их исполнении, которые могут быть применены судом *ex officio* исключительно при осуществлении контрольных функций, в частности, в отношении международных коммерческих итоговых соглашений – при ограничительном подходе к применению оснований для отказа в их исполнении, применяемых по усмотрению компетентного суда, в который подается ходатайство об исполнении итогового соглашения. Речь идет об ограничении набора документов, которые может истребовать этот орган от стороны, ходатайствующей об исполнении итогового соглашения, и такой же, как принят в большинстве стран в отношении приведения в исполнение иностранных арбитражных решений, узкий подход к пониманию публичного порядка¹⁶⁷. Соглашения о порядке урегулирования споров и итоговые соглашения об их урегулировании срочные, синаллагматические (у каждой из сторон соглашения возникают как права, так и обязанности).

¹⁶⁷ См. : Руководство МСКА по толкованию Нью-Йоркской конвенции 1958 г. : пособие для судей / Междунар. совет по коммерч. арбитражу. – М., 2012. –С.91., Секретариат ЮНСИТРАЛ Руководство по Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 год) – URL: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/NY-conv/2016_Guide_on_the_Convention.pdf (access date: 20.04.2018).

Выше приведены основные видообразующие свойства, характеризующие соглашения, входящие в группу договоров, направленных на урегулирование споров, возникающих в связи с предпринимательской деятельностью. Эти соображения дают основу для последующей конкретизации формулировок оснований, препятствующих непосредственному исполнению итоговых соглашений об урегулировании спора с учетом положений, вербализованных в итоговых типовых документах, разработанных ЮНСИТРАЛ¹⁶⁸. Эти умозаключения также создают почву для фундаментальных исследований, связанных с возможностью распространения данной классификации договоров на иные отношения, регулируемые гражданским правом и смежными отраслями частного права, равно как и с изучением специфических свойств указанных соглашений применительно к этим отношениям.

1.3. Договорные механизмы ранней диагностики споров

Ранняя диагностика и урегулирование коммерческого спора позволяют сэкономить время и ресурсы его участников.

Система урегулирования гражданско-правовых споров на самых ранних их стадиях (*раннее урегулирование дела* (РУД), *early case handling* (ECH) (термин профессора школы права Миссури Дж. Ланде)¹⁶⁹ – это набор разнообразных процедур, позволяющих решить разные задачи, направленные на достижение единой цели. При помощи одних процедур проводится углубленный анализ обстоятельств спора (протоколы оценки спора на ранних стадиях, составляемые в частном порядке, (*private early case assessment protocols*)); при помощи других можно управлять спорами и урегулировать их

¹⁶⁸ Статья 4 Конвенции о международных медиативных соглашениях (о требованиях к форме соглашения), ст. 5 Конвенции (основания для отказа в приведении соглашений в исполнение).

¹⁶⁹ См.: Lande J. The Movement toward Early Case Handling in Courts and Private Dispute Resolution [Electronic resource] // Ohio State Journal on Dispute Resolution. – 2008. – Vol. 24. – P. 83–132. – URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1532515 (access date: 20.04.2018).

при помощи переговоров между сторонами (досудебные встречи (переговоры) (pretrial conferences) и системы управления спорами (case management systems), при помощи третьих можно разрешить споры, в зависимости от обстоятельств применив более директивный (предписательный) подход или обратившись к более фасилитативным приемам, позволяющим наладить диалог между сторонами (ранняя экспертная оценка (early neutral evaluation – ENE), практика юристов по урегулированию споров. К ней Дж. Ланде относит деятельность нейтрального третьего лица, по соглашению сторон выполняющего функции эксперта, медиатора и арбитра при урегулировании споров, возникающих в процессе осуществления долгосрочных проектов, в одном лице воплощающего совет по разрешению споров (settlement counsel)¹⁷⁰, переговоры при содействии юристов-переговорщиков, представляющих стороны (collaborative practice, cooperative practice)¹⁷¹.

Раннее урегулирование дела отличается от традиционного судебного разбирательства, АРС и предотвращения конфликтов, состоящего в урегулировании проблемы, пока она еще не превратилась в дело. Место раннего урегулирования дела – на полпути между моментом, когда проблема превратилась в спор, и моментом, когда ее урегулирование встало на путь привычного судебного разбирательства. При этом Дж.Ланде отмечает, что изолировать эти способы друг от друга невозможно, поскольку они находятся в диалектическом единстве: управление спорами неизбежно требует аналитической работы, а разрешение спора включает как анализ, так и управление спором. Все эти процедуры можно использовать как в рамках частного разрешения спора, так и в связи с судебным разбирательством.

По мнению Дж. Ланде, РУД – это важная составляющая в теории и практике проектирования системы урегулирования спора (dispute system design

¹⁷⁰ Подробнее деятельность советов по разрешению споров рассматривается в п. 4.1 гл. 4 настоящей работы.

¹⁷¹ Об этих разновидностях переговоров с участием юристов см. п. 2.2 гл.2 настоящей работы.

– DSD). Назначение РУД заключается в том, чтобы предоставить участникам спора возможность принять информированное и оперативное решение о том, в каком порядке урегулировать спор на его зачаточной стадии. РУД подразумевает коллективную работу команды специалистов над сбором сведений о ключевых обстоятельствах конкретного спора, выявлением основных проблем, оценкой рисков и затрат для компании. В результате этой работы принимается информированное решение о выборе способа разрешения спора, либо вырабатывается рекомендация по его разрешению.

Проектирование системы разрешения спора (ПСРС) лучше приспособлено для систематического управления несколькими однородными спорами, нежели для управления спорами индивидуальными. Проектирование может включать оценку потребностей заинтересованных лиц (в их число входят, прежде всего, спорящие стороны, акционеры, если речь идет о компаниях, руководство и сотрудники, если речь идет о физических лицах), разработку системы работы с этими потребностями; обучение; внедрение, оценку и периодическое внесение изменений в систему для ее адаптации к изменяющимся обстоятельствам. В центре теорий проектирования – проектирование систем, предоставляющих спорящим сторонам на выбор разнообразные варианты разрешения споров. Первыми проектирование систем разрешения споров (далее – ПСРС) использовали основоположники гарвардской школы интегративных переговоров У. Юри, Дж. Бретт и С. Голдберг в 1980е гг. для разрешения хронических конфликтных ситуаций или повторяющихся споров в переживающих кризис организациях, компаниях или целых отраслях¹⁷². Суть ПСРС – в преобразовании «больной» (неэффективной) системы разрешения споров, в «здоровую»¹⁷³, позволяющую урегулировать спор с наименьшими затратами и на долгий срок.

¹⁷² Ury W., Bret J., Goldberg S. Getting Disputes Resolved: Designing Systems to Cut the Cost of Conflict. – San-Francisco, 1988.

¹⁷³ Brahm E., Ouellet J. Designing New Dispute Resolution Systems [Electronic resource] // Beyond Intractability ; Guy Burgess and Heidi Burgess (eds.). Conflict Information Consortium,

В «больной» системе большинство споров разрешается применением силовых крайних мер, в здоровой конфликт в большинстве случаев удается локализовать на низовом уровне – при согласовании интересов. Во-первых, согласовать интересы дешевле, чем добиваться защиты прав в суде или применять силовые методы. Во-вторых, в результате согласования интересов стороны находят решение, удовлетворительное для каждой из них, в то время как в суде или при силовом подавлении одна из сторон выигрывает, а другая проигрывает. В-третьих, когда применяются силовые методы, проигравшая сторона зачастую озлобляется и может при первой возможности попробовать «отыграть» решение в свою пользу. В-четвертых, основанные на интересах переговоры (называемые также интегративными), как правило, проходят быстрее. Системы ПСРС построены на классических принципах интегративных переговоров. Так, они подразумевают исследование интересов сторон и сосредоточение на них; если интегративные переговоры не дали результатов, предлагаются малозатратные процедуры урегулирования споров, основанные на правах и применении силовых методов; при этом при первой возможности интегративные переговоры возобновляются. Кроме того, ПСРС подразумевает построение механизмов профилактики споров, основанных на предварительных консультациях и получении обратной связи от сторон конфликта. Типичная схема ПСРС включает этапы диагностики, построения системы и ее воплощения; после того как система выполнила поставленные задачи, она завершает свое существование. За этим следует оценка результатов¹⁷⁴. На тех же принципах (анализ всех обстоятельств спора сразу после его возникновения, изучение и учет интересов заинтересованных в исходе конфликта сторон) построены и индивидуально моделируемые системы РУД.

Среди преимуществ РУД – сокращение времени разрешения спора, большой потенциал эффективности, обусловленный тем, что РУД позволяют

University of Colorado, Boulder. – 2003. – URL: <http://www.beyondintractability.org/essay/designing-dispute-systems> (access date: 12.08.2017).

¹⁷⁴ См.: Rabinovich-Einy O., Katsh E. Technology and Future of Dispute Systems Design // Harvard Negotiation Law Review. – 2012. – Vol. 17. – P. 156–157.

сосредоточить усилия на критических моментах спора (эффективность возрастает многократно, если стороны действительно хотят сотрудничать), снизить косвенные расходы, связанные с отвлечением ресурсов – как материальных, так и трудовых – на долгие судебные разбирательства.

Тем не менее бывают случаи, когда применение РУД неоправданно (небольшая сумма спора, не позволяющая окупить привлечение ресурсов), преждевременно (стороны еще эмоционально не готовы конструктивно работать над делом), проблематично и непривлекательно для юристов (прежде всего тех, чья работа оплачивается по почасовой ставке).

РУД – не готовый серийный продукт, который можно встроить в существующие системы работы исходя из предположения, что люди просто будут следовать «инструкциям по их применению». Проектируя системы управления спорами, необходимо оценить мотивацию участников системы и адаптировать к ней процедуры так, чтобы у участников была заинтересованность в использовании этих систем. Для этого Дж. Ланде считает необходимой разработку гибких протоколов, позволяющих оценить приемлемость применения процедур РУД и приспособить их для определенных споров и систем споров.

Некоторое время назад предполагалось, что хартии о применении тех или иных видов АРС (предприниматели и юристы, подписавшие такие хартии, добровольно принимают на себя обязательство рассмотреть возможность применения АРС до обращения в суд) могут способствовать распространению систем раннего урегулирования споров в предпринимательской среде¹⁷⁵. Цель таких хартий состояла в том, чтобы в рамках корпоративной политики адвокаты отдавали предпочтение переговорным процедурам в противовес состязательным, а также в том, чтобы дать управляющим юридическими фирмами рычаг, позволяющий поощрить собственных сотрудников к

¹⁷⁵ Cronin-Harris C. Mainstreaming: Systematizing Corporate Use of ADR, 59 // Albany Law Review. – 1996. – P. 847, 854.

широкому использованию APC в повседневной работе¹⁷⁶. Тем не менее исследования показали, что подписание хартий никак не повлияло на практику использования APC и не привело к увеличению случаев включения оговорок о применении APC в договоры с клиентами.

Ранняя оценка спора и протоколы применимости APC позволяют определить, какой способ урегулирования пригоден для данного конкретного спора. Протоколы подразумевают проведение подробного анализа обстоятельств спора с учетом таких критериев, как цели и интересы сторон, суммы, ожидаемые результаты судебного разбирательства с учетом всех рисков (дерево решения)¹⁷⁷. Такие механизмы разработаны и используются многими крупными корпорациями (Motorola, Cascade, AT&T, Bombardier). Подобный механизм оценки спора в целях определения его медиабильности под названием «Ole!» предлагает Международный институт медиации¹⁷⁸. Для выбора подходящей для конкретного спора формы его урегулирования имеют значение данные о стадии судебного разбирательства (если оно уже начато), договорных обязательствах по разрешению споров, ключевых участниках, задействованных в споре, вопросы, информации по которым недостаточно, история контактов с другой стороной или юристом другой стороны, сведения о клиенте, интересах клиента и другой стороны, обстоятельства дела и правовые вопросы, соотношение расходов и возможных выгод¹⁷⁹. Организация может выбрать, каким из способов разрешения споров она хочет воспользоваться.

¹⁷⁶ Подробнее о таких хартиях см.: Гайдаенко Шер Н. И. Формирование системы альтернативных механизмов разрешения споров: бесконфликтное общество как основа противодействия коррупции. С. 50–54.

¹⁷⁷ См.: Decision Trees Choosing by Projecting „Expected Outcomes” [Electronic resource]. – URL: <https://www.mindtools.com/dectree.html> (access date: 17.08.2017).

¹⁷⁸ Текст на английском языке опубликован на официальном сайте Международного института медиации (International Mediation Institute, IMI), см.: Olé! Online Dispute Analysis [Electronic resource]. – URL: <http://www.imimmediation.org/tools-and-resources/online-tools/dispute-analysis-tool/> (access date: 20.04.2018).

¹⁷⁹ Исследование, проведенное в 2007 г. среди американских и европейских корпораций, включая промышленные компании и банки, позволило исследователям выделить «встроенных» пользователей APC (APC играют центральную роль в культуре разрешения споров), пользователей *ad hoc* (чьи предпочтения в выборе способа разрешения

Раннее урегулирование дела и проектирование систем разрешения спора относятся к аналитическо-профилактическим договорным механизмам предотвращения и урегулирования конфликтных ситуаций. Как раннее урегулирование дела, так и проектирование систем разрешения спора подразумевают работу с большим объемом информации, ее обработку и управление ею.

Как первая, так и вторая методики могут успешно использоваться для предотвращения конфликтов внутри коммерческих организаций, а также для выработки стандартного алгоритма действий при возникновении повторяющихся споров (прежде всего, отраслевых, если речь идет о межкорпоративных отношениях, а также споров, возникающих между работниками, – горизонтальных или вертикальных). Раннее урегулирование дела, как и проектирование системы разрешения спора, является своего рода предварительной экспертизой, позволяющей выявить причины и эволюцию развития спора, на основании которой участники конфликта могут определиться с выбором подходящего для данной ситуации способа урегулирования спора и, если он относится к числу консенсуальных, договориться о порядке его применения. Основной смысл РУД и ПСРС заключается в том, чтобы задействовать в этих процедурах лиц, заинтересованных в исходе конфликта, помочь участникам конфликта осознать необходимость деятельного участия в выборе оптимального способа разрешения своего спора.

Вопрос правового оформления процедур ранней диагностики и урегулирования споров дискуссионен. В любом случае основой для их применения может стать только соглашение сторон о порядке урегулирования

спора варьируются), переговорщиков (предпочитающих переговоры и прибегающих к АРС после неудачно завершившихся переговоров) и «непользователей». Привлеченные на основании договора об оказании услуг «внешние» юристы практически никогда не рекомендовали прибегнуть к экспертизе, ранней оценке спора, однако часто предлагали обратиться к медиации. См.: Smith H. The Inside Track – How Blue-Chips Are Using ADR [Electronic resource]. – 2007. – URL: <http://sites.herbertysmithfreehills.vuturvevx.com/20/10753/landing-pages/6398-adr-report-d4.pdf> (access date: 17.08.2017).

будущих споров. Дальнейшие действия сторон по предотвращению или урегулированию спора в определенной степени поддаются стандартизации и могут в виде подробной анкеты, подразумевающей выбор из нескольких вариантов ответов, стать частью общих условий или генерального соглашения о порядке предотвращения или урегулирования спора. Представляется, что, учитывая объем разнородной информации, который необходимо систематизировать и проанализировать для выработки вариантов урегулирования дела или прогнозирования оптимального исхода конкретной правовой ситуации, перспективны автоматизация как минимум предварительной (подготовительной) стадии этих процедур, выработка общих условий и правил, автоматически становящихся частью соглашения сторон.

Полагаем, что выстроить эффективную и удобную в применении систему оценки и урегулирования споров возможно только при взаимодействии специалистов разных отраслей знания: юристов, социологов, прикладных математиков, антропологов, нейрофизиологов, ИТ-специалистов. Поэтому, кратко описав потенциал этих способов, делаем вывод о необходимости их дальнейшей теоретической и практической разработки.

Таким образом, все способы урегулирования и разрешения споров, традиционно относящиеся к альтернативным, имеют договорную природу и связаны с материально-правовым обязательством, являясь его автономным продолжением (недействительность части обязательства не влечет за собой признания недействительной оговорки о разрешении спора). Стороны, выбирая способ разрешения спора, обеспечивают своим соглашением правовую силу результата применения АРС (результат может быть рекомендацией, договором, или обязательным для сторон решением, постановлением, указанием, предписанием третейского суда). Механизмы АРС выполняют разные функции: профилактическую (превентивную), корректирующую (моделирующую) действия сторон спора по исполнению взаимных обязательств из договора или в связи с его заключением, исполнением и прекращением, стимулирующую (к возобновлению обсуждения новых условий существующего отношения

сторон). Пункт 2 ст. 1. ГК РФ предусматривает право граждан (физических лиц) и юридических лиц приобретать и осуществлять свои гражданские права своей волей и в своем интересе. Эта же статья наделяет их правом свободно устанавливать свои права и обязанности на основе договора, равно как и определять любые не противоречащие законодательству условия договора. Из этого положения, а также из закрепленного п. 1 ст. 9 ГК РФ права субъектов гражданского права по своему усмотрению осуществлять принадлежащие им гражданские права следует право участников гражданского оборота самостоятельно определить порядок урегулирования возникающих между ними споров. В содержании принципа недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела ключевым является понятие частного дела как деятельности гражданина или юридического лица (как частного лица), основанной на частном интересе. «При этом понятия "своей воли", "автономии воли" и "в своем интересе" определяют общее направление в действии данного принципа на стадии применения гражданского законодательства»¹⁸⁰. Кроме того, в определении сторонами порядка урегулирования спора и формулировании итогового соглашения об их урегулировании находит воплощение и принцип эквивалентности гражданских отношений, выражающийся во взаимном равноценном предоставлении субъектами правоотношений при реализации ими субъективных прав и исполнении соответствующих обязанностей, при этом, как справедливо указывает Е.В. Позднышева, субъекты правоотношений (а здесь речь идет об отношениях между предпринимателями) самостоятельно оценивают, насколько их взаимные предоставления равноценны и, соответственно, насколько соблюден баланс их интересов¹⁸¹.

¹⁸⁰ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации : в 2 т. – Т. 1 : Части первая, вторая ГК РФ / под ред. Т. Е. Абовой, А. Ю. Кабалкина. – Ин-т государства и права РАН. – 6-е изд., перераб. и доп. – М., 2011 (автор комментария к гл. 1 – В. П. Мозолин).

¹⁸¹ См.: Позднышева Е. В. К вопросу о принципе эквивалентности гражданских правоотношений // Гражданское право и современность : сборник статей, посвященный памяти М. И. Брагинского ; под ред. В. Н. Литовкина и К. Б. Ярошенко. – М., 2013. – С. 128.

Глава 2. Переговоры, соглашение об их проведении и договорная экспертиза

2.1. Переговоры

Переговоры – это основной, исходный механизм внесудебного урегулирования коммерческих споров. Как справедливо отмечал С. Н. Лебедев, это, «несомненно, наиболее целесообразный и эффективный путь, коль скоро с обеих сторон наличествует добрая воля и учет взаимных интересов»¹⁸². Таким образом, предполагается, что обе стороны будут действовать добросовестно. Как мы увидим далее, добросовестность в переговорах проявляется в лояльности (особых доверительных отношениях, связывающих сторону переговоров и ее представителя и внешних по отношению к процессу переговоров но тем не менее во многом определяющих их результат), и солидарности и сотрудничестве сторон.

Поскольку право представляет собой общественные правила¹⁸³ и регулирует отношения между его субъектами, в том числе порядок их общения (информационного взаимодействия), и одной из его функций является коммуникационная¹⁸⁴, полагаем, что упорядоченная соглашением сторон коммуникация, целью которой является создание, изменение или прекращение обязательств, имеет право на существование в качестве самостоятельной правовой категории.

Смысл переговоров заключается в согласовании волей сторон. Исключительную сложность этого процесса и его зависимость от

¹⁸² Лебедев С. Н. Указ. соч. С. 48.

¹⁸³ См.: Шершеневич Г.Ф. Общее учение о праве и государстве. – Москва: Типография товарищества И. Д. Сытина, 1908. – С. 66.

¹⁸⁴ О коммуникативной функции принципов гражданского права см.: Волос А. А. Принципы гражданского права и их аксиология / А. А. Волос // Известия Байкальского государственного университета. – 2017. – Т.27. – № 2. – С. 238 – 245. – Система ГАРАНТ.

разнообразных внутренних и внешних факторов, способных повлиять на его результаты, отмечали классики отечественной цивилистики¹⁸⁵. Для достижения удовлетворительного для обеих сторон результата переговоров необходимо, чтобы были согласованы действительные воли сторон, то есть воля и волеизъявление каждой стороны должны совпадать. Следует отметить, что основным и единственным носителем интереса всегда выступает субъект (индивидуум). В переговорах важнейшая роль принадлежит индивидуальному переговорщику, потребности которого включают не только удовлетворение материальных интересов, но и признание его человеческого достоинства, эмоций, уменьшение культурных различий, преодоление когнитивных предрассудков и препятствий для диалога и обмена мнениями, заданных свойствами человеческой природы¹⁸⁶.

Вопрос соотношения воли и волеизъявления обычно рассматривается применительно к одному субъекту. Если даже у одного субъекта можно наблюдать разлад между волей и волеизъявлением¹⁸⁷, то что тогда говорить о действиях через представителя? Тем не менее при ведении переговоров через представителей, в том числе юристов сторон, встает вопрос о соответствии исходной воли предпринимателя, доведенной им до сведения своего представителя, содержанию и форме конечного волеизъявления – заявлениям, действиям и поведению уполномоченного предпринимателем представителя, неизбежно влияющим на результат¹⁸⁸.

¹⁸⁵ «Нигде, однако, в вопросах цивилистики начала юридического формализма не находят столь широкого применения, как в тех событиях, которые люди производят сами актами своей воли. Это события, которые не суть исключительно внешние для человека; они всегда в той или другой мере связаны с внутренними, скрытыми в психической природе человека процессами. Эти внутренние процессы только тогда способны обнаруживать свое влияние на правоотношения, когда становятся волеизъявлениями, деяниями людей» (Дювернуа Н. Л. Чтения по гражданскому праву [Электронный ресурс]. – Т. 2 : Учение о вещах. Учение о юридической сделке / под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. – М., 2004. – Система ГАРАНТ).

¹⁸⁶ См.: Cohen Amy J. *Op. cit.*

¹⁸⁷ См.: Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права [Электронный ресурс]. – Петроград, 1917. – Система ГАРАНТ.

¹⁸⁸ Автор диссертации согласен с Л. Г. Ефимовой, разделяющей точку зрения Д. И. Мейера о том, что, заключая сделку, представитель выражает собственную волю, и

Представляется, что исходная воля может быть изъявлена таким образом, что после восприятия и переработки представителем она может быть существенно искажена, что, в свою очередь, влияет на ход и результаты переговоров. Даже добросовестный представитель имеет в переговорах свои цели, отличные от целей доверителя, и потому может оказаться «кривым зеркалом», недостоверно отображающим волю представителя, отражающую его интересы¹⁸⁹. Именно поэтому целесообразно личное участие сторон конфликта (в том числе под личным участием понимается участие органов юридического лица, наделенных правом действовать от его имени)¹⁹⁰ в переговорах или других процедурах АРС. Это позволяет обеспечить соответствие результата изначальной воле стороны, не претерпевшей трансформаций в результате ее толкования и изложения представителем¹⁹¹.

Говоря о проблеме совпадения воли и волеизъявления при ведении переговоров, целесообразно рассмотреть вопрос о том, каким образом и при помощи каких гражданско-правовых механизмов достигается если не

считает, что представитель выражает волю представляемого (прием юридической техники, фикция). См.: Ефимова Л. Г. Банковские сделки. Право и практика : монография. – М., 2001. – С. 23.

¹⁸⁹ О различных ролях представителя писал еще Р. фон Иеринг, отличая собственно представителя, наделенного свободой усмотрения, и посланника, сугубо передающего волю направившего его. См.: Иеринг Р. *Culpa in contrahendo*, или возмещение убытков при недействительности или незаключенности договоров // Вестник гражданского права. – 2013. – № 3. – С. 190–266.

¹⁹⁰ Об особом характере представительства юридического лица и неприменимости к действиям органа юридического лица правил о представительстве (в частности, истории появления в п. 1. ст. 53 ГК РФ ссылки на ст. 182 ГК РФ и ее последующего исключения) см.: Витрянский В. В. Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги [Электронный ресурс]. – М., 2016. – Система ГАРАНТ.

¹⁹¹ В качестве дополнительных страховочных механизмов, позволяющих до определенной степени скорректировать несовпадение воли и волеизъявления юридического лица и его представителя, в определенных обстоятельствах могут выступить предварительное согласие на заключение сделки и ее последующее одобрение (ст. 157.1 ГК РФ). Правовая определенность относительно содержания такой договоренности достигается за счет формулирования условий будущей сделки в тексте согласия, а в отношении правовой силы результата достигнутой при наличии такого согласия договоренности – за счет того, что отзыв согласия или одобрения после заключения сделки не являются основаниями для ее признания недействительной (п. 55–57 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» [Электронный ресурс] // Бюллетень ВС РФ. – 2015. – № 8. – Система ГАРАНТ.

совпадение, то когерентность воли стороны, воли ее представителя и в конечном счете – соответствие волеизъявления представителя воле стороны. Представитель стороны, действующий по доверенности, юрист, чьи отношения с клиентом опосредуются договором оказания услуг и доверенностью, адвокат, действующий по договору поручения, связаны со стороной/заказчиком/доверителем особыми отношениями, основанными на доверии. Во время переговоров представители сторон находятся в поиске совпадения воли относительно существенных элементов договора, и по ходу переговоров происходит последовательное изменение воли каждой из сторон. Для того чтобы в процессе переговоров достичь согласия воли – необходимого элемента договора – представители сторон должны исполнять долг лояльности (*devoir de loyauté*).

Лояльность можно рассматривать как специфическое проявление принципа добросовестности во внешних по отношению к отношениям сторон переговоров взаимодействиях стороны договора и ее представителя, характеризующихся особой доверительностью. В основе лояльности – обязанность участников гражданских правоотношений действовать добросовестно¹⁹², в том числе вступая в переговоры, во время переговоров и по их завершении¹⁹³, и надлежащим образом исполнять свои обязательства¹⁹⁴. Долг лояльности – это сопутствующее обязательство сторон, позволяющее достичь оптимальной цели. Как отмечает профессор университета Пантеон–Сорбонна Л. Айнэ, внешне долг лояльности проявляется в

¹⁹² Часть 3 ст. 1 ГК РФ.

¹⁹³ Часть 2 ст. 434.1 ГК РФ.

¹⁹⁴ Статья 309 ГК РФ. Схожие по смыслу нормы содержатся, например, в ст. 1104 Французского гражданского кодекса (далее – ФГК) (в ред. Ордонанса № 2016-131 от 10. 02. 2016 г. о реформе обязательственного права, общих положений и доказывания обязательств, действующей с 1 октября 2016 г.; она предусматривает обязательство сторон действовать добросовестно при согласовании условий, заключении и исполнении договоров, при этом данная норма является сверхимперативной). Текст см. на официальном портале правовой информации Французской Республики [La ressource électronique]. – URL: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=22B57C75930ACD173D871DE0C79B36C9.tplgfr41s_1?idArticle=LEGIARTI000032040772&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20180420 (la date de l'accès: 10.04.2018).

воздержании от недобросовестных действий¹⁹⁵. Он отмечает, что лояльность требует не лгать и не обманывать. Вместе с тем внешним проявлением соблюдения лояльности служит последовательное поведение стороны, и эта целостность поведения позволяет другой стороне достоверно определиться с собственным поведением. В этом смысле, отмечает Л. Айнэ, противоположностью лояльности является двойственность, двойное отношение, которое вводит другую сторону в заблуждение и разрушает ее прогнозы. Лояльность связана с добросовестностью, является ее частью¹⁹⁶ и выражается в обязательстве воздерживаться от злоупотреблений правом, при этом она выходит за рамки исполнения конкретного договора и представляет собой одно из проявлений договорной солидарности. Функция лояльности заключается в том, что она обеспечивает предсказуемость. Таким образом, потребность в ней как моральная, так и техническая: она является неизреченным, но основным условием правопорядка¹⁹⁷. В имущественных правоотношениях лояльность – одновременно и условие, и следствие доверия. Она возникает каждый раз, когда в силу закона или договора интересы одного лица передаются другому, которое не только должно исполнить свои обязательства, но и следовать в своем поведении потребностям в удовлетворении чужого интереса¹⁹⁸. Положительное содержание обязательства сохранять лояльность заключается в последовательном поведении, на котором другая сторона может строить свои прогнозы (таким образом обеспечивается предсказуемость в отношениях

¹⁹⁵ Так, ст. 1194 ФГК в редакции Ордонанса № 2016-131 от 10.02.2016 г. о реформе обязательственного права, общих положений и доказывания обязательств, действующая с 1 октября 2016 г., предусматривает, что договоры обязывают не только к тому, что в них выражено, но и ко всем последствиям, придаваемым им справедливостью, обычаем или законом, то есть, действуя добросовестно, лицо полагает, что оно находится в соответствующей праву ситуации, и осознает, что его действия не ущемляют прав третьих лиц.

¹⁹⁶ Так, ст. 1175 Итальянского гражданского кодекса (далее – ИГК) определяет добрую совесть как общую обязанность корректности и взаимной лояльности ведения отношений между договаривающимися сторонами.

¹⁹⁷ См.: Aynés L. L'obligation de loyauté // Archives de philosophie de droit. – 2000. – Т. 44. – Р. 198.

¹⁹⁸ Ibidem. Р. 199–200.

сторон), отрицательное заключается в отказе воспользоваться правом или преимуществом или запрете на использование определенного права или преимущества. Лояльность при ведении переговоров подразумевает запрет на недобросовестные действия (внезапное, неожиданное для другой стороны прекращение переговоров), нарушение которого (*culpa in contrahendo*) (ответственность, наступающая на этапе заключения договора, когда уже достигнута договоренность сторон в отношении его существенных условий) или, скорее, *culpa in trattando* (ответственность, наступающая на подготовительном этапе, в процессе выработки условий договора) влечет за собой применение санкций в виде возмещения ущерба добросовестной стороне.

Отношения лояльности также называют фидуциарными¹⁹⁹. Лояльность можно охарактеризовать как проявление добросовестности «изнутри» доверительных отношений сторон, сформированных в результате особой правовой связи. Признак соблюдения лицом фидуциарных обязательств – отказ

¹⁹⁹ В науке российского гражданского права фидуциарные отношения, то есть фактические доверительные отношения, рассматриваются как в контексте анализа обязательственного характера отношений (Е. А. Суханов, В. В. Витрянский, В. А. Дозорцев), так и в контексте внедоговорных отношений в качестве одного из базовых принципов, определяющих отношения сторон гражданского оборота (Р. Л. Нарышкина, Л. Г. Ефимова). Исследования по общей теории фидуциарных отношений немногочисленны. См., например: Зуев А. Е. Фидуциарные правоотношения. Международная практика и российское право: Вопросы модальности в праве // Правоведение. – 2003. – № 2. – С. 156–169 ; Колиева А. Э., Бицоева Л. Ф. Структура фидуциарных отношений в гражданском праве // Международный научно-исследовательский журнал. – 2016. – № 4–7. – С. 151–153. Одна из попыток проследить закономерности их формирования содержится в работе В. А. Сырбо «Отечественный и зарубежный опыт гражданско-правового регулирования фидуциарных отношений: история и современность» (М., 2008). Ученый справедливо указывает, что одним из основных признаков фидуциарных правоотношений «является повышенная степень риска у доверителя, поскольку возможность подмены фидуциаром интересов доверителя собственными интересами полностью не исключается. В целях минимизации такого риска в законе должны быть закреплены гарантии, обеспечивающие соблюдение фидуциаром исключительно интересов доверителя. Такими гарантиями являются правовые средства, направленные на предотвращение либо выявление и своевременное устранение конфликта интересов фидуциара и доверителя либо применение последствий его несвоевременного устранения» (Сырбо В. А. Отечественный и зарубежный опыт гражданско-правового регулирования фидуциарных отношений: история и современность [Электронный ресурс] : дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2008. – URL: <http://www.dissercat.com/content/otechestvennyi-i-zarubezhnyi-opyt-grazhdansko-pravovogo-regulirovaniya-fidutsiarnykh-otnosh-0#ixzz4ifQSjMV8> (дата обращения: 16.12.2017)). Это положение применимо к вопросам представительства в переговорах, в частности в переговорах о порядке урегулирования спора, и подтверждает тезис о важности личного участия сторон в переговорах.

от извлечения личной прибыли из существующих отношений, если только на это не было получено согласие другого лица. Фидуциарное обязательство, помимо существования доверия, лояльности и конфиденциальности, подразумевает наличие у связанного им лица необходимой компетенции для исполнения порученного. Лояльность и обязательство сторон сотрудничать для достижения оптимального результата – согласования воле, без которого нет договора, – это два проявления принципа добросовестности. Добросовестность при ведении переговоров находит объективное выражение в правилах поведения, воплощающихся в принципе договорной солидарности; принцип договорной солидарности проявляется в двух аспектах – лояльности к контрагенту по переговорам и защите его интересов (в разумных пределах, соразмерных с преобладающей потребностью стороны в защите и удовлетворении собственных интересов). Нарушение обязательства добросовестности или надлежащего поведения выражено в общем принципе социальной солидарности, который в области обязательственного права предполагает взаимное обязательство сторон вести себя лояльно, и это внедоговорное обязательство должно иметь преимущественную силу как при исполнении договора, так и при его заключении и толковании перед обязательствами, предусмотренными договором или обязательствами, установленными нормами закона. Нарушение обязательства корректности и добросовестности само по себе рассматривается как неисполнение договора и порождает договорную ответственность, при этом не обязательно наличие намерения причинить ущерб контрагенту²⁰⁰.

Таким образом, добросовестность при ведении переговоров (в том числе – переговоров об урегулировании спора) обеспечивается через систему сложных взаимодействий сторон, формирующих программы своих представителей, направленные на достижение целей соответствующей стороны

²⁰⁰ Такую трактовку добросовестного поведения сторон приводит Кассационный суд Италии. См.: Buona fede Contratto preliminare Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto Risoluzione del contratto per inadempimento [Risorsa elettronica] // Cass.civ., sez. II. – 29 agosto 2011. – № 17716. – URL: <http://www.gadit.it/articolo/40960> (data di accesso: 15.08.2017).

в переговорах²⁰¹, включая задание представителям области возможной договоренности; представителей, следующих программам своих доверителей сообразно понимаемым ими обязательствам по сохранению лояльности; взаимодействия сторон или их доверителей, обусловленные потребностью сотрудничества для достижения взаимоприемлемого результата. Анализ различных подходов к переговорам, сформированных в разных сферах социальной деятельности, позволяет задать контуры ожидаемого взаимодействия индивидуальных программ согласования встречных предоставлений сторон в процессе коммерческих переговоров, в том числе направленных на урегулирование спора.

Традиционные подходы к ведению переговоров, сформировавшиеся очень давно и получившие в разное время различные обоснования, строятся на разных концепциях, но в любом случае направлены на продвижение собственной позиции с использованием имеющихся у стороны ресурсов при минимальных уступках, получение преимуществ перед другой стороной, победу над ней и подразумевают наличие проигравшей и выигравшей в поединке умов и ресурсов сторон. Такие переговоры называют позиционными. Позиционные переговоры часто используются, когда предмет переговоров – ограниченный ресурс (деньги, время); если сторона хочет увеличить свою долю в заранее определенном денежном выигрыше, когда интересы сторон противоречат друг другу или являются взаимоисключающими, а немедленный выигрыш важнее поддержания или продолжения отношений между сторонами²⁰². Однако стратегия и подходы к их проведению могут

²⁰¹ Следует согласиться с М. Е. Егоровой, констатирующей наличие у каждого субъекта договорного обязательства собственной договорной программы, обусловленной удовлетворением собственного индивидуального интереса. См.: Егорова М. Е. Прекращение обязательств: опыт системного исследования правового института [Электронный ресурс]: монография. – 2013. – Система ГАРАНТ.

²⁰² См.: Paisle R. K. FAO Training Material for International Watercourses and River Basins including Law, Negotiation, Conflict Resolution and Simulation Training Exercises [Electronic resource]. – URL: <https://iwlearn.net/documents/5134> (access date: 15.04.2018).

различаться²⁰³. При структурном подходе решающее значение в переговорах придается силовому потенциалу каждой из сторон, который оценивается по имеющимся у сторон ресурсам, тем средствам, которые стороны используют в переговорах. В зависимости от имеющихся у сторон ресурсов между сторонами возникает либо симметрия, либо асимметрия; успех переговоров зависит от имеющихся у стороны вариантов действия (альтернатив) и применяемой ею тактики. Результат переговоров рассматривается как победа над другой стороной, получение от нее уступок. Последовательно придерживаясь этого подхода, сторона упускает возможность заключить взаимовыгодное соглашение, поскольку собственные уступки другой стороне полагаются слабостью.

Стратегический подход характеризуется рациональным расчетом ходов и поиском оптимальных решений для достижения поставленных целей. Такой подход исключает применение силы (если это не входит в число доступных обеим сторонам вариантов выбора). Бихевиористские, или поведенческие, подходы к переговорам характерны для дипломатии и отличаются особым вниманием к личностным, человеческим характеристикам участников переговоров, психологическим аспектам восприятия, личным мотивам, эмоциям и навыкам. Исследователи отмечают влияние «мотивационных ориентаций» на поведение участников переговоров. По двум измерениям – степени заинтересованности в межличностных отношениях и степени заинтересованности в исходе переговоров – выделяется четыре мотивационных ориентации: индивидуалистическая (собственный результат для переговорщика на первом месте – стороне необходимо принимать этот аспект во внимание при выборе представителя и формировании инструкции для него), альтруистическая (на первом плане – результат другой стороны), состязательная (главное – победить оппонента) и нацеленная на сотрудничество

²⁰³ См.: Alfredson T., Cungu A. Negotiation Theory and Practice. A Review of the Literature [Electronic resource] // Conceptual and Technical Material. EASYPol. – 2008. – Module 179. URL:http://www.fao.org/docs/up/easypol/550/4-5_Negotiation_background_paper_179EN.pdf (access date: 15.12.2017).

(убедить оппонента – партнера по переговорам – согласиться на вариант урегулирования спора ко взаимной выгоде обеих сторон). Широко используется сочетание бихевиористского подхода, основанного на анализе поведения участников переговоров, продвижении ими своих целей при использовании индивидуального восприятия ситуации и ожиданий участников от итогов переговоров, с учетом их принадлежности к тем или иным психологическим типам, со стратегическим подходом.

При концессионном подходе переговоры рассматриваются как процесс обучения, в котором стороны реагируют на уступки, которые делает каждая из них. Уступки используются сторонами для того, чтобы обозначить собственные намерения и поощрить оппонента к изменению своей позиции. Недостаток концессионного подхода – чрезмерное сосредоточение на процессе переговоров в ущерб их цели, непредсказуемость конечного результата, который может быть получен в результате взаимного обмена уступками с контрагентом. Нетрудно заметить, что все эти подходы носят состязательный характер и направлены на получение большей выгоды в пределах заранее определенной сторонами области возможной договоренности.

В отличие от позиционных переговоров, переговоры, основанные на интересах (также называемые интегративными или принципиальными), направлены на решение общей для сторон проблемы, предполагают готовность принять во внимание интересы и ценности, особенности культуры другой стороны и в диалоге с ней выработать оригинальные решения, выгодные для обеих сторон. Интересы – это потребности переговоривающихся сторон, об удовлетворении которых стороны намерены договориться. В переговорах выделяют три вида интересов: основные, или существенные (собственно потребности, которые должны быть удовлетворены, причина, по которой стороны вступили в переговоры); процессуальные (потребность в определении способов достижения основных потребностей, порядка, в котором они будут удовлетворены); отношенческие, или психологические (потребность в

признании статуса, уважении)²⁰⁴. Как отмечает М. Бове²⁰⁵, в результате переговоров, которые он относит к самоуправляемым способам урегулирования гражданско-правовых споров, стороны преобразуют правовое противоречие в противоречие экономическое, разрешая свой конфликт на основании конкретной нормы, заключая сделку на основании предварительной оценки своих экономических интересов. Иными словами, законодатель предоставляет в распоряжение сторон переговорный инструмент, определяя возможные условия его использования, и таким инструментом является гражданский кодекс, в частности, общая и особенная части обязательственного права. Пользуясь свободой договора, стороны могут по собственному усмотрению, согласовав свои воли, путем взаимных уступок относительно первоначальных позиций договориться о выборе того или иного варианта урегулирования конфликта своих экономических интересов в установленных законом рамках, заключив ту или иную сделку. Рамки определяются императивными нормами, задающими условия признания сделки недействительной. По мнению М. Бове, если в результате переговоров заключена сделка, то в таком решении конфликта нет победившей и проигравшей стороны, поскольку это решение не было принято судьей за стороны. Представляется, однако, что это так, лишь если обе стороны действовали добросовестно во время переговоров и заключенное по результатам переговоров итоговое соглашение не является для одной из сторон кабальной сделкой.

Как для позиционных, так и для интегративных переговоров большое значение имеет объем и качество имеющейся у сторон информации об обсуждаемой проблеме, грамотность и точность ее анализа и подачи²⁰⁶. То,

²⁰⁴ См.: Paisley R. K. Op. cit. P. 55.

²⁰⁵ См.: Bove M. La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili [Risorsa elettronica]. – URL: <http://people.unica.it/carlopilia/files/2013/12/Bove.pdf> (data di accesso: 14.08.2017).

²⁰⁶ О роли информации и способах ее подачи в переговорах см.: Бьюзен Т., Гриффитс К. Супермышление в бизнесе / пер. с англ. Ю. И. Герасимчик. – Минск, 2014. – С. 112–136.

каким образом конфликт подан переговорщику, влияет на восприятие им своих задач (например, увеличить прибыль или уменьшить убытки)²⁰⁷.

Выбор того или иного подхода на разных этапах переговоров, применение позиционного подхода для решения отдельных конкретных задач в общих рамках интегративных переговоров определяются спецификой проблемы (например, фактора, который необходимо скорректировать для устранения проблемы в двусторонних отношениях), имеющимися у сторон ресурсами (временными, финансовыми). В целом соглашения, достигнутые в результате интегративных переговоров, более эффективны: такие соглашения, как правило, предусматривают возможность их пересмотра в зависимости от обстоятельств, которые могут измениться с момента их заключения, чтобы позволить сторонам продолжить исполнение для достижения общей цели. Не последнюю роль в оценке результатов переговоров сторонами играют соображения процессуальной справедливости. Немецкий конфликтолог Х. Бессемер выделяет четыре критерия, по которым можно определить качество результата переговоров. Решение проблемы должно быть справедливым, эффективным, разумным и стабильным. Способ решения проблемы справедлив, если таковым его ощущают те, «кого касается проблема и кто участвует в выработке решения»²⁰⁸. Эффективность определяется затратами времени и средств, стабильность заключается в том, что стороны признают и исполняют достигнутое соглашение, что обеспечивается отношениями сотрудничества между ними. Говоря о динамике переговоров, необходимо

²⁰⁷ См. обзор: Alfredson T., Cungu A. *Op. cit.* P. 14–15.

²⁰⁸ Цит. по: Христоф Бессемер. Медиация. Посредничество в конфликтах / пер. с нем. Н. В. Маловой. – Калуга, 2004. – С. 99). Эми Дж. Коэн также отмечает важность восприятия сторонами самого процесса переговоров: стороны, которые считают, что в процессе с ними обошлись справедливо, скорее согласятся с тем, что итоги переговоров по существу справедливы, даже если результат оказался не в их пользу. Эта же закономерность присутствует в переговорах, где стороны заведомо занимают неравное положение. См.: Cohen Amy J. *Op. cit.* P. 66.

представлять себе факторы, влияющие на неё²⁰⁹. Помимо состава участников, их целей, стратегии и тактики важную роль играют также собственные устремления каждого из участников, равно как и факторы внешней среды. Право и, более узко, установленные им правила ведения переговоров служат компенсаторным механизмом, позволяющим уравновесить психологические факторы (такие, как поведение человека в условиях неопределенности и сложного выбора) с экономическими (такими, как ожидаемые результаты от переговоров), а также зафиксировать результаты достигнутых договоренностей в социально приемлемой и защищаемой законом форме, обеспечивающей их исполнение. В связи с этим, оценивая с правовой точки зрения факторы, оказывающие влияние на принятие решения, целесообразно принять во внимание междисциплинарный характер этого процесса и обратиться в том числе к исследованиям американского экономиста и социолога, лауреата Нобелевской премии Г. А. Саймона. Герберт А. Саймон предложил концепцию ограниченной рациональности (*bounded rationality*), согласно которой при определении цели следует учитывать уровень устремлений (*aspirational level*) лица, принимающего решение, а также то, что принимаемое решение будет относительно хорошим, но не лучшим. Помимо собственных мыслительных способностей, позволяющих человеку глубоко проанализировать все имеющиеся варианты действий и по результатам анализа принять информированное решение, способность принять самое оптимальное решение ограничивается нехваткой информации, а также ясного понимания целей и средств, определяющих содержание и оформление решения. Сложности выбора заданы набором имеющихся альтернатив выбора, отношений, задающих отдачу от выбранной альтернативы, и установленной очередностью результатов выбора от более к менее предпочтительным²¹⁰. На результаты выбора влияет

²⁰⁹ См.: Stamato L. The New Age of Negotiation [Electronic resource] // Ivey Business Journal. – July/August 2004. – URL: <http://iveybusinessjournal.com/publication/the-new-age-of-negotiation/#.U58JKrHDWnI> (access date: 13.08.2017).

²¹⁰ См.: Simon Herbert A. A Behavioral Model of Rational Choice [Electronic resource] // The Quarterly Journal of Economics. – 1955. – Vol. 69, № 1. – P. 100. – URL:

также внешняя среда и ее непредсказуемость. Поэтому вместо оптимального результата выбирается решение, удовлетворительное и достаточное в данной ситуации. Характеризуя такое решение, Г. Саймон использует термин *satisficing - satisfying* (удовлетворительный) + *sufficient* (достаточный). В связи с этим представляет интерес исследование содержания договоров, предпринятое Д. А. Архиповым. Рассматривая вопросы правового распределения договорных рисков, он фактически основывает свои выводы на теории ограниченной функциональности, отмечая, что, согласуя условия договора, стороны преследуют цели взаимной выгоды. При этом, несмотря на то, что стороны вправе самостоятельно сформулировать правила своего поведения, на практике они в большинстве случаев выбирают вариант решения, сформулированный законодателем в диспозитивной норме и применяемый по умолчанию. Причиной этому служит не только собственная лень сторон, но и то, что такие нормы применяются повсеместно и в отношении таких норм имеется устойчивая судебная практика. Для всех сторон этот выбранный по умолчанию вариант не оптимален, но удовлетворителен и достаточен. В результате диспозитивные нормы становятся необыкновенно устойчивыми, превращаясь в квази-императивные²¹¹.

Универсальность переговоров как механизма урегулирования предпринимательских споров обуславливает ценность и прикладное значение исследований, проведенных специалистами в сфере менеджмента и социологии, для правового оформления порядка проведения переговоров и их результатов. В качестве примера рассмотрим некоторые работы французских специалистов, предпринявших исследования природы коммерческих переговоров в последние годы. Представляется, что все они иллюстрируют диалектическую связь, существующую между регулируемым материальным правом отношениями, образующими предмет переговоров (в том числе

<http://links.jstor.org/sici?sici=0033-5533%28195502%2969%3A1%3C99%3AABMORC%3E2.0.CO%3B2-A> (access date: 20.04.2017).

²¹¹См.: Архипов Д. А. Распределение договорных рисков в гражданском праве. Экономико-правовое исследование. – М., 2012. – С. 75–78.

породившими спор, на урегулирование которого направлены переговоры), и процессом достижения итоговой договоренности.

Отмечая редкость исследования коммерческих переговоров как во французской, так и в международной литературе, И. Барт и Л. Бобо предлагают свое определение коммерческих переговоров как «повторяющегося обмена информационными потоками между сторонами с целью обмена потока товаров/услуг на финансовый поток, при этом в условиях перевода платежей в виртуальное поле финансовые потоки вписываются в информационные»²¹². Таким образом, суть переговоров состоит в повторяющемся обмене (и обработке) информации, направленном на достижение коммерческих целей сторон посредством установления порядка и условий обмена взаимными предоставлениями. В данном определении переговоры понимаются как динамическое согласование воли сторон, при котором особая роль отводится технико-информационной стороне этого процесса.

Р. Дармон предлагает концептуально определить коммерческие переговоры как процесс, который каждая из сторон полагает предпочтительным сохранению существующего положения²¹³ и который предполагает: 1) участие двух или более сторон, рассматривающих возможность обменять имущество и (или) услуги на встречное предоставление, по общему правилу – финансовое; 2) наличие той или иной степени риска для каждой из них; 3) расхождение целей и интересов сторон; 4) наличие у каждой из сторон определенной свободы действий (полномочий) в отношении обмена информацией, формулирования предложений, принятия предложений другой стороны или отказа от них; 5) существование цели – договориться об установлении или поддержании коммерческого отношения (полагаем, что сюда же можно добавить изменение или прекращение отношений участников); 6) установление срока отношений (краткосрочность или долгосрочность). В

²¹² См.: Barth I., Bobot L. Penser la négociation commerciale aujourd'hui // *Négociations*. – 2011/1. – № 15. – P. 5–9.

²¹³ См.: Darmon René Y. Les négociations commerciales : proposition d'une typologie // *Négociations*. – 2011/1. – № 15. – P. 34.

концепции Р. Дармона фактически объединены два момента: преддоговорный (каждая из сторон занимается сбором и анализом информации для того, чтобы установить, какова экономическая целесообразность и правовые риски вступления в переговоры с другой стороной, определить объем полномочий, необходимых для ведения переговоров и оформления итогового соглашения, сформулировать программу для представителя) и одна часть переговорного процесса – формирование повестки дня.

Строя типологию коммерческих переговоров по поводу заключения договора купли-продажи на основе 1) характеристик задействованных в них сторон (частные лица, действующие за свой счет или за счет представителя, юридические лица), 2) их роли в сделке, на заключение которой направлены переговоры, 3) уровня существенности рисков каждой из сторон в случае, если они договорятся, как и в случае, если договоренность не будет достигнута, Р. Дармон в зависимости от желаемого результата выделяет: переговоры, направленные на заключение конкретной срочной сделки; переговоры об установлении длящихся отношений; междисциплинарные переговоры и переговоры о партнерстве. Таким образом, в классификации переговоров, предложенной Р. Дармоном, определяющую роль играет показатель цели, преследуемой сторонами.

К. Дюпон понимает под коммерческими переговорами в широком смысле этого слова ситуации, в которых лицо, предлагающее товары или услуги (продавец/поставщик), и соответствующий заказчик имеют целью заключить договор об обмене материального или нематериального актива на денежную ценность²¹⁴. Несложно заметить, что за основу всех этих определений переговоров их авторы вполне обоснованно берут цель, на достижение которой направлен обмен информацией (торг по поводу обмена предоставлениями): продать или купить товар или услугу на договорных условиях, согласуемых в процессе обмена информацией.

²¹⁴ См.: Dupont Ch. Les négociations commerciales // *Négociations*. – 2011/1. – № 15. – P. 11–32. DOI : 10-3917/nrg.015.0011.

С позиции участника деловых переговоров их можно рассматривать как воплощенную возможность достичь цели благодаря совпадению, случайному или спровоцированному, личного интереса данного участника переговоров с интересами другой стороны (индивидуума, предприятия или организации). К. Дюпон справедливо полагает, что технологическую модель построения процедуры международных переговоров (так называемая модель Кременюка)²¹⁵ вполне возможно применить к коммерческим переговорам между профессиональными предпринимателями. Модель переговоров включает стратегию, которую определяют действующие лица – исходя из поставленных ими целей, лежащих в сфере материально-правового регулирования, они задают структуру переговоров; стратегия определяет процедуру, процедура – результат. Предлагаемая К. Дюпоном классификация возможных результатов переговоров по степени воздействия внешних факторов на стороны переговоров или на одну из них имеет значение и для итоговых соглашений об урегулировании спора. Рассматривая решения, к которым стороны приходят в результате переговоров об урегулировании спора, К. Дюпон классифицирует решения по способу их принятия и степени воздействия внешних экономических и правовых факторов: такие решения могут быть конфликтными, принятыми в результате сотрудничества или смешанными; навязанными силой (принуждением в результате столкновения, противостояния; путем манипуляций (псевдопереговорные); конкуренцией (рыночной ситуацией)). По способу принятия решений он выделяет решения, принятые третьими лицами (решение, принятое по иерархии; решение, принятое в результате процесса (судебного или квазисудебного)) и путем голосования. В отдельную группу Дюпон выделяет решения, принятые по результатам экспертизы и процедуры, связанные с временным фактором (принятие решения отложено на определенное время или на время консультаций).

²¹⁵ Kremenjuk Victor A. The Emerging System of International Negotiation // International Negotiation. Analysis, Approaches, Issues. – 2nd ed. – Dublin, 2002.

Чтобы выработать стратегию переговоров, переговорщик должен определить основные направления своих действий. Эти стратегические направления могут объединяться и сочетаться²¹⁶. Определяя направления своих действий, переговорщик постоянно выбирает: 1) между стратегией сотрудничества и стратегией конфронтации; 2) между фронтальными прямыми действиями и обходными и непрямыми маневрами; 3) между быстрым развитием переговоров (давление времени) или медленным (например, дробление переговоров на множество этапов или «переговорный марафон»); 4) между полными или частичными договоренностями, условными или отсроченными.

К. Тюдеро описывает переговоры как социальную деятельность²¹⁷, распространяющуюся на все, что требует приспособления или гармонизации противоположностей²¹⁸. К. Тюдеро предпринял попытку создать типологию переговоров, предложив выделить два основных режима переговоров – «примирение» (*composition*) (неполный или составляющий основу следующего) и собственно «переговоры» (*négociation*). Сообразно предмету переговоров (установление прав на имущество, определение правил, урегулирование или прояснение вопросов, связанных с личностями участников или нематериальными ценностями) он выделил уровни, или регистры, переговоров. Примирение здесь понимается как компромисс, достигнутый сторонами относительно предмета переговоров и повестки дня.

К. Тюдеро отличает межличностные и институционные переговоры. Межличностные переговоры локализованы (касаются только данных

²¹⁶ М. Кателино (Marc Cathelineau) рассматривает в качестве основных измерений для выработки стратегии соотношение сил и градицию отношений между сторонами от конфликта до сотрудничества, измеряемые уровнем доверия между сторонами. На пересечении этих двух измерений выявляются шесть стратегий, три из которых носят «дистрибутивный/сопоставительный» характер, три другие относятся к стратегиям сотрудничества. См.: Cathelineau M. *Négociation gagnante*. – Interéditions, France, 1992. – P. 94–106.

²¹⁷ Thuderoz Ch. *Regimes et registres de négociation // Négociations*. – 2009/2. – № 12. – P. 107–118.

²¹⁸ *Ibidem*. P. 108.

конкретных людей в данном конкретном месте), часты, подразумеваемы и мало вербализованы (участники не считают, что переговариваются, они лишь без лишних слов подстраиваются друг к другу). Результат таких переговоров невозможно предсказать (игра вырисовывается по ходу взаимодействия), и они не подразумевают скрупулезной переговорной работы.

Институционные переговоры (в том числе коммерческие): 1) очевидны (все участники осознают, что они присутствуют затем, чтобы переговариваться, и знают, что об этом знают другие); 2) вербализованы (происходит обмен аргументами, вырабатываются противоречивые заявления); 3) им придан определенный ритуал. Кроме того, при этом ведется переговорная работа. Это игра, в процессе которой участники стремятся усложнить или упростить проблему, придать ей универсальный или сингулярный характер, обезличить ее, спланировать взаимодействие в ходе переговоров (даты встреч, порядок завершения процесса) и задать своему взаимодействию определенные церемониальные рамки (порядок предварительного обсуждения, заявления для прессы, перерывы в заседаниях и т.п.). Наконец, стороны стремятся придать складывающимся в процессе переговоров отношениям договорный характер и легализовать их (путем составления протокола, содержащего ссылки на статьи закона). На протяжении переговоров их участники стремятся построить доверительные отношения друг с другом (если они ведут переговоры от своего имени и в своих интересах) и (если речь идет о представителях сторон) подтвердить свою лояльность доверителям и последовательность в исполнении данного им поручения.

В режиме переговоров переговорщики могут преследовать разные цели: 1) торговаться о предметах или правах на эти предметы; 2) устанавливать правила или принимать решения; 3) определять принципы или бороться за признание собственной значимости как партнера, своего статуса как личности; защищать или продвигать собственные ценности.

Первый регистр таких переговоров – торг по поводу обмена встречными предоставлениями. Для него характерны скрытность (сокрытие от других

участников своих истинных предпочтений), принуждение (навязывание другой стороне определенного порядка предпочтений, обсуждения вопросов повестки дня) и убеждение (аргументация, направленная на изменение предпочтений другой стороны или на то, чтобы убедить ее в выгодности предложения, которое ей делают).

Иная цель и специфика у переговоров по урегулированию (они проводятся «для того, чтобы», а не только «из-за»)²¹⁹. Из ведут стороны, вынужденные сосуществовать и взаимодействовать внутри одной системы, для совместной выработки правил, следуя которым, стороны смогут прийти к решению общей задачи. Предметом таких переговоров может быть процедура или предмет. Участники таких переговоров движутся от постановки вопроса (стороны должны согласиться о том, что на повестке дня стоит общий для них вопрос) к возможному решению (которое они должны выбрать) через выработку и проработку вариантов решения (problem-solving process). Такие переговоры обязательно включают интегративную составляющую²²⁰. В любой момент стороны могут, договариваясь между собой, вернуться на предыдущий этап (заново поставить вопрос, заново выработать решения, задать новые

²¹⁹ Thuderoz Ch. Op. cit. P. 112.

²²⁰ При формировании предложений по ходу переговоров целесообразно учитывать результаты исследований о влиянии различных факторов, прежде всего связанных с поведением человека, на принятие решений экономического характера. Нобелевские лауреаты психологи Д. Канеман и В. Смит, заложившие основы бихевиористской (определяемой поведением человека) и экспериментальной экономики, доказали, что принятие решений на рынке, которое экономисты традиционно полагали мотивированным исключительно собственными интересами и рациональностью участников коммерческого оборота, зависит от восприятия ими решаемой задачи, своего предыдущего опыта и интуитивных предпочтений. Под рациональностью здесь понимается логическое и систематическое использование имеющейся информации для оптимального выбора решения. При этом учитываются имеющиеся альтернативы, поставленная цель, и предполагается полное осознание грядущих последствий принятых в текущий момент решений. См.: Foundations of Behavioral and Experimental Economics: Daniel Kahneman and Vernon Smith [Electronic resource] // Advanced information on the Prize in Economic Sciences 2002. – 17 december 2002. – URL: http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2002/advanced-economicsciences2002.pdf (access date: 12.08.2017).

критерии выбора)²²¹. Таким образом, К. Тюдеро выделяет в качестве особой черты переговоров их обратимость.

Несколько сужая подход К. Тюдеро, Л. Мерме рассматривает переговоры не как способ принятия решения, а как способ построения организации и примирения, сосуществования с другими участниками²²². Переговоры – это лишь эпизод в череде стратегических действий переговорщика, направленных на изменение ситуации (или на ее сохранение в неизменном виде). По мнению Л. Мерме, понятие примирения позволяет согласовать два уровня организации: переговоров как способа действия для переговорщика и как коллективного способа действия для всех переговорщиков в совокупности²²³. Таким образом, говоря о примирении, Л. Мерме на самом деле говорит о проблеме адекватного выражения своей воли для каждой из сторон переговоров и о формировании единой воли сторон, необходимой для заключения договора – для всех участников переговоров.

Л. Водо, как и Л. Мерме, помещает переговоры посредине между сотрудничеством и конфликтом и в зависимости от их близости к тому или иному полюсу выделяет переговоры, направленные на сотрудничество, интегративные переговоры (цель – убедить), смешанные переговоры (сочетающие признаки и приемы интегративных и состязательных переговоров) и состязательные (цель – победить)²²⁴.

Рассматривая переговоры как способ примирения, Л. Мерме сравнивает их с петелькой в едином вязаном организационном полотне, позволяющей наладить связь (или разорвать ее). Участник переговоров, желающий (или вынужденный) примириться, будет для этого взаимодействовать с другими, и у него будет выбор: взаимодействовать с другой стороной напрямую или через

²²¹ См.: Thuderoz Ch. Op. cit. P. 113.

²²² См.: Mermet L. La négociation comme mode de composition dans les systèmes d'action complexes // *Négociations*. – 2009/2. – № 12. – P. 121–122.

²²³ Ibidem. P. 120.

²²⁴ См.: Vodoz L. Enjeux et limites du recours à la négociation // Ruegg J., Mettan N., Vodoz L. *La négociation : son rôle, sa place dans l'aménagement du territoire et la protection de l'environnement*. – Lausanne, 1992. – P. 279–296.

представителя либо уклоняться от такого взаимодействия²²⁵. Далее ему придется выбрать порядок управления взаимодействием: участник переговоров может руководствоваться в своих действиях различиями, наблюдаемыми между участниками, либо, напротив, сходствами между ними, либо и тем и другим одновременно или попеременно. Готовность учесть и сходства, и различия образует основу для переговоров. Таким образом, Л. Мерме видит процесс переговоров как своего рода противоборство индивидуальных программ переговорщиков.

Различие между тремя группами способов примирения определяется выбором порядка управления (*guidage*) взаимодействием: противительным, сотрудничеством и «переговорным». Внутри каждого из этих способов по выбору порядка взаимодействия выделяются способы, основанные на избегании, помощи третьего лица или непосредственном взаимодействии сторон.

Способ примирения определяет порядок взаимодействия сторон. При этом во взаимодействии сторон может быть задействовано несколько способов примирения одновременно. Переговорная стратегия вписана в более широкую стратегию достижения соглашения. Л. Мерме отмечает, что на самом деле порядок достижения договоренностей неразрывно связан с их содержанием.

Не применяя к заданной сторонами стратегии построения переговоров оценочных категорий добросовестности, Л. Мерме тем не менее вводит определение псевдопереговоров – процедур, заменяющих принятие решений, и псевдосотрудничества – молчаливого противостояния. Если участники обмениваются мнениями и предложениями, проявляя желание найти общее решение, то они используют переговоры как способ (порядок действий), целью которого является достижение соглашения. Если переговоры одновременно являются и способом действий, и образцом (моделью поведения – очевидно, речь идет о добросовестности поведения), можно говорить об эффективных

²²⁵ Mermet L. Op. cit. P. 122–123.

переговорах. Если это способ, но не модель, речь идет о псевдопереговорах. Так же псевдосотрудничеством является молчаливое противостояние. Если же переговоры взяты за образец, но не признаются или не афишируются сторонами как способ действий, то речь идет о молчаливых переговорах – взаимодействии сторон, которое они сами не воспринимают как переговоры²²⁶.

Исследования мотивации, роли и использования экономических и моральных стимулов имеют несомненную практическую ценность для усиления эффективности переговоров. Эти исследования позволяют наиболее эффективно оформить результаты достигнутых по итогам переговоров договоренностей, закрепить их и сформулировать стимулирующие к добросовестному исполнению положения, в том числе о штрафных санкциях²²⁷.

Определение переговоров как механизма согласования воли сторон. Поскольку законодатель не дает определения переговоров, полагаем целесообразным на основе проведенного анализа различных подходов к определению понятия переговоров обозначить общие черты, присущие этому способу взаимодействия сторон, целью которого может быть и урегулирование спора. Все исследователи отмечают, что речь идет об общении (целенаправленном обмене информацией, не обязательно устном) между несколькими участниками; это общение определенным образом структурировано; оно предполагает наличие у участников права вести переговоры (выражать свою волю), намерения добросовестно согласовать свои

²²⁶ Л. Мерме схематически изображает переговоры как способ достижения соглашения (примирения): в нем переговоры выступают как модель и/или порядок действия сторон, см.: Mermet L. Place et conduite de la négociation dans les processus de décision complexes : l'exemple d'un conflit d'environnement // La négociation : situations et problématiques / Faure G. O., Mermet L., Touyard H., Dupont Ch. (éd.). – Paris, 1998. – P. 126. Перевод и краткое изложение см.: Гайдаенко Шер Н. И. Альтернативные механизмы разрешения споров как механизм формирования благоприятной среды для предпринимательской деятельности. С. 82.

²²⁷ См.: Fehr E., Falk A. Psychological foundations of incentives // European Economic Review. – 2002. – Vol. 46. – P. 687–724 [Electronic resource]. – URL: <http://www.econ.uzh.ch/dam/jcr:fffff-9758-127f-0000-0000142fe80f/PsychologicalFoundations.pdf> (access date: 20.04.2017).

воли с тем, чтобы свободно по взаимному согласованию выбрать варианты решения, отвечающие коммерческим целям каждой из сторон.

Представляется, что переговоры можно определить как структурированную систему добровольного волевого взаимодействия²²⁸ сторон (субъектов гражданского права) или их уполномоченных представителей²²⁹, опосредуемую вербально (как в устной форме, так и в письменной, с использованием любых средств коммуникации²³⁰), направленного на установление, сохранение или изменение отношений между участниками. Правовой смысл переговоров заключается в согласовании воли сторон. Если стороны не договорились об ином, переговоры обратимы (возможно вернуться к исходному пункту) и неокончательны. Это определение пригодно и для переговоров между предпринимателями по поводу возникшего между ними спора или разногласия.

Статьи ГК РФ, вступившие в силу с 1 июня 2015 г., имеют большое значение для упорядочения отношений сторон в коммерческом обороте. Они отражают лучшую международную практику и в частности принципы добросовестного ведения коммерческих переговоров, изложенные в таких инструментах *lex mercatoria*, как Принципы международных коммерческих

²²⁸ Как отмечал В. А. Ойгензихт, «волевое действие связано с работой сознания и направляется на осознанную цель, но сама эта цель вызывается побуждениями, отражающими потребности и интересы. Волевая деятельность происходит на основе сознательного регулирования и направления ее личностью» (Ойгензихт В. А. Проблема риска в гражданском праве. – Душанбе, 1972. – С. 49). О категориях воли и волеиспособности см.: Политова И. П. Категория воли в гражданском праве России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2014.

²²⁹ Совместное волеизъявление субъектов, действующих через представителей, обладает определенными особенностями. По мнению В. А. Ойгензихта, «передача воли» происходит в момент выбора представителя, определения его полномочий. Своими действиями «представитель реализует волю представляемого, восполняет ее, совмещая с ней свою волю» (Ойгензихт В. А. Альтернатива в гражданском праве. – Душанбе, 1991. – С. 53).

²³⁰ В том числе путем «сообщения данных» в смысле п. «а» ст. 2 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле. Текст на русском языке см. на официальном сайте Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНИСТРАЛ) [Электронный ресурс]. – URL: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/05-89452_Ebook.pdf (дата обращения: 15.08.2017).

договоров УНИДРУА (далее – Принципы УНИДРУА)²³¹. Профессор Фрибургского университета П. Пишонна отмечает, что настоящий смысл «принципа» или типовой нормы схож с богом Янусом, одна голова которого обращена в прошлое с тем, чтобы выявить направления для дальнейшего развития, вторая – обращена в будущее с тем, чтобы повлиять на это развитие в том или ином направлении²³².

Статья 434.1. ГК РФ «Переговоры о заключении договора», вступившая в силу с 1 июня 2015 г., в ч. 1 устанавливает общий принцип свободы субъектов гражданского права (физических и юридических лиц) в проведении переговоров о заключении договора (в том числе и об урегулировании спора), который, однако, может быть ограничен или отменен законом или договором сторон. Таким образом, определена свобода сторон вести переговоры в любой форме (устной, письменной) – участвовать в процессе, но не отвечать за его результат²³³. Свобода стороны вести переговоры подразумевает также и ее право в любой момент прекратить их без указания причин, если ее не устраивают предложенные другой стороной условия, и само по себе

²³¹ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010 [Electronic resource]. – Rome : International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT). – 2010. – URL: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf> (access date: 13.08.2017). Текст на русском языке см.: Принципы международных договоров УНИДРУА 2010 / пер. с англ. А. С. Комарова. – М., 2013.

²³² См. Pichonnaz P. Les principes en droit européen des contrats: De règles communes à une compréhension partagée [La ressource électronique] // S. Besson, P. Pichonnaz, avec la collaboration de M.-L. Gächter-Alge. Les principes en droit européen Principles in European Law. – Genève Zurich Bâle : Schulthess Médias Juridiques SA, 2011. – P. 290. – URL: http://www.unifr.ch/ius/assets/files/chaires/CH_Pichonnaz/files/Principes-2011_pdf.pdf (la date de l'accès: 20.03.2018).

²³³ В. В. Богданов указывает на переходный характер преддоговорных отношений, их сложноструктурированный объект, включающий в том числе обязанность добросовестного ведения переговоров как «сложный комплекс моделей должного поведения». См.: Богданов В. В. Преддоговорные отношения в российском гражданском праве [Электронный ресурс] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2011. – URL: <http://www.dissercat.com/content/preddogovornye-pravootnosheniya-v-rossiiskom-grazhdanskom-prave#ixzz3heoXbkq1> (дата обращения: 20.03.2018).

прекращение стороной переговоров не свидетельствует о ее недобросовестности²³⁴.

По общему правилу стороны самостоятельно несут расходы по ведению переговоров. Таким образом, законодатель предполагает возможную обратимость процесса переговоров (недостижение результата о заключении первоначально предполагавшегося к заключению договора во время первых переговоров не лишает стороны возможности вернуться к переговорам о заключении договора, который, как было выяснено во время первых переговоров, лучше отвечает интересам сторон, нежели первоначально планировавшийся). Диспозитивность данной нормы предполагает, что стороны могут договориться об обратном, то есть о том, что стороны обязаны вести переговоры в определенных в договоре обстоятельствах, что расходы относятся на третьих лиц, и несут ответственность (прежде всего, материальную) в случае, если соглашение не достигнуто.

Пункт 2 ст. 434.1 ГК РФ устанавливает обязательство сторон действовать добросовестно²³⁵ в течение всех переговоров с момента вступления в них и до их завершения. Недобросовестность может проявляться в том, что сторона вступает в переговоры, заведомо не желая договориться. Кроме того, согласно указанной статье «недобросовестными действиями при проведении переговоров предполагаются: 1) предоставление стороне неполной или недостоверной информации, в том числе умолчание об обстоятельствах, которые в силу характера договора должны быть доведены до сведения другой стороны».

²³⁴ Такая позиция Верховного Суда РФ (п. 19 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» [Электронный ресурс] // Бюллетень ВС РФ. – 2016. – № 5. – Система ГАРАНТ) перекликается с позицией Федерального суда Швейцарии. Подробнее см.: Rouiller N. Devoirs précontractuels (culpa in contrahendo): L'identification exacte de leur violation et de ses conséquences Droit suisse et travaux d'harmonisation internationaux et européens // Bulletin Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne (CEDIDAC). – 2006. – № 45. – P. 1–6.

²³⁵ О значении включения в ГК РФ принципов добросовестности и преддоговорной ответственности см.: Маковский А. Л. Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / вступ. ст. А. Л. Маковского. – М., 2009. – С. 26.

Признаки добросовестности поведения стороны в переговорах определяются в каждом конкретном случае и систематизируются в судебной практике. Пока российские суды нарабатывают практику по данной тематике, целесообразно ознакомиться с разработками судебных инстанций других стран. Так, например, Федеральный суд Швейцарии указывает, что «во время переговоров стороны должны действовать добросовестно. Начало переговоров уже создает правоотношение между собеседниками и налагает на них взаимные обязанности. Так, каждая сторона обязана вести переговоры серьезно²³⁶, согласно своим подлинным намерениям²³⁷. В частности, она обязана прекратить переговоры, если по ходу переговоров у нее пропало намерение заключить договор²³⁸. Кроме того, она обязана уведомить другую сторону, в степени, совместимой с практическими потребностями собственной коммерческой деятельности, об обстоятельствах, способных повлиять на ее решение заключить договор, либо заключить его на определенных условиях»²³⁹. Обязательство вести себя серьезно во время переговоров предполагает в том числе обязанность вести переговоры таким образом, чтобы не создать впечатление, что воля заключить договор сильнее, чем на самом деле²⁴⁰ (сторона не должна вводить партнера по переговорам в заблуждение относительно параметров своего решения заключить договор). Пределы обязанности сторон уведомить другую сторону об обстоятельствах, способных повлиять на решение другой стороны, «зависят от обстоятельств конкретного

²³⁶ Серьезность в переговорах подразумевает обязательство формулировать предложения, соотносимые с предметом и экономической важностью рассматриваемого к заключению договора, а также проявлять активное и позитивное отношение по ходу движения к итоговому соглашению, см.: Schmidt J. La période précontractuelle en droit français // *Revue internationale de droit comparé*. – 1990. – № 2. – Ref. 69. – P. 560.

²³⁷ TF, 17.11.2005 (JdT 2006 I 163) с. 3.1 (1^{er} §, 2^{ème} phrase) ; TF, 29.4.2003, 4C 381/2002 с. 5.1.

²³⁸ TF, 30.01.2001, 4C253 2000 с. 3с: нарушение преддоговорных обязательств имеется, если сразу после того, как стороне стало известно об обстоятельствах, способных разубедить сторону в заключении договора, она продолжила переговоры или, по крайней мере, не известила другую сторону о намерении выйти из дела.

²³⁹ TF, 17.11.2005 (JdT 2006 I 163) с. 3.1 (3^e § i f).

²⁴⁰ TF, 29.4.2003, 4C 381/2002 с. 5.1 ; TF, 29.10.2001 (SJ 2002 I 164) с. 3а.

дела, в частности, от природы договора, *того, как проходили переговоры* (курсив мой. – Н. Г. Ш.), равно как от намерений и познаний участников переговоров»²⁴¹. При этом предполагается обязанность обеих сторон тщательно готовиться к переговорам: обязательство уведомления не распространяется на обстоятельства, которые другая сторона должна знать сама: «Правила добросовестности, на которых основана преддоговорная ответственность, не обязывают сторону предпринять юридические исследования, *которые она в равной мере* вправе ожидать со стороны своего контрагента), но предполагают обязанность избегать умолчаний или двусмысленностей относительно собственных намерений стороны»²⁴².

При этом ни продолжительность переговоров, ни тот факт, что стороне, из-за которой переговоры были прекращены, было известно о средствах, затраченных другой стороной на их проведение, не достаточны для того, чтобы рассматривать прекращение переговоров как *culpa in contrahendo*. Сторона, понесшая расходы до заключения договора, несет их на свой риск²⁴³.

Непосредственно с обязательством добросовестно вести переговоры связана ст. 431.2 ГК РФ, устанавливающая ответственность в виде возмещения убытков или уплаты предусмотренной договором неустойки за предоставленные другой стороне недостоверные *заверения об обстоятельствах*, имеющих существенное значение для заключения договора, его исполнения или прекращения. При этом действия стороны, предоставившей

²⁴¹ ТФ, 30.10.2002, 4С.202/2002 с. 3.

²⁴² ATF 106 II 36 с. 5 (42).

²⁴³ ТФ, 17.11.2015 (JdT 2006 I 166) с. 3.1 i f. Преддоговорная ответственность может возникнуть только на ограничительных условиях, в частности, когда договор – предмет переговоров – должен быть совершен в определенной форме (например, договор аренды недвижимости). Нужно установить, с одной стороны, что сторона могла разумно ожидать определенного поведения от своего партнера с учетом его отношения в переговорах и, с другой стороны, что это доверие было обмануто. См.: Kuonen N. La responsabilité précontractuelle // Série Travaux de la faculté de droit de l'Université de Fribourg, 260. – Zurich, 2007. – P. 1534–1535. См. также: Piotet P. Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse. – Berne, 1963. – 149 p.; Rouiller N. Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats. – Lausanne, 2006; Knoepfler F. Pourparlers précontractuels, promesse de conclure et droit d'option en matière de bail : 10^e Séminaire sur le droit du bail. – Neuchâtel, 1998.

недостоверные данные, должны быть недобросовестными – она должна исходить из того, что другая сторона будет на них полагаться или иметь разумные основания для такого предположения, то есть умышленно обманывать или вводить другую сторону в заблуждение. По общему правилу, сторона, предоставившая ложные заверения, и зная, что другая сторона будет на них полагаться, несет ответственность вне зависимости от своей вины, если заверения сделаны при осуществлении предпринимательской деятельности. Ограничить ответственность за недобросовестные действия при ведении переговоров (а следовательно, и за недостоверные заверения) стороны не могут, поскольку такое соглашение ничтожно (ч. 5 ст. 434.1 ГК РФ).

Разумные основания имеются, например, если другая сторона специально запросила соответствующие заверения либо включила специальные положения о заверениях в проект договора, представленный на обсуждение во время переговоров. Эти положения имеют существенное значение для стороны, которая их запрашивает.

Таким образом, соглашение о порядке ведения переговоров может предусматривать отсылку к данной статье и включать статью о неустойке, а также оговаривать возможность отказаться от договора, заключенного под влиянием ложных заверений, предоставленных в процессе его заключения. Последствия заверений, не соответствующих действительности, должны быть существенными (ст. 431.2 «Заверения об обязательствах» ГК РФ).

Часть 3 ст. 434.1 ГК РФ предусматривает обязанность стороны, которая ведет или прерывает переговоры о заключении договора недобросовестно, возместить другой стороне причиненные этим убытки.

«Убытками, подлежащими возмещению недобросовестной стороной, признаются расходы, понесенные другой стороной в связи с ведением переговоров о заключении договора, а также в связи с утратой возможности заключить договор с третьим лицом». Комментарий к ч. 2 ст. 2.1.15 Принципов

УНИДРУА уточняет, что выгода, которую сторона имела бы, если бы договор был заключен, по общему правилу не подлежит возмещению²⁴⁴.

Формулировка ч. 4 ст. 434.1 ГК РФ: «Если в ходе переговоров о заключении договора сторона получает информацию, которая передается ей другой стороной в качестве конфиденциальной, она обязана не раскрывать эту информацию и не использовать ее ненадлежащим образом для своих целей независимо от того, будет ли заключен договор.», – представляет собой практически полную цитату первого предложения ст. 2.1.16 Принципов УНИДРУА²⁴⁵. При нарушении этой обязанности сторона должна возместить другой стороне убытки, причиненные в результате раскрытия конфиденциальной информации или использования ее для своих целей²⁴⁶.

Практически буквальное воспроизведение текста принципов УНИДРУА²⁴⁷ в ГК РФ свидетельствует о том, что законодатель усовершенствовал редакцию статей, имеющих общий характер, таким образом, чтобы, как подчеркивал А.С. Комаров, способствовать их пониманию и применению как норм частного права, усиливая роль гражданского права как регулятора экономических отношений, построенных на рыночных отношениях²⁴⁸.

Обязанностям сторон, предшествующим заключению договора и ответственности за их нарушение (*culpa in contrahendo*), посвящены многочисленные работы зарубежных и отечественных исследователей²⁴⁹.

²⁴⁴ См.: Принципы международных договоров УНИДРУА 2010. С. 60.

²⁴⁵ Там же. С. 62.

²⁴⁶ Там же. С. 64. См. комментарий к ст. 2.1.17.

²⁴⁷ См.: Комаров А. С. Принципы УНИДРУА как источник транснациональных норм права о международных коммерческих договорах: вступит. статья // Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010. – С. IX.

²⁴⁸ О положительном влиянии этих законоположений на инвестиционный климат в стране см., в частности: Витрянский В. В. Общие положения о договоре в условиях реформирования российского гражданского законодательства / Кодификация российского частного права. 2015 / под ред. П. В. Крашенинникова. – М., 2015. – С. 80–82.

²⁴⁹ Об отражении этой возникшей в немецком праве концепции, тесно связанной с обязанностью сторон вести себя добросовестно, в практике общего права, где доктринальные функции этого института выполняют в том числе доктрины небрежности

Продолжительность ранней стадии переговоров, признаки перехода процесса согласования волю участников по поводу ожидаемых взаимообусловленных представлений в стадию, когда прекращение переговоров рассматривается как недобросовестное и превращается в основание для наступления ответственности, ее специфическая природа на стыке договорной и деликтной, становятся предметом многочисленных исследований.

Обратившись к истокам формирования основных подходов к вопросам ответственности за ведение переговоров, отметим две основные тенденции: первая рассматривает ответственность из ненадлежащего ведения переговоров при заключении договора (*culpa in contrahendo*) как договорную и квазидоговорную²⁵⁰, поскольку она наступает на позднем этапе переговоров, когда по всем существенным условиям обсуждаемого соглашения стороны достигли договоренности, и ответственность за недобросовестное поведение сторон на предварительной фазе переговоров (фазе формирования консенсуса), когда контакты между сторонами еще не привели к выработке «совершенного» договора, и стороны только исследуют пригодность согласуемых условий для

(negligence), ограничения права на возражение (*estoppel*) и подразумеваемого договора (*implied contract*), см.: Kessler F., Fine E. *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study* [Electronic resource] // Faculty Scholarship Series. – 1964. – P. 2724. – URL: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2724 (access date: 10.08.2017). См. также: Бекленищева И. В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции. – М., 2006. – С. 163–169.

²⁵⁰ Среди российских исследователей мнения о квазидоговорной, автономной природе преддоговорной ответственности придерживается К. В. Гнищевич, обосновывая свой подход тем, что она наступает независимо от результата переговоров, а в ее основе лежит виновное нарушение обязанности добросовестного поведения в переговорах. См.: Гнищевич К. В. Преддоговорная ответственность в гражданском праве (*culpa in contrahendo*) [Электронный ресурс]: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – СПб, 2010. – URL: <http://www.dissercat.com/content/preddogovornaya-otvetstvennost-v-grazhdanskom-prave-culpa-contrahendo#ixzz3heoEKIpo> (дата обращения: 17.08.2017). О целесообразности придерживаться подхода о самостоятельном характере преддоговорной ответственности в российском праве см.: Малейна Н. М. Переговоры о заключении договора (понятие, правовое регулирование, правила) [Электронный ресурс] // Журнал российского права. – 2016. № 10. – Система ГАРАНТ. Схожего мнения придерживается швейцарский исследователь П. Весснер, см.: Wessner P. *La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle. Texte provisoire: état du droit suisse La responsabilité civile européenne de demain. Projets de révision nationaux et principes européens*, Bruxelles. – Genève, 2008. – P. 13–14, 17.

удовлетворения собственных потребностей, оценивая положительные и отрицательные стороны (*culpa in trattando*)²⁵¹. Преддоговорная ответственность в этом случае рассматривается как деликтная или квази-деликтная. Договорная концепция наиболее полно и последовательно отражена в немецком праве и судебной практике, деликтная – в итальянском²⁵². В качестве ответственности особого рода, отличной как от деликтной, так и от договорной, преддоговорная ответственность рассматривается в праве Швейцарии. Так, *culpa in contrahendo* считается частным случаем ответственности, основанной на доверии

²⁵¹ См.: Cassazione civile, sez. III, Sentenza 08/10/2008 № 24795. Несмотря на то что в Италии преддоговорная ответственность традиционно рассматривается как деликтная (в качестве субъективного элемента этой ответственности выступает нарушение стороной обязательства добросовестного поведения в ходе переговоров, в качестве объективного элемента – наличие переговоров, которые должны вызвать у другой стороны уверенность в том, что договор будет заключен, в отношении его условий и соглашения о них), судебная практика этой страны свидетельствует о намечающихся тенденциях к ее классификации в качестве договорной и квазидоговорной. В итальянской доктрине существует несколько подходов к трактовке добросовестности при ведении переговоров. Так, добросовестность рассматривается как критерий оценки динамической фазы договорных отношений, поведение сторон по исполнению договора и после его заключения. Критерии добросовестности поведения определяются сообразно положениям ИГК (в частности, ст. 1175, 1337, 1366 и 1375), согласно которым стороны обязаны соблюдать взаимную лояльность на всех этапах договорных отношений, от формирования договора до его исполнения. При отсутствии договора о проведении переговоров ответственность за недобросовестное ведение переговоров относится к деликтной и в судебной практике Франции. См.: Фоварк-Коссон Б. Переговоры о заключении и пересмотре договора: французская перспектива [Электронный ресурс] // Вестник ВАС РФ. – 2013. – № 2. – Система ГАРАНТ. Об ограниченном применении преддоговорной ответственности в судебной практике Франции см. также: Мутай И. М. Развитие принципа добросовестности и института преддоговорной ответственности в свете реформы обязательственного законодательства Франции [Электронный ресурс] // Журнал российского права. – 2014. – № 2. – Система ГАРАНТ. Российский законодатель исходит из договорного начала ответственности за недобросовестное ведение переговоров (ст. 1222.1 ГК РФ), как и европейский (ст. 12 Регламента Европейского Парламента и Совета Европейского союза № 864/2007 от 11 июля 2007 г. о праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам (Рим II) (JO L 199 du 31.7.2007. – P. 40–49). Текст на французском языке см.: URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007R0864&from=FR> (la date de l'accès: 18.08.2017).

²⁵² Об основных доктринальных подходах к преддоговорной ответственности см.: Жужжалов М. Б. Учение фон Иеринга о преддоговорной ответственности: влияние на современность и возможности по применению в будущем (комментарий к русскому переводу работы «*Culpa in contrahendo*, или возмещение убытков при недействительности или незаключенности договоров») // Вестник гражданского права. – 2013. – № 3. – С. 267–311. О преддоговорной ответственности см. также: Гницевич К. В. Преддоговорная ответственность в российском гражданском праве // Вестник ВАС РФ. – 2009. – № 3; Кучер А. Н. Теория и практика преддоговорного этапа. – М., 2005.; Овчинникова К. Д. Преддоговорная ответственность // Законодательство. – 2004. – № 3–4.

(Vertrauenshaftung, responsabilité fondée sur la confiance). Федеральный суд Швейцарии подчеркивает, что в определенных случаях допускается привлечение к ответственности, основанной на доверительных отношениях. Ответственность из нарушения доверительных отношений предназначена для защиты стороны, пострадавшей в результате ее законного доверия к заверению или поведению злоупотребившего доверием лица, и не защищает сторону, пострадавшую в результате собственной невнимательности или доверчивости либо в результате осуществления обычного риска, присущего коммерческой деятельности²⁵³. Для наступления ответственности из нарушения доверия, помимо поведения нарушившей доверие стороны, наличия ущерба и причинно-следственной связи между ними, он считает необходимыми следующие условия: 1) своим поведением или заверениями/заявлениями нарушитель создает конкретные и определенные ожидания; 2) эти ожидания порождают у потерпевшего законное доверие; 3) доверие в дальнейшем недобросовестно нарушено. Кроме того, требуется, чтобы между нарушителем и потерпевшим существовала особая правовая связь (*Sonderverbindung*)²⁵⁴, то есть доверительные отношения. Диссертант полагает, что такой взвешенный подход к вопросам преддоговорной ответственности, базирующийся на выделении особых условий наступления ответственности, основанной на нарушении доверия, позволяет, с одной стороны, обеспечить гибкий подход к учету обстоятельств каждого случая ее возможного применения, с другой – адресно ограничить сферу ее применения. Это в наибольшей степени способствует учету всех обстоятельств динамики переговорного процесса, включая степень

²⁵³См.: Guyaz A., Wagner P. Schadenrecht: Personenschaden 2015. Responsabilité civile: dommages corporels 2015 [La ressource électronique] // Aktuelle Anwaltspraxis La pratique de l'avocat ; O. Hari, O. Riske (éd.). – Bern, 2015. – P. 455. – URL: <http://www.schadenanwaelte.ch/wp-content/uploads/2016/07/aktuelle-anwaltspraxis-2015-la-pratique-de-lavocat-2015.pdf> (la date de l'accès: 15.08.2017).

²⁵⁴ См. постановление Федерального суда Швейцарии ATF 142 III 84. Мы разделяем мнение профессора Б. Фоварк-Коссон, которая видит в этом подходе «решение, сближающее правовые системы, предусматривающие преддоговорную ответственность (какова бы ни была ее природа)», и английское право. См.: Фоварк-Коссон Б. Переговоры о заключении и пересмотре договора: французская перспектива [Электронный ресурс] // Вестник ВАС РФ. – 2013. – № 2. – Система ГАРАНТ.

«продвинутой» переговоров и определения фазы, на которой было допущено нарушение, равно как и специфику отношений переговаривающихся сторон. В силу гибкости и особых отношений, складывающихся между сторонами, договаривающимися о порядке урегулирования спора, полагаем этот подход предпочтительным при решении вопроса об ответственности стороны за нарушение правил ведения переговоров об урегулировании спора. При этом в случае, если стороны заключили соглашение о порядке ведения переговоров об урегулировании спора, основанием для наступления ответственности будет нарушение положений этого соглашения, то есть ответственность будет договорной.

В связи с ответственностью за недобросовестное ведение переговоров возникает вопрос об ответственности представителей сторон. Если согласиться с подходом С.А. Сеницына, рассматривающего обязательство добросовестно вести переговоры как абсолютное, то есть распространяющееся на неопределенный круг лиц²⁵⁵, то через призму *culpa in trattando* и *culpa in contrahendo* можно рассматривать вопрос об ответственности представителя юридического лица, действовавшего по его указанию (и в соответствии с заданной им программой)²⁵⁶, равно как и вопрос об ответственности органа юридического лица и каждого из его участников за данные ими указания. В зависимости от обстоятельств требование о возмещении убытков может исходить как от другой стороны переговоров²⁵⁷, так и от стороны-доверителя,

²⁵⁵ См.: Сеницын С. А. Абсолютные и относительные субъективные права. Общее учение и проблемы теории гражданского права. Сравнительно-правовое исследование [Электронный ресурс] : монография. – М., 2015. – Система ГАРАНТ.

²⁵⁶ В такой ситуации А. В. Демкина предлагает рассматривать недобросовестные действия представителя или работника стороны переговоров как обман и применять правила ст. 179 ГК РФ по аналогии. См.: Демкина А. В. Добросовестное и недобросовестное поведение на преддоговорном этапе // Имущественные отношения в Российской Федерации [Электронный ресурс]. – 2016. – № 4. – С. 6–14. – Система ГАРАНТ. Представляется, что такой подход допустим, если стороны по итогам переговоров пришли к соглашению относительно всех существенных условий сделки, то есть переговоры были прекращены на их поздней стадии – стадии заключения договора.

²⁵⁷ В таком случае, как полагают Е. А. Крашенинников и Ю. В. Байгушева, при недобросовестности привлеченного для ведения переговоров третьего лица на привлекающую его сторону несостоявшегося договора возлагается обязанность возместить убытки другой

которая в таком случае может обосновать свои требования нарушением доверительных отношений и лояльности со стороны представителя. Такой подход представляется целесообразным, но применить его на практике затруднительно из-за сложности доказывания обстоятельств, приведших к прекращению переговоров.

Тем не менее полагаем, что в случае наличия между сторонами соглашения о порядке проведения переговоров (в том числе об урегулировании их спора) возможно кумулировать ответственность представителя (нарушившего принцип добросовестности, при этом нарушение может проявиться в нарушении лояльности по отношению к доверителю и обязательства сотрудничать – по отношению к другой стороне переговоров) с ответственностью стороны соглашения о порядке проведения переговоров, предусмотренной этим соглашением²⁵⁸.

Добросовестность при ведении переговоров, бывшая первоначально инструментом оценки поведения сторон в контексте его соответствия порядку ведения переговоров, в конечном счете стала выражением принципа солидарности в договорной сфере и источником не зафиксированных в договоре обязательств сторон, возникающих после его заключения и призванных заполнять пробелы в регулировании отношений сторон. Пределы таких обязательств устанавливаются в каждом конкретном случае.

Добросовестность сторон при ведении переговоров играет ключевую роль в достижении договоренности об урегулировании спора, особым

стороне на основании ст. 403 ГК РФ. См.: Крашенинников Е. А., Байгушева Ю. В. Обязанности при ведении преддоговорных переговоров [Электронный ресурс] // Вестник ВАС РФ. – 2013. – № 6. – Система ГАРАНТ. Отметим общий характер термина «привлеченное для ведения переговоров лицо», который, как мы полагаем, предполагает существование «особой связи» между стороной переговоров и этим лицом.

²⁵⁸ К выводу о «поглощении» преддоговорной ответственности договорной или деликтной приходят Е. А. Крашенинников и Ю. В. Байгушева. На основе творческого осмысления трудов немецких авторов они констатируют допустимость конкуренции притязаний и делают заключение о том, что лицо, предъявившее требование из преддоговорной ответственности, может требовать возмещения убытков «причиненных ему делинквентом или договорным контрагентом лишь в части, превышающей размер преддоговорной ответственности». (Крашенинников Е. А., Байгушева Ю. В. Указ. соч.)

проявлением добросовестности сторон является взаимное обязательство сторон сотрудничать друг с другом. Поскольку категория добросовестности в переговорах имеет оценочный характер, возрастает значение единообразного восприятия признаков добросовестности, выработанных в отдельном предпринимательском сообществе, к которому принадлежат стороны. Поэтому при заключении договора о ведении переговоров (в том числе об урегулировании спора) стороны будут учитывать отраслевые стандарты (например, в отношении защиты данных, интеллектуальной собственности), которые принимаются сторонами без дополнительных обсуждений и становятся частью договора: таким образом, целые группы договорных вопросов решаются путем отсылки к признаваемому обеими сторонами документу, стандарту или форме. Это позволяет сторонам сэкономить время на обсуждении технических подробностей исполнения договора и сосредоточиться на согласовании вопросов, важных для успешного достижения цели договора. Сами переговоры превращаются в существенный элемент построения доверия между сторонами сделки, позволяют проверить их совместимость и единство преследуемых ими при заключении и исполнении договора целей.

Взаимодействие сторон в процессе переговоров можно охарактеризовать как отношения симбиотической конкуренции: «Чем сложнее экономическая система, тем больше собственный успех зависит от успеха других. Сотрудничество и конкуренция являются не противоположностями, а двумя сторонами одной и той же медали. Это отлично согласуется с логикой рынка, которая достигает социальной координации благодаря взаимному приспособлению».²⁵⁹ Прослеживается диалектическая связь между различными производными принципа добросовестности при ведении коммерческих переговоров, такими как лояльность, обязательство сторон сотрудничать для достижения цели, и установленными законодателями механизмами побуждения

²⁵⁹ Больц Н. Размышления о неравенстве. Анти-Руссо / пер. с нем. И. А. Женина ; под науч. ред. Я. Н. Охонько. – М., 2014. – С. 250.

к соблюдению этих принципов. Для достижения добросовестности в динамическом взаимодействии сторон в переговорах предусматриваются особые меры, направленные на обеспечение баланса сил. К числу таких механизмов относится и *защита слабой стороны в переговорах*.

Выравнивание дисбаланса сил между участниками переговоров, обладающих разным объемом ресурсов, чрезвычайно важно для коммерческих переговоров. Положения ч. 3 ст. 428 ГК РФ направлены на защиту слабой стороны, обладающей явно меньшими переговорными возможностями²⁶⁰ (не имеющей возможности участвовать в определении условий договора) при заключении любых договоров, даже если это договор не противоречит закону и иным правовым актам. Согласно п. 2 указанной статьи, слабейшая сторона вправе потребовать в суде расторжения или изменения (редакции) договора, если: 1) лишается прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида; 2) исключается или ограничивается ответственность другой стороны за нарушение обязательств; 3) имеются другие явно обременительные для стороны условия, которые она, исходя из своих разумно понимаемых интересов, не приняла бы.

Значение этой статьи состоит в том, что она позволяет защитить интересы более слабой стороны в любой сделке, в том числе заключенной при осуществлении предпринимательской деятельности. Проблематичность ее применения заключается в наличии большого количества оценочных категорий (права, обычно предоставляемые; явно обременительные для стороны условия²⁶¹; разумно понимаемые интересы), смысл которых предстоит доказывать ссылающейся на них стороне. При толковании такого договора и

²⁶⁰ Об асимметричности переговорных возможностей (inequality of bargaining power), выражающихся в подавляющей рыночной власти, ситуативной рыночной власти, асимметрии информации и профессионализма, наличии доверительных отношений и личной заинтересованности. См., в частности: Карапетов А. Г., Савельев А. И. Свобода договора и ее пределы. – Т. 1 : Теоретические, исторические и политико-правовые основания принципа свободы договора и его ограничений. – М., 2012. – С. 374–390.

²⁶¹ О доказывании неравенства договорных возможностей см. п. 9–11 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14.03.2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах» // Вестник ВАС РФ. – 2014. – № 5. – Система ГАРАНТ.

установлении действительной воли сторон будут применяться положения ст. 431 ГК РФ о толковании договоров. При этом, поскольку речь идет о защите интересов слабой стороны, скорее всего, будет применяться теория воли, отраженная в ч. 2 указанной статьи, а не нацеленная, прежде всего, на защиту контрагента ошибающейся стороны теория волеизъявления (предусмотренное ч. 1 ст. 431 ГК РФ буквальное толкование договора)²⁶². В частности, доказательную силу для установления действительной воли сторон будут иметь предшествующие переговоры (М.И. Брагинский определяет их как «устное выражение воли сторон»), переписка («сформулированные в любом виде на бумаге позиции сторон, из которых можно сделать вывод об их воле»), практика, установившаяся во взаимных отношениях сторон («оценка обстоятельств, позволяющая сделать вывод о том, как понимали стороны то или иное условие в других, ранее связывавших их договорах»), последующее поведение сторон («различного рода действия (воздержание от действий), из которых можно сделать определенные выводы»)²⁶³. Суть толкования заключается в том, чтобы уяснить смысл совершенного стороной волеизъявления и его соотношение с волей.

Часть 5 ст. 434.1 ГК РФ констатирует право сторон заключить *соглашение о порядке ведения переговоров*. Таким соглашением могут быть уточнены требования к добросовестному ведению переговоров, определен порядок распределения расходов на ведение переговоров «и иные подобные права и обязанности»²⁶⁴, а также установлена неустойка за нарушение предусмотренных в нем положений. Добавим, что таким соглашением целесообразно предусмотреть обязательство сторон сотрудничать друг с другом, поскольку именно при ведении переговоров такое сотрудничество

²⁶² См.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. – М., 1998. – С. 214–217.

²⁶³ Там же. С. 217.

²⁶⁴ См.: Schmidt J. La période précontractuelle en droit français // Revue internationale de droit comparé. – 1990. – Vol. 42, №2. – P. 545–566.

предполагается в связи с исполнением каждой из сторон своих обязательств²⁶⁵. Необходимо уточнить, что соглашение о порядке ведения переговоров об урегулировании спора, являющееся разновидностью соглашений об урегулировании спора, подчиняется тем же общим правилам, что и любое другое соглашение о порядке ведения переговоров. Обязательство сотрудничать в достижении цели – определении последовательности действий по урегулированию спора или существенных условий итогового соглашения об урегулировании спора – и содействовать другой стороне в исполнении ее обязательств (договорная солидарность) являются конкретными проявлениями принципа добросовестности при ведении переговоров.

Положение ч. 5 ст. 434.1 ГК РФ о ничтожности условий соглашения о порядке ведения переговоров, ограничивающих ответственность за недобросовестные действия сторон соглашения, соотносится с ч. 5 ст. 10 ГК РФ, предполагающей добросовестность участников гражданского оборота, и со ст. 1.7. Принципов УНИДРУА, императивно предписывающей сторонам действовать в соответствии с добросовестностью и честной деловой практикой в международной торговле²⁶⁶.

Соглашение о порядке ведения переговоров автономно. Стороны вправе договориться о праве, которым регулируются их отношения по такому соглашению. Если они этого не сделали и в результате недобросовестного ведения переговоров о заключении договора одна из сторон понесла убытки либо договор не был заключен, то к обязательствам, возникающим вследствие такого ведения переговоров, применяется право, которое применялось бы к договору, если бы он был заключен (ст. 1222.1 ГК РФ). Если применимое право невозможно определить, то к этим отношениям применяется право, подлежащее применению к обязательствам из причинения вреда (п. 3 ст. 1219 ГК РФ) и к обязательствам из неосновательного обогащения (ч. 1, 2 ст. 1223.1 ГК РФ). Представляется, что если характеризовать ответственность из

²⁶⁵ См. ст. 5.1.3 Принципов УНИДРУА и комментарий к ней. С. 153.

²⁶⁶ Там же. С. 18.

недобросовестного ведения переговоров как ответственность из нарушения доверительных отношений, то при отсутствии соглашения сторон о порядке ведения переговоров такой подход будет оправданным.

Описанные выше технологические особенности и разновидности процесса согласования воле сторон в процессе переговоров имеют значение для правового оформления соглашений о порядке проведения переговоров, предметом которых являются встречные предоставления сторон, направленные на устранение препятствий для взаимодействия сторон в рамках урегулирования спора. Все прочие способы АРС, классификация которых приведена в ч. 1.2 гл. 1 диссертации, основаны на переговорах и производны от них. Именно поэтому считаем необходимым остановиться на этом вопросе подробнее. Нас будет интересовать правовая сила документов, вырабатываемых сторонами вместе и порознь на разных стадиях переговорного процесса (приглашение к переговорам, заверения сторон об обстоятельствах, соглашение о неразглашении, соглашение о порядке ведения переговоров, протокол разногласий).

Парадокс заключается в том, что для того, чтобы заключить соглашение о порядке ведения переговоров, сторонам также придется договариваться (можно сказать, что речь в этом случае будет идти о метапереговорах²⁶⁷ – переговорах о переговорах). Еще С. К. Май отмечал, что переговоры включают как устные переговоры, так и предварительную переписку между предполагаемыми участниками договора²⁶⁸. Прежде чем обмениваться информацией, необходимой сторонам для установления отношений или разрешения спора, логично предпринять шаги для защиты этой информации от несанкционированного раскрытия. Полагаем, что в контексте исследования

²⁶⁷ Большой толковый словарь [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.gramota.ru/slovari/dic/?lop=x&bts=x&zar=x&ag=x&ab=x&sin=x&lv=x&az=x&pe=x&word=%D0%BC%D0%B5%D1%82%D0%B0> (дата обращения: 08.08.2017).

²⁶⁸ См.: Май С. К. Очерк общей части буржуазного обязательственного права. – М., 1953. – С. 89.

правового механизма подготовки сторон к ведению переговоров необходимо уделить внимание соглашению о конфиденциальности.

В рамках преддоговорной ответственности выделяется ответственность за разглашение конфиденциальной информации. Существует мнение о выделении института информационных преддоговорных обязанностей в качестве отдельной категории, в основе которой лежит обязанность соблюдать лояльность к другой стороне и неравенство в переговорных силах; в рамках этой концепции описываются состав и объем сведений, которыми должны обмениваться стороны на этапе переговоров²⁶⁹. Представляется, баланс интересов сторон и функция защиты коммерческих интересов стороны, получающей информацию, равно как и стороны, ее раскрывающей, обеспечен императивными положениями закона о составе данных, которые не могут составлять коммерческую тайну сторон; объем же и состав информации, которую стороны полагают необходимой для исполнения взаимных обязательств, стороны определяют своим соглашением. Поэтому выделение информационных обязательств в отдельную категорию, скорее всего, нецелесообразно.

Вопрос о сохранении конфиденциальности в отношении информации, передаваемой друг другу участниками коммерческой деятельности, является достаточно острым и решается сторонами путем заключения специального соглашения о конфиденциальности. В качестве предварительного условия для начала переговоров о заключении договора или разрешении спора любая из сторон, заинтересованных в установлении деловых отношений или разрешении спора, может предложить другой заключить *договор о неразглашении (соглашение о конфиденциальности)* (non-disclosure agreement, NDA), чтобы таким образом обезопасить себя от рисков раскрытия имеющей коммерческую ценность или по иным причинам «чувствительной» (или «уязвимой») для данной стороны информации. Эта практика повсеместно распространена в

²⁶⁹ См.: Мазур О. В. Преддоговорная ответственность: анализ отдельных признаков недобросовестного поведения // Закон. – 2012. – № 5. – С. 201 и след.

инновационных отраслях²⁷⁰, можно говорить о сложившемся деловом обыкновении.

На территории Российской Федерации вопрос об отнесении информации к составляющей коммерческую тайну определяется сторонами этого соглашения с учетом требований Федерального закона «О коммерческой тайне»²⁷¹. В целях защиты осмотрительного контрагента и с тем, чтобы обеспечить ему возможность провести проверку правового и финансового состояния контрагента, Законом установлен закрытый перечень сведений, которые не могут быть отнесены к коммерческой тайне. Кроме того, закон возлагает на обладателя передаваемой информации обязанность позаботиться о создании режима коммерческой тайны в отношении передаваемой информации, приняв меры для ее защиты²⁷² и обозначив содержащие ее носители в качестве таковых²⁷³. Мы разделяем мнение В. А. Канашевского, считающего требования Федерального закона «О коммерческой тайне» к режиму охраны конфиденциальной информации чрезмерно строгими, а процедуры, которые должен предпринять обладатель конфиденциальной информации для ее защиты, слишком сложными. На практике они либо не выполняются, либо выполняются формально, «в результате соответствующая информация не приобретает статуса коммерческой тайны и не получает предусмотренных российским законодательством гарантий защиты»²⁷⁴. Тем не

²⁷⁰ Разъяснения о порядке заключения соглашений о неразглашении в сфере защиты интеллектуальной собственности приведены, например, на официальном сайте Управления интеллектуальной собственности Великобритании. См: Guidance. Non-disclosure agreements [Electronic resource]. – 12.03.2015. – URL: <https://www.gov.uk/government/publications/non-disclosure-agreements/non-disclosure-agreements> (access date: 01.02.2018).

²⁷¹ СЗ РФ. –2004. – № 32. – Ст. 3283.

²⁷² При отсутствии доказательств об установлении режима коммерческой тайны в отношении информации (положения о коммерческой тайне, иных документов, устанавливающих перечень отнесенной к коммерческой тайне информации) информация и документы не могут быть отнесены к коммерческой тайне. См., например: Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда г. Омска от 06.10.2010 г. № 08АП-6902/2010 [Электронный ресурс]. – Система ГАРАНТ.

²⁷³ Статья 10 Федерального закона «О коммерческой тайне».

²⁷⁴ Канашевский В. А. Соглашения о передаче конфиденциальной информации: вопросы коллизионного права [Электронный ресурс] // Законодательство. – 2013. – № 5. –

менее обязательство по возмещению убытков, причиненных другой стороне в результате разглашения или нецелевого использования полученной в ходе переговоров информации, переданной в качестве конфиденциальной, предусмотренное ч. 4 ст. 434.1 ГК РФ, позволяет сделать вывод о различии в правовом режиме информации, составляющей коммерческую тайну стороны (режим установлен императивными нормами закона и зависит от соблюдения раскрывающей информацию стороной мер, предусмотренных этим законом), и информации, которую сторона полагает конфиденциальной на этапе ведения переговоров (состав такой информации определяется соглашением сторон). Таким образом, в отношении раскрываемой по ходу переговоров конфиденциальной информации, объем, состав и возможные санкции за разглашение которой стороны определили своим договором, не обязательно должен быть установлен режим коммерческой тайны. Целесообразно подробнее остановиться на условиях соглашения о конфиденциальности.

Предмет *соглашения о конфиденциальности* – совместные действия сторон, направленные на предотвращение раскрытия и нецелевого использования получающей стороной описанных в соглашении сведений и данных, представляющих для раскрывающей стороны ценность (коммерческую или репутационную). Заключение соглашения о конфиденциальности служит своего рода профилактикой неожиданностей²⁷⁵. В зависимости от обстоятельств, обе стороны могут выступать в качестве раскрывающей и

Система ГАРАНТ. Кроме того, сложно доказать как факт разглашения конфиденциальной информации, причинно-следственную связь между ее разглашением и убытками, так и размер причиненных разглашением убытков, см.: Нюлланд Е. С., Перевалов В. А. Охрана и защита информации, составляющей коммерческую тайну. [Электронный ресурс] // Закон. – 2013. – № 6. – Система ГАРАНТ. См., например: Постановление Арбитражного суда Свердловской области от 19.07.2006 № А60-5611/06-С1 [Электронный ресурс]. – Система ГАРАНТ. Если же речь идет об информации, передаваемой с применением информационных технологий, то требования о возмещении убытков лица, не принимавшего мер по установлению конфиденциальности информации, несмотря на то, что в силу закона оно обязано было принимать эти меры, не могут быть удовлетворены. См.: Федеральный закон от 27.07.2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации», ч. 2 ст. 17 // СЗ РФ. – 2006. – № 31 (часть I). Ст. 3448.

²⁷⁵См.: Талейб Нассим Николас. Черный лебедь. Под знаком непредсказуемости / Пер. с англ. = The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable. – М., 2012.

получающей стороны попеременно, в таком случае соглашение можно рассматривать как соглашение о сотрудничестве, предусматривающее взаимные обязательства сторон. В другом случае сторона, обладающая конфиденциальной информацией, имеющей коммерческую ценность (например, заказчик планирует заключить договор подряда или оказания услуг), раскрывает ее получающей стороне (подрядчику) в порядке и объемах, необходимых для качественного выполнения получающей стороной обязательств по планируемому договору.

Соглашение о конфиденциальности, как правило, содержит описание конфиденциальной информации, для защиты которой оно заключается (в большинстве случаев объем защищаемой информации очерчивается очень широко – определяется ее состав и способы ее передачи, а также цели, для которых она может быть использована получающей ее стороной). Как правило, специально указывается, что получающая информацию сторона не обретает каких-либо прав в отношении объектов интеллектуальной собственности, информация о которых предоставлена ей раскрывающей стороной.

Соглашением о конфиденциальности предусматриваются ограничения на использование и передачу конфиденциальной информации получающей стороной. Во-первых, определяется круг лиц, которым эта информация может быть передана. Во-вторых, оговариваются условия последующей передачи конфиденциальной информации. В большинстве случаев условием передачи информации третьим лицам является подписание ими соглашения о конфиденциальности, аналогичного исходному или в любом случае содержащего не менее жесткие условия, нежели предусмотренные исходным соглашением о конфиденциальности. В-третьих, может специально оговариваться объем информации, который может быть передан определенным лицам или группам лиц (работникам или подрядчикам получающей стороны – при условии подписания обязательства о сохранении конфиденциальности, только в объеме, необходимом для выполнения служебных функций, без права копировать информацию или под обязательство уничтожить копии после

завершения работы; юрисконсультам и аудиторам получающей стороны – без предварительных условий, но в ограниченных объемах, необходимых для выполнения консультантами своих функций).

Порядок передачи сведений, составляющих конфиденциальную информацию, оговаривается специально (передача информации на физических носителях по акту за подписями уполномоченных представителей сторон, передача информации с использованием электронных средств связи – в определенном формате и защищенной паролем).

Оговариваются обязательства получающей стороны по защите полученной конфиденциальной информации. Для этого получающая сторона должна рассматривать полученную информацию как свою собственную, обеспечив ей режим наибольшего благоприятствования (применить к ней, как минимум, те же меры защиты, как для своей). Отдельно оговариваются обязательства о защите персональных данных.

Ответственность получающей конфиденциальную информацию стороны за несанкционированное раскрывающей стороной раскрытие конфиденциальной информации (такое разрешение должно быть оформлено письменным согласием, исходящим от уполномоченного представителя раскрывающей стороны), как правило, подразумевает вину получающей информацию стороны в форме неосторожности (включая небрежность), не говоря уже об умысле. Особо оговариваются случаи раскрытия защищенной соглашением конфиденциальной информации по требованию уполномоченных органов. Соглашения о конфиденциальности предусматривают различные варианты действий получающей стороны в случае, когда она получает обращенное к ней требование компетентных органов о раскрытии конфиденциальной информации. Первый вариант предусматривает обязанность немедленно (до раскрытия информации) известить раскрывающую сторону о содержании запроса, второй – обязанность известить раскрывающую сторону о факте исполнения запроса и объеме раскрытой по нему информации в кратчайшие сроки. В любом случае получающая сторона обязана проверить

законность поступившего запроса и ограничить объем предоставляемой по нему информации только той, которая необходима для целей запроса (насколько это возможно в реальных условиях). Обязательство известить раскрывающую сторону о непреднамеренном нарушении соглашения, вызванном не зависящими от стороны обстоятельствами (запрос уполномоченных органов о предоставлении информации в таком случае рассматривается как случай форс-мажора), должно быть исполнено, чтобы предотвратить наступление ответственности получившей стороны за раскрытие конфиденциальной информации. Кроме того, эти обязательства взаимны и предусматривают сотрудничество сторон по охране конфиденциальной информации.

Объем ответственности за раскрытие конфиденциальной информации регулируется по-разному, как и меры ответственности за действия или бездействие нарушившей соглашение стороны. На двух полюсах лежат ответственность за реальный, документально подтвержденный ущерб (на практике труднодоказуемый) и ответственность в виде штрафной неустойки в установленной в соглашении сумме за любой доказанный факт раскрытия охраняемой информации независимо от его последствий. Как правило, более мягкий подход к мерам ответственности наблюдается в соглашениях, заключаемых между компаниями, которые заинтересованы в долгосрочном сотрудничестве и рассматривают соглашение о конфиденциальности как некий морально-этический, даже ритуальный, шаг, в то время как более жесткий характерен для компаний, для которых этим соглашением оформляются первые контакты.

Значение имеет выбор права, применимого к соглашению о конфиденциальности. Применимым правом будут определяться объем ответственности и виды средств правовой защиты, доступных стороне, чьи права были нарушены. Если применимое право не определено, то к соглашению будет применяться право страны, с которым соглашение наиболее тесно связано.

Характерной особенностью соглашений о конфиденциальности является то, что срок их действия устанавливается «с запасом»: он, как правило, покрывает время ведения переговоров о заключении соглашения и перекрывает срок действия будущего соглашения, для переговоров по заключению которого он заключается. Таким образом, в случае расторжения соглашения (в том числе соглашения о проведении переговоров) стороны продолжают отвечать за его нарушение. Важно четко задать в соглашении точку отсчета для исчисления срока его действия (такой срок может исчисляться как с момента его подписания, так и с первого раскрытия информации по нему)²⁷⁶. Вопрос о распространении действия соглашения о конфиденциальности, заключенного до начала переговоров, на процедуры урегулирования конфликтов, последующие за переговорами, также должен быть урегулирован в таком соглашении (в частности, об обязательстве не использовать полученную до возникновения спора информацию). В связи с этим интересен вопрос о том, в какой степени передача дела на рассмотрение суда, где разбирательство является гласным, до попытки урегулирования спора в частном порядке является нарушением обязательства стороны по соглашению о конфиденциальности.

Если соглашение о конфиденциальности как первый шаг – оформление первых контактов, предшествующих началу переговоров об установлении отношений между участниками коммерческой деятельности, – совершенно закономерно, то вопрос о том, целесообразно ли заключить такое соглашение перед началом переговоров об урегулировании конфликта, пока не рассматривался. По нашему мнению, соглашение о конфиденциальности между сторонами спора оправданно во всех случаях, если договор, из которого возник спор, не содержит достаточно подробное положение о конфиденциальности в оговорке о порядке урегулирования споров. Заключить соглашение о

²⁷⁶ См.: Radack David V. Understanding Confidentiality Agreements [Electronic resource]. – URL: <http://www.tms.org/pubs/journals/jom/matters/matters-9405.html> (access date: 06.08.2017).

конфиденциальности целесообразно перед началом переговоров об урегулировании спора, возможно – одновременно с соглашением о проведении переговоров об урегулировании спора. Значение такого соглашения о конфиденциальности не ограничивается только его предметом. Готовность сторон подписать его может в определенной мере свидетельствовать о готовности сотрудничать в урегулировании спора.

Следует отметить, что даже если стороны включили в договор медиативную оговорку, нельзя считать, что они согласились по ходу урегулирования спора сохранять конфиденциальными обстоятельства конфликта и связанные с ним сведения, поскольку обязательства по сохранению конфиденциальности в процедуре медиации или иной согласительной процедуре с участием независимого беспристрастного посредника распространяются на медиатора, но не на стороны. То же относится и к арбитражному разбирательству. На практике нередки случаи, когда стороны в арбитражном разбирательстве, которое они арбитражной оговоркой, включенной в свой контракт, подчинили правилам – выбранному ими регламенту администрирующей институции, предусматривающей конфиденциальность разбирательства, требуют предоставить им возможность аудио- и видеозаписи заседаний. Соглашение о конфиденциальности, подписанное до начала арбитража, поможет устранить сомнения в отношении объема охраняемой информации, срока ее охраны и случаев, когда ее раскрытие допустимо.

Порядку ведения переговоров посвящена специальная литература²⁷⁷. Тем не менее юридические аспекты переговорного процесса (особенно проводимого заочно, без совместного присутствия сторон) освещены достаточно скупо.

²⁷⁷ См., напри мер: Фишер Р., Юри У., Паттон Б. Указ. соч. ; Юри У. Как преодолеть НЕТ: переговоры в трудных ситуациях / пер. с англ. Ю. Гольдберга. – М., 2012 ; Его же. Гарвардская школа переговоров. Как говорить НЕТ и добиваться результатов / Пер. с англ. Т. Новиковой. – М., 2012 ; Гоулстон М. Я слышу вас насквозь. Эффективная техника переговоров / пер. с англ. М. Фербера. – 3-е изд. – М., 2012.

Значение подготовки и приглашения к переговорам, направляемого в письменной форме с использованием средств коммуникации, в настоящее время только возрастает. Учебные пособия по переговорам исходят из того, что стороны уже сели за стол переговоров. Однако, прежде чем это произойдет, между сторонами уже состоятся первые переговоры – о том, стоит ли им вообще встречаться. Возможно, оформленное в письменном виде вступительное слово образует важнейший аспект переговорной стратегии, поскольку оно направляется другой стороне непосредственно и создает первое впечатление о стороне-отправителе. Первое письмо и его формулировки влияют на поведение, способность принимать решения и постановку целей. В качестве приглашения к переговорам может выступить и претензионное письмо. Как правило, для приглашений к переговорам или претензионных писем специальный формат законом не устанавливается. Однако, обратившись к истории отечественного права, можно вспомнить положения п. 8 Постановления Совмина СССР от 17.10.1973 г. № 758 «Об утверждении Положения о порядке предъявления и рассмотрения претензий предприятиями, организациями и учреждениями и урегулирования разногласий по хозяйственным договорам»²⁷⁸. Этим пунктом определялась форма претензии (письменная, за подписью уполномоченного лица) и ее структура (документ должен был содержать наименования сторон, дату, номер, описание обстоятельств, послуживших основанием для предъявления претензии, доказательства изложенных обстоятельств, ссылку на нормативные акты, требования заявителя, суммы претензии, ее расчет, платежные реквизиты заявителя). Представляется, что положения этого постановления могут использоваться и в настоящее время в качестве рекомендации для участников коммерческого оборота, желающих предусмотреть в своем соглашении о порядке урегулирования спора претензионный порядок. Актуальность этого руководства возрастает в связи с применением ч. 5 ст. 4 АПК РФ, где из

²⁷⁸ URL : <http://lawru.info/dok/1973/10/17/n1188337.htm> (дата обращения: 05.08.2017).

доступных сторонам способов досудебного урегулирования спора прямо упоминается только направление претензий.

Для того чтобы направление претензии не превратилось в формальность и описанный в претензии спорный вопрос действительно был урегулирован, при составлении письма нужно принять во внимание основные принципы, на которых основаны интегративные переговоры. Так, претензия не должна содержать оскорбительных выражений, угроз обратиться в суд и описания возможных убытков для другой стороны. Чем раньше сторона опишет обстоятельства дела, даст их правовое обоснование и свое видение проблемы, тем больше шансов урегулировать спор. Поэтому следует обратить внимание на убедительность изложения²⁷⁹.

В каких случаях желательно заключить соглашение о порядке ведения переговоров, в том числе об урегулировании спора? Очевидно, что целесообразность временных и финансовых затрат, связанных с подготовкой такого соглашения, определяется предметом, сложностью, количеством сторон, суммой, сроком ожидаемого взаимодействия сторон по исполнению договора или комплекса взаимосвязанных договоров, которые стороны предполагают заключить в результате переговоров²⁸⁰. Поэтому логично предположить, что соглашение о порядке ведения переговоров уместно, если планируется заключить долгосрочный или среднесрочный договор на существенную сумму, подразумевающий реализацию сложного проекта, либо многостороннее соглашение, в котором исполнение своих обязательств одной из сторон увязано с исполнением своих обязательств другими сторонами и зависит от них. Кроме того, соглашение о порядке проведения переговоров целесообразно и в случае, если предметом договора, который стороны планируют заключить, станет

²⁷⁹ Формулируя письмо-приглашение к переговорам, следует подумать о том, как задать в нем якорное значение (якорь – это ценность, с которой начнется торг). См., например: Galinsky A. D., Mussweiler T. First offers as anchors: The role of perspective-taking and negotiator focus // *Journal of Personality and Social Psychology*. – 2001. – № 81. – P. 657–669.

²⁸⁰ Например, целесообразно заключить такое соглашение о порядке ведения переговоров, если планируется подписать соглашение об урегулировании сложного спора, о государственно-частном партнерстве.

урегулирование возникшего между ними спора, или порядок расторжения связывающего их договора. Проводя параллель с предложенным П.А. Меньшениным пониманием места предварительного договора в системе договорных обязательств, можно сказать, что соглашение о порядке проведения переговоров (в том числе - об урегулировании спора) также можно отнести к договорам о ведении сторонами общего дела²⁸¹.

В соглашении о порядке ведения переговоров²⁸² стороны могут подробно описать признаки поведения, свидетельствующие о недобросовестности стороны при ведении переговоров (например, уточнить признаки недобросовестного ведения переговоров или момент, после которого отказ от проведения переговоров будет считаться недобросовестным); описать порядок взаимного раскрытия информации и ее объем²⁸³, обязательство сторон сотрудничать по ходу исполнения договора, например при проведении подробной проверки состояния контрагента или конкретной правовой ситуации (Due Diligence); установить запрет на разглашение конфиденциальной информации и предусмотреть санкции за ее использование, обязательство сторон на определенный срок воздержаться от ведения переговоров о заключении договора с третьими лицами (эксклюзивность переговоров), повестку дня, существенные условия, по которым стороны намерены договориться, порядок и последствия прекращения переговоров, возможность, сроки и условия их возобновления, порядок оформления (фиксации) достигнутых на момент прекращения результатов, возможность или

²⁸¹ См.: Меньшенин П. А. Предварительный договор в российском гражданском праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2011. – С. 14.

²⁸² Об отграничении предварительного договора от соглашения о порядке ведения переговоров, рамочного договора и опционов, а также об отграничении предварительного договора от подготовительных действий см.: Полякова В. Э. Предварительный договор в праве России и Германии : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2015. – С. 9–10, 20.

²⁸³ О роли коммуникаций и, в частности, обмена информацией между сторонами для построения деловых отношений и доверия между контрагентами см.: Murray J. S. Understanding competing theories of negotiation // *Negotiation Journal*. – 1986. – № 2. – P. 179–186 ; Dwyer F. R., Schurr P. H., Oh S. Developing buyer-seller relationships // *Journal of Marketing*. – 1987. – Vol. 51, № 2. – P. 11–27; *Essentials of Negotiation* / Lewicki R. J., Minton J., Barry B., Saunders D. M. – Boston, 2003.

невозможность возврата к их пересмотру в ходе последующих переговоров (обратимость)²⁸⁴.

Примерная схема соглашения о порядке ведения переговоров об урегулировании спора может выглядеть так:

1. Стороны, их полномочия.
2. Предмет переговоров: какие споры или виды споров стороны согласны выносить на переговоры.
3. Начало переговоров: способы, которыми начинаются переговоры – для исчисления сроков (например, направление уведомления).
4. Сроки: срок, в который должны быть проведены переговоры, график переговоров, возможность сокращения или продления сроков по соглашению сторон.
5. Состав команд переговорщиков, контактные данные лица, отвечающего за исполнение соглашения с каждой стороны.
6. Место проведения переговоров (особое внимание должно быть

²⁸⁴ Приведем в качестве примера типовую оговорку о разрешении спора путем переговоров, предлагаемую Международным институтом предотвращения и разрешения споров (CPR): «Стороны попытаются добросовестно и оперативно разрешить любой спор, возникающий из или в связи с настоящим договором, путем переговоров между руководителями компании, уполномоченными на урегулирование разногласия и находящимися на более высокой ступени в управленческой иерархии, нежели лица, непосредственно отвечающие за исполнение настоящего договора. Любое лицо вправе письменно уведомить другую сторону о споре, не разрешенном в обычном ходе хозяйственной деятельности. В течение 15 дней с момента доставки уведомления сторона-получатель направит другой стороне письменный ответ. В уведомлении и в ответе должны содержаться: а) описание позиции стороны и краткое описание аргументов в ее поддержку и б) фамилия и должность представителя стороны, который будет представлять сторону, и другого лица, сопровождающего этого представителя. В 30-дневный срок с момента вручения первоначального извещения должностные лица обеих сторон встретятся во взаимоприемлемое время и во взаимоприемлемом месте, а после первой встречи будут встречаться так часто, как они разумно сочтут необходимым для того, чтобы попытаться разрешить спор. Все разумные запросы информации, направляемые одной стороной другой стороне, должны удовлетворяться.

Все переговоры, которые ведутся на основании настоящего положения, конфиденциальны и не будут рассматриваться как переговоры о мировой сделке для целей применимых норм о доказывании» (перевод наш по изданию *Better Solutions for Business: Commercial Mediation in the EU CPR Institute European Committee* / Ed. by T. J. Stipanovich, N. Nelson. ; Special Edition for the CPR European Business Mediation Congress (The Hague, 21–22 October 2004). – P. 88–91. – *Н. Г. Ш.*).

уделено положениям местного законодательства об ограничениях на ведение переговоров или возможностях исполнения мирового соглашения).

7. Порядок обмена информацией.

8. Порядок оформления промежуточных результатов переговоров.

9. Конфиденциальность (меры по защите информации, определение состава конфиденциальных сведений; порядок обмена конфиденциальными сведениями).

10. Добросовестность (какие действия будут считаться недобросовестными, санкции за нарушение).

11. Предварительные условия, которые необходимо соблюсти для начала переговоров, – здесь стороны могут определить обязательства, которые должны быть ими исполнены до начала переговоров. Кроме того, они могут предоставить друг другу заверения, на которые намерены полагаться (см. положения ст. 431.2 ГК РФ «Заверения об обстоятельствах»). Заверения должны иметь существенное значение для заключения договора (ч. 1) и для стороны, полагавшейся на недостоверные заверения контрагента (ч. 2)²⁸⁵; равно как и договориться о совершении какой-либо стороной определенных действий либо воздержании от их совершения²⁸⁶.

12. Обеспечительные меры (возможность ведения переговоров на время обращения в суд за обеспечительными мерами).

13. Если предметом переговоров является изменение действующего между сторонами договора – обязательство сторон продолжить исполнение договорных обязательств на время переговоров.

14. Порядок оформления итогов переговоров и принудительное исполнение результата (намерение сторон признать результат обязательным и

²⁸⁵ Заявления и иные действия стороны должны толковаться в соответствии с ее намерениями, если другая сторона знала или не могла не знать об этих намерениях. См. п. 1. ст. 4.2 Принципов УНИДРУА.

²⁸⁶ См. ст. 327.1 ГК РФ об обусловленном исполнении обязательства.

исполнимым)²⁸⁷.

В связи с соглашением о порядке ведения переговоров об урегулировании спора целесообразно подробнее остановиться на теме заверений. Статья 431.2 ГК РФ предусматривает обязанность стороны, до, при или после заключения договора давшей недостоверные заверения об обстоятельствах, имеющих значение для заключения договора, заведомо зная (или имея разумные основания предполагать), что другая сторона будет полагаться на эти заверения, возместить другой стороне убытки или уплатить неустойку. Сохранен общий принцип объективной ответственности за оказавшиеся недостоверными заверения в предпринимательских отношениях. Эта обязанность не зависит от признания договора незаключенным или недействительным. В качестве примеров заверений в статье приводятся часто встречающиеся на практике заверения о предмете договора, полномочиях на его заключение, соответствии договора применимому праву, финансовом состоянии стороны, а также заверения, «относящиеся к третьему лицу». Интерес представляет вопрос о том, насколько заверения, сделанные стороной до начала переговоров или по их ходу, но до заключения итогового соглашения об урегулировании спора, сохраняют свою силу, если эти заверения не были воспроизведены в итоговом документе. Заверения являются самостоятельным элементом соглашения²⁸⁸. Представляется, что если в итоговое соглашение включено положение о том, что все заверения, заявления, гарантии сторон, данные по ходу переговоров, утрачивают силу в момент заключения итогового соглашения, то предшествующие этому моменту заверения утрачивают силу, и

²⁸⁷ С. К. Май подчеркивал, что решать вопрос о юридическом значении документов, оформляющих итоги переговоров, необходимо для каждого конкретного случая, основываясь на том, «придавали ли сами стороны документу, подводящему в части или в целом итоги переговорам, обязывающее значение и в каких пределах» (Май С. К. Указ. соч. С. 89).

²⁸⁸ Об отличии заверений от юридически значимых сообщений, предусмотренных ст. 165.1 ГК РФ, см.: Харитонов Ю. С. Заверения об обстоятельствах как новелла российского права // Актуальные проблемы предпринимательского и корпоративного права в России и за рубежом : сборник статей III Междунар. науч.- практ. конференции (Москва, 25 апреля 2016 г.). – М., 2016. – С. 332–344.

сторона, полагавшаяся на них при заключении итогового соглашения, утрачивает право требовать от другой стороны возмещения убытков или неустойку.

Как отмечает Д. И. Гравин, заверения, предусмотренные российским правом, в первом приближении соответствуют английским *representations*, то есть являются констатацией определенных фактов (подтверждения или отсутствия определенных обстоятельств – правовых или коммерческих) и предоставляются для того, чтобы побудить контрагента заключить договор²⁸⁹. Нарушение заверений, то есть предоставление недостоверных сведений, влечет за собой правовые последствия: полагавшаяся на достоверность заверений сторона вправе взыскать убытки с виновной стороны. В российской конструкции заверений не имеют значения градации ложных заверений, предусмотренных английским правом, варьирующиеся от «невиновных» (сторона заблуждалась относительно их достоверности) до «заведомо ложных»: предприниматель будет отвечать за последствия нарушения независимо от того, добросовестно он заблуждался или нет. Вопрос о том, может ли констатация существования или отсутствия определенных обстоятельств рассматриваться как ненадлежащее действие или бездействие, нарушающее интересы другой стороны, остается открытым. Ответ на этот вопрос должна дать судебная практика.

При составлении соглашения о порядке ведения переговоров и просто при подготовке к переговорам сторонам целесообразно воспользоваться в качестве руководства Принципами УНИДРУА в редакции 2010 г. и Принципами МТП 2013 г., направленными на упрощение коммерческих переговоров²⁹⁰ в качестве руководства для составления договоров. Кроме того, целесообразно обратить внимание на ст. 9 Регламента МАЮ о медиации между

²⁸⁹ См.: Гравин Д. И. Договор банковского кредитования юридических лиц по английскому и российскому праву : дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2013. – С. 97–98.

²⁹⁰ ICC Principles to Facilitate Commercial Negotiation [Electronic resource]. – URL: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2015/02/ICC-Principles-to-Facilitate-Commercial-Negotiation.pdf> (access date: 19.08.2017).

инвестором и государством. Эти документы универсальны, представляют собой совокупность правил юридического и морально-этического порядка и могут применяться не только во внутреннем, но и во внешнем гражданском обороте²⁹¹.

В связи с соглашением о порядке ведения переговоров об урегулировании спора особое значение имеют «околоюридические» субъективные моменты. Необходимо принимать во внимание особенности культур, к которым принадлежат стороны, и предпринимать действия, которые могут способствовать установлению и поддержанию открытых и доверительных рабочих отношений с партнером по переговорам. Для того, чтобы создать продуктивную рабочую атмосферу, партнеры по переговорам не обязаны быть друзьями. Об этом же говорится и в п.5.1.3 Принципов УНИДРУА (она прямо подразумевает обязательство сторон сотрудничать между собой²⁹², если такого сотрудничества можно разумно ожидать для исполнения обязательств этой стороны)²⁹³. Комментарий к ст. 5.1.4 Принципов УНИДРУА очень четко

²⁹¹ Подробнее об этом см.: Гайдаенко Шер Н. И. Применение принципов УНИДРУА и Принципов упрощения переговоров МТП в переговорах при заключении внешнеэкономических сделок // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2014. – № 1. – С. 44–49.

²⁹² Исследованию истории возникновения обязанности сторон сотрудничать по ходу исполнения договора посвящена работа канадской исследовательницы К. ЛеБрен, см.: LeBrun Ch. Le devoir de coopération durant l'exécution du contrat. – LexisNexis Canada Inc., 2013. Из более ранних работ, в которых обязанность сотрудничать рассматривается как подразумеваемое условие договора, отражающее принцип добросовестности, см., например : Burrow J. F. Contractual Cooperation and Implied Term [Electronic resource] // The Modern Law Revue. – 1968. – Vol. 31, Iss. 4. – P. 390–407. – URL: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.1968.tb01199.x/pdf> (access date: 17.08.2017). О пределах этой обязанности и ее содержании согласно судебной практике судов Австралии, см.: Fergusson D., Dixon K. Australia: Implied Duty of Good Faith in Commercial Contracts [Electronic resource]. – URL: <http://www.mondaq.com/australia/x/201336/Contract+Law/Implied+Duty+of+Good+Faith+in+Commercial+Contracts> (access date: 17.08.2017); Graydon D., Uljans J. The Famestock case: the implied contractual duty to cooperate [Electronic resource]. – URL: <http://www.hallandwilcox.com.au/the-famestock-case-the-implied-contractual-duty-to-co-operate/> (access date: 17.08.2017).

²⁹³ С. Ю. Филиппова справедливо отмечает, что сотрудничество, не будучи юридической обязанностью и принципом права, восполняет отсутствующие положения закона и договора, которые не предназначены для регламентации отношений сторон

продолжает эту мысль: договор – не только точка соприкосновения конфликтующих (разнонаправленных) интересов, но и до определенной степени он должен рассматриваться как совместный (общий) проект, для осуществления которого требуется сотрудничество от каждой из сторон. Ниже обязательство по сотрудничеству рассматривается как проявление принципа добросовестности, в том числе, при ведении переговоров, исполнении соглашения о порядке ведения переговоров.

Обязательство сотрудничать должно быть ограничено определенными рамками (разумные ожидания) с тем, чтобы не нарушить распределение обязанностей по исполнению договора. Подразумеваемые обязательства сторон вытекают из практики, установившейся во взаимоотношениях сторон, и обычаев, добросовестности и честной деловой практики и разумности (ст. 5.1.2, п. b, c и d).

Обязательство сотрудничать может предполагать возложение на кредитора (или на сильную сторону договора) обязательства заново договориться об условиях договора, соотношение сил в котором нарушено в связи с непредвиденными обстоятельствами. Если договор содержит положение, обязывающее стороны изменить положения договора, стороны должны добросовестно участвовать в переговорах. Они должны сотрудничать между собой, являясь на встречи и представляя конструктивные предложения в разумные сроки, если только не очевидно, что договоры закончатся провалом. Соглашением о порядке урегулирования спора целесообразно предусмотреть санкции для недобросовестной стороны, уклоняющейся от участия в переговорах.

Поскольку предполагается, что сотрудничество носит обоюдный характер, обязательство сотрудничать прекращается в случае, если контрагент недобросовестен. Сторона может быть избавлена от обязательства сотрудничать в случае, если она связана другими обязательствами, например по

сохранению конфиденциальности. Условия договора могут ограничивать обязательство сотрудничества, поскольку это обязательство относится к средствам, способу, но не к результатам.

Судебная практика зарубежных судов²⁹⁴ пошла по пути включения в содержание обязательства сторон добросовестно исполнять свои обязанности также их обязательство сотрудничать между собой. Обязанность сотрудничать является позитивным внешним проявлением добросовестного поведения сторон; негативным проявлением добросовестного поведения стороны является ее воздержание от действий, способных причинить ущерб другой стороне.

Обязанность сотрудничать – это возлагаемое на каждую из сторон обязательство совместно и активно работать над осуществлением предоставления, предусмотренного договором²⁹⁵. Принцип совместного участия в общем деле, оказания помощи или содействия контрагенту подразумевает, что стороны признают существование между ними связи и что они связаны общими или пересекающимися интересами. Обязанность сотрудничать уже не сводится к простому воздержанию от действий, способных повредить другой стороне. Речь идет о том, чтобы учитывать ее интересы, уважать их и действовать в их развитие²⁹⁶. Контрагенты должны принимать во внимание общие для них цели договора, а не только собственные личные интересы.

²⁹⁴ Например, практика итальянских судов свидетельствует о том, что нарушение обязанности соблюдать солидарность, то есть обязанности каждой из сторон заботиться об интересах другой стороны в пределах, которые возможны без того, чтобы в существенной мере пожертвовать другими ценностями, проистекающей из принципа добросовестного поведения в переговорах, может служить основанием для возникновения обязательства возместить ущерб, возникший в результате такого нарушения. См.: Cass. Sez. I Civ. 15 ottobre 2012, n. 17642, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 10, 1214, Cass.civ., sez. II, 29 agosto 2011, n. 17716; Cass.civ., sez. I, 22 gennaio 2009, n.1618; Cass.civ., sez.I, 6 agosto 2008, n. 21250.

²⁹⁵ См.: Coudrier-Cuisinier A.-S. *Le solidarisme contractuel*. – Paris, 2006. – Vol. 27, № 482. – P. 305 ; Picod Y. *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*. – Paris, 1989. – XII. – P. 97.

²⁹⁶ См.: Mercadal B. *Les caractéristiques juridiques des contrats internationaux de coopération industrielle // D.P.C.I. (Droit et Pratique du Commerce International)*. – 1984. – Т. 10, № 3. – P. 319.

Целесообразно проследить, как формировались теории договора, обосновывающие обязанность сторон сотрудничать между собой, начиная от теории свободы договора и заканчивая теорией договорной солидарности²⁹⁷. Сторонники теории свободы договора утверждают, что она способствует правовой безопасности и стабильности договоров, обеспечивает уважение индивидуальной свободы контрагентов. Сторона не может ссылаться на неравенство условий, поскольку она сама согласилась заключить договор на этих условиях. Каждая из сторон обладает автономией воли: индивидуум свободен, и эта свобода может быть ограничена только в исключительных случаях. Оптимальные пределы свободы каждого – это пределы, добровольно установленные самим индивидуумом. Стороны равноправны и в состоянии защитить собственные интересы. Значит, совершеннолетний дееспособный гражданин в состоянии договориться об условиях договора и не согласится принять на себя обязательства на невыгодных для себя условиях. Поэтому договор, заключенный в результате переговоров сторон, справедлив и обязателен для сторон. Пересмотреть такой договор можно лишь в случае злоупотребления или наступления непредвиденных обстоятельств.

В правовом плане свобода воли выражается в свободе договора. Свобода договора относится как к его содержанию, так и к его форме.

С начала XX в. теория свободы договора претерпела существенные изменения. Современная доктрина исходит из того, что обязательная сила договора не только обусловлена автономией воли сторон, но и обеспечивается в силу закона. Договор – не только результат совпадения воли сторон, он свидетельствует также о наличии интереса, оправдывающего заключение договора. Кроме того, теория свободы договора изначально не принимает во внимание возможность дисбаланса сил сторон. Само существование договора

²⁹⁷ О теориях воли, волеизъявления и роли обязательства как средства разграничения противоположных интересов участников коммерческого оборота см., например: Иоффе О. С. Избранные труды по гражданскому праву: из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права» [Электронный ресурс] // Правовая наука Казахстана ; отв. ред. М. А. Ваксберг. – Алма-Ата, 1978. – С. 119–131. – URL: http://civil.consultant.ru/elib/books/3/page_76.html (дата обращения: 18.08.2017).

присоединения противоречит теории автономии воли сторон, поскольку изначально предполагается, что договор является результатом свободных переговоров. Для защиты слабой стороны обоснованно вмешательство государства, которое устанавливает свободе договора определенные рамки (соответствие закону и общественному порядку). Такой подход, наиболее явно проявившийся в 1975 – 1985 гг. во Франции, получил название «социального волюнтаризма» (*voluntarisme social*). Этот подход предполагает, что воля сторон остается основным инструментом осуществления общественных потребностей, однако свобода сторон в заключении договора ограничивается законом сообразно потребностям общества²⁹⁸.

Теория договорной солидарности появилась во Франции в начале XX в. Ее сторонники задались вопросом о том, чем является договор: результатом примирения эгоистических и противоположных интересов, как считают сторонники теории свободы договора, либо, напротив, результатом сотрудничества альтруистичных контрагентов, объединенных узами солидарности, или договорного братства. Первым, кто предложил такой подход к договору, был французский цивилист Р. Демог²⁹⁹. Он рассматривал договор как некое маленькое товарищество, в котором стороны обязуются сотрудничать для достижения общей цели, рассматриваемой как совокупность их индивидуальных целей. Он отмечал, что кредитор не должен чрезмерно обременять должника, напротив, своими действиями он должен облегчить ему исполнение обязательств. Таким образом, возникает теория солидарности между должником и кредитором, их обязательство действовать совместно в интересах общества. Эта мысль нашла идеологическое обоснование в основах социалистического строя и логическое продолжение в советском гражданском

²⁹⁸ См.: Flour J., Aubert J.-L., Savaux E. *Les obligations*. – Т. 1 : L'acte juridique. – 14^e éd. – Paris, 2010. – № 117. – P. 94.

²⁹⁹ Подробнее о Р. Демоге и его работе "Les notions fondamentales du droit privé", *Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence* (1911) см.: Jamin Ch. *Demogue et son temps Réflexions introductives sur son nihilisme juridique // Revue interdisciplinaire d'études juridiques (R.I.E.J.)*. – 2006. – № 56. – P. 5–19.

праве: говоря о принципе товарищеского сотрудничества и плановом договоре как о лучшей форме сочетания плана и хозрасчета, И.Б. Новицкий отмечал, что «тот факт, что обе стороны, и предприятие-должник, и предприятие-кредитор, заключая договоры, имеют целью выполнение своих планов, составляющих части единого народнохозяйственного плана, обуславливает солидарность их интересов»³⁰⁰. С.Ю. Филиппова полагает, что сотрудничество сторон не является юридической обязанностью, вслед за В.С. Толстым³⁰¹ определяя сотрудничество как «взаимное отношение сторон друг к другу»³⁰², содействие сторон в договорном обязательстве, характеризующееся как «позитивное деятельное намерение устранить любые препятствия, возникающие на пути достижения согласованной правовой цели»³⁰³.

Добросовестность призвана дополнить волю сторон. В.А. Волков, характеризуя субъективную сторону добросовестности (п. 3 ст. 1 ГК РФ), называет её «специальной системной регулятивно-оперативной конструкцией, призванной устранять эгоистические наклонности участников оборота и учитывать интересы и цели гражданского оборота в целом»³⁰⁴. Он смело заключает, что «неоправданность, нелогичность, лицемерность, недобросовестность в действиях участников гражданского оборота, наличие скрытой цели, эгоистического умысла (вины) при видимости использования субъективного гражданского права (обязанности) на стадии установления, осуществления, защиты ими своих гражданских прав (исполнения обязанностей), наличие при этом правовой неопределенности, отсутствие специальной регулирующей нормы, противоправность – все это относится к необходимым признакам, при которых начинают применяться и принцип

³⁰⁰ Новицкий И. Б. Солидарность интересов в советском гражданском праве. – М., 1951. – С. 88 .

³⁰¹ См.: Толстой В. С. Исполнение обязательств. – М., 1973. – С. 197.

³⁰² Филиппова С. Ю. Указ. соч. – С. 146.

³⁰³ Там же. С. 150.

³⁰⁴ Волков В. А. Проблемы реализации принципов добросовестности и запрета злоупотребления правом в предпринимательской деятельности // Проблемы реализации принципов права в предпринимательской деятельности ; отв. ред. В. А. Вайпан, М. А. Егорова. – М., 2016. – С. 149.

юридического равенства, и принцип добросовестности»³⁰⁵. Схожей трактовке признаков недобросовестности следуют и некоторые зарубежные исследователи³⁰⁶, подчеркивая при этом, что значение каждого из таких признаков необходимо определять в каждом конкретном случае. Полагаем, что с таким подходом можно согласиться.

Критики теории договорной солидарности утверждали, что договор является скорее результатом «антагонистического сотрудничества», где под прикрытием сотрудничества скрывается конфликт, поскольку каждая из сторон сначала и, прежде всего, стремится удовлетворить собственные интересы³⁰⁷. Договор как инструмент предвидения должен строиться на системе четких правил, стабильных решений и точных понятий. Даже если обязательство сотрудничать вытекает из добросовестности, добросовестность, прежде всего, предполагает обязательства контрагентов четко и честно исполнять свои обязательства. В этом смысле добросовестность не противопоставляется обязательной силе договора, а служит ее продолжением. Сотрудничество сторон можно скорее объяснить тем, что каждой из сторон из эгоистических соображений выгодно принять во внимание интересы контрагента, чтобы и он поступил так же. Обязательство сотрудничать не беспредельно. Поскольку предполагается, что сотрудничество носит двусторонний характер, обязательство сотрудничества прекращается в случае, если контрагент недобросовестен. Критикуя теорию «договорного братства», профессор факультета права Института политических наук Ж.-П. Шазаль справедливо отмечает, что братство между контрагентами в силу своей нереальности одновременно является бесполезным и извращенным³⁰⁸. Чаще всего

³⁰⁵ Там же. С. 154.

³⁰⁶ См., например: Carcano M. Sulla violazione della regola della buona fede in senso oggettivo [Risorsa elettronica]. – URL: <http://www.altalex.com/documents/news/2015/06/11/sulla-violazione-della-regola-della-buona-fede-in-senso-oggettivo> (data di accesso: 19.08.2017).

³⁰⁷ См.: Carbonnier J. Droit civil. – Т. 4 : Les obligations. – 22^e éd. – Paris, 2000.

³⁰⁸ Жан-Паскаль Шазаль также пишет о «законной» контрактуализации обязательств, см.: Chazal J.-P. Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin? [La ressource électronique]. – URL: <http://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr/ecole-de>

контрагенты пребывают не в любви, а в состоянии силового противостояния. Не будучи ни врагами, ни братьями, они вписаны в контекст «антагонистического сотрудничества». Главное состоит не в том, чтобы они любили друг друга, а в том, чтобы эгоистические интересы одного из них не порождали несправедливость за счет другого. Только учитывая, что договор представляет собой конфликтное, а не братское отношение, можно будет предусмотреть эффективные правовые средства для того, чтобы защитить более слабые и уязвимые стороны, не замедляя экономическую динамику. Отмечая, что «договорное братство» является плодом чрезмерной экзальтации, Ж.- П. Шазаль отмечает, что в то же время допустимо предусматривать обязательства по сохранению лояльности, обязательство сотрудничать в достижении договорной цели, обязательство предоставлять друг другу необходимую информацию и поддерживать договорное равновесие, воздерживаясь от злоупотребления экономической силой и не навязывая другой стороне заключение или исполнение явно разбалансированного договора. Таким образом, в концепции Ж.- П. Шазалья находит подтверждение диалектическое единство направленных на достижение конкретных целей взаимодействие сторон договора, а также взаимосвязь между регулируемым материальным гражданским правом договорным обязательством и определенным соглашением сторон процессом его исполнения.

В теории договорной солидарности две концепции сотрудничества. Первая – альтруистическое сотрудничество, предполагающее союз интересов сторон и обязательство должника исполнять договор в наилучших интересах кредитора. Действия сторон обусловлены общностью этических и моральных ценностей, взаимным уважением, братским отношением и самоотречением. Нетрудно заметить, что эта концепция исходит из идеалистических представлений о сторонах договора и их отношениях и вряд ли выдержит

[droit/files/chazal_les_devoirs_contractuels.pdf](#) (la date de l'accès: 18.08.2017). Другие публикации по этой теме: Diesse F. Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat // APD. – 1999. – Т. 43. – Р. 259 ; Chazal J-P. De la puissance économique en droit des obligations // Thèse Grenoble II. – 1996. – № 763 ets.

испытание практикой. Вторая – «кооперативный индивидуализм», более реалистичный: стороны не должны отказываться от своих личных интересов, однако, предполагается возможность удовлетворения этих интересов только через сотрудничество. Задача права, таким образом, заключается в том, чтобы способствовать сотрудничеству сторон.

С развитием технологий и глобализацией экономических связей возникают новые виды договоров, призванные регулировать разнородные комплексы взаимных предоставлений сторон. Новые виды договоров сложны, как правило, являются результатом трудных переговоров. Их исполнение разбито на многие фазы. В процессе исполнения их условия могут многократно изменяться под влиянием факторов внешней среды (социальных, экономических, технологических). Очевидно, что для успешного исполнения подобных договоров особое значение имеют отношения сторон, их готовность рассматривать договор как гибкую конструкцию. Основанные на отношениях договоры зачастую намеренно оставляют неполными, согласование и уточнение отдельных вопросов переносится на будущее: сотрудничество сторон необходимо не только для надлежащего исполнения согласованных сторонами условий, но и для будущего планирования договорных отношений³⁰⁹.

Нормы, типичные для договора «отношенческой» модели, включают в том числе выбор средств, подходящих для достижения целей, требование относительно наличия взаимной выгоды, обязанность стремиться сохранить будущие отношения и целостное исполнение каждой стороной роли, которую она на себя приняла в договорных отношениях³¹⁰. Основанный на отношениях договор также характеризуется стремлением сторон самостоятельно разрешать свои конфликты и избегать обращения в суды, что ведет к установлению нового нормативного порядка, в котором обязательства, связанные с

³⁰⁹ См.: Rolland L. Les Principes d'UNIDROIT et le Code civil du Québec : variations et mutations // R. J. T. – 2002. – № 36, № 2. – P. 583, par. 41.

³¹⁰ См.: Rolland L. Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec // McGill Law Journal. – 1999. – Vol. 44. – P. 927.

поддержанием и развитием сотрудничества, сформулированы жестче, их больше, они развиваются параллельно развитию договорных отношений.

Договоры «отношенческого» типа (*contrats relationnels*) получили развитие в предпринимательской практике и выдвигают на первый план обязательство сторон сотрудничать друг с другом. Обязательство сотрудничать³¹¹ предполагает активное поведение контрагентов. Состав и объем такого обязательства оценивается на основании анализа объективных критериев (связанных с договором) и субъективных критериев (связанных с его сторонами), рассматриваемых в их взаимосвязи. Потребность в сотрудничестве тем сильнее, чем больше природа договора предполагает наличие доверительных отношений между сторонами, чем сложнее предусмотренное им предоставление и чем дольше срок, на который заключается договор. Каждая из сторон обязуется с пользой исполнять договор, при этом больше требований в отношении сотрудничества предъявляется к той из сторон, которая дала другой стороне основания ей доверять, или к более сильной стороне договора. Обязательство оказывать коммерческую или техническую помощь может быть возложено на стороны в случае, когда между сторонами договора имеется явный дисбаланс сил. Обязательство сотрудничать может предполагать возложение на кредитора (или на сильную сторону договора) обязательства заново договориться об условиях договора, соотношение сил в котором нарушено в связи с непредвиденными обстоятельствами. Если договор содержит положение, обязывающее стороны изменить положения договора, то для достижения этой цели они должны сотрудничать: добросовестно участвовать в переговорах, являясь на встречи и представляя конструктивные предложения в разумные сроки, если только не очевидно, что переговоры закончатся провалом. При долгосрочных отношениях сторон, основанных на доверии, поддержание деловых отношений достигается за счет сотрудничества

³¹¹ Об обязанности сотрудничества как руководящем принципе договора см.: Diesse F. *Op. cit.* – P. 259–302.

и компромисса, а не путем сохранения неизменности условий договора и боязни санкций³¹².

Как уже отмечалось, переговоры, как правило, рассматриваются как маркетинговый механизм. Их психологические аспекты и техническая структура освещены в многочисленных пособиях американских и английских авторов, в то время как правовое наполнение переговоров, в том числе переговоров об урегулировании спора, исследовано мало. Вопросы правовых предпосылок сотрудничества, без которого переговоры невозможны, выбора сторонами способа разрешения спора поднимают в своих трудах голландские ученые М. Барендрехт и Б. Р. де Вриес³¹³. Вопрос сотрудничества сторон и их взаимодействия с юрисдикционными органами эти ученые освещают с достаточно непривычной точки зрения – в качестве способа достижения правосудия рассматривается сотрудничество всех участников процесса разрешения и урегулирования спора.

Анализируя вопрос сотрудничества сторон в разрешении спора и выборе способа его разрешения, полагаем целесообразным остановиться на исследовании профессора частного права Тильбургского университета (Нидерланды) М. Барендрехта, посвященном вопросам построения правовой системы, направленной на разрешение споров³¹⁴ и ее видоизменение таким образом, чтобы она способствовала отношениям сотрудничества. Под сотрудничеством сторон М. Барендрехт понимает действия индивидуумов, согласованные к оптимальной обоюдной выгоде и включающие в себя переговоры, называемые в литературе «принципиальными», «интегративными», «основанными на сотрудничестве»³¹⁵, направленные на

³¹² См.: LeBrun Ch. *Op. cit.* – P. 44.

³¹³ См.: Barendrecht M., de Vries B. R. *Fitting the Forum to the Fuss with Sticky Defaults: Failure on the Market for Dispute Resolution Services?* [Electronic resource]. – URL: <http://cardozo.jcr.com/vol7no1/CAC101.pdf> (access date: 20.08.2017).

³¹⁴ См.: Barendrecht M. *Cooperation in Transactions and Disputes: A Problem-Solving Legal System?* [Electronic resource]. – 2003. – URL: <http://ssrn.com/abstract=404960> (access date: 20.08.2017).

³¹⁵ *Ibidem.* P. 5, n. 3–5.

выигрыш обеих сторон. В этом заключается отличие интегративных переговоров от позиционных, где каждая из сторон стремится увеличить свою долю в ограниченном объеме ресурсов и обязательно имеются выигравшая и проигравшая стороны.

Исходный пункт исследований М. Барендрехта – современная правовая система. По своей природе она является позиционной и состязательной и служит, прежде всего, орудием принудительного исполнения обязательств. Цель ученого – применяя критерии и правила, свойственные интегративным переговорам, предложить пути преобразования бинарной состязательной системы разрешения споров, в которой одна сторона неизбежно оказывается проигравшей, в другую одерживает победу, в интегративную, где в результате урегулирования спора обе стороны оказываются в выигрыше. Сопоставляя механизм решения проблем и такие части правовой системы, как договорное право, порядок разрешения споров, ученый применяет принципы интегративных переговоров, предлагая сосредоточиться на интересах, а не на позициях, изобретать варианты решения к взаимной выгоде, исследовать наилучшую альтернативу возможному соглашению, использовать преимущественно объективные критерии при оценке возможных вариантов урегулирования спора. Задаваясь вопросом, каким образом правовая система может способствовать внедрению подхода, направленного на разрешение споров, М. Барендрехт приходит к выводу, что предлагаемые по умолчанию способы разрешения споров должны побуждать стороны к выявлению решений, в наибольшей степени отвечающих их интересам. Например, сторонам может быть предложен набор объективных критериев расчета компенсации за утраченные возможности будущего сотрудничества с контрагентом³¹⁶. По мнению М. Барендрехта, сторонам необходимо предложить свод правил ведения переговоров – универсальный кодекс поведения, который будет применяться по умолчанию. Правила должны давать

³¹⁶ Barendrecht M. Ibidem. P. 6.

сторонам ориентиры – сигнальные критерии для оценки хода их переговоров, в том числе они должны помочь сторонам правильно определить момент, когда целесообразно привлечь для участия в переговорах стороннее лицо (медиатора или юриста). Конкретные требования к таким лицам должны быть определены договором сторон. На случай, если сторонам не удалось договориться, кодекс поведения должен предусматривать обязанность сторон изложить оставшиеся не разрешенными вопросы, по которым позиции сторон разнятся, в документе, содержание которого суд учтет, принимая решения по этим позициям. При этом, как полагает М. Барендрехт, вынося решения, суд должен вести процесс, сообразуясь с процессуальными потребностями и ресурсами каждой из сторон. Применение такого алгоритма действий должно привести к преобразованию позиционной и состязательной правовой системы в систему, способную, помимо традиционных состязательных способов разрешения споров, поддерживать различные виды переговоров и в целом способы разрешения разногласий, основанные на сотрудничестве и учете интересов сторон (полагаем, что речь идет о способах, обозначенных нами как консенсуальные). По существу предлагаемый М. Барендрехтом подход подразумевает превращение государственного суда в подобие третейского суда, при этом сфера применения процессуального законодательства существенно сужается. Тем не менее, задача правосудия не состоит в превращении суда в нотариальную контору, где стороны заключали бы полюбовные сделки³¹⁷. Такой подход к урегулированию споров представляется несколько оторванным от реальности, поскольку предполагает, что состязательные способы разрешения споров будут в основном вытеснены консенсуальными механизмами урегулирования конфликтов. Да, законодатель должен предложить сторонам на выбор целый набор способов урегулирования спора,

³¹⁷ См.: Попов Б. Распределение доказательств. Цит. по: Яблочков Т.М. К учению об основных принципах гражданского процесса. Москва, Тип. Т-ва Кушнеревъ и Ко. 1914. – С. 18. URL : https://zakon.ru/blog/2014/11/5/yablochkov_tm_k_ucheniyu_ob_osnovnykh_principax_grazhdansko_go_processa_m_1914

которые стороны смогут самостоятельно или при содействии компетентных юристов моделировать и подгонять «по своей мерке» для урегулирования своего спора. Однако, самым подходящим способом разрешения конкретного спора, удобным и приемлемым для его сторон, вполне может оказаться и состязательный, в том числе - судебный. При этом полагаем, что в зависимости от конкретных обстоятельств спора и его сторон, как состязательный позиционный подход, предлагаемый для разрешения споров по умолчанию, так и консенсуальные способы разрешения споров могут, в частности, выполнять и профилактическую функцию, предотвращая эскалацию разногласия, способствуя уважению самостоятельности и личного достоинства сторон спора, предоставляя сторонам право быть услышанными. М. Барендрехт отмечает, что современная правовая система не содержит каких-либо элементов, стимулирующих стороны систематически излагать свои интересы и методично отыскивать решения (напротив, позиции сторон оцениваются с точки зрения их соответствия законодательству и, таким образом, стимулируются позиционные переговоры). Полагаем, что можно согласиться с тезисом М. Барендрехта о том, что диспозитивность гражданского законодательства, установление в нем оценочных категорий, применимых к квалификации конкретных обстоятельств и действий сторон (таких, как категории разумности, разумных ожиданий), свидетельствуют о формировании индивидуального подхода к разрешению разногласий сторон³¹⁸. В то же время формирующийся в рамках материального гражданского права индивидуальный подход к разрешению конфликтных ситуаций, применяемый сторонами по договоренности между ними, оказывает воздействие и на процессуальное право: по мнению В.О. Аболонина, можно ожидать, что в недалеком будущем будет сформирована новая парадигма гражданского процесса, в которой определяющей и основной функцией суда станет примирение сторон, ныне сопутствующее основной «охранительной»

³¹⁸ Barendrecht M. Op.cit. P. 28.

функции правосудия – защите права³¹⁹. Принимая это мнение, подчеркнем, что урегулирование гражданско-правовых споров все же не перейдет целиком в сферу публично-правового регулирования, поскольку субъекты этих споров наделены автономией воли и имеют возможность выбирать способы урегулирования своего спора. Поэтому наиболее эффективно такие споры будут разрешаться во взаимодействии двух систем – внешней по отношению к суду системы договорных связей между субъектами спора и привлекаемым им аккомодатором, и отношениями запрашивающей исполнения итогового соглашения стороны с судом по поводу непосредственного исполнения этого соглашения. При этом суд может выступить в роли технического аккомодатора (направить стороны на информационную встречу с медиатором, предоставить для этого свои помещения, и т.п.).

Как справедливо указывает М. Барендрехт, функции правовой системы заключаются в том, что она предоставляет лучшую альтернативу обсуждаемому соглашению (именно обращение в государственные суды в большинстве случаев рассматривается в качестве таковой)³²⁰, а также ряд объективных критериев урегулирования споров (нормы о порядке заключения договоров, недействительности договоров, порядке разрешения споров)³²¹. Основным недостатком этих критериев М. Барендрехт считает их «бинарный», «двоичный» характер, предполагающий только два варианта ответа – «да» или «нет». Диспозитивность норм гражданского права позволяет задать гибкость

³¹⁹ См.: Аболонин В. О. Судебная медиация: теория, практика, перспективы [Электронный ресурс]. – М., 2015. – Система ГАРАНТ. Заметим, что деятельный интерес к примирительным процедурам в связи с судебным разбирательством и общей концепцией доступа к правосудию вписывается в концепцию третьей волны развития гражданского процесса, описанную еще в 1978 г. проф. Б. Гартом и М. Капеллетти. См. Garth, Bryant G. and Cappelletti, Mauro. "Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective" (1978). Articles by Maurer Faculty. Paper 1142. – URL: <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1142> (date of access: 20.02.2018).

³²⁰ Термин "BATNA" (Best Alternative to Negotiated Agreement – (наи)лучшая альтернатива обсуждаемому соглашению) был введен Р. Фишером и У. Юри и обозначает вариант действий, который с наибольшей вероятностью выберет сторона, если ее переговоры с другой стороной не дадут результата.

³²¹ См.: Varendrecht M. Cooperation in Transactions and Disputes. P. 39.

этих критериев, возможность их более тонкой градации. Установленные правила должны стать орудием, позволяющим сторонам урегулировать спор с учетом конкретных обстоятельств. Они должны дать сторонам технологию разрешения спора – разработанные способы для разрешения спора (четкие, воспроизводимые и опробованные на практике)³²². При отсутствии третейской оговорки именно государственные суды являются основными «поставщиками» наилучших альтернатив обсуждаемому соглашению. Интерес в связи с этим представляет статистическое исследование судебно-арбитражной практики окружных судов, предпринятое Д. А. Архиповым. Он пришел к выводу о фактической императивности диспозитивных норм, поскольку в большинстве случаев суд выносил решение, основанное на применении диспозитивной нормы ГК РФ, применяемой по умолчанию³²³, а не на положении договора сторон, не противоречащего ей³²⁴. Результаты этого исследования с нашей точки зрения подтверждают, что, анализируя конфликтную ситуацию, стороны договора могут достаточно точно определить свою наилучшую альтернативу обсуждаемому соглашению (если их договор не содержит арбитражной оговорки) и просчитать ее последствия. Отмечая, что такая *de facto* императивность может привести к систематическому отказу сторон договора от согласования экономически выгодных условий³²⁵, Д.А. Архипов закономерно приходит к выводу о том, что «распределение конкретного риска в договоре конкретного типа» должно осуществляться путем выбора конкретного решения в условиях конкурирующих ценностей, подлежащих учету и защите»³²⁶. Таким образом, наиболее вероятное решение не всегда является оптимальным.

³²² Ibidem. P. 44.

³²³ Речь идет о положениях ст. 422 ГК РФ (в случаях, когда условие договора предусмотрено нормой, которая применяется постольку, поскольку соглашением сторон не установлено иное (диспозитивная норма), стороны могут своим соглашением исключить ее применение либо установить условие, отличное от предусмотренного в ней; при отсутствии такого соглашения условие договора определяется диспозитивной нормой).

³²⁴ См.: Архипов Д. А. Указ. соч. – С. 105–110.

³²⁵ Там же. С. 77.

³²⁶ Там же. С. 100.

Отметим также, что передача спора на разрешение суда знаменует собой последнюю стадию отчуждения спора от сторон. Они отказываются и от контроля над результатом, отдавая его на усмотрение суда, и от контроля над процессом (порядок разбирательства определен процессуальным законодательством). В таких условиях набор доступных сторонам вариантов решений существенно ограничен (признание долга, отказ от иска, заключение мирового соглашения в пределах исковых требований) по сравнению с возможностями, имеющимися у сторон при ведении переговоров. Кроме того, зачастую утрачивается первоначальный экономический интерес в получении решения (так происходит, когда ответчик обанкротился либо его невозможно разыскать, поскольку цена таких мер несоразмерна сумме задолженности). На смену заинтересованности в получении и исполнении решения приходит интерес избежать санкций, предусмотренных налоговым и валютным законодательством, потребность представить формальные доказательства собственной добросовестности – текст судебного или арбитражного решения, доказав, что все средства по взысканию задолженности были исчерпаны. В таком случае оплата арбитражного сбора или государственной пошлины, а также услуг представителя становится родом санкции для «запустившего» спор истца, поскольку эти средства невозможно взыскать с пропавшего или прекратившего существование ответчика.

Таким образом, система взаимосвязанных договоренностей сторон от начала переговоров до их завершения может включать в себя следующие шаги: на стадии вступления в переговоры стороны согласуют предварительные условия, необходимые для начала переговоров, в качестве предварительного условия для начала переговоров зачастую выступает заключение соглашения о конфиденциальности, срок действия которого существенно превышает срок действия соглашения о проведении переговоров, которое может быть заключено в дальнейшем. Помимо обязательств по совершению определенных действий или по воздержанию от них, предусмотренных соглашением о конфиденциальности, каждая сторона или одна из них по требованию другой

может дать заверения в отношении обстоятельств, имеющих существенное значение для другой стороны. Такие заверения, скорее всего, будут включены в вводную часть соглашения о порядке проведения переговоров (в том числе об урегулировании спора). Срок действия заверений может быть ограничен сроком действия соглашения о порядке проведения переговоров или распространяться на время действия итогового соглашения об урегулировании спора, заключенного по результатам переговоров. В процессе исполнения соглашения о порядке ведения переговоров стороны могут использовать различные вспомогательные инструменты, такие как протокол разногласий, в любом оговоренном сторонами формате. Итоги переговоров оформляются протоколом об их прекращении, если соглашение не достигнуто, либо соглашением по предмету переговоров. На протяжении переговоров стороны должны вести себя добросовестно и сотрудничать.

На завершающей стадии переговоров при выработке текста итогового соглашения стороны могут использовать такой инструмент, как протокол разногласий. В протокол разногласий сторона включает положения, которые для нее принципиально важно или желательно дополнить, изменить или исключить, то есть которые она считает существенными. Статья 432 ГК РФ, практически воспроизводя абз. 2 ст. 162 ГК РСФСР, называет среди существенных условий «также все те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение»³²⁷. Представляется, что одним из таких условий может стать и порядок урегулирования споров.

³²⁷ Это положение согласуется со ст. 2.1.13 «Заключение договора, зависящее от соглашения по конкретным вопросам или соблюдения особой формы» Принципов УНИДРУА 2010 г., предусматривающей, что, если в ходе переговоров одна из сторон настаивает на том, что договор не будет заключен до тех пор, пока не будет достигнуто соглашение по конкретным вопросам или соблюдена особая форма соглашения, договор не будет заключен, пока не будет достигнуто соглашение по этим вопросам или не будет соответствующим образом оформлено. В комментарии к этой статье подчеркнута значение слова «настаивает» как отражающего однозначное намерение стороны выйти из переговоров, если стороны не договорятся. См.: Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010. С. 54–55.

На современном этапе развития гражданского права, в условиях свободы договора, протоколы разногласий допустимы лишь как форма согласования условий договора в процессе переговоров. Характерно, что ГК РФ специально предусматривает возможность использования протоколов разногласий только в отношении договоров, подлежащих заключению в обязательном порядке (ст. 445, 528) (публичный договор; договор, заключенный на основании предварительного договора; договор, заключенный путем проведения торгов). При этом содержание этих статей частично воспроизводит положения нормативных актов советского периода (см., в частности, п. 22 Постановления Совмина СССР от 25 июля 1988 г. N 888 «Об утверждении Положения о поставках продукции производственно-технического назначения, Положения о поставках товаров народного потребления и Основных условий регулирования договорных отношений при осуществлении экспортно-импортных операций»).

Протокол разногласий может использоваться как инструмент согласования позиций сторон³²⁸, при этом степень существенности того или иного условия, указанного стороной в протоколе разногласий, меняется по ходу переговоров и для самой стороны³²⁹. Менее принципиальные для стороны положения отпадут в процессе торга. Как правило, принципиальные положения, без учета которых сторона прекратит переговоры, появляются в протоколе первыми и остаются там до завершения переговоров заключением договора или до выхода соответствующей стороны из переговоров.

Если протокол разногласий имеет право на существование в контексте согласования итогового текста договора на завершающей стадии переговоров, то протокол разногласий как часть договора является атавизмом, отголоском порядка согласования условий и заключения плановых договоров между

³²⁸ Или более узко – как предложения по согласованию отдельных условий договора. См.: Соколова Г. Протокол разногласий к гражданско-правовому договору [Электронный ресурс] // Арсенал предпринимателя. – 2009. – URL: <http://delo-press.ru/articles.php?n=7735> (дата обращения: 17.08.2017).

³²⁹ См.: Шевченко Е. Е. Протокол разногласий в судебно-арбитражной практике и теории, его правовое значение [Электронный ресурс] // Вестник ВАС РФ. – 2010. – № 2. – Система ГАРАНТ.

советскими социалистическими организациями, лишенными возможности выбирать своих контрагентов и жестко ограниченными в выборе условий исполнения. Частично согласованный договор с протоколом разногласий считался заключенным в части, по которой у сторон не было разногласий, и в этой части стороны могли исполнять свои плановые задания, продолжая самостоятельно или через арбитраж согласовывать условия, оставшиеся спорными. Договор должен был соответствовать плану, условия договора мог изменить только суд на основании обращения сторон с преддоговорным спором. Протокол разногласий, представленный сторонами в суд, мог послужить основанием для договорных обязательств, определенных планом³³⁰.

Следует отметить, что называемый протоколом разногласий документ не имеет каких-либо заданных параметров и может составляться сторонами в свободной форме. С нашей точки зрения, протокол разногласий, состоящий из двух колонок, в которых приводятся расходящиеся формулировки позиций сторон, нерационален и может послужить лишь рабочим документом, констатирующим расхождение позиций сторон на определенный момент ведения переговоров (или на момент их прекращения). Напротив, протокол разногласий, состоящий из трех или четырех колонок, содержащих формулировки, предлагаемые сторонами, их обоснование и принятую обеими сторонами согласованную редакцию, гораздо эффективнее для составления итогового соглашения. Тем не менее, все эти варианты протоколов разногласий представляются повторением прошлого, поскольку в условиях современного электронного документооборота те же цели могут быть достигнуты при помощи программных средств редактирования документов.

Говоря о роли и правовом значении документов, подготавливаемых сторонами совместно на стадии предварительных переговоров, М.А. Рожкова справедливо отмечает, что эти документы могут раскрыть действительную

³³⁰ Пункт 22 Положения о поставках продукции производственно-технического назначения», п. 18 Положения о поставках товаров народного потребления (утверждены Постановлением Совмина СССР от 25.07.1988 № 888) [Электронный ресурс]. – URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_12/ (дата обращения: 17.03.2018).

общую волю сторон³³¹. Но надо учитывать, как подчеркивал М.И. Брагинский, что «и переговоры, и переписка имеют лишь доказательственное, а не правообразующее значение»³³², и потому протокол разногласий к проекту договора, будучи рабочим инструментом согласования условий договора, не имеет самостоятельного правового значения, но может учитываться судом для толкования условий договора. Можно согласиться с М.А. Рожковой в том, что «вне зависимости от того, был ли изначально составлен проект единого договора-документа или стороны обменялись несколькими односторонне составленными документами, последующее составление двустороннего протокола разногласий, в котором стороны согласовывают конкретные условия договора, свидетельствует о переходе (или возврате) сторон на стадию предварительных переговоров о заключении договора»³³³. Таким образом, подписывая протокол разногласий, стороны фиксируют свое согласованное видение правовых позиций друг друга в отношении предмета спора по состоянию на момент завершения определенного этапа переговоров. Не имея для сторон обязательной силы, констатация позиций сторон, содержащаяся в протоколе разногласий, позволяет определить отправные точки для следующего этапа переговоров.

Результатом переговоров об урегулировании спора может стать соглашение сторон об установлении, изменении или прекращении отношений между ними. Соглашение может быть сформировано в виде рамочного соглашения, определяющего общие условия последующих однотипных сделок между сторонами. Примерами таких рамочных соглашений, оставляющих открытыми существенные условия для последующего согласования при заключении разовых договоров, могут явиться общие условия продаж, а также

³³¹ См.: Рожкова М. А. Протокол разногласий и некоторые другие проблемы, связанные с заключением договора: предложено ли им решение в действующем Гражданском кодексе? [Электронный ресурс] // Закон. – 2015. – № 10. – Система ГАРАНТ.

³³² Брагинский М. И., Витрянский В. В. Указ. соч. С. 156 (автор главы – М. И. Брагинский).

³³³ Рожкова М. А. Указ. соч.

генеральные соглашения, которыми на финансовом рынке определяются условия многократного заключения разовых сделок³³⁴. Положения п. 3 ст. 432 ГК РФ служат стимулом для сторон «несовершенного» договора, условия которого стороны намеренно или случайно оставили открытыми, в определенный момент своего взаимодействия договориться о таких условиях, поскольку сторона иным, нежели исполнение договора, образом подтвердившая действие договора, в конкретных обстоятельствах связана его условиями.

Подводя итог, можно сделать следующие выводы:

1. Специфика коммерческих переговоров как длящегося, обратимого, динамично структурированного процесса определяется составом их участников (предпринимателей) и, соответственно, преследуемой ими целью (договорное оформление обмена товара, услуги, права на денежный эквивалент, определяемый с учетом объективных показателей рынка, потребностей и ресурсов сторон и их переговорных навыков). Целью переговоров об урегулировании спора, возникающего в процессе предпринимательской деятельности, является договорное оформление взаимоприемлемых условий установления, прекращения, изменения или урегулирования в частном порядке последствий нарушения отношений сторон по поводу таких отношений обмена, то есть заключение договора об урегулировании спора.

2. Для проведения переговоров необходимо, чтобы у их участников были разные интересы, которые возможно удовлетворить только договорившись об условиях и порядке обмена или установления, прекращения, изменения или урегулирования последствий нарушения отношений сторон по поводу таких отношений обмена.

3. Переговоры – целенаправленный повторяющийся обмен информацией, способ организации взаимодействия с другой стороной по поводу урегулирования спорных отношений, подразумевающий согласование воли сторон.

³³⁴ См.: Семилютина Н. Г. Российский рынок финансовых услуг (формирование правовой модели). – М., 2005. – С. 41–42.

4. Своим соглашением о порядке проведения переговоров (в том числе об урегулировании спора) стороны задают порядок действий каждой из них, направленных на достижение сформулированных в момент заключения переговоров целей, стороны также определяют имущественные санкции за неисполнение предусмотренных этим соглашением обязательств и собственных заверений сторон относительно фактических и правовых обстоятельств, существующих на момент заключения договора.

5. При формировании общей воли сторон, необходимой для достижения соглашения по итогам переговоров (в том числе итогового соглашения об урегулировании спора), существует проблема адекватного доведения содержания исходной воли стороны, действующей через представителя, до других участников переговоров, поскольку опосредованное представителем стороны волеизъявление стороны неизбежно отражает собственные интересы представителя, поэтому целесообразно, чтобы в переговорах лично участвовали сами стороны.

6. Срок действия соглашения о порядке проведения переговоров (в том числе об урегулировании спора) целесообразно ограничить с учетом целей, на достижение которых направлены переговоры, и принимать его в комплексе с соглашением о конфиденциальности.

7. Стороны стремятся оформить результаты переговоров в виде документа, который в дальнейшем можно будет использовать в формальных процедурах урегулирования споров (арбитраж или судебное разбирательство) (например, протокол), либо в виде соглашения (в том числе о порядке урегулирования спора), которое в случае его нарушения одной из сторон другая сторона может исполнить принудительно; при этом протокол разногласий, не подписанный обеими сторонами, следует рассматривать как отсутствие договоренности по обозначенным в нем условиям и, следовательно, возврат переговоров к их исходной точке.

8. Поскольку состав сторон переговоров, специфика цели (урегулирование спора) задают стратегию переговоров и по ходу

повторяющегося обмена информацией стороны приходят к соглашению о порядке проведения переговоров об урегулировании спора, а в результате его исполнения – к соглашению по совместно определенной сторонами в начале их взаимодействия проблеме, а исполнение соглашения о порядке проведения переговоров неразрывно связано с их результатом – соглашением об урегулировании сформулированного в начале взаимодействия спора, саму процедуру переговоров можно рассматривать как неотъемлемую часть достигнутого в результате переговоров правового результата. В свою очередь, соглашение о порядке проведения переговоров об урегулировании спора непосредственно связано с содержанием гражданско-правового договора, регулирующего отношения сторон, из которых возник спор, тем не менее, в процессе урегулирования спора стороны могут выходить за пределы основного обязательства. Таким образом, как соглашение о порядке проведения переговоров об урегулировании спора как разновидность соглашений о порядке урегулирования спора, так и итоговое соглашение об урегулировании спора, достигнутое в результате переговоров, являются институтами материального права и должны регулироваться положениями ГК РФ.

2.2. Переговоры с участием юристов-представителей и их договорное оформление

В настоящее время наблюдается устойчивая тенденция ко все более активному участию юристов во внесудебных процедурах урегулирования споров с участием их клиентов. Кроме того, досудебные виды урегулирования споров, зародившиеся в сфере семейного права³³⁵, активно используются для разрешения коммерческих споров, что лишний раз свидетельствует об универсальном, междисциплинарном характере таких способов. Все они

³³⁵ Основателем семейного права сотрудничества считается С. Вебб, адвокат из Миннеаполиса; начиная с 1990-х гг. эта практика получила широкое распространение в США, Канаде, Австралии, Новой Зеландии, в Европе в нем активно участвуют Чехия, Италия.

основаны на договоре между сторонами. «Процедуры участия пригодны для всех типов конфликтов, будь то денежных, двусторонних, многосторонних, относящихся к частным интересам или к публичной политике, уголовно- [речь идет о делах частного обвинения. – Н.Г.Ш.] и гражданско-правовым»³³⁶. В диссертации переговоры с участием юристов рассматриваются в контексте переговоров об урегулировании спора.

Переговоры сотрудничества (collaborative law) – это конфиденциальные переговоры с участием юристов сторон, помогающих сторонам договориться. Если стороны не пришли к соглашению, юристы-переговорщики не вправе представлять их в последующем судебном или третейском разбирательстве по тому же вопросу. Если для ведения переговоров сторона привлекала стороннего юриста, то представителям юридической фирмы, где работает такой юрист-переговорщик, также запрещено сопровождать сторону-заказчика этой услуги в судебном процессе. Эти меры направлены на обеспечение конфиденциальности сведений, которыми стороны обменялись по ходу переговоров. Процедура, или *переговоры участия* (cooperative law, *procédure participative*), отличается от переговоров сотрудничества тем, что юристы, участвовавшие в неудачных переговорах, могут продолжить работать со сторонами и представлять их в суде в связи со спором, по которому не удалось прийти к итоговому соглашению³³⁷. Как переговоры сотрудничества, так и переговоры участия относятся к консенсуальным видам АРС, основанным на обязательстве сторон сотрудничать и не предполагающим права лиц, содействующих сторонам в достижении соглашения, давать сторонам обязательные для исполнения рекомендации.

³³⁶ La transformation des rapports humains par la justice participative. – Commission du droit du Canada, 2003. – P. 230.

³³⁷ См.: Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Mediation [Electronic resource]: Hague Conference on Private International Law 2012. – P. 9. – URL: http://www.hcch.net/upload/guide28mediation_en.pdf (access date: 20.08.2017).

Меняется и роль адвоката – он не только представитель и защитник, он должен также уметь выполнять функции защиты и представительства через функцию сотрудничества с юристом другой стороны и с другой стороной. Профессор Стенфордского университета Р. Джилсон и директор проекта Гарвардского университета по исследованию переговоров Р. Мнукин предполагают, что само существование юристов-переговорщиков с хорошей репутацией может повлиять на поведение клиентов, способствуя тому, чтобы они отдавали предпочтение способам разрешения споров, предполагающим не конфронтацию, а сотрудничество³³⁸. Некоторые экспериментальные данные показывают, что заинтересованные в защите своих интересов клиенты зачастую выбирают «договороспособных» юристов, если могут быть уверены в том, что: 1) другая сторона поступит также; 2) если другая сторона этого не сделает, то они заменят представителя на «бойцового»³³⁹.

Как отмечает М. Барендрехт, выбор оптимального способа разрешения спора во многом зависит от выбора представителя и возможного конфликта интересов сторон спора и их представителей. С одной стороны, привлекая юриста-консультанта к участию в разрешении спора, стороны получают возможность сделать информированный и рациональный выбор в отношении способа разрешения спора, так как юрист, скорее всего, лучше осведомлен о преимуществах вариантов выбора и их стоимости. С другой стороны, интересы представителя могут расходиться с интересами клиента, и его выбор варианта урегулирования спора, скорее всего, будет предопределен максимальным заработком, который он может получить. Кроме того, юрист может, даже подспудно, счесть предпочтительным «традиционное судебное

³³⁸ См.: Gilson R. J., Mnookin R. H. Disputing Through Agents: Cooperation and Conflict Between Lawyers in Litigation // Columbia Law Review. – 1994. – P. 509, ref. 30 ; Croson R., Mnookin R. H. Does Disputing Through Agents Enhance Cooperation? Experimental Evidence [Electronic resource]. – URL: <http://opim.wharton.upenn.edu/risk/downloads/archive/arch329.pdf> (access date: 20.08.2017).

³³⁹ Croson R., Mnookin R. Op. cit. P. 14.

разбирательство», поскольку этот выбор дает ему больше возможностей использовать и продемонстрировать свои навыки как специалиста³⁴⁰.

Для всех направленных на урегулирование спора переговоров при содействии юристов характерны следующие черты:

- переговоры структурированы;
- соглашение о порядке урегулирования спора подписывают стороны и их адвокаты;
- нейтральное беспристрастное стороннее лицо в них не участвует;
- на время переговоров стороны принимают на себя обязательство не обращаться в суд;
- закон не обязывает стороны участвовать в переговорах – участие добровольно;
- переговоры не являются состязательными;
- стороны принимают на себя обязательство добросовестно раскрыть всю информацию, имеющую значение для разрешения конфликта;
- при необходимости стороны согласны совместно по договору привлечь экспертов для установления определенных фактов или оценки определенных обстоятельств;
- по завершении каждой встречи составляется подробный отчет / оформляется протокол;
- согласие сторон на участие в переговорах сотрудничества не означает их отказа от своих прав или их осуществления;
- обеспечивается конфиденциальность;
- если стороны не пришли к соглашению, адвокаты-переговорщики больше не могут представлять клиентов в суде по тому же спору³⁴¹.

Переговоры при содействии юристов имеют много общего с «классической» медиацией. Основное отличие заключается в том, что в

³⁴⁰ Barendrecht M., de Vries B. R. Op. cit. P. 21.

³⁴¹ Сформулированы по материалам конференции, организованная секцией предотвращения и урегулирования споров Ассоциации канадских адвокатов, отделение Квебека, авторы – Джон-Николас Морелло и Марта Ши (Монреаль, 24 марта 2005 г.).

переговорах сотрудничества не участвует независимое от сторон нейтральное лицо – медиатор. Переговоры сотрудничества – это правовая практика использования основанных на интересах сторон (интегративных) переговоров, в которых задействованы адвокаты, чья роль как аккомодаторов заключается в том, чтобы помочь сторонам прийти к взаимовыгодному решению. «Адвокаты и стороны подписывают договор, в котором подтверждают согласие воздержаться от обращения в суд. Стороны и адвокаты работают в команде»³⁴². Переговоры сотрудничества – опосредованный договором сторон прием для облегчения и поощрения более гармоничных будущих отношений, равно как и орудие для минимизации социальных, финансовых и эмоциональных последствий конфликтов, переродившихся в судебные споры.

Переговоры сотрудничества – это эффективный метод работы для сложных эмоционально отягощенных переговоров. В предпринимательской сфере он может оказаться особенно эффективным в случаях, когда один из членов команды приходит к выводу, что он больше не в состоянии работать вместе с остальными, но обстоятельства складываются таким образом, что сторонам придется поддерживать отношения в будущем для достижения общей цели.

По мнению некоторых зарубежных исследователей, переговоры сотрудничества наряду с медиацией относятся к консенсуальному правосудию. Консенсуальное правосудие в гражданско-правовой сфере схоже с восстановительным правосудием в уголовно-правовой: для обоих характерны понятие ущерба, понятие правосудия и потребность в сохранении межличностных отношений³⁴³. Ущерб понимается как вред, причиненный конкретному индивидууму в результате разрыва отношений. Одним из

³⁴² Introduction to Collaborative Family Law Process Training. Victoria L. Smith BA, LLB, C. Med. Cert. CFM (FMC) and June A. Maresca LL.B., LL.M. Cert. CFM (FMC), перевод с англ. Л. Вудфайн для Квебекской группы права сотрудничества.

³⁴³ См.: Shea M., Clairmont S. Le droit collaboratif: la diversification de la pratique [La ressource électronique]: Conférence prononcée le 10 novembre 2006, Montréal. – URL: <https://www.yumpu.com/fr/document/view/17110872/conference-prononcee-par-mes-martha-shea-et-suzanne-clairmont/5> (la date de l'accès: 23.08.2017).

обстоятельств, послуживших развитию консенсуального правосудия, является разрыв между потребностями участников конфликта и решениями, которые может им предложить система формального правосудия. Далеко не всегда эти решения жизнеспособны и рассчитаны на долгий срок.

Сторонники переговоров сотрудничества считают, что правосудие имеет много измерений. Этой же точки зрения придерживается, например, и итальянский законодатель, закрепивший соглашение о переговорах при содействии адвоката (*convenzione di negoziazione assistita da un avvocato*) в качестве одного из механизмов разрешения споров, представляющего собой «соглашение, посредством которого стороны договариваются добросовестно и честно сотрудничать для дружественного разрешения спора с помощью адвоката»³⁴⁴. Результат должен удовлетворять не только и не столько заранее заданным правилам, сколько выявленным по ходу переговоров потребностям сторон.

В отличие от итальянского законодателя, отнесшего переговоры, проводимые при содействии юриста к процессуальным институтам, под влиянием канадской практики³⁴⁵ французский законодатель с 1 сентября 2011 года дополнил Французский гражданский кодекс (далее – ФГК) Титулом XVII «о соглашении о процедуре (переговорах) участия»³⁴⁶. Так в ФГК был закреплен специальный договор о проведении переговоров участия. Считая этот договор одной из разновидностей соглашения о порядке проведения переговоров об урегулировании спора, констатируем, что такой выбор

³⁴⁴ Decreto-legge 12 settembre 2014 № 132 Misure urgenti di degiurizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile, Art. 2 // Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana. – Serie generale, n. 212.

³⁴⁵ См.: Ferré-André S. Arbitrage conventionnel, arbitrage obligatoire, médiation, conciliation, transaction, sentence "accord-parties", convention de procédure participative : essai de définition? // Vers une Lex mediterranea de l'arbitrage: pour un cadre commun de référence ; Filali Osman, Lotfi Chedly (red.). – Bruxelles, 2015. – P. 41–52.

³⁴⁶ Loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires [La ressource électronique] // JORF (Journal officiel de la République Française). – 23 décembre 2010. – n°0297. – P. 22552, t. n° 1. – URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2010/12/22/2010-1609/jo/texte> (la date de l'accès: 20.08.2017).

французского законодателя свидетельствует в пользу признания материально-правовой природы соглашений о порядке проведения переговоров об урегулировании спора и особого (упрощенного) порядка их исполнения.

Соглашение о проведении переговоров участия – это своего рода договор о сотрудничестве, согласно которому стороны спора, который еще не был передан на разрешение судье или третейскому судье, обязуются совместно и добросовестно работать над дружественным урегулированием своего спора. Соглашение о проведении переговоров участия – срочный договор³⁴⁷, на время действия которого течение срока исковой давности приостанавливается³⁴⁸. По образному выражению французского адвоката Э. Пуавэй-Леклерк³⁴⁹, соглашение о проведении переговоров участия – это пакт о ненападении, заключенный на определенный срок. Письменная форма соглашения о проведении переговоров участия обязательна. К обязательным условиям соглашения относятся срок, описание предмета спора, описание документов и информации, необходимых для урегулирования спора, и порядок обмена ими³⁵⁰. Предмет спора – права, которыми сторона спора вправе свободно распорядиться (по ходу переговоров урегулируется, но не разрешается по существу, именно правовой спор, как в арбитраже, а не урегулируется конфликт, как в медиации). Соглашение вправе заключить сторона спора в сопровождении своего адвоката (участие в переговорах сотрудничества – безусловная привилегия и монополия адвокатов)³⁵¹.

Это гражданско-правовой договор, но его основное измерение, как и измерение третейского соглашения, – процессуальное (порядок проведения переговоров сотрудничества определяется гражданским процессуальным

³⁴⁷ Статья 2062 ФГК.

³⁴⁸ Статья 2238 ФГК.

³⁴⁹ См.: Poivey-Leclercq H. La convention de procédure participative „Un pacte de non-agression à durée limitée” // JCPG. – 2011. – № 4. – P. 70.

³⁵⁰ Статья 2063 ФГК.

³⁵¹ Статья 4 закона № 71-1130 от 31 декабря 1971 г. о реформе некоторых судебных и юридических профессий (loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques).

кодексом)³⁵². Соглашение представляет собой договор об обязательном досудебном урегулировании спора: на время действия соглашения о переговорах участия (или до его нарушения одной из сторон) ни одна из сторон не вправе обратиться в суд³⁵³. Стороны вправе представить итоговое соглашение, достигнутое ими по результатам переговоров сотрудничества, на утверждение судье. Если по окончании срока действия договора стороны не смогли договориться, то обязательная попытка досудебного урегулирования спора считается исчерпанной³⁵⁴, и стороны избавлены от необходимости дополнительно прибегать к примирительной процедуре или медиации.

Представляется необходимым подчеркнуть отличие между механизмом переговоров сотрудничества, «встроенным» в процедуру судебного разбирательства («консенсуальным правосудием»)³⁵⁵, и участием адвоката или юриста-переговорщика в подготовке, проведении и оформлении результата переговоров, не связанных с каким-либо судебным или третейским разбирательством. В последнем случае мы имеем дело с гражданско-правовым договором об оказании услуг. Таким образом, переговоры сотрудничества – это консенсуальный способ разрешения споров, условия и порядок использования которого стороны опосредуют договорами об оказании услуг и договорами поручения, заключаемыми со своим представителем – юристом-переговорщиком. В любом случае отношения между клиентом и его представителем носят фидуциарный характер. «Внешние» по отношению к соглашениям о порядке урегулировании спора отношения между доверителем и адвокатом, клиентом и юристом тем не менее оказывают существенное влияние как на содержание, так и на ход исполнения соглашений об урегулировании спора. Особые отношения стороны спора с ее юристом, характеризующиеся

³⁵² Статья 2068 ФГК.

³⁵³ Статья 2065 ФГК.

³⁵⁴ Статья 2066 ФГК.

³⁵⁵ Целесообразно говорить здесь об одном из проявлений контрактуализации гражданского процесса. См.: Курочкин С. А. О контрактуализации гражданского и процессуального процесса [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.center-bereg.ru/1274.html> (дата обращения: 20.08.2017).

доверием со стороны клиента и лояльностью со стороны юриста, в сочетании с определенными клиентом объемом полномочий юриста и данными клиентом инструкциями определяют программу взаимодействия с другой стороной спора или ее юристом по поводу урегулирования спора, динамически воздействуя на формирование предмета переговоров – последовательность взаимных предоставлений сторон для устранения причины конфликта. Содержание обязательственной связи формируется «согласованной волей в процессе организационной двусторонней сделки, являющейся основанием будущего обязательства»³⁵⁶. Отношения между стороной и ее юристом характеризуются отношениями особого доверия. Тем не менее полагаем, что ответственность за недостижение итогового соглашения в переговорах может наступить лишь в случае виновных действий представителя, а в случае, если они будут доказаны, скорее всего, она будет органичена суммой вознаграждения, предусмотренного соглашением между стороной и юристом-переговорщиком.

Переговоры сотрудничества позволяют учитывать потребности как корпораций, так и их членов. От клиентов ожидается готовность воспринять точку зрения другой стороны (включая ее эмоциональные переживания и ценности), способность вести уважительный диалог со всеми участниками переговоров, раскрытие информации о своём финансовом состоянии, готовность поставить на первый план интересы бизнеса или проекта и принять ответственность за выработку наилучшего возможного варианта решения проблемы, согласиться с тем, что другая сторона является необходимым партнером в выработке решений (иными словами, признать взаимозависимость сторон). Клиенты должны ясно осознавать, что от них ожидается в переговорах, как построена процедура, каковы ее преимущества и ограничения. Юристы должны дать четкие и исчерпывающие объяснения на этот счет.

Переговоры состоят из нескольких встреч организационного характера, во время которых стороны договариваются о порядке обмена информацией

³⁵⁶ Егорова М. А. Прекращение обязательств: опыт системного исследования правового института: Монография. – 2013. – Система ГАРАНТ.

между собой, составляют список спорных вопросов, своих опасений и ожиданий, определяют цели переговоров и описывают возможные варианты их достижения, а также согласуют договоренности. До начала переговоров стороны должны принять правила их проведения (помимо обязательства добросовестно участвовать в переговорах и не опаздывать, они подразумевают обязательство сторон уважительно относиться друг к другу).

Роль адвокатов (юристов) в переговорах сотрудничества подразумевает сочетание традиционных функций представителя стороны, консультанта по вопросам права, защиты интересов клиента. Юрист, представляющий сторону, обязан убедиться в том, что его клиент участвует в переговорах с полным пониманием сути дела и осознавая правовые последствия принимаемых им решений. Относительно новым по сравнению с ролью адвоката в состязательных процессах является исполнение функций аниматора (модератора) процедуры и наставника для клиента (юрист, действуя одновременно как медиатор и эксперт в своей области, помогает проверить предлагаемые варианты решения на реальность, проанализировать возможные варианты выбора, дает подробные разъяснения процедуры переговоров, описывает роли участников переговоров, дает примерную оценку финансовых и временных затрат на их проведение). Природа и объем поддержки, предоставляемой адвокатом, зависят от личности клиента, его эмоционального состояния, интеллектуальных способностей, опыта, а также от природы и сложности конфликта и вопросов, вынесенных на обсуждение. Юрист – гарант надлежащего проведения процедуры, следящий за тем, чтобы она сохраняла эффективность для его клиента, но ответственность за результат лежит на самом клиенте. Самым сложным для юриста может оказаться отдать ведущую роль в принятии решений клиенту, отойдя на задний план и обеспечивая поддержку. Успех переговоров будет зависеть и от дипломатических способностей юриста. В его задачи входит определение стратегических и тактических целей своего клиента и, соответственно, объема информации, необходимого клиенту для комфортного участия в переговорах. Он также отвечает за установление контакта с адвокатом (юристом) другой

стороны. Это необходимо для того, чтобы сориентироваться в обстоятельствах дела, потребностях, целях и пожеланиях другой стороны и в ходе переговоров участвовать в выработке вариантов решения, удовлетворяющих пожеланиям обеих сторон (в чем наиболее ярко проявляется его функция как аккомодатора). В свою очередь, клиент должен согласиться с тем, что «его» юрист изучит потребности другой стороны и отнесется к ним с тем же пониманием и уважением, что и к потребностям «своего» клиента.

К основам переговоров сотрудничества относится обязательство сторон и их адвокатов добросовестно и правдиво раскрывать информацию, имеющую значение для урегулирования конфликта, и воздержаться от обращения в суд (или третейский суд, при наличии третейской оговорки в контракте) на время проведения переговоров. Для того чтобы стимулировать стороны к достижению согласия, целесообразно предусмотреть срок, в течение которого должны быть проведены переговоры. Стороны могут также предусмотреть возможность договориться о том, чтобы прибегнуть к помощи нейтрального стороннего лица (эксперта, медиатора) до обращения в суд. Тем не менее, каждая из сторон оставляет за собой право в любой момент отказаться от участия в переговорах. В таком случае адвокаты, сопровождавшие стороны в переговорах, не могут представлять стороны в судебном процессе или арбитражном разбирательстве, а привлеченные по договору со сторонами эксперты – давать показания относительно предмета, по которому они давали заключение по ходу такого процесса или разбирательства (соответствующие положения должны быть включены в договоры с экспертами).

В переговорах сотрудничества процесс так же важен, как результат. Процесс подразумевает структуру, поэтапное движение к цели. Под процедурой понимается особый способ выполнения определенных действий, последовательность этапов; процесс – ряд действий, направленных на достижение результата.

Канадская комиссия права рекомендует следовать таким принципам при проведении переговоров сотрудничества:

1) вмешательство на ранней стадии конфликта: чем раньше удастся вмешаться в конфликт, тем проще и быстрее можно снизить уровень эскалации конфликта;

2) доступность;

3) добровольность;

4) тщательная подготовка (особенно важна в условиях дисбаланса сил) – каждая из сторон должна располагать достаточным временем для подготовки;

5) конфиденциальность – запрет использования информации, полученной в результате переговоров, в последующих процедурах зачастую играет ключевую роль для успеха переговоров;

6) справедливость – каждая из сторон должна определить, что «справедливо» для нее. Необходимо убедиться, что сторона согласилась принять то или иное решение по своей свободной воле, что эти решения качественны и соответствуют закону;

7) сообразность и реализм результатов – чтобы соглашение сторон, к которому они пришли по итогам процедуры, было долгосрочным, оно должно быть составлено с учетом имеющихся у сторон ресурсов. По мере возможности желательно отслеживать исполнение соглашения;

8) гибкость и приспособляемость – концепция права сотрудничества подразумевает доверие к сторонам, к их способности самостоятельно принять решения относительно развития процедуры, в которой они задействованы³⁵⁷.

Этапы переговоров включают: встречу юриста с клиентом и обсуждение дальнейших действий; встречу юристов сторон, согласование условий и заключение договора об участии в процедуре переговоров.

Для юриста задача первого этапа – проанализировать обстоятельства дела и определить, возможно ли разрешить спор при помощи переговоров сотрудничества; разъяснить клиенту преимущества и ограничения всех

³⁵⁷ La transformation des rapports humains par la justice participative [La ressource électronique]. – Commission du droit du Canada, 2003. – P. 231–235. – URL: <http://publications.gc.ca/collections/Collection/JL2-22-2003F.pdf> (la date de l'accès: 18.08.2017).

имеющихся в распоряжении способов урегулирования спора, в том числе – переговоров сотрудничества, разъяснить их ход и таким образом помочь ему принять информированное решение о применении процедуры, наилучшим образом подходящей для решения его конфликта, и о процедуре его регулирования. Как отмечает одна из ведущих швейцарских специалистов с области медиации, адвокат и судья в отставке Б. Самбет Глазнер, работа по «предварительной ориентации» клиента превращает юриста (адвоката) в его личного тренера, коуча³⁵⁸. Кроме того, действия адвоката соответствуют этическим и деонтологическим нормам, которые предписывают адвокату по мере возможного отдавать предпочтение решениям, достигаемым путем сделки, и стараться урегулировать споры мирным путем в той мере, в какой этому не препятствуют интересы клиента³⁵⁹.

В итоге первой встречи юрист должен убедиться, что клиент принял осознанное информированное решение о применении переговоров сотрудничества и только в таком случае подписать соответствующее соглашение.

Вопрос о представительстве клиента лицом, не имеющим статуса адвоката, и о сохранении конфиденциальности процедуры при отсутствии обеспеченной законом профессиональной тайны, гарантируемой статусом адвоката, может быть решен путем включения соответствующего положения в договор поручения или договор об оказании услуг.

На втором этапе происходит первая встреча адвокатов. Цель первой встречи адвокатов (юристов), подписавших со своими клиентами договор о проведении процедуры сотрудничества, – организовать первую (организационную) встречу своих клиентов. Юристы устанавливают порядок работы (взаимодействия) в своей команде, объем информации, которым им

³⁵⁸ См.: Sambeth Glasner B. Le droit collaboratif: une opportunité pour les avocats... A quel risque? // Rassembler les avocats du monde. – 2013. – № 3. – P. 76.

³⁵⁹ Швейцарский деонтологический кодекс Швейцарской федерации адвокатов (Code Suisse de déontologie de la Fédération suisse des avocats) (ст. 9), Обычаи Адвокатской палаты Женевы (Us et Coutumes de l'Ordre des Avocats de Genève) (ст. 7).

нужно будет обменяться на данном этапе, а также готовят проект соглашения об участии в процедуре переговоров и определяют, кто из них представит текст договора на первой встрече.

Минимальные требования к содержанию договора (договор об участии в процедуре переговоров сотрудничества или договор о гонорарах – Collaborative Participation Agreement and/or Fee Agreement) приводятся в Этических стандартах Международной академии профессионалов в сфере права сотрудничества (International Academy of Collaborative Professionals) (п.7.1.). Договор составляется в письменной форме за подписями всех сторон и включает два основных раздела – об обязательстве сторон полностью раскрыть информацию, относящуюся к спору (А), и о запрете передавать дело в суд, пока идут переговоры (Б).

В Разделе А предусматривается, что никто из участников переговоров не вправе сознательно скрывать информацию, или представлять ее в искаженном виде, или своими действиями или бездействием сознательно подрывать переговоры, или получать необоснованные преимущества от процедуры переговоров.

Если клиент повторно нарушает это правило или продолжает нарушать его после того, как специалист напомнил ему о принятых клиентом по договору обязательствах, специалист вправе выйти из переговоров, что влечет прекращение переговоров, если это прямо предусмотрено договором. Специалист обязан, не указывая причины, известить остальных участников переговоров о своем выходе из них.

Если, по мнению специалиста, клиент не в состоянии эффективно участвовать в переговорах, специалист должен приостановить переговоры или выйти из переговоров.

Если специалист выходит из процедуры и клиент не заявил о том, что он этого не хочет или это ему не нужно, то специалист должен предоставить клиенту список специалистов соответствующего профиля с тем, чтобы клиент

мог выбрать из них специалиста, который окажет ему консультационную поддержку или представит его.

В разделе Б сформулированы некоторые базовые обязательства сторон и последствия их нарушения. Так, для сопровождающего в процедуре переговоров установлен прямой запрет оказывать давление на другую сторону, угрожая передать дело, рассматриваемое в процессе переговоров, в суд. Если такая угроза исходит от клиента, сопровождающий не вправе дальше представлять клиента в процедуре переговоров в духе, способном подорвать переговоры.

Обращение в суд по вопросу, вынесенному на повестку дня переговоров, автоматически прекращает переговоры.

Если переговоры прекращены, ни специалисты, сопровождающие стороны, ни другие профессионалы, принявшие участие в переговорах, не вправе в каком бы то ни было качестве участвовать в судебном разбирательстве между сторонами по вопросам, рассматривавшимся по ходу переговоров.

На третьем этапе при подготовке клиента к встрече юрист подробно выясняет у клиента обстоятельства дела и цели, преследуемые клиентом, а также разъясняет клиенту его права и обязанности в процессе переговоров, разные этапы процедуры переговоров, подчеркивая, что переговоры основаны на интересах.

На четвертом этапе проводится первая организационная встреча. Цель встречи – подписать соглашение об участии в процедуре права сотрудничества и получить от сторон согласие на соблюдение правил участия в процедуре, а также определить неотложные вопросы, которые должны быть разрешены на данном этапе.

Во время этой встречи один из адвокатов разъясняет сторонам содержание проекта соглашения об участии в процедуре права сотрудничества, предоставляет сторонам текст соглашения для ознакомления. Особое внимание сторон следует обратить на конфиденциальность процедуры, недопустимость использования информации, полученной в ходе процедуры, в последующих

судебных и третейских разбирательствах, а также недопустимость привлечения экспертов к участию в судебных и арбитражных разбирательствах в качестве свидетелей.

Клиенты выражают письменное согласие с правилами процедуры и совместно согласуют список неотложных вопросов, расставляя их в порядке очередности. Они определяют состав и объем информации и документов, которыми необходимо обменяться, согласуют сроки обмена этой информацией, задачи, которые необходимо решить, и даты последующих встреч. Каждый из юристов должен получить от своего клиента письменное разрешение обмениваться информацией, необходимой для проведения переговоров, со всеми остальными участниками переговоров.

После первой встречи юристы сторон подводят итоги встречи между собой и с клиентами. Такие встречи (постановка задачи на конкретную встречу и подведение итогов) проводятся до и после каждой встречи. Так обеспечивается постановка задач и их решение по мере их возникновения, отслеживание (мониторинг) хода процедуры и, при необходимости, внесение в нее соответствующих изменений.

На пятом этапе проводятся последующие встречи по урегулированию конфликта, то есть собственно переговоры сотрудничества. Во время этих встреч стороны совместно прорабатывают каждый вопрос. Они определяют права, интересы и цели каждой из сторон, анализируют информацию, вырабатывают набор решений по каждому из вопросов и поэтапно урегулируют их, продвигаясь к всеобъемлющему урегулированию конфликтной ситуации. Цель – добиться результата, в наибольшей степени удовлетворяющего общим интересам сторон и частным интересам каждой из них с одновременным соблюдением их прав и обеспечением исполнения ими своих обязанностей. Для этого стороны могут принять совместное решение и договориться о привлечении аккомодаторов – эксперта или медиатора – для разрешения определенных тупиковых ситуаций. Этические стандарты Международной академии профессионалов в сфере переговоров

сотрудничества (International Academy of Collaborative Professionals – IACP) предусматривают, что нейтральное третье лицо обязано оставаться таковым на протяжении всех переговоров (п. 10.1). Вне процедуры переговоров оно не вправе участвовать в каких-либо длящихся отношениях с клиентом.

На завершающем этапе в идеале происходит урегулирование конфликта, и процедура завершается. Юристы сторон совместно вырабатывают документ об урегулировании спора, в котором отражают принципы, предпосылки и заключения, составившие основу для урегулирования спора. По завершении подготовки документа стороны встречаются последний раз. Во время заключительной встречи стороны просматривают соглашение и подписывают его.

На этом этапе встает вопрос о возможности принудительного исполнения достигнутого соглашения. Он должен разрешаться с учетом права, применимого к соглашению сторон. Подавляющее большинство источников подтверждает, что соглашения, в выработке которых стороны приняли участие, при формулировании которых они присутствовали лично вместе со своими адвокатами, оказались более эффективными в долгосрочной перспективе.

Специалисты, участвующие в проведении переговоров сотрудничества, должны обладать определенными профессиональными навыками. Как и для медиаторов, для них установлено обязательство постоянно повышать свою профессиональную квалификацию. Так, Международная академия профессионалов в сфере переговоров сотрудничества, отмечая, что знание рождается от взаимодействия между обучением и практическим опытом, навыки – от последовательного применения обучения на практике, предъявляет к своим членам требование о постоянном профессиональном самосовершенствовании. На самом деле основой профессиональных навыков юриста-переговорщика должно стать овладение курсом сопровождения в процедуре медиации. В российских вузах это направление только начинает развиваться, тем не менее, специализированная литература (переводная) по

этой теме уже имеется³⁶⁰. Кроме того, с 2017 г. прошедший обучение русскоязычный юрист-переговорщик может получить подтверждение своих профессиональных качеств в рамках квалификационных оценочных программ «Юрист-переговорщик (советник в процедуре медиации)» СОМЕДИАРС.

Профессиональные навыки, несомненно, важны. Тем не менее, этические нормы имеют такое же, если не большее, значение. Этические стандарты IACP³⁶¹ – это комплекс ценностей, принципов и стандартов, которыми специалисты должны руководствоваться, принимая решения и в своем профессиональном поведении; они также определяют обязанности специалистов перед клиентами, коллегами и общественностью.

Помимо обязательства специалиста следовать этическим требованиям, установленным в профессиональном сообществе, к которому он принадлежит (коллегия адвокатов, и т.п.) (п. 2.1 Стандартов), специалист должен учитывать индивидуальные обстоятельства клиента и общие обстоятельства дела, которые могут повлиять на способность клиента принимать решения и потребовать задействовать других специалистов как в рамках переговоров сотрудничества, так и вне их (п. 2.3). Как указывается в комментарии к указанной статье, специалисту необходимо *осознавать пределы собственной компетенции*, трезво оценивать способность успешно справляться со всеми этими факторами и с реакцией клиента на них и обращаться к профильным специалистам за помощью как в рамках переговоров, так и за их пределами.

Как и третье лицо, содействующее сторонам в урегулировании спора (эксперт, медиатор или арбитр), специалист по переговорам сотрудничества

³⁶⁰ См., в частности: Пун Г. Руководство по медиации для корпоративных юристов. – М., 2012 ; Гарольд И. Абрамсон. Сопровождение сторон в процедуре медиации. Руководство для адвокатов и консультирующих юристов. – 2-е изд. – М., 2013 ; Walker S., Smith D. Advising and Representing Clients at Mediation. – Wildy, 2013; Meuwissen, W. The Function of Party Experts and Party Counsels in Civil and Commercial Mediation // European Mediation Training for Practitioners of Justice: A Guide to European Mediation. – Antwerpen; Apeldorn; Portland/Maklu, 2012. – P. 185–199.

³⁶¹ Текст стандартов и этических принципов в редакции 2015 г. см. на официальном сайте Международной академии профессионалов в сфере переговоров сотрудничества (IACP) [Electronic resource]. <https://www.collaborativepractice.com/professional/resources/iacp-standards-and-ethics.aspx> (access date: 20.08.2017).

обязан раскрыть сведения о любых конфликтах интересов в порядке, действующем в профессиональном сообществе, к которому он принадлежит (п. 3.1 Стандартов). В таком случае клиент вправе дать письменное согласие на участие этого специалиста в процедуре, несмотря на конфликт интересов.

Специалист обязан известить клиента о требованиях к конфиденциальности в ходе переговоров. Он вправе раскрывать охраняемую информацию только с информированного согласия клиента в порядке, описанном в соглашении, на основании которого специалист привлекается к участию в процедуре переговоров, либо на основании требований закона (п. 4.1, 4.2 Стандартов).

Отдельная статья Этических стандартов (п. 5) включает требования к специалистам, сопровождающим стороны в переговорах (Score of Advocacy). Только один пункт этой статьи прямо адресован юристам. Юрист обязан обеспечить принятие клиентом информированного решения о выборе порядка разрешения своего спора. Для этого он обязан уведомить клиента обо всех имеющихся способах разрешения спорных правовых вопросов (п. 5.1). Кроме того, он должен четко разъяснить порядок проведения переговоров, в том числе свои обязательства и обязательства клиента по ходу переговоров (это требование распространяется не только на юристов, но и на других специалистов по переговорам сотрудничества – п.5.2 Стандартов). Сопровождающий в переговорах должен понимать, что именно клиент в конечном счете отвечает за принятие решений для урегулирования своего спора, и уважать его самоопределение, роль сопровождающего имеет вспомогательный характер. Отдельно акцентируется внимание на обязанности сопровождающего воздерживаться от действий, способствующих эскалации конфликта (п. 5.5), а также обеспечить финансовую прозрачность отношений с клиентом – специалист обязан полностью, подробно в письменной форме разъяснить клиенту, как формируется его вознаграждение, величину расходов, связанных с проведением переговоров, порядок выставления счетов; кроме

того, реклама услуг специалиста должна соответствовать реальности (п. 6.1, 6.2 Стандартов)».³⁶²

В основе выбора сторонами порядка урегулирования спора из предпринимательской деятельности лежит категория экономического интереса. Удовлетворительный для каждой из сторон результат урегулирования спора может быть достигнут при условии, что каждая из сторон в состоянии сформулировать и довести до другой стороны свой интерес. Иными словами, при использовании базового, основного способа разрешения споров – переговоров – воля сторон должна соответствовать волеизъявлению. Вопрос соотношения воли и волеизъявления обычно рассматривается применительно к одному субъекту. Если даже у одного субъекта можно наблюдать разлад между волей и волеизъявлением³⁶³, то что тогда говорить о действиях через представителя? При ведении переговоров через представителей, в том числе – юридических, встает вопрос о соответствии исходной воли предпринимателя, доведенной им до сведения своего представителя, содержанию и форме конечного волеизъявления – заявлениям, действиям и поведению уполномоченного предпринимателем представителя, неизбежно влияющим на результат. Исходная воля может быть изъявлена таким образом, что после восприятия и переработки представителем она предстанет в существенно искаженном виде, что, в свою очередь, влияет на ход и результаты переговоров. Даже добросовестный представитель имеет в переговорах свои цели, отличные от целей доверителя, и потому может оказаться «кривым зеркалом», недостоверно отображающим волю представителя, отражающую его интересы³⁶⁴. Личное участие сторон конфликта – доверителей юристов-

³⁶² Гайдаенко Шер Н. И. Альтернативные механизмы разрешения споров как механизм формирования благоприятной среды для предпринимательской деятельности. С. 84–97.

³⁶³ См.: Покровский И. А. Указ. соч.

³⁶⁴ Например, Л. Г. Ефимова разделяет точку зрения Д. И. Мейера о том, что, заключая сделку, представитель выражает собственную волю, и считает, что представитель выражает волю представляемого (прием юридической техники, фикция). См.: Мейер Д. М.

переговорщиков – в переговорах участия или переговорах сотрудничества позволяет обеспечить соответствие результата изначальной воле стороны, не претерпевшей трансформаций в результате ее толкования и изложения представителем.

Таким образом, переговоры с участием и при содействии юриста или адвоката-переговорщика, действующего на основании договора об оказании услуг и (или) договора поручения, являются одним из перспективных согласительных механизмов внесудебного разрешения споров, возникающих в процессе осуществления предпринимательской деятельности, поскольку позволяют сочетать квалифицированную юридическую помощь с собственными познаниями клиента как специалиста в области, где возник спор, а также при содействии юриста установить либо восстановить отношения с контрагентом и выработать решения, оптимальные с точки зрения экономии и полезные для последующего развития бизнеса каждой из сторон. Кроме того, обеспечивается правильное с правовой точки зрения оформление достигнутой сторонами договоренности. По существу роль юриста в переговорах участия может варьироваться от роли эксперта до роли организатора взаимодействия сторон (модератора). Он не должен быть ни нейтрален, ни беспристрастен.

2.3. Договорная экспертиза

Экспертная оценка (экспертиза) – гибкая и удобная форма разрешения частных споров, широко применяемая в различных сферах предпринимательской деятельности. В рамках настоящей работы экспертиза рассматривается как договорный механизм урегулирования отдельных, чаще всего – технических, аспектов спора (техническая экспертиза), а также как способ формирования у сторон объективного представления об их правовой позиции, на основании которого стороны могут скорректировать свои отношения или внести изменения

в договор, из которого возник спор, либо выбрать способ урегулирования или разрешения спора, в наибольшей степени отвечающий их интересам (правовая оценка спора, правовая оценка дела). Несмотря на то что к экспертам применяются те же требования о нейтральности и независимости, что и к аккомодаторам, привлекаемым сторонами для содействия в урегулировании конфликта или разрешения своего спора³⁶⁵, функция эксперта в разрешении спора достаточно специфична³⁶⁶, и его заключение, как правило, служит исходной точкой для запуска новой или коррекции осуществляемой процедуры урегулирования разногласия между сторонами. Аккомодаторы, привлекаемые сторонами для урегулирования их разногласий по договору, в большинстве случаев помимо своих функций выполняют также роль экспертов в той области, где возник спор.

Экспертная оценка – это процедура, подразумевающая обращение сторон спора к эксперту (как правило, специалисту в определенной области знаний) с целью получить от него заключение по конкретным вопросам факта и(или) права. Заключение эксперта может быть обязательным для сторон или иметь для них рекомендательную силу. Эксперт не связан процессуальными правилами, и, если стороны не договорились о том, в каком порядке эксперт должен проводить экспертизу, он действует по собственному усмотрению.

Эксперт может дать заключение по вопросу, не относящемуся к сфере его специализации. Стороны свободны заключить договор с любым лицом, чью кандидатуру они согласовали. Тем не менее договорные положения о

³⁶⁵ Уместно процитировать п. 1.5.3 Правил проведения экспертизы Института присяжных бухгалтеров в Англии и Уэльсе (ICAEW Institute of Chartered Accountants in England and Wales), действующих с 12 марта 2014 г.: «Эксперт должен быть нейтрален (действовать беспристрастно, не иметь финансовой заинтересованности в исходе спора и не должен иметь ни предубеждений против любой из сторон, ни предпочтений в отношении любой из сторон». Текст см. на официальном сайте ICAEW [Electronic resource]: <http://www.icaew.com/~media/corporate/files/about%20icaew/where%20we%20are/find%20a%20chartered%20accountant/icaew%20rules%20for%20expert%20determination.ashx> (access date: 21.08.2017).

³⁶⁶ «Роль эксперта заключается в том, чтобы применить процедуры, подходящие для обстоятельств конкретного дела, с тем, чтобы обеспечить быстрое, экономичное и справедливое средство установления (determining the dispute) обстоятельств спора и вынести заключение по спору» (там же, п. 1.5.2).

проведении экспертизы по общему правилу содержат минимальные требования к профессиональным качествам эксперта, которым он должен соответствовать. Если сравнить требования, предъявляемые к судебным экспертам и к экспертам частным, можно проследить ту же закономерность, какая проявляется в требованиях, предъявляемых к профессиональным медиаторам и третейским судьям: жесткие формальные требования и, возможно, законодательно установленные обязательства по прохождению аттестации или сертификации устанавливаются для третьих лиц, задействованных в процедурах, сопряженных с судебным разбирательством. Если эксперту требуется помощь специалистов другой специальности, чтобы дать заключение, то он может к ним обратиться, удостоверившись, что уплаченный ему аванс достаточен для оплаты их услуг.

Эксперт вправе не ограничиваться материалами, предоставленными ему сторонами, и самостоятельно собирать доказательства для экспертного заключения. Экспертиза как форма альтернативного разрешения спора – консенсуальная процедура, проводимая на основании соглашения сторон. Стороны определяют состав споров, которые будут передаваться на разрешение эксперту; определяют количество экспертов и порядок их избрания/назначения (как правило, такого рода договоренностями предусматривается обязанность каждой из сторон в определенный срок назначить своего эксперта, которые изберут третьего эксперта с правом решающего голоса), либо назначают одного эксперта, которому они будут переданы (предпочтительно сразу определить в соглашении, что данного специалиста или организацию стороны считают независимым экспертом), либо отсылают к правилам организации или учреждения, которому стороны доверят назначить эксперта. Стороны определяют правила распределения расходов на проведение экспертизы (как правило, стороны договариваются нести расходы в равных долях, и если в результате экспертизы будет установлена сторона, в сфере ответственности которой находится причина спора, то все расходы по экспертизе относятся на

эту сторону), а также определяют, будет ли заключение эксперта обязательным для исполнения либо оно будет носить рекомендательный характер.

Число и состав экспертов могут быть различными в зависимости от характера спора и потребностей сторон. В качестве экспертов могут выступать как физические, так и юридические лица (характерно, что правилами большинства институций, занимающихся администрированием процедуры оценки, предусмотрено, что экспертами могут быть только физические лица, поскольку они предлагают сторонам выбрать специалистов из списка).

Эксперты могут быть единоличными или действовать коллегиально, например в составе совета (комиссии) по разрешению споров (СОРАС).

Стороны формулируют задание эксперта, определяют желаемую правовую силу его заключений (рекомендация или обязательная для сторон констатация факта/обстоятельств) и их форму (в подавляющем большинстве случаев заключение эксперта должно быть представлено в письменной форме за его подписью, поскольку оно может как использоваться в качестве доказательства в последующем арбитражном разбирательстве или судебном процессе, так и служить основой для дальнейших переговоров).

Если стороны договорились о том, что заключение эксперта будет для них обязательным, любая из сторон вправе потребовать его принудительного исполнения через суд.

Результат экспертизы – заключение эксперта – может, с одной стороны, рассматриваться в качестве доказательства несоблюдения или ненадлежащего исполнения договорных обязательств одной из сторон и в случае установления ее вины предполагать с ее стороны действия, направленные на исправление ситуации – замену некачественного товара, устранение недостатков в выполненных строительных работах. С другой стороны, оно служит основой для переговоров о порядке устранения такой ситуации, особенно если в результате экспертизы выявлена нерегулярность исполнения с обеих сторон. Принимая во внимание растущую популярность директивных методов АРС и, в частности, процедур экспертизы, что вызвано также усложнением оборота и

ростом технической сложности опосредуемых им отношений, можно отметить, с одной стороны, введение новых правил проведения процедур экспертной оценки разными администрирующими институтами (прежде всего заслуживают внимания регламент МТП как универсальной администрирующей институции и правила ВОИС как специализированной администрирующей институции), с другой стороны – облегчение доступа пользователей к процедурам экспертной оценки в онлайн режиме, с третьей – встраивание процедуры экспертизы в другие процедуры разрешения спора (переговоры, примирительные процедуры, медиация, арбитраж).

Экспертиза – это договорная процедура оценки нейтральным третьим лицом, обладающим необходимыми познаниями в определенной сфере специализации, к которой относится спорный вопрос, назначенным сторонами или специализированным институтом по соглашению сторон, фактов или обстоятельств, в отношении которых у сторон имеются разные толкования, способные повлиять на исход спора. Как правило, экспертизу проводит единоличный эксперт, но по соглашению сторон допускается и назначение комиссии экспертов (двое назначены сторонами, третий избран назначенными экспертами). Следует различать экспертизу техническую и юридическую³⁶⁷. Предметом экспертизы может быть один вопрос или спорная ситуация (комплексная экспертиза перспектив исхода судебного разбирательства конкретного спора – ранняя независимая оценка, ранняя оценка дела). При этом зачастую прямых договорных отношений со сторонами у эксперта нет. Назначение эксперта опосредуется договором сторон с назначающей эксперта организацией. Кроме того, эксперт, в отличие от представителя стороны в

³⁶⁷ Юридическая экспертиза, результаты которой стороны согласились считать обязательными и принимать как доказанный факт в последующих процедурах урегулирования или разрешения спора, в западной литературе иногда называется «экспертиза-арбитраж». Она оформляется гражданско-правовым договором. Заключение эксперта обязательно для судьи, если только сделанные экспертом выводы не окажутся явно несправедливыми, предвзятыми или не основанными на недостоверной информации. См.: Kaufmann-Kohler G., Rigozzi A. Arbitrage international. Droit et pratique à la lumière de la LDIP. – Berne, 2006. – P. 7–8.

переговорах, не связан со сторонами какими-либо доверительными отношениями, по отношению к ним у него не возникает долга лояльности.

Целесообразно выделить из состава разнообразных экспертиз раннюю оценку дела или раннюю оценку спора. В отличие от механизмов РУД и ПСРС, ранняя оценка дела и ранняя оценка спора используются для оценки правовых перспектив урегулирования уже возникшего, а не будущего спора. Если ранняя оценка спора может предполагать участие коллегии экспертов разных направлений (бухгалтера, финансиста, юриста, инженера) и выполнять в том числе и до определенной степени профилактическую функцию, то ранняя оценка дела проводится юристом (возможно, судьей в отставке в тех странах, где это допускается законом, или адвокатом) и служит, прежде всего, для сторонней оценки судебных перспектив юридического спора.

Экспертиза как вид АРС – это договорная процедура установления вопросов факта или права, применяемая по соглашению сторон и проводимая независимым специалистом – физическим или юридическим лицом, назначенным сторонами или администрирующей институцией, определенной сторонами. Результатом экспертизы является заключение, правовая сила которого определяется соглашением сторон или в его отсутствие по правилам администрирующей институции, указанной сторонами. Таким образом, заключение эксперта может иметь для сторон обязательную силу или носить рекомендательный характер. Экспертиза может быть самостоятельным способом АРС либо составной частью согласованной сторонами процедуры разрешения спора.

Далеко не все администрирующие процедуры АРС институции считают необходимым закрепить в регламентах правила проведения экспертизы. Так, например, Лондонский международный третейский суд заточен, прежде всего, на арбитраж, четко ориентируясь на разрешение споров с участием компаний, подконтрольных российским предпринимателям (показательно, что на сайте LCIA регламент и правила поведения юристов, представляющих сторону в арбитражном разбирательстве, размещены только в переводе на русский язык

(на наш взгляд, несовершенном), арбитражный регламент принят в новой редакции в 2014 г., в то время как медиативный регламент – в 2012 г. (и имеется на сайте только в оригинальной редакции), а правила проведения экспертизы, где в качестве назначающего органа и администратора выступает LCIA, существуют только в виде проекта).

Ниже анализируются правила проведения экспертизы, принятые авторитетными международными администрирующими институтами (речь идет о Правилах универсальной администрирующей институции - Международной торговой палаты (далее – МТП), действующих с 2015 г., а также о Правилах специализированной администрирующей институции - Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС), действующих с 1 января 2016 г.). Отдельно рассматриваются правила юридической оценки спора, принятые Немецкой арбитражной институцией и Центром медиации и арбитража ТПП Парижа-Иль-де-Франс. Этим правилам отдано предпочтение, поскольку они сформулированы наиболее четко; кроме того, правила, изданные институтами стран континентальной системы права, рассматриваются достаточно редко.

«Организационным обеспечением *Экспертизы по правилам Международной торговой палаты (далее – Правила МТП)*, вступившим в силу с 1 февраля 2015 г.³⁶⁸, занимается Международный центр МТП для АРС – отдельный административный орган в составе МТП. Контроль качества процедуры экспертной оценки, проводимой по этим правилам, возложен на Постоянный комитет (его функции и состав описаны в Приложении I к Правилам).

При возникновении споров или разногласий стороны могут обратиться к эксперту, чтобы он дал заключение по определенным вопросам в сфере бухгалтерского учета, финансов, строительства, информационных технологий,

³⁶⁸ Текст на английском языке см. на официальном сайте Международной торговой палаты (ICC) [Electronic resource]: <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Experts/Administration-of-Expert-Proceedings/ICC-Rules-for-the-Administration-of-Expert-Proceedings/> (access date: 21.08.2017).

энергетики и права. В качестве эксперта может выступать как физическое, так и юридическое лицо.

Если стороны не договорились об ином, заключения эксперта не имеют обязательной силы и стороны могут воспользоваться ими в качестве основы для переговоров, направленных на урегулирование их спора. Даже если стороны договорились о том, что заключения эксперта для них обязательны, экспертиза – это не арбитраж, и заключение эксперта – не решение арбитража, оно не может быть приведено в исполнение как арбитражное решение. Если стороны не договорились иначе, заключение эксперта можно использовать в качестве доказательства в любом судебном или арбитражном процессе между теми же сторонами.

Для того чтобы обратиться в Центр, стороны должны предусмотреть в договоре положение об администрировании экспертизы по правилам Центра, то есть заключить соглашение о порядке урегулирования определенных категорий споров, возникающих в связи с исполнением специфических обязательств по основному договору. Центр, убедившись в наличии договоренности между сторонами или в существовании иных обстоятельств, способных послужить достаточным основанием для того, чтобы Центр администрировал экспертизу, назначает эксперта (если стороны не пришли к согласию относительно его кандидатуры), координирует взаимодействие между сторонами и экспертом, предпринимает необходимые шаги для оперативного завершения экспертизы, следит за финансовой стороной дела и просматривает заключение эксперта.

И стороны, и эксперт (им может быть как физическое, так и юридическое лицо) обязаны приложить все усилия для быстрого и экономичного проведения экспертизы (в частности, быстро составить задание или внести в него изменения эксперт может, только если стороны оперативно согласовали их текст). Если стороны расходятся во мнениях относительно предмета задания эксперта, то эксперт может продолжить экспертизу в той степени, в какой он считает вопросы, указанные в задании, входящими в предмет данного эксперту поручения. Если все стороны не договорились иначе, эксперт должен указать

причины, по которым он так считает. Продолжение экспертизы не препятствует любым выводам арбитража или компетентного суда относительно предмета (объема) поручения эксперта (п. 4 ст. 6). Заметим, что любое требование о замене эксперта по причине его несоответствия всем требованиям, медленной работы, предвзятости или небеспристрастности должно сопровождаться оплатой невозмещаемого сбора в размере 3.000 долл. (ст. 4 Приложения II). Таким образом пресекается злоупотребление правами и затягивание экспертизы.

Основная задача эксперта заключается в том, чтобы изложить свои заключения в письменном отчете в пределах, установленных заданием эксперта, и после того, как каждой из сторон была предоставлена разумная возможность изложить свои доводы. Если стороны не договорились об ином, в отчете должны быть приведены основания для сделанных в нем выводов (п. 1. ст. 8).

Подразумевается, что, заключив договор о порядке урегулирования спора путем проведения экспертизы, стороны принимают на себя обязанность участвовать в ней. Эксперт должен предоставить каждой из сторон возможность принять участие в экспертизе. Если у стороны была такая возможность, то неучастие стороны не лишает эксперта права сделать заключения и подготовить отчет.

Стороны обязаны предоставить эксперту все необходимые средства для того, чтобы он мог выполнить свою миссию – в частности, предоставить ему все документы и обеспечить беспрепятственный допуск на место проведения экспертизы. В свою очередь, эксперт должен дать каждой из сторон возможность прокомментировать любую информацию или документы, предоставленные другой стороной, рассматривать предоставленную ему информацию как конфиденциальную и использовать ее только в целях проведения экспертизы.

Стороны несут расходы по проведению экспертизы (как правило, в равных долях, но любая из сторон вправе оплатить расходы полностью, если

другая сторона не платит). Гонорары эксперта рассчитываются на основе разумно затраченного им на экспертизу времени с учетом осмотрительности и эффективности эксперта и прочих обстоятельств, таких как сложность работы (п. 1 ст. 3 Приложения II). Почасовая ставка, по которой оплачивается работа эксперта, определяется Центром АРС МТП при его назначении или утверждении после консультаций с экспертом и сторонами.

Заключения эксперта не имеют для сторон обязательной силы, если только все стороны не дали своего прямо выраженного письменного согласия признать заключения эксперта обязательными для исполнения (п. 2 ст. 8). Если все стороны не договорились об ином, заключение эксперта является допустимым доказательством в любом судебном или арбитражном разбирательстве, в котором участвовали все стороны»³⁶⁹.

Экспертиза по правилам ВОИС 2016: обзор. Новые Правила экспертизы ВОИС действуют с 1 января 2016 г.³⁷⁰. Экспертиза, медиация, арбитраж и ускоренный арбитраж ВОИС образуют стройную систему, позволяющую сторонам урегулировать спорные вопросы (и, в частности, вопросы, о правах на объекты интеллектуальной собственности) без обращения в суд и связаны рекомендуемыми оговорками (как простыми, так и составными, позволяющими сторонам предусмотреть последовательное применение нескольких процедур). «Регламенты отличаются прекрасной юридической техникой. Несмотря на то, что регламенты включают ряд положений, специально предназначенных для наиболее безопасного с точки зрения конфиденциальности и удобного для сторон разрешения споров, связанных с такими уязвимыми и обладающими высокой коммерческой ценностью объектами, как инновационные технологии,

³⁶⁹ Гайдаенко Шер Н. И. Альтернативные механизмы разрешения споров как механизм формирования благоприятной среды для предпринимательской деятельности. С. 107–109.

³⁷⁰ Текст на английском языке доступен на официальном сайте Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) [Electronic resource]: <http://www.wipo.int/amc/en/expert-determination/rules/> (access date: 17.08.2017). Первоначально Правила экспертизы были приняты и вступили в силу одновременно с новыми Арбитражным регламентом, Регламентом ускоренного арбитража и Медиативным регламентом ВОИС с 1 января 2014 г., но затем были заменены на новые.

патенты, полезные модели, изобретения, не ограничивают стороны в использовании описанных в них процедур для урегулирования коммерческих споров любого плана. Финансовая и организационная стороны обеспечиваются специализированной институцией ВОИС – Центром АРС.

Экспертиза по правилам ВОИС – это процедура, в которой спор или разногласие между сторонами передается на основании их соглашения одному или нескольким экспертам, которые дают заключение по переданному им вопросу. Наилучшим образом экспертиза подходит для определения вопросов технического, научного или коммерческого характера (оценки объекта прав интеллектуальной собственности, определения размера роялти, толкования патентных заявок, объема прав, предоставляемых по лицензионному договору). Заключение эксперта имеет для сторон обязательную силу, если они не договорились об ином (считать его рекомендацией). Экспертиза по правилам ВОИС – консенсуальная процедура. Она проводится только на основании соглашения сторон об экспертизе – оговорки в отношении будущих споров, включенной в тело заключаемого ими договора, либо на основании отдельного соглашения о передаче спорного вопроса на экспертизу, заключенного уже после возникновения спора. Правила экспертизы считаются частью такого соглашения по умолчанию. По умолчанию же языком экспертной оценки считается язык, на котором составлено соглашение. В отличие от медиации, где любая из сторон вправе в любой момент прекратить процедуру, сторона не вправе в одностороннем порядке выйти из процедуры экспертизы. Стороны вправе договориться о кандидатуре эксперта, выбрать язык процедуры и место проведения заседаний.

Экспертиза конфиденциальна. Регламент содержит специальные положения, позволяющие обеспечить сохранение в тайне факта проведения экспертизы, ее результатов и содержание полученного заключения.

Экспертиза – более гибкий, менее формальный и более оперативный по сравнению с другими процедурами АРС (прежде всего, если сравнить ее с

арбитражем). Стороны могут воспользоваться процедурой экспертизы отдельно либо сочетать ее с медиацией или арбитражем.

Стороны могут выбрать экспертов из общего списка нейтральных лиц ВОИС, включающего 1500 специалистов в разных областях знания (не публикуется), и, если речь идет о спорах на доменные имена – из списка специалистов ВОИС по доменным именам (доступен на сайте ВОИС). Если в Центр ВОИС поступил запрос о назначении нейтрального третьего лица, ВОИС предоставляет подробные сведения о кандидатах, включая способ разрешения споров, в котором специализируется данный специалист (арбитраж, медиация, экспертиза), применимое право, гражданство, сфера права интеллектуальной собственности, техническая область или коммерческая область, язык процедуры, место ее проведения.

ВОИС не дает сторонам индивидуальных рекомендаций о выборе арбитра (если только стороны не договорились о такой возможности). Она применяет «списочную процедуру», предлагая сторонам независимо друг от друга выбрать наиболее подходящих кандидатов из предоставленного им одинакового списка.

Регламенты ВОИС содержат положения, поощряющие нейтральных третьих лиц проводить процедуру оперативно. Так, вознаграждение эксперта зависит от того, насколько быстро он провел процедуру.

Экспертиза начинается с подачи стороной (или сторонами) заявки на проведение экспертизы и с уплаты невозмещаемого административного сбора (величина сбора определяется как 0,10% от совокупной суммы заявленных требований, но не может быть ниже 1000 дол. США, если стоимость вопроса не объявлена, и превысить 10 000 дол. США). Помимо контактных данных сторон, текста соглашения о проведении экспертизы и координат эксперта (если стороны договорились о единой кандидатуре) в заявке приводятся описание вопроса, передаваемого на заключение эксперту, описание прав и природы любой связанной с вопросом технологии, пожелания относительно объема и сроков проведения экспертизы, сведения о любых судебных или других разбирательствах, начатых или законченных в связи со спорным вопросом (ст.

5). С даты получения заявки Центром начинается процедура. Центр письменно извещает стороны об этой дате.

Если заявка поступила от одной стороны, то другая сторона вправе в 14-тидневный срок с даты начала процедуры представить ответ на заявку. Ответ строится по той же схеме, что и заявка, к нему прилагаются дополнительные документы, которые, по мнению стороны, имеют отношение к экспертизе.

Назначая эксперта, Центр принимает во внимание мнения сторон, вопрос, по которому требуется вынести заключение, опыт эксперта, его способность завершить экспертизу быстро, язык, место проживания эксперта и сторон. По общему правилу назначается единоличный эксперт.

Требования к эксперту предъявляются те же, что и к другим нейтральным третьим лицам. Он должен быть беспристрастен и независим в течение всей процедуры. Обязательство по раскрытию обстоятельств, способных вызвать обоснованные сомнения в его независимости и беспристрастности, Центру и сторонам сохраняется до завершения экспертизы. Любая сторона вправе заявить ему мотивированный отвод, если возникли такие обстоятельства. Если другая сторона не согласна и эксперт не берет самоотвод, окончательное решение принимает Центр в соответствии со своими внутренними процедурами. Он не обязан приводить причины для своего решения. Кроме того, стороны могут без указания причин совместно заявить эксперту отвод, как и Центр (если эксперт не в состоянии вынести заключение в соответствии с правилами). В таком случае происходит замена эксперта. На время замены экспертиза приостанавливается, если стороны не договорились об ином.

Как и медиатор и арбитр, эксперт без письменного разрешения сторон или приказа суда не вправе выступать в каком-либо ином качестве в любом разбирательстве, настоящем или будущем, связанным с вопросом, по которому он дает заключение (ст. 9 п. “d”).

Эксперт должен располагать временем для выполнения работы. Принимая назначение, он автоматически принимает на себя обязательство посвятить работе достаточно времени и завершить ее в надлежащие сроки

(оперативно). В свою очередь, стороны обязуются добросовестно сотрудничать с ним, чтобы он смог выполнить свою задачу в срок. Если сторона без уважительных причин не соблюдает правила или не исполняет какие-либо указания эксперта, эксперт может сделать из этого поведения такие выводы, какие посчитает соответствующими.

Эксперт проводит экспертизу так, как считает нужным. По соглашению со сторонами он вправе использовать любые технические способы, позволяющие общаться со всеми сторонами одновременно (интернет-конференции, видеоконференции и т.п.), затребовать у сторон разъяснения, документы или явку свидетелей, проводить выездные проверки.

Во избежание попыток повлиять на мнение эксперта не допускается, чтобы стороны или их представители встречались с ним по отдельности или обсуждали с ним какие-либо вопросы, кроме организационных (время, дата заседаний и т.п.).

Заключение эксперт составляет на основе представленной сторонами информации, собственного опыта и любой другой информации, относящейся к делу. Экспертиза конфиденциальна. Все стороны, участвующие в процедуре экспертизы, обязаны хранить в тайне всю информацию, полученную по ходу экспертизы или относящуюся к ней (за исключением случаев, если стороны договорились об ином, информация общеизвестна, раскрыть информацию необходимо в связи с судебным разбирательством, относящимся к экспертизе, раскрытие информации необходимо в силу применимого права).

Если сторона хочет передать эксперту информацию, которую считает конфиденциальной, то она должна указать причины, по которым она считает ее таковой. Эксперт решает, является ли информация конфиденциальной, на каких условиях она может быть раскрыта, кому и в каком объеме. От каждого, кому будет передана такая информация, эксперт потребует подписать обязательство о неразглашении.

Результат экспертизы – заключение эксперта; оно составляется в письменной форме, включает описание переданного на экспертизу вопроса,

основания, на которых основаны выводы эксперта, и подписывается экспертом. По согласованию со сторонами эксперт может делать промежуточные или частичные заключения.

Экспертиза может быть прекращена до ее окончания, если стороны договорились об урегулировании спорного вопроса либо по иным причинам продолжать экспертизу не нужно или невозможно. Кроме того, Центр вправе прекратить процедуру, если не уплачен аванс на оплату гонораров эксперта.

Вознаграждение эксперта рассчитывается по показательной почасовой (300-600 дол. США в час) или суточной (1500-3500 дол. США) ставке. Валюту, сумму, сроки и порядок оплаты определяет Центр по согласованию с экспертом и сторонами. Стороны несут расходы в равных долях. По завершении экспертизы эксперт представляет сторонам и центру счет с приложением подробного почасового описания выполненной работы.

При определении окончательной суммы вознаграждения учитывается цена и сложность вопроса, квалификация эксперта, сопоставимые ставки на услуги эксперта в соответствующей области и иные обстоятельства (в частности, скорость проведения процедуры).

При назначении эксперта центр может потребовать от сторон внести депозиты в равном размере на оплату услуг эксперта (сумма определяется центром по согласованию с экспертом). Эксперт же вправе принять решение о начислении процентов на депозит любой из сторон, определив ставку и сроки.

В той степени, в какой это допустимо применимым правом, течение срока исковой давности приостанавливается на время проведения экспертизы.

Очень важно, что центр может зачесть весь административный сбор, уплаченный в связи с медиацией или арбитражем, или часть этого сбора, против уплаты административного сбора, подлежащего оплате в связи с экспертизой по тому же спору»³⁷¹.

³⁷¹ Гайдаенко Шер Н. И. Указ.соч. С. 109–114.

*Правила экспертизы Немецкой арбитражной институции (DIS) (действуют с 1 марта 2010 года) (далее – правила институции)*³⁷² содержат типовую оговорку о проведении экспертизы: «В отношении всех споров из настоящего договора или в связи с ним до передачи дела в суд или арбитраж будет проведена экспертиза по правилам Немецкой арбитражной институции об экспертизе».

Результаты экспертизы, проводимой по правилам институции, не имеют для сторон обязательной силы. Эксперт выносит заключение с тем, чтобы прояснить сторонам обстоятельства спора. При этом предметом экспертизы может быть только один спорный вопрос, сформулированный стороной в заявке на проведение экспертизы. По любому дополнительному вопросу проводится отдельная экспертиза.

Экспертное заключение составляется единоличным экспертом – физическим лицом. Эксперт должен оставаться беспристрастным и независимым на протяжении всей процедуры и незамедлительно извещать стороны и Главный секретариат о любых обстоятельствах, способных вызвать сомнения в его беспристрастности. Принимая назначение, эксперт подписывает заявление о принятии функций, обязательство о независимости и беспристрастности, наличии у него времени для проведения экспертизы. С момента получения этого заявления начинается процедура экспертизы, с него отсчитываются сроки для обмена информацией сторонами, а также срок, в течение которого стороны должны предоставить эксперту действующие электронные адреса для переписки. Экспертиза должна быть завершена (эксперт должен направить сторонам свое решение) в шестимесячный срок. На это время приостанавливается течение срока исковой давности по соответствующим искам. На время проведения экспертизы стороны договариваются не выносить на рассмотрение арбитража иски, которые

³⁷² Текст на немецком и английском языках доступен на официальном сайте Немецкой арбитражной институции (DIS) [Die elektronische Ressource] : <http://www.dis-arb.de/en/16/rules/dis-rules-on-expertise-id29> (das Datum des Zuganges: 21.08.2017) (для правовой экспертизы, результаты которой не имеют обязательной силы для сторон).

находятся на экспертизе, однако вправе обратиться в суд или арбитраж за принятием обеспечительных мер.

После того как подана заявка на проведение экспертизы и уплачен сбор (350 дол. США), стороны в двухнедельный срок договариваются о кандидатуре эксперта и представляют ее на утверждение в Главный секретариат. За назначение эксперта Назначающим комитетом DIS взимается плата в размере 250 дол. США (следует указать квалификацию эксперта, требования к его языковым познаниям и другие характеристики).

У оппонента четыре недели с начала процедуры экспертизы, чтобы представить письменный ответ на позицию, изложенную в заявке. Далее обе стороны могут обмениваться письменными комментариями, у каждой есть на это две недели с момента получения. Сроки окончательные (эксперт вправе не рассматривать сообщения, поступившие после их окончания) и в отсутствие соглашения сторон продлению не подлежат.

Эксперт вправе затребовать у сторон документы, проводить инспекцию на месте и, что важно, вносить предложения по мирному урегулированию спора. Здесь прямо предусматривается роль эксперта как лица, содействующего урегулированию спора, что сближает его с медиатором и арбитром. Если ни одна из сторон не потребовала провести устное слушание, эксперт решает этот вопрос по своему усмотрению. Он вправе предоставить сторонам возможность дать пояснения по отдельным вопросам в установленные им сроки и с согласия сторон назначать других экспертов или специалистов.

Эксперт должен относиться ко всем сторонам одинаково и предоставить каждой из сторон возможность изложить свои доводы.

Состав сторон экспертизы и документы, которыми обмениваются стороны, конфиденциальны (что, однако, не препятствует сторонам представить письма или документы, представленные в ходе экспертизы, как и заключение эксперта, но не цитаты из устных заявлений сторон или других лиц, опрошенных в неформальном порядке, в последующем арбитражном разбирательстве). Предусмотренные договором сторон положения о

конфиденциальности остаются в силе. Обязательство по сохранению конфиденциальности не распространяется на информацию или документы, которые были известны до начала экспертизы или явно стали бы известны.

Эксперт не может выступать в качестве свидетеля в отношении обстоятельств, которые были раскрыты ему по ходу экспертизы. Однако возможно допросить эксперта об обстоятельствах, которые он узнал, проводя осмотр на месте.

Эксперт разрешает спор в соответствии с нормами права, которое стороны избрали в качестве применимого к предмету спора. Если применимое право сторонами не избрано, эксперт самостоятельно решает вопрос о применимом праве.

Расходы по проведению экспертизы стороны оплачивают в равных долях. Работа эксперта оплачивается по почасовой ставке, составляющей 300 дол. в час.

Эксперт отвечает только за умысел»³⁷³.

Необходимо отметить, что помимо правил «классической» экспертизы, рассмотренных выше, в институции действуют правила экспертной оценки, встроенной в процедуру институционного арбитража³⁷⁴. Заключение эксперта, вынесенное по этим правилам, имеет обязательную силу для сторон, а сама процедура экспертизы проводится практически в таком же порядке, как арбитражное разбирательство.

Центр медиации и арбитража ТПП Парижа – Иль-де-Франс администрирует разнообразные процедуры АРС, из которых особый интерес для целей настоящей работы представляют техническая оценка и независимая юридическая экспертиза.

³⁷³ Гайдаенко Шер Н. И. Указ. соч. С. 114–116.

³⁷⁴ Текст на немецком и английском языках доступен на официальном сайте Немецкой арбитражной институции (DIS) [Die elektronische ressource]: <http://www.dis-arb.de/en/16/rules/dis-rules-on-expert-determination-id28> (das datum des zuganges: 21.08.2017) (для правовой экспертизы, которая предшествует арбитражу и результаты которой имеют для сторон обязательную силу).

«Регламент дружественной технической оценки Центра медиации и арбитража ТПП Парижа – Иль-де-Франс (СМАР) (2007 г.)»³⁷⁵ определяет дружественную техническую экспертизу как процедуру, в которой стороны обращаются к назначенному СМАР эксперту для того, чтобы получить не имеющее обязательной силы заключение по техническому или финансовому вопросу или для оценки технической стороны своего спора, при этом стороны свободны продолжить переговоры или воспользоваться любым другим способом для разрешения остальной части спора. Процедура технической оценки может применяться только по соглашению сторон (на основании включенной в их договор оговорки о разрешении будущих споров, соглашении о передаче на экспертизу уже возникшего спора, либо когда одна сторона обратилась в Центр, Центр по ее заявлению направил предложение другой стороне, и она дала свое согласие провести процедуру). Обратиться в Центр может как одна сторона, так и обе. Если речь идет о споре с иностранным элементом, то заявка может быть принята, лишь если на момент обращения между сторонами заключено соответствующее соглашение либо если одна из сторон является французской. Центр направляет заявку другой стороне, и та в 15-тидневный срок должна дать ответ о принципе организации процедуры. Если сторона возражает или не дала ответа, Центр прекращает процедуру, удержав регистрационный сбор.

Если согласие сторон имеется, Центр направляет всем сторонам требование об оплате аванса на расходы по проведению процедуры с указанием срока его оплаты. Если в установленный срок платеж от всех сторон не поступил, Центр предлагает оплатившей аванс стороне доплатить остаток в течение 15 дней. Если оплата не поступила, процедура прекращается.

После того, как аванс поступил в полном объеме, Центр назначает эксперта (как правило, одного) с учетом природы спора, сложности вопроса и пожеланий сторон. В особо сложных случаях или по требованию сторон могут

³⁷⁵ Текст на французском языке см. на официальном сайте Центра медиации и арбитража ТПП Парижа – Иль-де-Франс (СМАР) [La ressource électronique]. – URL: <http://www.cmap.fr/Reglements-et-baremes/Reglement-en-francais-33-fr.html> (la date de l'accès: 22.08.2017).

быть назначены несколько экспертов. Если стороны уже избрали эксперта, Центр утверждает его кандидатуру.

Процедура должна быть завершена в течение двух месяцев со дня, когда Центр сообщил сторонам фамилию эксперта. В этом же извещении указывается дата завершения процедуры. Этот срок может быть сокращен или продлен на основании совместного заявления сторон.

Эксперт должен быть независим, беспристрастен и нейтрален. Принимая назначение, он подписывает заявление о независимости. Если по ходу процедуры возникли обстоятельства, ставящие его независимость под сомнение, то он обязан известить о них стороны и вправе продолжать работу лишь с письменного согласия всех сторон. Если стороны не дали своего согласия, Центр приостанавливает процедуру и приступает к замене эксперта. Любая сторона может заявить эксперту отвод, если возникли обстоятельства, позволяющие усомниться в его независимости. Срок для подачи отвода – 15 дней с момента, как сторона узнала об этих обстоятельствах. Центр рассматривает ходатайство стороны и после расследования выносит окончательное решение. Решение не должно быть мотивировано. Эксперт обязуется выполнить всю процедуру до конца. Если тем не менее возникли обстоятельства, препятствующие этому, он может взять самоотвод. В таком случае Центр заменяет эксперта (если ни одна из сторон не заявила о прекращении процедуры). Если процедура уже начата, то с согласия сторон эксперт вправе использовать документы и информацию, собранные его предшественником, и при необходимости основывать свои заключения на уже выполненных им работах.

Задание эксперту дают стороны. Эксперт самостоятельно определяет способы его выполнения, при этом он должен быть лоялен и заботиться об интересах каждой из сторон. В пределах своего задания он может проводить любые исследования. По совместной просьбе сторон он может проводить с ними встречи порознь. При необходимости и с согласия сторон и Центра эксперт может обратиться к одному или нескольким экспертам за помощью.

Стороны обязуются предоставить эксперту всю информацию, необходимую для выполнения задания, и дать ему свободный доступ на место проведения экспертизы.

Эксперт излагает свои заключения в письменном конфиденциальном отчете. С письменного согласия сторон он может изложить свои выводы устно в пленарном заседании, на которое он созывает стороны. В любом случае заключение не имеет для сторон обязательной силы. Если стороны не договорились об ином, стороны обязуются не предъявлять заключение эксперта в судебном или арбитражном разбирательстве.

Эксперт может участвовать в том же споре в любом другом качестве, в частности в качестве арбитра или медиатора, лишь по письменному требованию всех сторон и уведомив Секретариат Центра.

Любое изменение задания эксперта сторонами, направленное на преобразование процедуры технической экспертизы в медиацию или арбитраж, должно оформляться новым заявлением и подразумевает запуск отдельной процедуры. Центр может предложить сторонам, чтобы на заседаниях присутствовал стажер, связанный теми же обязательствами по сохранению тайны, что и эксперт.

В ходе переговоров или медиации стороны не всегда соизмеряют юридическую обоснованность своих притязаний. Независимая юридическая оценка позволяет сторонам получить от независимого и беспристрастного третьего лица объективное мнение по их спору.

«Регламент независимой юридической оценки Центра медиации и арбитража ТПП Парижа – Иль-де-Франс (СМАР) (2007 г.)»³⁷⁶ (далее – регламент независимой оценки) уточняет, что в этой процедуре задача третьего лица – выявить слабые и сильные стороны позиций сторон и при необходимости описать в общих чертах с учетом положения дел в законодательстве и судебной

³⁷⁶ Текст Регламента см. на официальном сайте Центра медиации и арбитража ТПП Парижа – Иль-де-Франс (СМАР) [La ressource électronique]: <http://www.cmap.fr/wp-content/uploads/2015/11/Evaluation-Juridique-Independante-2007.pdf> (la date de l'accès: 22.08.2017).

практики решение, которое могло бы быть вынесено судом, если бы дело было передано на его рассмотрение. Оценка может быть проведена лишь с согласия всех сторон, полностью конфиденциальна, как и техническая экспертиза, и не имеет для сторон обязательной силы, если они не договорились иначе. Независимая юридическая оценка может быть проведена в любой момент. Она позволяет сторонам реалистично оценить свои позиции и просчитать возможные исходы судебного дела. Независимая юридическая оценка существенно упрощает последующие переговоры. Она отличается от традиционной юридической консультации, поскольку более конструктивна и представляет собой шаг к сотрудничеству сторон.

Согласно ст.1 регламента независимой оценки это процедура, посредством которой стороны, желающие дружественным путем разрешить свой спор, обращаются в Центр с ходатайством о назначении независимого третьего лица, чья задача будет заключаться в том, чтобы помочь им вместе оценить: возможный подход суда к разрешению данного спора; толкование положения договора и, возможно, его новую формулировку; ущерб. В заявлении о проведении независимой юридической оценки сторона или стороны должны помимо контактных данных привести положения своего договора, описание истоков и природы спора, требования сторон и их обоснование»³⁷⁷.

Таким образом, экспертиза как способ АРС (экспертиза, проводимая на основании одностороннего заказа, исходящего от стороны спора, к АРС не относится) характеризуется следующими признаками:

- применяется на основании самостоятельного соглашения сторон или оговорки, автономной от договора, из которого возник спор;
- проводится специалистом или коллегией специалистов по выбору сторон или назначенных определенной по договоренности между сторонами администрирующей институцией;

³⁷⁷ Гайдаенко Шер Н. И. Указ. соч. С. 118–121.

– в отношении независимости и беспристрастности к эксперту предъявляются те же требования, что и к третьим лицам, привлекаемым сторонами для содействия в урегулировании их разногласий или разрешения спора; таким образом, эксперт является аккомодатором;

– процедура конфиденциальна;

– цель технической экспертизы – определить причину возникновения ущерба и его размер;

– цель юридической экспертизы – устранить двусмысленность в толковании положений договора, связывающего стороны (эксперт корректирует отношения сторон, для этого он вправе давать сторонам рекомендации, не имеющие для них обязательной силы), либо оценить возникший спор с точки зрения его судебной или арбитражной перспективы (в таком случае независимая юридическая оценка выступает как отправной пункт для выработки последующей стратегии урегулирования спора и исходной повестки дня для начала переговоров);

– независимая юридическая оценка может выступать в качестве предварительного этапа последующей состязательной конфиденциальной процедуры (арбитраж);

– независимая юридическая оценка предлагается сторонам универсальными администрирующими институтами среди прочих процедур АРС, в то время как техническая экспертиза предлагается специализированными администрирующими институтами;

– результатом экспертизы является заключение эксперта, представляющее собой констатацию обстоятельств факта или права; в зависимости от соглашения сторон результат экспертизы может иметь для них рекомендательный характер либо являться обязательным.

Глава 3. Договоры о разрешении споров с привлечением стороннего лица (аккомодатора)

3.1. Стороннее лицо, привлекаемое по соглашению сторон для урегулирования спора

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

Функция модератора (иногда его называют также аниматором) заключается в том, чтобы создать рабочую атмосферу для совместного конструктивного обсуждения вопросов, интересующих специально собравшихся для этого людей (переговорщиков). Модератор задает правила форума, собрания или встречи, структурирует процедуру обсуждения и корректирует ее в зависимости от изменения обстановки. В переговорах один из участников обязательно действует как модератор, то есть организатор процесса. Формальное соглашение между сторонами для определения его роли не нужно. Он отвечает за обеспечение непрерывности переговоров, следит за соблюдением сроков, напоминает сторонам о сроках для ответа, организует встречи или иные коммуникации, поддерживает рабочую обстановку на переговорах. Модератор не должен быть независимым и беспристрастным. Он может быть одним из переговорщиков или одним из юристов или адвокатов переговорщиков.

Переговорщик вступает в переговорный процесс на стороне одной или нескольких сторон, представляя их, и действует на основании договора поручения. Его цель заключается в достижении заранее определенных целей и осуществлении собственных интересов или интересов представляемого им лица или лиц. Переговорщик стремится получить от переговоров как можно больше, пожертвовав как можно меньшим. Переговорщик вовлечен в разрешаемую

проблему, он либо сам является стороной конфликта, либо представляет лицо, прямо или косвенно затрагиваемое конфликтом или лицо, которому поручено найти решение конфликта.

Медиатор выполняет функцию посредника в урегулировании спора между двумя и более сторонами³⁷⁸. Его цель состоит в том, чтобы найти точки соприкосновения почву для обсуждения проблемы по существу или помочь сторонам прийти к компромиссу, содействовать в разрешении и урегулировании определенного конфликта сообразно потребностям и пожеланиям сторон. Функция медиатора заключается в организации общения между сторонами и поддержании диалога между ними. Он беспристрастен, участвует в процедуре с согласия всех сторон и не имеет отношения ни к конфликту, ни к его сторонам.

Различие между функциями арбитра и медиатора стали проводить относительно недавно³⁷⁹. Арбитр рассматривался в качестве доверенного лица сторон спора, а не как нейтральное стороннее лицо (зачастую число арбитров было четным). Последовательная смена ролей арбитра и примирителя в одной и той же процедуре урегулирования спора считалась нормальным явлением: обращаясь к арбитру, стороны спора ожидали, что он урегулирует их спор, сначала попытавшись их примирить. И лишь в случае, если примирить стороны не удалось, посреднику, превратившемуся в арбитра, надлежало рассудить спор³⁸⁰. При этом решение арбитра считалось окончательным³⁸¹.

³⁷⁸ Пункт 3 ст. 2 Федерального закона от 27.07.2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» // СЗ РФ. – 2010. – № 31. – Ст. 4162. До того как законом было введен не очень удачный термин «медиатор», использовался термин «посредник по проведению примирительных процедур».

³⁷⁹ Интересен обзор истории вопроса о соотношении между арбитражем и медиацией, проведенный профессором Университета Пантеон-Ассас, Париж II Ш. Жароссоном; см.: Jarosson Ch. Arbitrage vs médiation: concurrence ou complémentarité? // Vers une Lex mediterranea de l'arbitrage. Pour un cadre commun de référence ; Sous la direction de Filali Osman et Lotfi Chedly. – Bruylant, 2015. – P. 53–63.

³⁸⁰ О таком подходе, в частности, может свидетельствовать то обстоятельство, что в трудах отечественных юристов еще в пореформенной России в связи с третейским судом почти исключительно использовалось слово «посредник», а не «арбитр» и не словосочетание «третейский судья». См., например: Вицын А. И. Третейский суд по русскому праву: историко-догматическое рассуждение // Третейский суд. – 1999. – № 4–6.

«Арбитр (третейский судья) – физическое лицо, избранное сторонами или избранное (назначенное) в согласованном сторонами или установленном федеральным законом порядке для разрешения спора третейским судом»³⁸² в составе единоличного арбитра или коллегии арбитров. Функция арбитра как частного судьи заключается в вынесении решения по спору сторон.

Интересно проследить историю появления теоретического обоснования трех основных ипостасей нейтрального третьего лица, задействованного в разрешении конфликтов. Речь идет о медиаторе, посреднике и арбитре. Как считает философ, теолог и практикующий медиатор Й. Дусс-фон Вердт, одним из первых четкое разделение между тремя функциями нейтрального стороннего лица в урегулировании конфликтов и поддержании мира (медиатор, посредник, арбитр) провел в своем труде *Grundsätze des Natur und Völkerrechts worin alle Verbindlichkeiten und alle Rechte aus der Natur des Menschen in einem beständigen Zusammenhänge hergeleitet werden*³⁸³ (§ 768) сторонник школы естественного права К. фон Вольфф. Он первым дал теоретическое определение медиатора: посредник (медиатор) – это лицо, которое берет на себя урегулирование спора между другими, не имея прав заключить договор, и урегулирует разногласие или пытается сделать это³⁸⁴. Он считал отличительной чертой медиатора то, что

³⁸¹ Демосфен в своей речи против Мидия о пощечине отмечал: «если некоторые лица вступили в тяжбу по частному делу и желают избрать кого-либо посредником, они могут выбрать любого для этой цели. Избрав посредника по обоюдному согласию, они обязаны подчиниться его приговору и не передавать то же самое дело от посредника в другой суд. Приговор посредника должен считаться окончательным» (Демосфен. XXI Против Мидия о пощечине [Электронный ресурс] // Демосфен. Речи : В 3 т. / отв. ред. Е. С. Голубцова, Л. П. Маринович, Э. Д. Фролов ; пер. В. Г. Борухович [и др.]. – М., 1994. – С. 94. – URL: <http://simposium.ru/ru/node/12> (дата обращения: 18.12.2017)).

³⁸² Пункт 1 ст. 2 Федерального закона от 29.12.2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» // СЗ РФ. – 2016. – № 1 (часть I). – Ст. 2.

³⁸³ Текст по изданию 1769 г. доступен на сайте европейских библиотек: https://archive.org/details/bub_gb_q_UTAAAAQAAJ (das Datum des Zuganges: 20.12.2017).

³⁸⁴ Сравните с определением медиации, приведенном в п. «а» ст. 3 Европейской директивы: медиация – это структурированная процедура, как бы она ни называлась, посредством которой две или более сторон спора добровольно пытаются прийти к соглашению об урегулировании их спора при содействии медиатора (Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters [Electronic resource] // Official Journal of the European Union. –

с его кандидатурой согласны все стороны: если хотя бы одна его отвергает, он не может выполнять свои функции. Он также указал на право сторон выйти из медиации и вернуться к первоначальному состоянию своих переговоров, равно как и на право медиатора прекратить процедуру в случае, если он сочтет свою миссию бесплодной и бесполезной. В таком случае медиатор может посоветовать сторонам назначить арбитра. Медиатор может делать сторонам предложения по урегулированию спора, при этом он должен действовать беспристрастно и держаться таким образом, чтобы было ясно, как его предложения могут наилучшим образом отвечать потребностям и намерениям сторон. Он предлагает, советует, предостерегает, взвешивает с точки зрения справедливости, критикует, стремится предотвратить безрезультатное завершение переговоров, не имея при этом права пригрозить санкциями стороне, не разделяющей его представлений³⁸⁵. Если он подписывает договор, то выступает как свидетель, не принимая на себя обязательств гарантировать исполнение достигнутых договоренностей.

Арбитр: 1) назначается на основании соглашения сторон спора, никто не может быть принужден назначить арбитра (добровольность процедуры); 2) выносит решение; 3) может быть отозван только по взаимному согласию всех сторон; 4) должен вынести правовое (основанное на законе и естественном праве) решение по позициям сторон. Чтобы быть в состоянии сделать это, только правовых познаний недостаточно, арбитр должен обладать определенными личными качествами – добродетельностью, знать, что справедливо, а что несправедливо. Он должен быть правдолюбом. И наконец, ни при каких обстоятельствах он не должен утратить свое беспристрастное, нейтральное отношение к сторонам³⁸⁶.

24.05.2008. – L 136/3. – URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:En:PDF> (access date: 20.12.2017).

³⁸⁵ См.: Duss-von Werdt J. Homo Mediator. Geschichte und Menschenbilder der Mediation. – Baltmansweiler, 2015. – S. 79.

³⁸⁶ Ibidem. S. 80.

Посредник, в отличие от арбитра и медиатора, избирается для того, чтобы урегулировать разногласие, но не разрешить его с правовой точки зрения. Стороны не обязаны следовать его рекомендациям. Услуга, оказываемая посредником, та же, что предоставляемая медиатором. Место посредника – между медиатором и арбитром. Он не дает сторонам советов относительно того, что должна делать каждая из них, и оставляет на их усмотрение решить, принять его предложение или нет. Из этого определения следует, что К. фон Вольфф проводит различие между двумя стилями медиации – директивным (в его понимании этого стиля придерживается медиатор) и фасилитативным (такого стиля придерживается посредник).

Требования к примирителю, медиатору и арбитру предъявляются одинаковые: они должны быть независимы от сторон и беспристрастны³⁸⁷. Те же требования предъявляются и к экспертам, в частности, когда проводимая ими экспертиза применяется в качестве процедуры АРС или ее части.

В странах как общего права, так и континентальной правовой системы независимость определяется как свобода от давления административного, властного ресурса (со стороны органов государственной власти), отсутствие связи с любой из сторон спора; кроме того, арбитр должен восприниматься

³⁸⁷ В отношении медиаторов: п. 4 ст. 5 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре (принят ЮНСИТРАЛ 24 июня 2002 г.), п. 1–3 п. 6 ст. 15 Федерального закона от 27.07.2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»; в отношении арбитров: п. 1 ст. 12 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (принят ЮНСИТРАЛ 21 июня 1985 г.), ст. 18 Федерального закона от 29.12.2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации», ч. 1 ст. 12 Закона РФ от 07.06.1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» в ред. Федерального закона от 29.12.2015 г. № 409-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившим силу пункта 3 части 1 статьи 6 Федерального закона „О саморегулируемых организациях” в связи с принятием Федерального закона „Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации”» (СЗ РФ. – 2016. – № 1 (часть I). – Ст. 29), п. 1, 2 § 3 Положения об организационных основах деятельности Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ, URL: <http://mkas.tpprf.ru/ru/materials> (дата обращения: 20.03.2018), п. 1 ст. 11 Арбитражного регламента МТП, официальный сайт Международной торговой палаты [Electronic resource]. – URL: <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Mediation/Rules/ICC-Mediation-Rules-and-Guidance-Notes-in-several-languages/> (access date: 20.08.2017).

сторонами как независимое лицо³⁸⁸. Это же справедливо и в отношении медиатора³⁸⁹. Важную роль играет репутация в деловом сообществе, доверие к арбитру со стороны других арбитров в составе третейского суда, юридических представителей сторон. Беспристрастность арбитра – это субъективная характеристика его восприятия сторон, отсутствие предубеждения против какой-либо из сторон или ее юридического представителя³⁹⁰. В примечаниях для арбитров, подготовленных Лондонским международным третейским судом, избежание конфликта интересов названо одной из предпосылок

³⁸⁸ В п. А раздела III Примечания для сторон и третейских судов о ведении арбитража по Арбитражному регламенту МТП, изданного МТП 22 февраля 2016 г., подробнейшим образом разъясняется алгоритм действий арбитров в отношении раскрытия информации об обстоятельствах, способных вызвать обоснованные сомнения в его независимости и беспристрастности. См.: Note to the Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration [Electronic resource]. – URL: <https://iccwbo.org/publication/note-parties-arbitral-tribunals-conduct-arbitration/> (access date: 20.03.2018).

³⁸⁹ С. К. Загайнова предлагает использовать в отношении медиатора термин «нейтральность», включающий как его независимость, так и беспристрастность в контексте специфики выполняемых им функций. См.: Комментарий к Федеральному закону «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» [Электронный ресурс] / отв. ред. С. К. Загайнова, В. В. Ярков. – М., 2011. – Система ГАРАНТ.

³⁹⁰ См.: Kumar L. The Independence and Impartiality of Arbitrators in International Commercial Arbitration [Electronic resource]. – 24.04.2014. – URL: <http://ssrn.com/abstract=2428632> (access date: 20.12.2017); Jung H. The standard of Independence and Impartiality for arbitrators in International Arbitration. A comparative study between the standards of the SCC, the ICC, the LCIA and the AAA [Electronic resource]: Master's thesis with internship Procedural Law. – Faculty of Law Uppsala University Independence, 2008. – URL: http://www.sccinstitute.com/media/61993/the_standard_of_independence_helena_jung-1.pdf (access date: 20.12.2017); King R., Giaretta B. Impartiality and Challenging the Appointment of an Arbitrator. International Comparative Legal Guide (ICLG) // International Arbitration. – 2005. – P. 26. О независимости и беспристрастности арбитров при рассмотрении инвестиционных споров и возможности сочетания роли арбитра и юрисконсульты стороны см.: Bernasconi-Osterwalder N., Johnson L., Marshall F. Arbitrator Independence and Impartiality: Examining the dual role of arbitrator and counsel [Electronic resource] / IV Annual Forum for Developing Country Investment Negotiators: Background Papers (New Delhi, 27–29 October 2010). – URL: http://www.iisd.org/pdf/2011/dci_2010_arbitrator_independence.pdf (access date: 20.12.2017). Некоторые авторы активно обсуждают вопрос о возможном применении выработанных Ассоциацией международного права принципов независимости международных судов и их судей (The Burgh House Principles On The Independence Of The International Judiciary) к арбитрам, текст принципов на английском языке см.: URL: http://www.ucl.ac.uk/laws/cict/docs/burgh_final_21204.pdf (access date: 20.12.2017).

удовлетворения ожиданий сторон своевременно получить справедливое, обоснованное и исполнимое решение, принятое арбитром беспристрастно³⁹¹.

О требованиях к беспристрастности медиатора достаточно четко сказано в п. 2.2. Европейского кодекса поведения для медиаторов: медиатор должен «действовать и стараться выглядеть действующим беспристрастно по отношению к сторонам» и стремиться одинаково оказывать услуги всем сторонам применительно к процессу медиации³⁹².

Кроме того, предусмотрена возможность перехода независимого третьего лица из одной роли в другую по соглашению сторон³⁹³. Разница заключается в том, что медиатор – не обязательно юрист, поэтому первое требование, которое к нему применяется – компетентность и надлежащая квалификация, обеспеченная постоянным ее повышением³⁹⁴. Поскольку нейтральное стороннее лицо (аккомодатора) выбирают стороны, они вольны как воспользоваться имеющимися у администрирующих институций списками, так и выбрать любого, кому они готовы доверить урегулирование своего спора. Требования к квалификации нейтральных сторонних лиц стороны определяют самостоятельно. Администрирующая любую процедуру урегулирования спора институция вправе предусмотреть в своих правилах дополнительные требования к лицам, содействующим сторонам в урегулировании спора или разрешающим его на основании соглашения сторон³⁹⁵. Существенное значение имеют своды этических правил, которые нейтральные третьи лица обязуются

³⁹¹ LCIA Notes for Arbitrators, 2. Официальный сайт Лондонского международного третейского суда [Electronic resource]. – URL: <http://www.lcia.org/adr-services/guidance-notes.aspx> (access date: 20.08.2017).

³⁹² Европейский кодекс поведения медиаторов (Брюссель, 2 июля 2004 г.) / пер. Е. Ю. Проницовой [Электронный ресурс]. – Система ГАРАНТ.

³⁹³ Статья 12 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре (принят ЮНСИТРАЛ 24.06.2002 г.). Федеральный Закон о медиации не содержит каких-либо положений, устанавливающих запрет на выполнение медиатором функций арбитра.

³⁹⁴ Пункт 1.1 Европейского кодекса поведения медиаторов.

³⁹⁵ См. ч. 7 ст. 15 Федерального закона от 27.07.2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)», п. 3 ч. 4 ст. 45 Федерального закона от 29.12.2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации».

соблюдать, вступая в саморегулируемую организацию или объединение. Так, например, члены НП Лига медиаторов обязуются соблюдать Европейский кодекс поведения медиаторов³⁹⁶, равно как и медиаторы, занимающиеся разрешением коммерческих споров по правилам Швейцарского регламента коммерческой медиации³⁹⁷ и члены объединения медиаторов Германии, Австрии и Швейцарии "Mediation D A CH e.V., Deutschland, Austria, Schweiz, Fördergemeinschaft für friedliche Win-Win-Lösungen"³⁹⁸.

Арбитражные институции отбирают для включения в список лиц, отвечающих определенным критериям³⁹⁹, а также императивным положениям закона. К таким императивным критериям относятся полная дееспособность, возраст от 25 лет, отсутствие судимости и высшее юридическое образование – для председателя состава или лица, рассматривающего дело единолично⁴⁰⁰, ограничения по гражданству не допускаются, если стороны об этом не договорились⁴⁰¹. Дополнительные требования предъявляются к квалификации и опыту в разрешении гражданско-правовых споров для лиц, включаемых в рекомендованный список постоянно действующих арбитражных учреждений⁴⁰². В сфере международного коммерческого арбитража для

³⁹⁶ Кодекс профессиональной этики медиатора-посредника некоммерческого партнерства «Лига медиаторов» [Электронный ресурс]. – URL: http://arbimed.ru/kodeks_mediatora (дата обращения: 21.08.2017).

³⁹⁷ Code de conduite europeen pour les mediateurs [La ressource électronique]. – URL: https://www.swissarbitration.org/files/50/Mediation%20Rules/code_de_conduite_francais.pdf (la date de l'accès: 21.08.2017).

³⁹⁸ См. § 16 Устава объединения, опубликованного на его официальном сайте: Satzung Stand I-2012 [Die elektronische ressource]. – URL: http://www.mediation-dach.com/fileadmin/pdf/satzung/Satzung-Mediation-DACH-2012-3_0.pdf (das datum des zuganges: 21.08.2017).

³⁹⁹ См. требования к квалификации арбитров, предъявляемые п. 1 § 3 Регламента МКАС при ТПП РФ. Центр медиации и арбитража Парижа (СМАР) также предъявляет требования к опыту арбитров и, кроме того, предлагает специальные курсы по обучению арбитров [La ressource électronique]. – URL: <http://www.cmap.fr/> (la date de l'accès: 21.08.2017).

⁴⁰⁰ Части 6–11 ст. 11 Федерального закона от 29.12.2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации».

⁴⁰¹ Часть 1 ст. 11 Федерального закона от 29.12.2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации».

⁴⁰² Согласно ч. 3 ст. 47 Федерального закона от 29.12.2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» не менее трети от

толкования и прояснения вопросов, связанных с требованиями, предъявляемыми к арбитрам, все большую роль играют инструменты мягкого права – руководства и разъяснения международных профессиональных объединений (прежде всего, Международной ассоциации юристов) и ведущих центров, администрирующих арбитраж (Международная торговая палата, Лондонский международный третейский суд и т.п.). По данным опроса, посвященного использованию международного арбитража (проведен в 2015 г. Школой международного арбитража, Исследовательским центром коммерческого права и Queen Mary University of London)⁴⁰³, руководства и инструменты мягкого права в международном арбитраже респонденты оценивают положительно. При этом самыми популярными оказались Правила Международной ассоциации юристов (далее – МАЮ) по получению доказательств в международном арбитраже⁴⁰⁴ и Руководящие принципы МАЮ относительно конфликта интересов в международном арбитраже⁴⁰⁵. Руководства, протоколы и прочие документы мягкого права, предназначенные для применения к арбитражному разбирательству, преследуют одну цель – рационализацию процесса. Они призваны направить разбирательство в единое русло, предложить унифицированные правила, которые помогут дать надлежащие ответы на вопросы, которые могут возникнуть по ходу разбирательства. Однако, проблема с инструментами мягкого права, косвенно

включенных в состав рекомендованного списка постоянно действующего арбитражного учреждения лиц должны обладать присужденной в России научной степенью по специальностям, список которых предстоит утвердить федеральному уполномоченному органу исполнительной власти, не менее половины – иметь десятилетний опыт разрешения гражданско-правовых споров в качестве третейских судей, арбитров или судей государственных судов.

⁴⁰³ 2015 International Arbitration Survey. Improvements and Innovations in International Arbitration [Electronic resource]. – URL: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2015/> (access date: 20.03.2018).

⁴⁰⁴ Правила приняты решением Совета МАЮ 29.05.2010 г. (IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration Adopted by a resolution of the IBA Council 29 May 2010 International Bar Association).

⁴⁰⁵ Руководящие принципы одобрены 22.05.2004 г. Советом МАЮ. См. текст на официальном сайте МАЮ (IBA) [Electronic resource]. – URL: http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx (access date: 20.03.2018).

связанная с их широким распространением, заключается в том, что, несмотря на явно рекомендательный характер руководств, на практике они становятся обязательными. Нужно внимательно следить за тем, чтобы предотвратить «окостенение» мягкого права и его превращение в императивные нормы практики. Руководства и протоколы могут использоваться для надлежащего понимания международного арбитража, но ни в коем случае не должны ограничивать усмотрение сторон и их желание разрешить спор так, как им хочется⁴⁰⁶.

Часть 3 ст. 2 Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»⁴⁰⁷ (далее – Закон о медиации) определяет медиаторов как независимых физических лиц, в ч. 3 ст. 9 этого закона говорится о беспристрастности медиатора и обязанности сообщить сторонам и администрирующей институции об обстоятельствах, способных скомпрометировать его независимость и беспристрастность. Требования к медиатору разнятся в зависимости от того, оказывает ли он услуги как профессионал или действует как любитель. Непрофессиональным медиатором может быть любое полностью дееспособное несудимое лицо, достигшее совершеннолетия (18 лет)⁴⁰⁸. Отметим, что это положение достаточно нетипично и не отвечает прослеживающимся в мировом масштабе тенденциям к профессионализации медиативной деятельности. Помимо дееспособности и отсутствия судимости, профессиональный медиатор должен отвечать тем же критериям, какие применяются к арбитрам, – достижение возраста 25 лет и наличие высшего образования, а кроме того – дополнительное

⁴⁰⁶ International arbitration. Round table materials. June 2016. Financier Worldwide [Electronic resource]. – URL: <http://www.financierworldwide.com/roundtable-international-arbitration-jun16#.V2fDDTahc2w> (access date: 20.08.2017).

⁴⁰⁷ СЗ РФ. – 2010. – № 31. – Ст. 4162. – Система ГАРАНТ.

⁴⁰⁸ Там же (ч. 1. ст. 16).

профессиональное образование⁴⁰⁹. Только профессиональный медиатор может проводить медиации в связи с начатым разбирательством в государственном суде. Сопряженность уровня требований к квалификации медиатора с его соприкосновением с процессом отправления правосудия в государственных судах очевидна: чем ближе к исполнению государственной функции, тем выше требования к посреднику. Не предусмотрено каких-либо ограничений или дополнительных требований к медиатору, оказывающему частные услуги сторонам по разрешению их связанного с коммерческой деятельностью конфликта до обращения в третейский суд или международный арбитраж. Таким образом, если иное не предусмотрено регламентом администрирующей институции⁴¹⁰, в медиации *ad hoc* и непрофессиональный медиатор, пользующийся авторитетом у обеих сторон, может по соглашению со сторонами содействовать им в урегулировании их конфликта, связанного с предпринимательской деятельностью. Стороны свободны в своем выборе. Тем не менее, как и арбитр, медиатор должен быть независимым и беспристрастным⁴¹¹, кем бы ни администровалась процедура урегулирования спора – сторонами или администрирующей институцией⁴¹².

⁴⁰⁹ Часть 1. ст. 16 ФЗ «О медиации». Примерная программа подготовки медиаторов утв. Приказом Министерства образования и науки РФ от 14.02.2011 № 187 «Об утверждении программы подготовки медиаторов» [Электронный ресурс] // Российская газета. – 2011. – № 60. – Система ГАРАНТ.

⁴¹⁰ Пункт 9.2 Регламента Коллегии посредников по проведению примирительных процедур при Торгово-промышленной палате РФ (Утв. Приказом ТПП РФ № 45 от 27.06.2013 г.) (Приложение 2) предписывает Председателю Коллегии учитывать требования, предъявляемые к квалификации медиатора законодательством Российской Федерации, если стороны попросили назначить медиатора для урегулирования их спора. См. официальный сайт Коллегии посредников при ТПП РФ: <http://mediation.tpprf.ru/ru/docs/47906/> (дата обращения: 08.08.2013).

⁴¹¹ Пункт 4 ст. 5 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре (принят ЮНСИТРАЛ 24 июня 2002 г.), п. 1–3 п. 6 ст. 15 Федерального закона от 27.07.2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)».

⁴¹² Пункт 3 ст. 5 (обязанность подтвердить свою беспристрастность и независимость в момент принятия функций), п. 3. ст. 7 (обязанность относиться к сторонам справедливо и беспристрастно) Примирительного регламента МТП. См. официальный сайт Международной торговой палаты [Electronic resource]. – URL: <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Mediation/Rules/ICC-Mediation-Rules-and-Guidance-Notes-in->

Специфика требований к компетенции медиатора объясняется его ролью в урегулировании спора, а также тем, что он не обязан быть юристом. К обстоятельствам, способным вызвать конфликт интересов, повлиять на отношение к сторонам и в конечном счете на способность качественно провести медиацию, относятся: личные или деловые отношения с одной или несколькими из сторон; финансовая или иная заинтересованность в исходе медиации, будь то прямая или косвенная; оказание медиатором или сотрудником его фирмы каких-либо услуг, отличных от медиативных, одной или нескольким сторонам спора.

Сопоставление стандартов поведения и квалификации судей и третейских судей было проведено диссертантом ранее⁴¹³. Распространена точка зрения, согласно которой к арбитрам должны предъявляться те же требования, что и к судьям. Как судья, так и арбитр, вершит правосудие, только источники судебной власти у них разные: у судьи – государство, у арбитра – соглашение сторон. При этом арбитр не состоит на государственной службе, кроме того, в международном арбитраже его юрисдикция простирается за пределы территории его проживания, решение подлежит исполнению за пределами страны. Таким образом, арбитр действует в качестве трансграничного частного судьи. Независимость от государства – характерная черта положения арбитра относительно правового положения судьи, воплощающего одну из ветвей государственной власти – судебной. Профессор Ф. Фушар отмечал, что независимость – это фактическое или правовое обстоятельство, поддающееся объективной оценке. Беспристрастность – это оценка умственного состояния,

several-languages/ (access date: 20.03.2018), Чч 3 ст. 3 Федерального закона от 27.07.2010 № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)», ст. 4 Регламента Коллегии посредников по проведению примирительных процедур при Торгово-промышленной палате РФ называют независимость и беспристрастность медиатора в числе принципов проведения медиации.

⁴¹³ См.: Гайдаенко Шер Н. И. Формирование системы альтернативных механизмов разрешения споров. Бесконфликтное общество как основа противодействия коррупции. С. 118–122.

то есть субъективное качество. С момента назначения арбитр обретает статус судьи, что исключает любые отношения зависимости, особенно со стороной⁴¹⁴.

Все процедуры с участием нейтрального стороннего лица (аккомодатора) построены на принципах автономии воли сторон и добровольности исполнения достигнутых в результате их решений. Исполнение решения, которое стороны договорились признать обязательным и добровольно исполнить, переходит из частноправовой плоскости горизонтальных отношений в вертикально-властную публично-правовую только в результате нарушения договоренности одной из сторон, отказавшейся это решение исполнять. Принудительная сила государства может применяться лишь в отношении решений, отвечающих определенным императивными положениями закона стандартам качества. К числу этих стандартов относятся и требования к нейтральным сторонним лицам, которые были задействованы сторонами в той или иной роли для урегулирования их конфликта или разрешения их спора. Если решение принимают стороны при содействии стороннего лица, требования к такому лицу менее жесткие, нежели требования к стороннему лицу, разрешающему правовой спор между сторонами, применяя и толкуя нормы права (частное правосудие – арбитраж).

Россия стала одной из первых стран мира, где официально формально признана профессия «специалист в области медиации (медиатор)»⁴¹⁵. Приказ Министерства труда и социальной защиты РФ от 15 декабря 2014 г. № 1041н "Об утверждении профессионального стандарта "Специалист в области медиации (медиатор)" в основном воспроизводит положения Программы подготовки медиаторов⁴¹⁶. Согласно ст. 195.1. Трудового кодекса РФ,

⁴¹⁴ International Commercial Arbitration / Ph. Fouchard, E. Gailard, B. Goldman, J. Savage. – Hague; Boston; London, 1999. – P. 564.

⁴¹⁵ Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2015. № 30.

⁴¹⁶ Программа утверждена приказом Министерства образования и науки РФ от 14.02.2011 г. № 187 // Российская газета. – 2011. – № 60 [Электронный ресурс]. – Система ГАРАНТ. В настоящее время эта программа может рассматриваться как рекомендательная, поскольку измененный в связи с принятием Федерального закона от 29.12.2012 № 273-ФЗ

«профессиональный стандарт - характеристика квалификации, необходимой работнику для осуществления определенного вида профессиональной деятельности», «квалификация работника – уровень знаний, умений, профессиональных навыков и опыта работы работника». Подпункт б) 25 Постановления Правительства РФ от 22.01.2013 г. № 23 «О Правилах разработки, утверждения и применения профессиональных стандартов» (в редакции Постановления Правительства РФ от 23.09.2014 г. № 970)⁴¹⁷ предусматривал применение профессиональных стандартов, в частности, образовательными организациями профессионального образования при разработке профессиональных образовательных программ. С 1 июля 2016 г. этот пункт исключен⁴¹⁸, что вызывает определенные вопросы. Фактически имеется профессиональный стандарт, основанный на документе, применение которого не обязательно и учитывать который при разработке профессиональных образовательных программ также необязательно⁴¹⁹.

В примечании 3 к стандарту «медиация в международной сфере (проведение процедуры медиации в трансграничных и\или межкультурных спорах, возникших в конкретной сфере – либо семейной, либо коммерческой)» отнесена к отдельной сфере специализации. Предполагается, что соискатель должен подтвердить свою квалификацию для каждой сферы отдельно. Полагаем, что потенциальные пользователи услуг международного коммерческого медиатора предпочтут наличие опыта и положительных рекомендаций от других пользователей или авторитетных профессиональных

«Об образовании» п. 1 ст. 16 Закона о медиации предусматривает для профессионального медиатора требование о наличии у него дополнительного профессионального образования по вопросам применения процедуры медиации.

⁴¹⁷ Система ГАРАНТ.

⁴¹⁸ См.: Постановление Правительства РФ от 13.05.2016 г. № 406 «О внесении изменений в постановление Правительства Российской Федерации от 22 января 2013 г. № 23» // СЗ РФ. – 2016. – № 21. – Ст. 3002.

⁴¹⁹ Кроме того, медиатор не включен в Общероссийский классификатор профессий рабочих, должностей служащих и тарифных разрядов ОК 016-94 (ОКПДТР) (принят постановлением Госстандарта РФ от 26 декабря 1994 г. № 367), что формально не позволяет работодателю предусмотреть должность медиатора в штатном расписании и заключить с ним трудовой договор именно в этом качестве.

объединений сертификату о дополнительной профессиональной подготовке, выданному неизвестным им учреждением. Кроме того, получить подтверждение квалификации специалиста-медиатора в международной сфере имеет смысл от международного профессионального объединения, чтобы его действие не ограничивалось территорией Российской Федерации.

В 2014 году СОМЕДИАРС первым в мире получил статус Квалификационной оценочной программы (КОП) Международного института медиации для добровольной оценки квалификации русскоязычных медиаторов и медиаторов, специализирующихся на межкультурных спорах. С этого момента учебные заведения и центры, представляющие учебные программы для медиаторов, медиаторов в межкультурных спорах, а также русскоязычные специалисты-медиаторы независимо от места их постоянного проживания могут быть по их запросу оценены на соответствие содержания программы / навыков специалистов международным стандартам⁴²⁰. Специалист или программа, получившие положительную оценку, признаются на международном уровне. Для начинающих специалистов, не обладающих достаточным практическим опытом, есть возможность проверить свои знания и преодолеть первую на пути к международной сертификации ступень профессионального признания – получить аттестацию СОМЕДИАРС. Возможность подтвердить свои навыки получили также советники в процедуре медиации – лица, сопровождающие стороны в медиации (прежде всего юристы). Речь идет об аттестации юристов-переговорщиков, способных не только сопроводить клиента в процедуре медиации, но и провести самостоятельную процедуру АРС - переговоры сотрудничества или переговоры участия.

Квалификационная оценочная программа представляет собой род добровольной сертификации. Центр, имеющий статус квалификационной

⁴²⁰ Внутренний стандарт специалиста в области медиации, выработанный НП «Лига медиаторов», достаточно близок к стандарту МИМ. URL: <http://arbimed.ru/professionalnyy-standart-specialist-v-oblasti-mediacii> (дата обращения: 21.08.2017).

оценочной программы по определенным направлениям специализации, по запросу заявителя организует оценку навыков заявителя экспертами, независимыми от центра и от учебной организации, где обучался заявитель. Оцениваются как медиаторы, так и учебные программы дополнительного профессионального образования.

Теоретическая подготовка заявителя оценивается по итогам письменного испытания (заявитель должен написать работу на выбранную им тему) и устной беседы с экспертами. Для оценки практических навыков медиатора используется имитационная игра (или ее видеозапись). Если медиатор практикует, важную роль для оценки его мастерства играют формы обратной связи, заполненные пользователями.

Объем теоретических познаний, позволяющих соискателю получить аттестацию по стандартам Международного института медиации (далее – МИМ), сопоставимы с указанными в утвержденном профессиональном стандарте. Специалист по межкультурным спорам должен обладать дополнительными навыками в этой области.

Добровольная сертификация специалиста представляет собой независимое подтверждение его профессиональных навыков, подтвержденных пользователями. Контроль качества проводится МИМ. Получая сертификацию, специалист принимает на себя обязательство следовать этическим нормам (Этическому кодексу МИМ⁴²¹, Европейскому кодексу поведения медиаторов, иному своду этических правил, принятому в организации, членом которой является медиатор).

Обязательные требования к профессиональной квалификации лиц, привлекаемых сторонами коммерческих споров для содействия в их урегулировании, устанавливаются законом; дополнительные требования для формирования рекомендованных списков специалистов могут определять администрирующие АРС институции.

⁴²¹ См.: Гайдаенко Шер Н.И. Указ.соч. С. 126–132.

Помимо обязательных требований к уровню их образования и квалификации, к лицам, привлекаемым сторонами коммерческих споров для содействия в их урегулировании, законодательно предъявляются требования об их независимости и беспристрастности. Объем и содержание этих требований различаются для арбитров и медиаторов, что объясняется спецификой их роли в проводимых ими процедурах АРС.

Единое толкование требований к арбитрам и медиаторам, задействованным в проведении трансграничных АРС, достигается благодаря широкому распространению и применению в процедурах АРС типовых правил и руководств, разрабатываемых международными организациями, профессиональными объединениями предпринимателей и юристов. Эти же требования принимаются и на национальном уровне.

Программы добровольной сертификации, разрабатываемые международными профессиональными объединениями, руководства и типовые правила профессионального поведения лиц, привлекаемых сторонами коммерческих споров для содействия в их урегулировании, получают все более широкое распространение и признание. Происходит частная унификация правил поведения и требований к уровню теоретической подготовки и практических навыков профессиональных посредников (медиаторов) и арбитров. Те же правила воспринимаются и на уровне государственного и межгосударственного регулирования требований к стандартам деятельности и функциям нейтральных сторонних лиц (см., в частности, требования МЦУИС к лицам, которые могут выступать в качестве посредников (медиаторов) и арбитров при разрешении инвестиционных споров с иностранным элементом). При этом прослеживается тенденция к увеличению истребуемого объема информации о стороннем лице и, прежде всего, его предшествующем опыте: стороны спора хотят быть уверены в том, что делают правильный выбор. Нейтральные сторонние лица, привлекаемые для урегулирования или разрешения спора сторон, готовы предоставить такую информацию, чтобы увеличить шанс на свое избрание.

Таким образом, в результате исследования, проведенного в данном параграфе, установлена роль стороннего лица (аккомодатора), привлекаемого по соглашению сторон для содействия в урегулировании их конфликта или разрешения правового спора между ними. Его основная функция заключается в устроении взаимодействия сторон по поводу урегулирования разделяющего их спора. Определено, что роль стороннего лица, содействующего сторонам в урегулировании их спора, варьируется от организационной (модератор) до директивной (арбитр). Задача стороннего лица (аккомодатора) заключается в том, чтобы выявить истинный интерес сторон, направляющий их в споре, таким образом определить действительную волю сторон⁴²² и создать между ними систему коммуникаций, направленную на урегулирование спора.

Прослеживается зависимость ролей, исполняемых сторонним лицом, от процессуальных последствий его действий. В то же время процессуальные последствия действий аккомодатора обуславливают требования, предъявляемые к квалификации и личным качествам третьего лица. Выявлено, что наблюдается тенденция к формированию единообразных стандартов квалификации (профессиональные стандарты), поведения (этические кодексы) аккомодаторов и правил проведения ими процедуры урегулирования ими разрешения спора (регламенты).

На уровне международных объединений предпринимателей и профессиональных объединений специалистов в сфере разрешения споров вырабатываются унифицированные требования к оценке качества услуг нейтрального стороннего лица; при этом возрастает роль правил «частной унификации» в формировании договорных отношений сторон по поводу урегулирования коммерческих споров: с одной стороны, усиливается значение

⁴²² В основе выбора сторонами механизма урегулирования спора из предпринимательской деятельности лежит категория экономического интереса. Удовлетворительный для каждой из сторон результат урегулирования спора может быть достигнут при условии, что каждая из сторон в состоянии сформулировать и довести до другой стороны свой интерес. Иными словами, при использовании базового, основного способа разрешения споров – переговоров – воля сторон должна соответствовать волеизъявлению.

национальных процедур, с другой – обостряется необходимость восприятия международных стандартов.

3.2. Внесудебная медиация предпринимательских споров

Медиация – способ урегулирования споров при содействии медиатора – независимого физического лица, привлекаемого сторонами в качестве посредника на основе их добровольного согласия для содействия в выработке сторонами решения по существу спора в целях достижения ими взаимоприемлемого решения⁴²³. Медиатору запрещено представлять какую-либо из сторон или оказывать какой-либо стороне юридическую, консультационную или иную помощь⁴²⁴. Из этого положения следует, что если за консультацией обратились все стороны спора, то этот запрет не применяется. Таким образом, медиатор вправе вести разъяснительную работу среди сторон, если все стороны с этим согласны.

Медиацию можно использовать для урегулирования споров из гражданских правоотношений, в том числе возникших в связи с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности.

Медиация относится к согласительным способам урегулирования спора⁴²⁵, строящимся на основе принципов добровольности, конфиденциальности, сотрудничества и равноправия сторон, беспристрастности и независимости медиатора. Несмотря на наличие специального закона, вряд ли целесообразно говорить о существовании некоего

⁴²³ Части 2 и 3 ст. 2 Федерального закона от 27.07.2010 № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» // СЗ РФ. – 2010. – № 31. – Ст. 4162.

⁴²⁴ Часть 6 ст. 15 Федерального закона от 27.07.2010 № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)».

⁴²⁵ Можно согласиться с А. Д. Карпенко и Д. Л. Давыденко, рассматривающими медиацию как примирительную процедуру и междисциплинарную переговорную технологию. См.: Медиация : учебник / под ред. А. Д. Карпенко, А. Д. Осинского. – СПб. ; М., 2016. – С. 129–130.

специального «медиативного права»⁴²⁶, равно как и относить медиацию (мы говорим о медиации внесудебной, проводимой по договоренности сторон вне связи с каким-либо судебным или арбитражным разбирательством) к институтам процессуального права.

Стороны могут договориться применить медиацию как до обращения в суд, так и в связи с разбирательством дела в любой момент до принятия судом или третейским судом решения по существу спора, в том числе по предложению судьи или третейского судьи (п. 2. ст. 7 Закона о медиации). Медиацию по спору, переданному на рассмотрение суда или третейского суда, может проводить только профессиональный медиатор (п. 3. ст. 13 Закона о медиации). Им может быть любой специалист с высшим образованием (не обязательно юрист), достигший 25-летнего возраста и получивший дополнительное профессиональное образование по вопросам применения процедуры медиации. При этом по общему правилу действия судьи или третейского судьи по примирению сторон под действие закона о медиации не подпадают (п. 6. ст. 1 Закона). Это исключение соответствует положениям проекта Конвенции ЮНСИТРАЛ о международных медиативных соглашениях.

Письменное соглашение, достигнутое сторонами в результате медиации (медиативное соглашение), может быть утверждено судом или третейским судом в качестве мирового соглашения (и, следовательно, получить силу исполнительного документа), лишь если оно достигнуто в ходе медиации по спору, переданному на рассмотрение суда или третейского суда. Медиативное соглашение, заключенное сторонами в ходе досудебной или внесудебной медиации, остается гражданско-правовой сделкой (п. 3, 4 ст. 12 Закона о медиации).

⁴²⁶ Такую теорию выдвинули А. А. Максуров и М. В. Таланова, справедливо отметив, что «наука медиативного права в качестве юридической доктрины пока имеет небольшое значение для развития правовой практики, совершенствования законодательства, правильного толкования закона, однако в качестве официального источника медиативного права она, разумеется, не признается» (Максуров А. А., Таланова М. В. Медиация в праве: юридическая технология медиативных процедур [Электронный ресурс]. – М., 2014. – Система ГАРАНТ).

В настоящее время медиация применяется по стране неравномерно. Это вызвано тем, что, во-первых, о самой процедуре знают мало, во-вторых, обученные медиаторы имеются не во всех регионах России, и их явно недостаточно⁴²⁷.

Препятствием для широкого распространения медиации является то, что законом не предусмотрена возможность закрепить соглашение сторон, достигнутое в результате проведенной до суда медиации (медиативного соглашения сторон) в виде документа, подлежащего принудительному исполнению. Как отмечала А.К. Большова, «законодатель предлагает в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения такого соглашения защищать свои права способами, предусмотренными гражданским законодательством путем обращения в суд, что для добросовестной стороны безусловно снижает привлекательность обращения к медиатору и не достигает конечной цели – полного перевода в русло несудебного урегулирования спора не только на стадии его разрешения, но и на стадии исполнения»⁴²⁸. По результатам опроса, проведенного по инициативе СОМЕДИАРС на конференции, организованной судебским сообществом Ивановской области, за возможность закрепления результата соглашения, достигнутого сторонами во внесудебной медиации, в виде документа, подлежащего обязательному исполнению, высказались 86% опрошенных, при этом 49% из них полагают, что это можно сделать путем нотариального удостоверения, 42% – что удостоверить результат должен суд⁴²⁹. Законодательное урегулирование этого вопроса может многократно увеличить число обращений к этому способу урегулирования споров, прежде всего в сфере экономического оборота, где часто основным аргументом сторон против медиации является то, что сторона хочет получить «страховку от

⁴²⁷ См.: Интервью с медиаторами и примирителями России и Белоруссии // Третейский суд. – 2015. – № 2/3. – С. 21–74.

⁴²⁸ Правосудие в современном мире: монография / под ред. В. М. Лебедева, Т. Я. Хабриевой. – М., 2012. – С. 664.

⁴²⁹ См.: Гайдаенко Шер Н.И. Юристы, судьи и альтернативные способы разрешения споров: итоги одного опроса // Третейский суд. – 2015. – № 1. – С. 119–124.

неисполнения» в виде документа, обладающего силой вступившего в законную силу судебного решения. Речь идет именно о страховке, поскольку по данным ВС РФ те немногие мировые соглашения, которые были заключены сторонами в ходе процесса, исполнялись ими добровольно⁴³⁰, и нет оснований считать, что ситуация будет иной для соглашений, заключенных сторонами частной внесудебной медиации. В подпункте «г» п. 19 справки ВС РФ указывается, что суды отметили «отсутствие дел, связанных с оспариванием медиативных соглашений, с защитой прав, нарушенных в результате неисполнения или ненадлежащего исполнения медиативного соглашения, дел о возмещении вреда, причиненного вследствие проведения процедуры медиации». Поэтому возможность придания медиативному соглашению силы исполнительного документа, прежде всего, нужна для преодоления психологических препятствий у предпринимателей на пути использования медиации.

В мировой практике применение медиации дает весьма ощутимые результаты – до 70% споров, разрешаемых при содействии медиаторов, заканчиваются соглашением, которое стороны исполняют добровольно⁴³¹.

В качестве примеров стран, где медиативному соглашению, достигнутому вне судебного разбирательства, возможно придать обязательную силу, можно привести Францию (ст. 1565 Французского гражданского процессуального

⁴³⁰ Справка о практике применения судами Федерального закона от 27.07.2010 № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» за период с 2013 по 2014 год (утв. Президиумом ВС РФ 01.04.2015 г.) [Электронный ресурс]. – URL: http://www.supcourt.ru/Show_pdf.php?Id=9939 (дата обращения: 22.08.2017). Согласно п. 6 Справки для переданных на рассмотрение арбитражных судов споров медиация применялась по делам о неисполнении и ненадлежащем исполнении обязательств, о защите деловой репутации, в связи с использованием прав интеллектуальной собственности, для урегулирования корпоративных споров.

⁴³¹ По статистическим данным Центра медиации и арбитража ТПП Парижа – Иль-де-Франс (CMAP) за 2017 г. соглашения администрируемые Центром коммерческие медиации завершились в 71% случаев [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.cmap.fr/le-cmap/les-statistiques-du-cmap/> (дата обращения: 20.04.2018). По статистике Министерства юстиции Италии за 2017 г., медиативные соглашения по итогам медиаций, проводившихся в обязательном порядке, были заключены в 43% случаев [Электронный ресурс]. – URL: <https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Mediazione%20Civile%20-Anno%202017.pdf> (дата обращения: 20.04.2018).

кодекса (далее – ФГПК)⁴³². Статья L111-3 1 Кодекса исполнительных процедур по гражданским делам (code des procédures civiles d'exécution)⁴³³ предусматривает, что утвержденные судами общей юрисдикции или административными судами медиативные соглашения являются исполнительными документами. Медиативное соглашение может быть заверено судом или нотариусом также в Австрии и Бельгии⁴³⁴. Законодательством ряда кантонов Швейцарии допускается придание силы исполнительного документа медиативным соглашениям, достигнутым при содействии медиатора, принесшего присягу Государственному совету кантона и внесенному в реестр присяжных медиаторов⁴³⁵.

Однако широкое распространение медиация в своем «классическом» варианте (когда нейтральное третье лицо только содействует сторонам в установлении диалога, воздерживаясь от собственной оценки конфликта и не давая рекомендации сторонам) получила в основном в странах общего права – США⁴³⁶, Великобритании, Индии⁴³⁷, Сингапуре⁴³⁸. Сингапур уверенно

⁴³² Кодекс опубликован на официальном правовом портале Французской республики [La ressource électronique]. – URL: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=516A1FEE4463B015D639F2EA73DA4A85.tpdila23v_3?idSectionTA=LEGISCTA000025181557&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20150630 (la date de l'accès: 22.03.2018).

⁴³³ Кодекс опубликован на официальном правовом портале Французской республики [La ressource électronique]. – URL: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=516A1FEE4463B015D639F2EA73DA4A85.tpdila23v_3?idSectionTA=LEGISCTA000025026751&cidTexte=LEGITEXT000025024948&dateTexte=20120601 (la date de l'accès: 22.08.2017).

⁴³⁴ URL: https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-en.do (access date: 22.03.2018).

⁴³⁵ URL: <https://www.ge.ch/document/tableau-mediateurs-civils> (la date de l'accès: 20.04.2018). Регламент Верховного Суда кантона о присяжных медиаторах кантона (RÈGLEMENT 211.01.4 sur les médiateurs civils agréés (RMCA)) от 22.06.2010 г. см. на официальном сайте кантона [La ressource électronique]: <http://www.vd.ch/themes/etat-droit-finances/justice/themes-de-justice/mediation-en-matiere-civile/> (la date de l'accès: 22.03.2018).

⁴³⁶ Подробнее см.: Носырева Е. И. Альтернативное разрешение споров в США. – М., 2005.

⁴³⁷ О развитии примирительных процедур и медиации в Индии, в частности, об истории принятия ст. 89 Гражданско-процессуального кодекса Индии, предусматривающей право судьи направлять стороны на примирительные процедуры, см.: Anil Xavier. Mediation: Its Origin and Growth in India [Electronic resource] // Hamline Journal of Public Law and Policy. –

превращается в один из ведущих мировых центров администрирования трансграничных коммерческих споров и стала одним из самых активных участников обсуждений о разработке международного документа об исполнении соглашений, достигнутых в результате международных коммерческих согласительных процедур в рамках работы Рабочей группы II ЮНСИТРАЛ⁴³⁹.

Медиация органично присуща азиатской культуре. Тем не менее в условиях бурной индустриализации патриархальные обычаи урегулирования конфликтов (разрозненные, не предполагающие каких-либо формальностей и не структурированные организационно) перестали отвечать потребностям населения. Согласительным процедурам необходимо было задать определенные формальные рамки, предусмотрев правила их проведения в медиативных регламентах, правила поведения медиаторов – в этических кодексах, требования к их квалификации – в утвержденных программах обучения, а также договорные рамки для отношений сторон в процедуре медиации. Сингапур служит примером успешной адаптации привнесенных из опыта США, Австралии и Великобритании моделей и методов урегулирования споров к местным условиям и жизненным укладам. Повсеместное внедрение консенсуальных механизмов урегулирования споров в Сингапуре произошло благодаря культурным традициям основных национальных групп, населяющих Сингапур (предпочтение мирных способов урегулирования споров характерно

2006. – Vol. 27. – URL: http://www.arbitrationindia.org/pdf/mediation_india.pdf (access date: 22.03.2018).

⁴³⁸ Подробнее см.: Бойченко А. Н., Гайдаенко Шер Н. И. Перспективы альтернативных способов разрешения споров: опыт Сингапура // АСЕАН – движущая сила региональной интеграции в Азии : монография / отв. ред. академик РАН Т. Я. Хабриева. – М., 2016. – С. 230–250.

⁴³⁹ О начальной позиции Сингапура при обсуждении документа об исполнении мировых соглашений, достигнутых в результате международных коммерческих согласительных процедур, см. документ ЮНСИТРАЛ: А/CN.9/846/Add.1. – Р. 11–12 [Electronic resource]. – URL : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V15/024/58/PDF/V1502458.pdf?OpenElement> (access date: 22.03.2018).

для китайской, малайской, индийской культур)⁴⁴⁰, а также активной целенаправленной работе государственных судов.

В странах континентальной системы права (в том числе в странах Европейского сообщества, за исключением уникального опыта Нидерландов, где договорная медиация повсеместно воспринята обществом и при поддержке государства используется как основной способ урегулирования конфликтов при отсутствии закона о ней)⁴⁴¹, медиация испытывает те же затруднения, что и в России, если законодатель прямо не предписывает сторонам обязательство прибегнуть к этой процедуре, а судье не дает права в приказном порядке направить стороны на предварительную информационную встречу с медиатором или не предписывает им предпринять попытку урегулировать спор в рамках примирительной процедуры по их выбору⁴⁴². Почему это происходит?

⁴⁴⁰ В этом отношении Сингапур не является исключением: традиции примирительных процедур характерны и для других стран АСЕАН (Бруней Даруссалам, Индонезия, Филиппины, Таиланд, Вьетнам). Подробнее об этом см. доклады членов Ассоциации права стран АСЕАН: Ahmad Jefri Rahman. Developments in Arbitration and Mediation as Alternative Dispute Mechanisms in Brunei Darussalam (paper delivered at the 11th General Assembly of the ASEAN Law Association) [Electronic resource]. – URL: <http://www.aseanlawassociation.org/11GAdocs/workshop5-brunei.pdf> (access date: 22.03.2018); Prodigalidad Patricia-Ann T. Building as ASEAN Mediation Model: The Philippine Prospective [Electronic resource]. – URL: <http://www.aseanlawassociation.org/11GAdocs/workshop5-phil.pdf> (access date: 22.03.2017); Sorawit Limparangsi, Monti Sillapamahabundit. Mediation Practice: Thailand experience (paper delivered at the 11th General Assembly of the ASEAN Law Association) [Electronic resource]. – URL: <http://www.aseanlawassociation.org/11GAdocs/workshop5-thai.pdf>) (access date: 22.03.2018); Prof Dr Le Hong Hahn. Medation and Mediation Law of Vietnam in context of ASEAN Integration (paper delivered at the 11th General Assembly of the ASEAN Law Association) [Electronic resource]. – URL: <http://www.aseanlawassociation.org/11GAdocs/workshop5-vn.pdf> (access date: 22.03.2018).

⁴⁴¹ См.: Яхтенберг Р., де Роо А. Коммерческая медиация в Нидерландах // Коммерческая медиация: теория и практика / под ред. С. К. Загайновой, В. О. Аболонина; пер. С. И. Первухиной. – М., 2012. – С. 30–31.

⁴⁴² По данным доклада Генерального директората Европейского парламента по внутренней политике по правам граждан и конституционным делам (Исследование PE 493.042 “Rebooting” the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU” [Electronic resource]. – URL: <http://www.europarl.europa.eu/studies> (access date: 22.03.2018)), спустя пять с половиной лет после принятия Директивы о применении медиации по гражданским и торговым делам медиация применяется в ЕС меньше чем в 1% случаев, причем больше всего медиаций (более 10 000 в год в среднем) приходилось на четыре страны – Германию, Италию, Нидерланды и Великобританию (с. 6 отчета). Эксперты пришли к выводу, что только

В странах общего права, в основе которого – прецедент, обобщение практики судов, судья творит право⁴⁴³, в странах континентальной системы, где первенствует закон, судья это право применяет. Вопреки многочисленным теориям и заимствованным в недавнее время понятиям и правовым конструкциям («имплантам» из системы англо-американского права, проявившимся, прежде всего, в ухудшении редакции законов, увеличении их объема и неудобства, а иногда и невозможности прямого применения), Россия несомненно относится к странам континентальной системы права. Соответственно, необходимо наличие законодательного предписания об обязательной попытке досудебного урегулирования конфликтов. Это предписание в отношении большинства споров из гражданских правоотношений теперь включено в ч. 5 ст. 4 АПК РФ. Полагаем, что при некоторой неоднозначности его формулировки, позволяющей свести все многообразие доступных сторонам мер по досудебному урегулированию к привычному для российских предпринимателей претензионному порядку, это положение безусловно заслуживает положительной оценки. Остается надеяться, что с ростом квалификации юристов для каждого конкретного спора будет выбираться наиболее эффективный и экономичный для участников метод его досудебного урегулирования.

Медиация – комплекс дружественных способов урегулирования конфликтов при содействии третьего независимого лица (определение варьируется от страны к стране в зависимости от применимого права). В отношении понимания сути коммерческой медиации целесообразно привести определение медиации, содержащееся в п. 1 Руководства по применению Примирительного регламента Международной торговой палаты: медиация – это гибкий способ урегулирования споров, проводимый в частном и конфиденциальном порядке, в котором медиатор действует как нейтральное

введение обязательной медиации способно радикально увеличить число медиаций в Евросоюзе.

⁴⁴³ Большинство программ и технологических схем медиации, связанной с судебными процедурами (court-annexed, court-connected, court-driven), зародилось в недрах судов.

лицо, способствующее сторонам в их попытке достичь согласованного урегулирования их спора. Стороны контролируют как само решение урегулировать спор, так и условия мирового соглашения⁴⁴⁴. Договорная медиация не связана с гражданским (или уголовным, или административным) процессом, ее по доброй воле всех сторон проводит медиатор, над которым суд не имеет ни власти, ни контроля. От договорной медиации отличается процедура, проводимая судьей в связи с разбирательством дела в суде (judge-led mediation) или по его рекомендации или указанию.

Специфика посреднических (медиативных) процедур заключается в их междисциплинарном характере. Если обратиться к Руководству Организации Объединенных Наций по вопросам эффективной посреднической деятельности, выпущенному в качестве одного из приложений к докладу Генерального секретаря об укреплении роли посредничества в мирном урегулировании споров, предотвращении и разрешении конфликтов (документ A/66/811 от 25 июня 2012 г.), то можно успешно воспользоваться его положениями применительно к любой примирительной процедуре, проводимой при содействии нейтрального третьего лица, в том числе к международной коммерческой примирительной процедуре или к частной медиации. Так, в частности, ключевыми факторами, способствующими успеху посредничества, в Руководстве названы качественная подготовка процедуры, согласие сторон конфликта на ее проведение на всем ее протяжении, беспристрастность посредника, нормативная база и качественные (реалистичные и исполнимые) соглашения, достигаемые в ее результате. Точно так же определение посредничества в разрешении вопросов войны и мира («Посредничество – это процесс, посредством которого третья сторона оказывает помощь двум или более сторонам, с согласия последних, в деле предотвращения, регулирования или разрешения конфликта, помогая им с этой целью разработать

⁴⁴⁴ Официальный сайт Международной торговой палаты [Electronic resource]: <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Mediation/Rules/Mediation-Guidance-Notes/> (access date: 22.03.2018).

взаимоприемлемые соглашения»)⁴⁴⁵ созвучно определению согласительной процедуры (процедура, «которая может именоваться согласительной, посреднической или обозначаться термином аналогичного смысла и в рамках которой стороны просят третье лицо или лиц ("посредника") оказать им помощь в попытке достичь мирного урегулирования их спора, возникшего из договорных или иных правоотношений либо в связи с ними. Посредник не обладает полномочиями предписывать сторонам разрешение спора)⁴⁴⁶.

Как отмечали авторы классических трактатов по дипломатии, к посреднику предъявляются вполне определенные требования: во-первых, его кандидатура должна быть приемлемой для всех сторон, он должен пользоваться авторитетом у сторон конфликта и иметь хорошую репутацию. Кроме того, он должен обладать познаниями в сфере межкультурных конфликтов, навыками и опытом их разрешения. Будучи человеком твердых моральных принципов, он должен вести себя так, чтобы стороны конфликта воспринимали его суждения как «объективные, беспристрастные и заслуживающие доверия»⁴⁴⁷ и не должен иметь личной или материальной заинтересованности в исходе конфликта.

Функции посредника на подготовительном этапе заключаются в установлении контактов со сторонами конфликта и другими заинтересованными лицами, ведении неформальных переговоров о переговорах. Посредник должен владеть эффективными коммуникативными стратегиями, уметь вести процедуру последовательно и беспристрастно, соблюдая конфиденциальность, обеспечивая равное отношение к сторонам и баланс сил. Пожалуй, самая сложная задача посредника – на протяжении всей процедуры следить за уровнем согласия сторон на процедуру и предпринимать все действия для его поддержания⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ Руководство ООН по вопросам эффективной посреднической деятельности. С. 5.

⁴⁴⁶ Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре (принят ЮНСИТРАЛ 24 июня 2002 г.) [Электронный ресурс]. – Система ГАРАНТ.

⁴⁴⁷ Руководство ООН по вопросам эффективной посреднической деятельности. С. 9.

⁴⁴⁸ Там же. С. 11–12.

Таким образом, в определениях медиации, как правило, содержатся: указание на природу процедуры (переговоры) и ее добровольный характер; характеристики посредника (он должен быть приемлем для сторон, то есть предполагается добровольное согласие всех участников конфликта на его кандидатуру); его полномочия (не наделен полномочиями принимать решение за стороны) и роль (оказание помощи сторонам в их поиске взаимно приемлемого урегулирования спорных вопросов)⁴⁴⁹.

Законодательно устанавливаются минимальные требования к медиаторам, допускаемым к проведению медиаций в связи с разбирательством дела в суде. Исключение составляют законы некоторых кантонов Швейцарии, где медиативное соглашение, к которому стороны пришли при содействии присяжного медиатора, независимо от того, проводится ли частная медиация или медиация в связи с рассмотрением спора в суде, может быть исполнено в упрощенном порядке.

Требования, предъявляемые к медиаторам, достаточно стандартны: медиатор должен быть дееспособным совершеннолетним несудимым лицом (в некоторых юрисдикциях предъявляется дополнительное требование об отсутствии дисциплинарных или административных санкций, связанных с осуществлением деятельности медиатора, в том числе лишения

⁴⁴⁹ Так, например, американский медиатор, автор пособий по межкультурным переговорам и медиации К. Мур определяет посредничество (медиацию) как «вмешательство в типовые переговоры или конфликт приемлемого третьего лица, наделенного ограниченными властными полномочиями по принятию решения или не наделенного такими полномочиями. Это лицо помогает вовлеченным в конфликт сторонам добровольно прийти к взаимно приемлемому урегулированию спорных вопросов» (Moore Ch.W. The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict [Electronic resource]. – Fourth edition. – San Francisco, 2014. – P. 20. – URL: <https://books.google.ru/books?id=34wfAwAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=inauthor:%22Christopher+W.+Moore%22&hl=ru&sa=X&ved=0ahUKEwiP1KKxl8naAhVIIywKHfUpCT0QuwUILDAA#v=onepage&q&f=false> (access date: 20.04.2018)). Подробнеее определение медиации как формы досудебного/внесудебного или внепроцессуального разрешения споров и урегулирования конфликтов. См.: Елисеев Д. Б. Роль медиации в разрешении правовых конфликтов (теоретико-правовой анализ) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2013. – С. 10.

аккредитации)⁴⁵⁰, обладать хорошей репутацией, представить гарантии компетенции, соответствующей профессиональной подготовки (в том числе в избранной сфере специализации (например, чтобы получить аккредитацию в качестве судебного и семейного медиатора в Люксембурге, необходимо обладать дипломом мастера медиации, полученного в университете Люксембурга или другого вуза ЕС, где предлагается тот же уровень подготовки; либо иметь три года практического опыта после прохождения подготовки в области медиации продолжительностью 150 часов, из них 40 часов теоретической подготовки и не менее 50 часов – практики в форме стажа или ролевых игр)⁴⁵¹, независимости и беспристрастности. Если аккредитация дается на определенный срок, медиатор должен ежегодно подтверждать прохождение определенного количества часов профессиональной переподготовки в течение срока аккредитации⁴⁵².

Характерно, что императивные требования к медиатору и его подготовке предъявляются законодателем только к медиаторам, проводящим медиации в связи или в рамках судебного разбирательства, а также к семейным медиаторам. Так, например, в кантоне Женева требования к медиатору, его обязанности и ответственность за нарушение правил профессионального поведения установлены Законом об организации судебной системы⁴⁵³. Согласно ст. 67 этого закона, на свою деятельность в сфере отправления правосудия медиатор должен получить разрешение правительства кантона,

⁴⁵⁰ Такие требования, в частности, установлены Федеральной медиативной комиссией Бельгии; опубликованы на официальном сайте CFM [La ressource électronique]. – URL: <http://www.fbc-cfm.be/fr/content/procedure-dagrement> (la date de l'accès: 23.03.2018).

⁴⁵¹ Регламент Великого герцога от 25.06.2012 «Об установлении порядка аттестации для выполнения функций судебного и семейного медиатора» (Règlement grand-ducal du 25 juin 2012 fixant la procédure d'agrément aux fonctions de médiateur judiciaire et familial). Текст опубликован на официальном правовом портале Люксембурга [La ressource électronique]: http://www.mj.public.lu/professions/mediation_en_matiere_civile_commerciale/index.html#004 (la date de l'accès: 23.03.2018).

⁴⁵² В Бельгии – 18 часов за два года [La ressource électronique]. – URL: <http://www.fbc-cfm.be/fr/content/procedure-dagrement> (la date de l'accès: 23.03.2018).

⁴⁵³ Loi sur l'organisation judiciaire (LOJ) du 26 septembre 2010 (Entrée en vigueur : 1^{er} janvier 2011), текст опубликован на официальном сайте кантона Женева [La ressource électronique]: https://www.ge.ch/legislation/rsg/f/rsg_e2_05.html (la date de l'accès: 20.03.2018).

которому он должен принести присягу. Медиатор должен быть не моложе 30 лет, иметь высшее образование, профессиональный опыт, обладать достаточным опытом или познаниями в сфере проведения медиации, располагать квалификацией и особыми навыками в области медиации, не иметь судимостей за умышленные правонарушения, посягающие на честь и порядочность. Задачи и миссия медиатора описаны в тексте присяги, приведенной в ст. 69 закона: выполнять свою задачу, соблюдая законодательство, с честью, компетентно и человечно, сохранять присущую своей миссии независимость, не оказывать какого-либо давления на спорящие стороны для того, чтобы они согласились на договоренность, которая не явилась плодом свободных переговоров, следить за тем, чтобы стороны спора заключили свободное и продуманное соглашение, не вмешиваться в судебный процесс по завершении своей миссии, хранить конфиденциальность, соблюдать деонтологические нормы, изданные Государственным советом.

Медиатор должен исполнять свои функции независимо, нейтрально и беспристрастно и взять самоотвод при наличии обстоятельства, способных повлиять на исполнение его функций. Впрочем, если извещенные о существовании таких обстоятельств стороны дали прямо выраженное согласие на проведение процедуры, он может продолжить работу. Медиатор во время процедуры и после ее окончания хранит в тайне всю информацию, полученную им по ходу медиации. Запрещается включение материалов медиации в материалы судебного или административного дела. Стороны не вправе воспользоваться заявлениями, сделанными по ходу медиации, в последующем судебном разбирательстве. За нарушение медиатором своих обязательств Правительство кантона в течение семи лет с момента нарушения может применить к нему дисциплинарные санкции в виде выговора, штрафа до 10 тыс. швейцарских франков, временного или постоянного исключения из реестра (санкции могут применяться в сочетании)⁴⁵⁴.

⁴⁵⁴ Loi sur l'organisation judiciaire (LOJ). – 26 septembre 2010. – Art. 72.

Обязательное членство медиаторов в саморегулируемых организациях (далее – СРО) или объединениях медиаторов в большинстве стран не предусмотрено. Не защищено и само название «медиатор» – только в сочетании, предполагающем включение медиатора в официальный список или прохождение им процедуры официального признания (принесение присяги). Правила добровольной сертификации медиаторов, как правило, более жесткие, предполагают большее количество часов профессиональной подготовки, подтверждения практического опыта (в том числе преподавания) и прохождения курсов повышения квалификации. Так, для членов Швейцарской палаты коммерческих медиаторов установлено требование о прохождении базового курса обучения продолжительностью не менее 120 часов (такое же требование действует для членов ассоциации медиаторов Германии, Австрии и Швейцарии). В настоящее время наблюдается последовательное сближение требований, предъявляемых объединениями медиаторов этих трех стран к своим членам, равно как и программ подготовки и повышения квалификации: взаимное признание образовательных программ и квалификации медиаторов позволяет не только расширить рынок медиативных услуг для медиаторов трех стран, но и обеспечить единообразные стандарты качества.

Кроме того, медиатор принимает на себя обязательство следовать этическому кодексу для медиаторов (как правило, за основу берется Европейский кодекс поведения медиаторов). Сертифицированные по правилам МИМ медиаторы обязуются следовать кодексу профессионального поведения МИМ⁴⁵⁵. В случае его нарушения предусмотрена многоступенчатая дисциплинарная процедура по оценке действий медиатора в рамках МИМ⁴⁵⁶. Процедура конфиденциальна и подразумевает обязательство всех задействованных в ней лиц не раскрывать информацию о ее проведении и полученную в ее ходе. Подобно другим подобным процедурам (например,

⁴⁵⁵ См.: Гайдаенко Шер Н.И. Указ. соч. С. 126–132.

⁴⁵⁶ Текст на английском языке см. на официальном сайте Международного института медиации, IMI [Electronic resource]: <https://imimmediation.org/professional-conduct-assessment-process> (access date: 24.03.2018).

предусмотренным Регламентом Совета по разрешению споров МТП 2015 г), она начинается с этапа консультаций между стороной спора и медиатором, на которую отводится два месяца; затем проходит через этап медиации, медиатора назначает МИМ; если спор не урегулирован при содействии медиатора, проводится процедура профессиональной оценки оспариваемых действий медиатора, для чего назначается независимый оценщик, как правило юрист. Стороны должны предупредить МИМ, если их спор уже находится в суде или третейском суде: в таком случае МИМ может отказать в проведении процедуры оценки, если сочтет ее несовместимой с процедурой, в которой уже задействованы стороны. Процедура профессиональной оценки проводится в трехмесячный срок, схожа с процедурой рассмотрения спора единоличным арбитром и завершается мотивированным решением оценщика о необоснованности жалобы, о признании жалобы в ее части без каких-либо дисциплинарных санкций для медиатора, о выговоре или предупреждении медиатору, о приостановлении аккредитации на срок до одного года (возможно под отлагательным условием о повторном нарушении в течение года) и в крайнем случае – о бессрочном исключении медиатора из реестра. Оценщик выносит решение о распределении расходов между сторонами, если они об этом не договорились. Решение оценщика можно оспорить в Апелляционный совет, формируемый МИМ из лиц, в МИМ не входящих. Процедура оценки проводится по праву страны, которой подчинено медиативное соглашение, если право не определено – по праву страны постоянного места жительства или места деятельности медиатора, в отношении которого оно проводится.

Таким образом, общая тенденция заключается в том, чтобы законодательно закрепить минимальные требования к медиатору (дееспособность, образование, отсутствие судимости, наличие специальной подготовки). Эти критерии соответствуют признакам, заданным для профессионального медиатора в российском Законе о медиации. В любом случае от медиатора, прежде всего, ожидается наличие жизненного опыта и способность к независимому суждению. Дополнительные требования

предъявляются законодателем только к медиаторам, задействованным в проведении медиаций, связанных с разбирательством в государственных судах. Это объясняется тем, что соглашения сторон, достигнутые при содействии таких медиаторов, могут быть закреплены в виде мирового соглашения, утвержденного судом, и таким образом превратиться в судебные решения. Для частной коммерческой медиации и международной коммерческой медиации в том числе важны опыт и практические навыки медиатора в межкультурном общении, целесообразна только добровольная сертификация объединениями специалистов и пользователей (некоммерческие негосударственные организации, администрирующие институции) на основании отзывов клиентов и независимой оценки соответствия качеств посредников объективным типовым критериям, которые установлены в результате компромисса и которые специалисты договорились признавать в качестве отраслевых стандартов для данной сферы деятельности. Тем не менее стороны свободны в выборе посредника, и необходимо предотвратить ситуацию, в которой в исполнении достигнутого при его участии соглашения может быть отказано по причине несоответствия избыточным формальным критериям, установленным в стране, где проводилась медиация, или в стране, где запрашивается исполнение. Представляется, что при разработке международного документа о признании и приведении в исполнение соглашений, заключенных в результате международной коммерческой согласительной процедуры, достаточно подтвердить факт проведения процедуры, факт участия в ней посредника и сведения об имеющихся у него аттестациях и сертификациях. Таких данных будет достаточно, чтобы подтвердить факт соответствия посредника минимальным требованиям, предъявляемым к медиатору в стране, где он осуществляет свою деятельность, поскольку, как было показано выше, добровольные объединения медиаторов, как и центры сертификации, задают требования более высокие по сравнению с предусмотренными законодательством (при наличии таковых).

Медиацию следует отличать от примирения. Примирение во многих странах – обязательная предварительная фаза, предшествующая судебному разбирательству, а также действия судьи, направленные на урегулирование спора между сторонами на любой стадии разбирательства. Ее проводит либо судья, либо специальный примирительный орган. Стороны вправе в любой момент ходатайствовать о замене примирительной процедуры медиацией.

Примиряя стороны, судья разрешает их спор с позиции права. Он полагается на объяснения сторон и оценивает представленные ими доказательства в защиту своих позиций через призму применимых правовых норм и в их рамках, субъективные переживания сторон остаются за рамками процедуры примирения. Судья рассматривает спор – малую часть конфликта, зафиксированную сторонами языком права на момент подачи искового заявления ситуацию обострения конфликта. Предмет соглашения, к которому стороны могут прийти примирившись, ограничен исковыми требованиями. Даже примиряя стороны, неформально подходя к урегулированию их спора, судья стоит над спором и сторонами. Стороны его не выбирают. Ему подчиняются из страха наказания, его рекомендациям следуют. От судьи исходит сила и влияние, подкрепленное всей мощью государственного принуждения. Поэтому действующий судья может быть примирителем, но не может быть медиатором именно в силу своего статуса хотя, примиряя, он прибегает к приемам и методам медиации (зачастую интуитивно). Обученный основам медиации судья легче и лучше справляется со своей работой.

Схожая ситуация наблюдается и в арбитражном разбирательстве. Действующие законы о международном арбитраже и третейских судах предусматривают, что арбитр должен быть независим и беспристрастен. Кроме того, арбитр – это профессионал, как правило юрист. Оставляя за сторонами их основное право – задать в арбитражном соглашении специальные требования к квалификации арбитра и выбрать арбитра, в том числе и не из утвержденного администрирующими институтами списка, закон о третейском суде устанавливает особые требования к лицам, которые могут быть включены в

списки постоянно действующих третейских судов. Эти требования распространяются и на рекомендательные списки арбитров международных арбитражей, рассматривающих споры на территории России.

Изучая обстоятельства дела и вырабатывая по нему решение, арбитр отстранен от сторон, в какой-то мере изолирован от них, находясь «над схваткой» их представителей. Заслушав стороны, третейский суд определяется со своей позицией относительно представленных доказательств и выносит решение. Порядок разбирательства состав третейского суда определяет самостоятельно, но по согласованию со сторонами. Стороны, даже выбрав правила разбирательства своего спора, в пределах, допустимых императивными нормами закона, в определенной мере остаются «хозяевами» процесса. Стиль разбирательства будет зависеть от состава. Тем не менее в большинстве случаев в МКАС можно наблюдать интерактивный, или диалектический, подход к разбирательству⁴⁵⁷, когда состав по ходу слушаний взаимодействует со сторонами и самим построением процедуры дает сторонам возможность скорректировать свою аргументацию и повлиять на складывающееся у третейского суда впечатление об обстоятельствах дела и существовании спора. От того, насколько грамотно построено обсуждение со сторонами, зависит эффективность разбирательства с точки зрения временных и эмоциональных затрат и качество решения третейского суда. В свою очередь, стороны получают возможность убедиться в том, что суд подходит к рассмотрению дела неформально, хорошо знаком с делом и стремится вникнуть в его обстоятельства, чтобы вынести справедливое решение. Кроме того, непредвзятая оценка третейским судом позиций сторон или отдельных вопросов спора может подвести стороны к мысли о целесообразности урегулировать дело миром.

Поскольку арбитраж представляет собой консенсуальную директивную процедуру урегулирования правового спора сторон (частное правосудие) и

⁴⁵⁷ См.: Schneider M.E. Op. cit. P. 61.

стороны наделяют арбитра правомочием вынести решение по существу их спора, обязуясь подчиниться этому решению, а обязательная сила решения обеспечена принудительным механизмом его исполнения со стороны государства, то арбитр, даже выполняя функции примирителя, все равно возвышается над сторонами, в отличие от медиатора, который находится на одном уровне с ними. Поэтому, примиряя стороны, арбитр будет играть активную роль и, если стороны попросят его об этом, даст свои рекомендации по урегулированию спора.

Медиатор работает с конфликтом – динамичной системой противоборства интересов сторон, включающей как объективные составляющие (правовые позиции сторон), так и субъективные (их интересы, опасения и ожидания). В медиации соглашение выходит за пределы исковых требований; оно строится на выявлении медиатором общих интересов сторон, точек совпадения представлений каждой из них о справедливости, учитывает субъективные переживания сторон. При этом медиатор, не облеченный властными полномочиями ни по отношению к сторонам, ни по отношению к спору между ними, пребывает на том же уровне, что и выбравшие его стороны. Он не дает сторонам рекомендаций (если они его об этом специально не попросят). Понятие медиатор как посредник появилось еще в Древней Греции. Выработка требований, предъявляемых к медиаторам, и их доктринальное обоснование произошли гораздо позже, в XVII–XIX вв. и, прежде всего, связано с развитием школы естественного права. Исторически медиатор – это дипломат-переговорщик. Теоретические трактаты, обосновывающие характеристики медиатора, относятся в первую очередь к праву войны и мира. Одним из первых, кто обосновал требования к поведению медиатора, был Э. Ф. Меурер, теолог, посвятивший вопросам посредничества свою докторскую работу, написанную в 1678 г. Он отмечал важность роли медиатора в политике, а также в соседских спорах, причем он высоко оценивал миротворческий потенциал женщин и молодежи. В качестве основополагающего качества поведения медиатора Э.Ф. Меурер определял нейтралитет и неподкупность, а

также четко выраженное ощущение *aequitas* (равного внимания ко всем, равного отношения к праву, пребывание на одном уровне со спорящими сторонами)⁴⁵⁸. Основной целью посредничества Э.Ф. Маурер называл *composition dissidii* (согласие в несогласии), для этого медиатор вырабатывает решения и предлагает их сторонам, не оказывая на них давления. В основе мирного договора, который должен сформулировать посредник, лежат такие принципы, как *securitas* (надежность), *firmitas* (долговечность), *restitutio* (восстановление), *honestas* (уважение чести и достоинства спорящих сторон)⁴⁵⁹. О роли медиатора как миротворца писал в своей диссертации “*De officio et jure mediatorum pacis*” («О функциях и праве миротворца») в 1702 г. Ф. фон Стефани, работавший во Франкфурте-на-Одере. Он отмечал следующие обязательные требования, которым должен соответствовать медиатор: 1) он должен быть принят всеми сторонами (которые не только должны быть готовы к медиации, но и согласны с кандидатурой медиатора); 2) цель, которую преследует медиатор, – выравнивание дисбаланса между сторонами; 3) по ходу медиации медиатор может также вникать в суть переговоров и делать сторонам предложения.

С точки зрения правового оформления частная (внесудебная) медиация представляет собой комплекс (систему) взаимоотношения сторон конфликта, медиатора и, если речь идет об администрируемой частной медиации, – администрирующей институции. Первый – основополагающий договор – это *соглашение сторон о применении процедуры медиации* (может быть включено в основной договор как медиативная оговорка)⁴⁶⁰. Стороны соглашаются прибегнуть к медиации для разрешения своего спора и выбирают либо медиацию *ad hoc*, либо медиацию по правилам администрирующей институции. Выбор правил администрирующей институции подразумевает выбор порядка назначения медиатора в случае, если стороны не договорятся о

⁴⁵⁸ См.: Duss-von Werdt J. Homo Mediator. Geschichte und Menschenbilder der Mediation. – Baltmannsweiler, 2015. – S. 72.

⁴⁵⁹ Ibidem. S. 73.

⁴⁶⁰ Часть 5 ст. 2 Закона о медиации.

единой кандидатуре и не предусмотрят в договоре набор квалификационных требований к медиатору, а также выбор институции, обеспечивающей организационную и финансово-распределительную стороны процедуры урегулирования спора. Несмотря на то что соглашение сторон о применении процедуры медиации, содержащее договоренность сторон относительно избранных ими правил, уже включает в себя в общей форме положения о порядке ее проведения, специфика роли медиатора как устроителя общения между сторонами, последовательность действий по урегулированию спора, применимое право конкретизируются уже в соглашении с участием медиатора, исполнителя услуг по организации и руководству переговорами между сторонами. На основании организационного договора о применении процедуры медиации стороны после возникновения конфликта заключают с медиатором договор о порядке проведения процедуры медиации. Представляется, что соглашение о применении процедуры медиации автономно, и признать его таковым можно по тем же основаниям, по каким сторонники нормативной теории арбитражного соглашения признают его автономность: медиация является предметом самостоятельного регулирования, закон выделяет соглашение сторон о применении процедуры медиации согласно его предмету.

Соглашение о проведении процедуры медиации представляет собой гражданско-правовой трехсторонний синаллагматический договор об оказании услуг, если заключается с медиатором напрямую. Если часть организационных услуг выполняется администрирующей институцией, выполняющей роль технического аккомодатора, то присутствуют два договора – один между медиатором и сторонами, другой – между сторонами, медиатором и администрирующей институцией, которая взимает со сторон и удерживает из гонораров медиатора плату за предоставленные ею организационные услуги (пересылка и перенаправление информации, управление денежными

средствами, аренда помещений для проведения медиативных сессий)⁴⁶¹. В последнем случае речь идет о применении условий генерального соглашения, заданных в правилах администрирующей институции.

Соглашение о проведении процедуры медиации представляет собой договор об оказании услуг, определяющий права и обязанности сторон, структуру и временной график медиации, сумму вознаграждения медиатора, порядок ее оплаты. Услуги, предоставляемые медиатором, имеют специфический характер. Если договором не предусмотрено иное, они сводятся к организации переговоров и их модерации. Если стороны ожидают, что медиатор выступит в более директивной роли, то они могут предусмотреть в этом договоре право медиатора давать рекомендации и высказываться по существу спорных вопросов. Специфика оплаты вознаграждения за услуги медиатора заключается в том, что все причитающиеся ему суммы стороны оплачивают авансом. Заметим, что это же правило действует и для арбитража.

Весьма тонким моментом является вопрос о гражданско-правовой ответственности медиатора. Автору диссертации не известно ни об одном судебном разбирательстве против медиатора, в котором была бы доказана его ответственность за результат проведенной им процедуры. Поскольку результатом медиации является соглашение сторон, то недовольство какой-либо стороны результатом, то есть условиями достигнутой договоренности, вполне логично объяснить неосторожностью самой стороны. В коммерческой медиации вина стороны в такой ситуации, скорее всего, проявится в недостаточно профессиональном отношении к юридической выверке выработанных договоренностей (или в отсутствии такой проверки). Ответственность медиатора эфемерна: он отвечает за такую подвижную и переменчивую категорию, как процесс, но все решения (в том числе и по

⁴⁶¹ См., например, п. b ст. 28 Швейцарского регламента коммерческой медиации на официальном сайте Арбитражной институции Швейцарских торговых палат [La ressource électronique]: https://www.swissarbitration.org/files/50/Mediation%20Rules/English%20mediation_20-06-2016_webversion_english.pdf (la date de l'accès: 20.04.2018).

процессу, включая возможные конфиденциальные встречи с медиатором (кокусы) принимают сами стороны. Соответственно, в их же сфере ответственности входит и выбор медиатора, способного провести процедуру отвечающим их ожиданиям способом. Риск неадекватного выбора для стороны, конфликта интересов и предвзятого отношения к сторонам для медиатора уравновешивается правом в любой момент выйти из процедуры. В администрируемых медиациях средством снижения риска служат составление рекомендованных списков медиаторов, установление порядка назначения медиаторов, действующего по умолчанию сторон⁴⁶², и механизм утверждения медиаторов, выбранных сторонами вне таких списков⁴⁶³.

Для того чтобы проиллюстрировать сказанное выше, считаем целесообразным кратко описать структуру медиации – автономной системы, в построении и демонтаже которой участвуют спорящие стороны и медиатор. Порядок оформления этапов зависит от предмета конфликта. Специфика медиации предпринимательских споров заключается в практически обязательном присутствии юриста (юрисконсульта стороны спора или приглашенного юриста) на всем протяжении этой процедуры. Исключение могут составлять межличностные аспекты коммерческого спора, которые участники могут пожелать обсудить наедине с медиатором.

Автономные системы строятся всегда и в конечном счете на своих собственных структурах и процессах. Решение, выработанное в результате процедуры и закрепленное в мировом соглашении, должно быть подходящим именно для данных участников и не только соответствовать общепризнанным нормам права и морали, но и быть осуществимым. Медиатор выполняет роль посредника, договариваясь со сторонами о том, состоится ли процедура, что,

⁴⁶² См., например, ст. 7 Медиативного регламента Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС), текст на официальном сайте этой организации [Electronic resource]: <http://www.wipo.int/amc/en/mediation/rules/#7a> (access date: 24.03.2018).

⁴⁶³ См., например, ст. 5 Медиативного регламента Международной торговой палаты (ICC), текст на официальном сайте этой организации [Electronic resource]: http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/mediation/rules/#Article_5 (access date: 24.03.2018).

когда и как будет предметом процедуры, кто, с кем, когда и о чем будет переговариваться. Стороны конфликта переговариваются с другими равноправными сторонами конфликта о том, вести ли переговоры, каков их предмет, что, когда и как долго и с кем именно должно обсуждаться⁴⁶⁴. Это подготовительный этап переговоров сторон о заключении соглашения о применении медиации⁴⁶⁵ и этап переговоров сторон и медиатора о заключении соглашения о проведении процедуры медиации.

Модели медиации насчитывают до нескольких десятков этапов. Согласно получившей широкое распространение модели профессора университета Миннесоты Т. Фьютака⁴⁶⁶, медиация состоит из четырех этапов, первый из которых отвечает на вопрос «что». На этом этапе медиатор способствует сторонам в установлении точек соприкосновения и моментов расхождения, не выясняя, кто прав, а кто виноват. Сторонам предлагается изложить свое видение ситуации, довести его до сведения другой стороны, медиатор же поддерживает равновесие между сторонами и при необходимости разъясняет ситуацию. Второй этап, этап расследования (изучения), отвечает на вопросы «почему» и «для чего». Как правило, это самый длинный и сложный этап, во время которого каждая из сторон должна дистанцироваться от конфликта, исследуя потребности и интересы другой стороны и переосмысливая собственные. Во время этого этапа выявляются интересы и озвучиваются интересы сторон. Следующий этап – этап мозгового штурма, когда стороны стремятся найти все возможные варианты ответа на вопросы «а если» и «как». Завершающий этап – этап переговоров, на котором стороны вырабатывают медиативное соглашение, задача которого заключается в устранении причины

⁴⁶⁴ См.: Duss-von Werdt J. Homo Mediator. – S. 197.

⁴⁶⁵ О выборе способа урегулирования правового спора как экономически эффективного механизма с точки зрения соотношения результатов и затрат на его получение см., в частности: Курочкин С. А. Применение процедуры медиации или обращение в суд – условия рационального выбора эффективного способа реализации частных интересов // Коммерческая медиация: теория и практика / под ред. С. К. Загайновой, В. О. Аболонина. – М., 2012. – С. 117–131.

⁴⁶⁶ См.: Fiutak Th., Planès G., Colin Y., Salzer J. Le médiateur dans l'arène, Réflexion sur l'art de la médiation. – ERES, Toulouse, 2014.

конфликта. На этом этапе стороны отвечают на вопрос «как именно». Медиатор проверяет формулируемые сторонами договоренности на реальность с тем, чтобы соглашение было конкретным, измеримым, исполнимым, реалистичным и определенным по времени (SMART – specific, measurable, achievable, realistic, time bound). По завершении этого этапа соглашение конкретизируется: определяется порядок его оформления, выясняется, необходимо ли соблюсти специальную форму (как правило, письменную) для его исполнения. Модель Т. Фьютака известна под названием «круг, или колесо, Фьютака», поскольку медиатор может вернуться к предыдущему этапу, если сочтет, что не все его возможности были исчерпаны, либо, если стороны к этому готовы, быстро перейти к следующему этапу урегулирования спора. Как справедливо отмечает известный швейцарский медиатор, судья в отставке Ж.А. Мириманофф⁴⁶⁷, необходимо следовать ритму конфликта (в предписательных директивных процедурах, таких как арбитраж, это не всегда возможно). Несложно заметить, что фактически этапов шесть – самый главный, во многом определяющий успех медиации, этап подготовки, предварительных переговоров сторон с медиатором, в схему Фьютака не включен, как и не выделен этап правового оформления достигнутых договоренностей.

Швейцарский философ, теолог и практикующий медиатор Й. Дусс-фон Вердт рассматривает модель медиации как динамичную систему, начинающуюся построением медиативной системы и завершающуюся ее демонтажом. Он делит ее на фазы. Первая фаза – собственно построение медиативной системы – это подготовительный этап (анализ ситуации, выбор медиации как оптимального способа разрешения спора, заключение соглашения о проведении процедуры медиации, вступительное слово медиатора, которым он задает правила коммуникации). Вторая фаза – совместная выработка повестки дня, сбор вопросов, нуждающихся в обсуждении, определение очередности их обсуждения, обсуждение

⁴⁶⁷ См.: Mirimanoff J.A. La résolution amiable des différends en Suisse. Interaction entre procédures traditionnelles et modes consensuelles. – Berne, 2016. – P. 52–53.

сопутствующих тем (финансовые условия проведения процедуры, бюджет, планирование, правовые вопросы). Третья фаза состоит в собственно разработке конфликта, его проблем и подоплеки. Для каждой из тем обсуждения, включенных в повестку дня, выявляются расхождения между сторонами, точки зрения сторон, предпринимаются попытки «размягчить» позиции сторон (подробно исследуются потребности, интересы, надежды, ожидания сторон), понять причины расхождения между сторонами как критерии качества последующих решений. На четвертой фазе идет выработка вариантов решений, на пятой – совместное обсуждение идей и решений, их проверка на реалистичность, решения сравниваются, происходит выработка консенсуального решения для каждой поставленной проблемы. Шестая фаза – завершение процедуры. Происходит демонтаж медиативной системы путем оформления ее результатов в форме меморандумов, договоров, мировых соглашений. При этом четко фиксируются пределы ответственности каждой из сторон за выполнение достигнутых договоренностей и меры, направленные на обеспечение исполнения (включая санкции). Не медиатор заключает договор: мировое соглашение становится возможным лишь благодаря доброму расположению сторон. Воле к заключению договора предшествует желание достичь поставленных целей, их осознание, в том числе последовательности шагов, которые следует предпринять для достижения результата⁴⁶⁸. Одновременно с формированием воли происходит формирование волеизъявления.

Живая система «инструктивного взаимодействия» между участниками медиации подразумевает их взаимодействие на горизонтальном уровне, при этом медиатор должен находиться внутри процесса (с точки зрения юридического оформления речь здесь идет о соглашении о проведении процедуры медиации). Роль медиатора внутри системы коммуникации между сторонами – это роль раздражителя, провокатора. Задавая вопросы, он

⁴⁶⁸ Duss-von Werdt J. Einführung ins Mediation. – Heidelberg, 2012. – S. 58.

направляет общение между сторонами, задавая ему неожиданные импульсы, органически обусловленные процедурой. Отвечая на вопросы медиатора, стороны формируют внутри системы «шлюзы», которые раскрывают, освобождают и помогают сторонам преодолеть тупиковые ситуации⁴⁶⁹. По словам Й. Дусса-фон Вердта, профессиональная медиация – структурированный процесс, канал, по которому процедура движется от шлюза к шлюзу, от этапа к этапу. На этом пути она порой сносит дамбы и вызывает наводнения.

Структура процедуры медиации, состоящая из шести фаз, образует замкнутую горизонтальную систему, своего рода матрицу⁴⁷⁰, по которой конфликт, проходя через определенные заданные этапы, движется к своему урегулированию. В центре системы находится медиатор, направляющий движение коммуникации сторон. Роль медиатора меняется в зависимости от обстоятельств, хотя и может быть задана заранее соглашением со сторонами. Основная функция медиатора – выявление подлинных интересов сторон, основной запрет, которому он обязан следовать, отсутствие права предписывать сторонам решение. Кольцо размыкается, если процедура прекращается (как достижением медиативного соглашения, так и переходом в другую процедуру урегулирования спора). При этом возможен переход от исполнения одной функции (медиатор) к другой (эксперт или арбитр) по ходу урегулирования одного и того же спора.

Полагаем, что шестифазная модель медиации наиболее полно отражает специфику этой процедуры. Частную внесудебную «разовую» медиацию по гражданско-правовому спору между предпринимателями можно оформить следующей цепочкой договоров: первая фаза (подготовка) – договор об оказании услуг между стороной-предпринимателем и юристом; соглашение о порядке проведения переговоров между сторонами; соглашение о применении

⁴⁶⁹ Ibidem. S. 53–54.

⁴⁷⁰ Слово «матрица» в настоящей работе используется для обозначения исходного образца, принятого за основу.

процедуры медиации; соглашение о порядке проведения переговоров о заключении соглашения о проведении процедуры медиации между сторонами и медиатором; соглашение о проведении процедуры медиации; медиативное соглашение (гражданско-правовой договор, которым стороны оформляют результаты процедуры медиации, одна из разновидностей итогового соглашения об урегулировании спора). При этом специфика медиативного соглашения заключается в том, что связь между этим соглашением и договором, из которого возник спор, может оказаться весьма условной. При добавлении международного элемента в цепочку добавятся договоры с переводчиками, возможно – с экспертами и консультантами. Кроме того, итоговые договоренности должны будут оформляться в порядке и формах, позволяющих исполнить их за рубежом.

Вопрос о возможности исполнения в упрощенном порядке итогового соглашения об урегулировании спора актуален, но порождает большие сложности как на национальном, так и на международном уровнях. На национальном уровне возникают проблемы с законодательным закреплением порядка оформления итогового соглашения как документа, имеющего силу исполнительного. Так, в частности, исследователи указывают на сложности, связанные с неясностью отраслевой принадлежности и отсутствием законодательных требований к оформлению таких соглашений⁴⁷¹, на международном пока что отсутствует универсальный международный договор, подобный Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений. При обсуждении перспектив выработки и принятия такой конвенции в Рабочей группе II Комиссии ООН по праву международной торговли возникают сложности с восприятием материально-

⁴⁷¹ Так, например, характеризуя медиативное соглашение как соглашение комплексного характера, а сам термин «медиативное соглашение» как собирательный и условный для права, О. Н. Шеменова полагает, что было бы последовательным «сделать его правовое регулирование отсылочным к нормам материального и (или) процессуального права», а также признать за ними силу исполнительных документов при условии их нотариального удостоверения. См.: Шеменова О. Н. Роль соглашения сторон в гражданском судопроизводстве. – М., 2017. – С. 167, 164–165.

правовой природы итоговых соглашений, заключенных в результате проведения согласительной процедуры, к которым относится и медиация. Аналогии с Нью-Йоркской конвенцией приводили к тому, что итоговое соглашение, представляющее собой частную договоренность сторон, направленную на урегулирование конфликта, возникшего в сфере международных экономических связей, в значительной мере отождествлялось с арбитражным решением, роль посредника в урегулировании спора не была понятна и в определенной степени ассоциировалась с ролью арбитра, ответственность его вызывала вопросы. С одной стороны, регулярно возникало смешение между соглашением о применении согласительной процедуры, соглашением о проведении согласительной процедуры и итоговым соглашением, достигнутым в результате ее проведения, опять-таки, с арбитражной оговоркой⁴⁷². В ходе работ над «Второй Нью-Йоркской конвенцией» претерпел существенные изменения текст Типового закона ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре⁴⁷³, и изменения не ограничились развитием положений его ст. 14 об исполнении итоговых соглашений в новом разд. 3, поскольку адаптация положений закона нужна для достижения правовой определенности относительно установления сферы регулирования новой конвенции и понятий, используемых при выработке текста конвенции и типовых законодательных положений. Такие изменения (в том числе сужение сферы применения закона и замена термина «согласительная процедура» по тексту закона термином «медиация») целесообразны, поскольку за прошедшие 15 лет модель Типового закона не была воспринята для создания внутреннего законодательства в значительном количестве стран (российский законодатель также не принял его за основу закона о медиации)⁴⁷⁴.

⁴⁷² A/CN.9/896, par. 180.

⁴⁷³ См., в частности: A/CN.9/WG.II/WP.200/Add.1.

⁴⁷⁴ По данным Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ).
таких государств 33, — URL:

3.3. Третейское разбирательство

Вопросам третейского разбирательства, его истоков, природы и перспектив, равно как и правовым проблемам международного коммерческого арбитража, посвящена специальная литература⁴⁷⁵. Для целей настоящего исследования мы остановимся на определении основных черт этого способа разрешения предпринимательских споров, роли нейтрального стороннего лица в организации порядка урегулирования спора, проведении процедуры, природе соглашения о применении этого способа разрешения спора и специфике правовой силы результата.

Роль и функции третейских судов как механизмов, наряду с государственными юрисдикционными органами обеспечивающих защиту гражданских прав в порядке отправления частного правосудия, признавались и советским правом (так, третейские суды упоминались в ст. 6 ГК РСФСР от 11.06.1964 г.⁴⁷⁶, где описывались полномочия судов по защите гражданских прав). В ГК РФ о роли третейского суда и его действиях в случае злоупотребления правом, в том числе, доминирующим поведением на рынке, упоминается в п. 2. ст. 10.

Если роль «внутреннего» третейского разбирательства (арбитража), его восприятие и доверие к нему как эффективному способу урегулирования предпринимательских споров варьируется от страны к стране, то международный коммерческий арбитраж в настоящее время является наиболее

http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/2002Model_conciliation_status.html
(дата обращения: 20.04.2018).

⁴⁷⁵ Об истоках частного суда см.: Скворцов О. Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России. Проблемы. Тенденции. Перспективы. – М., 2005. См. также: Международный коммерческий арбитраж: Опыт отечественного регулирования/саморегулирования. К 80-летию юбилею МКАС при ТПП РФ: 1932–2013 : сборник избранных научных, нормативных, аналитических и иных материалов : в 2 т. – Т. I. – М., 2014.

⁴⁷⁶ Ведомости Верховного Совета РСФСР от 18 июня 1964 г. – № 24. – Ст. 406 [Электронный ресурс]. – Система ГАРАНТ.

популярной, распространенной и востребованной процедурой урегулирования споров между участниками международного экономического оборота. По результатам шестого традиционного опроса, проведенного в 2015 году Школой международного арбитража, Исследовательским центром коммерческого права и Queen Mary University of London среди 763 респондентов (преимущественно из стран общего права) 90% опрошенных назвали международный коммерческий арбитраж в качестве оптимального механизма разрешения споров, причем 56% применяют МКА как самостоятельный метод, а 34% – в сочетании с другими АРС (в то время как медиации отдают предпочтение всего 5%)⁴⁷⁷. Результаты опроса, проведенные тем же исследовательским учреждением в 2018 году, свидетельствуют о дальнейшем укреплении позиций международного коммерческого арбитража: этот способ разрешения споров предпочитают 97% опрошенных⁴⁷⁸.

На протяжении нескольких лет российский законодатель проявлял пристальное внимание к вопросам регулирования третейского разбирательства и международного коммерческого арбитража; в результате вызвавшие ожесточенные дискуссии законопроекты о реформе арбитража были приняты и вступили в силу с 1 сентября 2016 г.⁴⁷⁹. В то время как Закон РФ от 07.06.1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее – Закон РФ о международном коммерческом арбитраже) претерпел минимальные редакционные изменения, обусловленные его приведением в

⁴⁷⁷ 2015 International Arbitration Survey. Improvements and Innovations in International Arbitration [Electronic resource]. – URL: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2015/> (access date: 23.08.2017).

⁴⁷⁸ 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration. [Electronic resource]. – URL: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/> (access date: 20.04.2018).

⁴⁷⁹ Федеральный закон от 29.12.2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» // СЗ РФ. – 04.01.2016. – № 1 (часть I). – Ст. 2 ; Федеральный закон от 29.12.2015 № 409-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившим силу пункта 3 части 1 статьи 6 Федерального закона „О саморегулируемых организациях” в связи с принятием Федерального закона „Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации”» // СЗ РФ. – 2016. – № 1 (часть I). – Ст. 29.

соответствие с последней редакцией Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, Федеральный закон от 29.12.2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (положения которого в существенной их части распространяются и на международный коммерческий арбитраж) (далее – Закон об арбитраже в РФ) кардинальным образом изменяет Федеральный закон от 24.07.2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации». Для нового регулирования характерно усиление роли административного усмотрения, расширение функций государственных судов в связи с назначением третейских судей, ужесточение требований к арбитрам. Пока еще рано говорить о том, насколько предусмотренные законом возможности будут востребованы. Тем не менее очевидно, что для целей настоящего исследования необходимо определить место международного коммерческого арбитража в системе АРС как основного механизма разрешения предпринимательских споров.

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

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

Как отечественные, так и зарубежные ученые подчеркивали частное, договорное происхождение арбитража. Так, Р. Давид определял арбитраж как «инструмент, посредством которого вопрос, представляющий интерес для двух или нескольких лиц, доверяется одному или нескольким другим лицам, чьи полномочия проистекают из частного соглашения, а не исходят от

государственного органа. Эти лица должны рассмотреть дело и вынести по нему решение на основании такого соглашения»⁴⁸⁰. Швейцарские ученые Б.Дютуа, Ф. Кнёпфлер, П. Лалив и П. Мерсье также считали основной чертой арбитража как частного метода разрешения споров, основанного на соглашении сторон, передачу спора физическим лицам, прямо или косвенно избранным сторонами, с изъятием спора из юрисдикции суда⁴⁸¹. Таким образом, в основе арбитража – «частного правосудия» – договор между частными лицами, на основании которого другие частные лица выносят «судебное решение»⁴⁸².

Путем системного толкования положений п. 1, 2 и 16 ст. 2 Федерального закона от 29.12.2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» арбитраж можно определить как процесс разрешения спора третейским судом – единоличным арбитром или коллегией арбитров – физических лиц, избранных сторонами или избранных (назначенных) в согласованном сторонами или в установленном федеральным законом порядке и принятия решения третейским судом.

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

Единого мнения о правовой природе арбитража не существует. Поскольку в основе обращения сторон к арбитрам лежит арбитражная оговорка

⁴⁸⁰ См.: David R. Arbitration in International Trade 5 (1985) (464). Аналогичное определение см.: Garsonnet E., Cézair-Bru Ch. Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale. – Paris, 1904. – Т. VIII, № 220.

⁴⁸¹ См.: Dutoit B. Répertoire du droit international privé suisse: Le contrat international. L'arbitrage international. – Staempfli, 1982. – P. 241.

⁴⁸² Более пространное определение арбитража дает Ж. Корню: арбитраж – иногда называемый дружественным или мирным... способ разрешения спора органом (арбитром или арбитрами), наделенным правом вынести решение не в результате делегирования этого права на постоянной основе от государства или международного учреждения, но в результате соглашения сторон (которые могут быть как частными лицами, так и государствами) (Cornu G. Vocabulaire juridique, Association Henry Capitant, coll, Quadrige, Dicos poche. – Paris, 2014).

или арбитражное соглашение⁴⁸³, сторонники договорной (консенсуальной) природы арбитража полагают, что арбитраж представляет собой определенный род договорных отношений сторон, предусматривающих, тем не менее, аналогичное процессу производство⁴⁸⁴; поскольку процедура рассмотрения спора в арбитраже следует определенному порядку и правилам, сторонники процессуальной процедуры рассматривают арбитраж как процессуальный институт; по мнению других специалистов, арбитраж объединяет в себе материально-правовые и процессуально-правовые составляющие⁴⁸⁵ и представляет собой своеобразный институт (*sui generis*). Полагаем, что логично согласиться с последними: по происхождению арбитраж является договорным институтом, а по юрисдикционным свойствам схож с процессуальным⁴⁸⁶.

Как справедливо отмечает С.В. Бахин, «обращение к третейскому судье для урегулирования разногласий может существовать лишь как частноправовой институт в том смысле, что его задействование возможно по инициативе тяжущихся сторон. Попытка поставить его в зависимость от государственной системы отправления правосудия, жестко регламентировать его по всем статьям, лишить самостоятельности и независимости – будет означать, по сути дела, ликвидацию третейской юрисдикции как таковой»⁴⁸⁷. Именно

⁴⁸³ О третейском соглашении как гражданско-правовом договоре см.: Ануров В. Н. Третейское соглашение. – М., 2009; Третейское разбирательство в Российской Федерации / под ред. О. Ю. Скворцова. – М., 2010. – С. 122.

⁴⁸⁴ См.: Лебедев С. Н. Международный торговый арбитраж / Лебедев С.Н. Избранные труды по международному коммерческому арбитражу, праву международной торговли, международному частному праву, частному морскому праву. – М., 2009. – С. 59–60, 62–63.

⁴⁸⁵ См.: Лебедев С. Н. Указ.соч. С. 22–34; Лунц Л. А., Марышева Н. И. Курс международного частного права : в 3-х т. – Т. 3 : Международный гражданский процесс. – М., 1976. – С. 217–219; Минаков А. И. Арбитражное соглашение и практика рассмотрения внешнеэкономических споров. – М., 1985. – С. 77–85; Хлестова И. О. Арбитраж во внешнеэкономических отношениях стран – членов СЭВ. – М., 1980. – С. 7–17.

⁴⁸⁶ См.: Лебедев С. Н. Указ.соч. С. 343, 350.

⁴⁸⁷ Бахин С. В. Преюдиция: государственные суды и международные коммерческие арбитражи (соотношение государственной и третейской юрисдикций) // Журнал международного частного права. – 2015. – № 3 (85). – С. 48. Об арбитраже как о лицах, избранных сторонами или назначенными ими для разрешения спора, см.: Виноградова Е. А. Правовые основы организации и деятельности третейского суда : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1994. – С. 10, 16.

возможность для сторон участвовать «в назначении желательных им третейских судей или арбитров»⁴⁸⁸ наряду с соглашением о выборе процедуры урегулирования спора является характерной, определяющей чертой арбитража.

Международный коммерческий арбитраж представляет собой основанный на соглашении сторон спора консенсуальный предписательный внесудебный способ разрешения гражданско-правовых споров с иностранным элементом, возникших при осуществлении коммерческой деятельности, в котором на основании соглашения сторон независимое беспристрастное лицо или коллегия таких лиц (состав арбитража) выносит решение по спору сторон, а стороны соглашаются это решение добровольно исполнить. Заключая соглашение о передаче спора на разрешение международному коммерческому арбитражу, стороны реализуют свое право на свободу договора. Разбирательство в международном коммерческом арбитраже основано на принципах равного отношения к сторонам и состязательности. Вынося решение, состав арбитража по собственному убеждению оценивает представленные сторонами доказательства и выносит решение по спору. Термин «предписательный» используется как характеристика свойств и качеств результата процедуры – обязательного для сторон решения по вопросам права.

Для международного коммерческого арбитража как консенсуального способа разрешения споров характерны автономия воли сторон, которая проявляется в свободе сторон в решении процессуальных вопросов (назначение третейских судей, определение порядка рассмотрения спора, в том числе путем отсылки к правилам (регламенту) постоянно действующего третейского суда); компетенция компетенции, то есть определение составом третейского суда собственной юрисдикции; отказ от права на возражение; добровольное согласие сторон исполнять решение арбитражного суда.

⁴⁸⁸ Лебедев С. Н. Международный коммерческий арбитраж: компетенция арбитров и соглашение сторон / Лебедев С. Н. Избранные труды по международному коммерческому арбитражу, праву международной торговли, международному частному праву, частному морскому праву. – М., 2009. – С. 289.

Соглашение сторон о применении арбитража для разрешения спора, возникшего из их договорных отношений или в связи с ним⁴⁸⁹, является самостоятельным (автономным) по отношению к основному договору⁴⁹⁰. Автономность арбитражного соглашения обосновывается разными путями. Так, согласно теории презумпции, предполагается (подразумевается), что своей волей стороны наделяют сформированный ими же третейский суд компетенцией разрешить споры из договорных отношений сторон. Теория, основанная на толковании волеизъявления сторон, толкует самостоятельность арбитражной оговорки как последствия воли, выраженной сторонами в этой оговорке. Согласно нормативной концепции арбитражное соглашение имеет собственный предмет регулирования, собственное регулирование и регулируется специальным законодательством⁴⁹¹. Мы присоединяемся к сторонникам нормативной концепции, обосновывающих автономность арбитражного соглашения наличием собственного предмета, регулируемого специальным законодательством⁴⁹². Арбитражное соглашение сторон содержит их договоренность не только в отношении применения данного способа

⁴⁸⁹ Подробнее о третейских соглашениях см., например: Виноградова Е. А. Третейский суд в России. Законодательство, практика, комментарии. – М., 1993. – С. 36; Скворцов О. Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. – М., 2005. – Гл. 11; 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., 2007; Ануров В. Н. Третейское соглашение: монография. – М., 2009.

⁴⁹⁰ Владимирова С. А. полагает, что третейское соглашение необходимо рассматривать в качестве гражданско-правового договора, являющегося юридическим фактом в сфере материально-правовых и процессуальных отношений, опосредующим отношения между участниками спора по передаче соответствующего спора на разрешение суда и отношения между тяжущимися лицами и третейским судом по разрешению данного спора, см.: Владимирова С. А. Правовая природа и значение третейского соглашения [Электронный ресурс]: дис. ... канд. юрид. наук. – Тверь; 2007. – URL: <http://www.dissercat.com/content/pravovaya-priroda-i-znachenie-treteiskogo-soglasheniya#ixzz4Fcf2BssY> (дата обращения: 24.03.2018).

⁴⁹¹ См.: Лебедев С. Н. Международный коммерческий арбитраж. С. 353–354; Елисеев Н. Г. Процессуальный договор. – М., 2015. – С. 271–273. Об основных теориях третейского разбирательства и международного арбитража см. также: Курочкин С. А. Международный коммерческий арбитраж и третейское разбирательство [Электронный ресурс]. – М., 2013. – Система ГАРАНТ.

⁴⁹² См.: Елисеев Н. Г. Указ. соч. С. 272.

урегулирования спора, но и с той или иной степенью детализации относительно порядка его проведения (путем отсылки к правилам администрирующей институции, заключения прямых соглашений, направленных на исключение применений диспозитивных положений закона к урегулированию спора между сторонами⁴⁹³, или описания шагов, которые стороны обязуются предпринять в случае возникновения спора, места проведения разбирательства, применимого права, правовой силы результата). Отметим, что оформление отношений с администрирующей институцией по поводу исполнения арбитражного соглашения сторон также происходит в логике частноправовой: уведомление об арбитраже / подача искового заявления, сопровождаемые оплатой регистрационного сбора как аванса на заключение договора об оказании администрирующей институцией набора услуг, предусмотренных ее правилами (регламентом) – присвоение номера дела и направление администрирующей институцией уведомления с указанием суммы подлежащего оплате регистрационного сбора. Отметим, что для всех АРС, включая международный коммерческий арбитраж, характерна предварительная оплата действий администрирующей институции по обеспечению проведения процедуры разрешения спора (уплата аванса на административные сборы).

Роль нейтральных сторонних лиц. Нейтральные сторонние лица – арбитры – выносят решение по спору, представленному на их рассмотрение выбравшими их сторонами. Это решение стороны согласны признать обязательным для исполнения. Таким образом, арбитры являются частными судьями. Такая роль обуславливает и особые требования к ним. С.Н. Лебедев подчеркивал, что их роль является одним из «существенных факторов развития торгового арбитража как правосудия, осуществляемого лицами, сведущими в

⁴⁹³ Подробнее о прямых соглашениях см.: Савранский М. Ю. Процессуальные средства и иерархия уровней регулирования арбитража по новому российскому законодательству // Третейский суд. – 2016. – № 4/5. – С. 21–26.

области торговли»⁴⁹⁴. Возможность принудительного исполнения решения арбитража, то есть перехода результата процедуры разрешения спора из сферы частного права (добровольное исполнение решений арбитража, на которое стороны дали свое согласие, заключая арбитражную оговорку или арбитражное соглашение) в сферу публичную (задействие силы государства – признание решения исполнимым органами судебной власти страны, где запрашивается исполнение, и применение властных функций органов принудительного исполнения). Особый режим, предусмотренный государством для исполнения решений международного коммерческого арбитража, распространяется на решения, принятые при администрировании институционными (постоянно действующими) международными арбитражами, объясняется тем, что администрирующие институции (во исполнение и в развитие законодательных положений, действующих в стране их местонахождения) своими правилами предусматривают ряд гарантий качества арбитражных решений. К таким гарантиям относятся существование рекомендательных списков арбитров и докладчиков (требования к ним устанавливаются законом и администрирующей институцией), возможность без объяснений отказать в утверждении арбитра, избранного стороной вне такого списка, просмотр текста арбитражного решения перед тем, как оно будет направлено сторонами (в ряде случаев эта ревизия текста решения арбитража рассматривается как дополнительная услуга администрирующей институции и оплачивается дополнительным сбором). Эти специальные гарантии предоставляются дополнительно к имеющимся у сторон любого арбитражного разбирательства, в том числе разового неадминистрируемого, а именно к праву стороны в любой момент заявить отвод арбитру, относительно беспристрастности и независимости которого имеются обоснованные сомнения, и встречного права арбитра взять самоотвод.

⁴⁹⁴ Лебедев С. Н. Институционные арбитражи «общей компетенции» и специализированные и вопросы международного сотрудничества / Лебедев С. Н. Избранные труды по международному коммерческому арбитражу, праву международной торговли, международному частному праву, частному морскому праву. – М., 2009. – С. 531.

Требования к арбитрам стороны определяют самостоятельно, сообразно предмету спора, юрисдикции, с которой наиболее тесно связан спор и где ожидается принудительное исполнение арбитражного решения. Возможность свободно выбрать арбитра по собственному усмотрению является наиболее ярким проявлением автономии воли сторон. Любое ограничение в этой области наносит болезненный удар по привлекательности стороны как места проведения международного арбитража. При этом отметим устойчивую тенденцию к формированию ведущими администрирующими институтами списков арбитров. Такие списки являются рекомендательными и выполняют двоякую функцию: с одной стороны, предоставление сторонам на выбор кандидатуры проверенных (утвержденных) соответствующей администрирующей институцией специалистов различных отраслей специализации, с другой – создание и укрепление конкурентоспособного образа администрирующей институции за счет репутации и уровня квалификации включенных в список специалистов. Рекомендательные списки, в том числе по отраслям специализации, имеются, например, у ВОИС, МЦУИС, Лондонского международного третейского суда, Сингапурского международного арбитражного центра, Гонконгского международного арбитражного центра, Азиатского центра международного арбитража (Малайзия). Списки пополняются по приглашению администрирующей институции, на основании предложений членов организации, при которой действует администрирующая институция, или на основании отбора среди заинтересованных во включении в список специалистов. Отбор производится на основании данных, включаемых претендентами на включение в список в формуляры предлагаемой администрирующей институцией анкеты, и представленной претендентами автобиографии. За рассмотрение анкеты в ряде случаев взимается плата. Кандидатуры включаются в список на определенный срок (3–5 лет).

Относительно профессиональной принадлежности и специализации арбитров можно сказать следующее: поскольку от арбитра ожидается, что он вынесет решение по вопросам права, арбитр (или, как минимум, председатель

состава) должен иметь юридическое образование. Формальный подход к квалификации арбитра закреплен в новой редакции российского закона об арбитраже, где в качестве квалифицирующего признака задано наличие ученой степени, что, с нашей точки зрения, не всегда обоснованно. Кроме того, стороны могут ожидать от арбитра, что он будет действовать как специалист-эксперт и его решение не будет иметь обязательной силы. По сути в такой называемой некоторыми отечественными учеными «адьюдикативной» процедуре арбитра, изучив обстоятельства спора и ознакомившись с материалами дела, дает свою оценку изложенным в них правовым моментам и прогнозирует возможный исход последующего разбирательства спора в арбитраже. При этом оценка приводится для сведения сторон с тем, чтобы на основании такого экспертного заключения они могли определиться с дальнейшими шагами по урегулированию спора.

Возможность перехода от роли арбитра к роли медиатора и обратно и возможность сочетания ролей арбитра и медиатора вызывает много споров⁴⁹⁵. Поскольку как арбитраж, так и медиация являются конфиденциальными, на основании прямо выраженного письменного соглашения сторон арбитраж может по ходу разбирательства принять функции медиатора и затем вернуться к исполнению своих функций как арбитра, если в результате медиации стороны не заключат соглашения или, заключив его, пожелают оформить его целиком или какую-либо его часть в форме арбитражного соглашения на согласованных условиях. В гибридных (комбинированных) процедурах может быть задействовано как одно нейтральное третье лицо, так и изначально несколько. Так, в ко-мед-арб⁴⁹⁶ (гибридная процедура, проводимая несколькими аккомодаторами и сочетающая медиацию и арбитраж) стороны могут заблаговременно или уже после возникновения спора назначить двух

⁴⁹⁵ Подробнее см.: Гайдаенко Шер Н.И. Арбитр как примиритель: сложности и возможности. Ответы на деликатные вопросы // Третейский суд. – 2016. – № 2/3. – С. 175–182.

⁴⁹⁶ См.: Cooley J. W., Lubet S. Arbitration Advocacy. Second Edition. NITA (National Institute for Trial Advocacy): Practical Guide Series. – South Bend, IN (USA), 2003. – P. 252–253.

нейтральных сторонних лиц, одно из которых будет арбитром, а другое – медиатором. Оба нейтральных сторонних лица изучают дело и совместно заслушивают вступительные объяснения сторон. Стороны могут участвовать в деле самостоятельно, вместе со своими юристами или быть представленными в заседании юридическими представителями. Председательствует в заседании арбитр, медиатор может задавать юристам сторон, готовившим дело к разбирательству, вопросы, направленные на прояснение и уточнение обстоятельств спора. После завершения фазы открытого разбирательства начинается конфиденциальная его фаза. Ее ведет медиатор, арбитр в этой фазе участия не принимает и таким образом сохраняет беспристрастность, поскольку не получает доступ к закрытой информации сторон. Медиатор вправе проводить отдельные встречи со сторонами. Если по итогам конфиденциальной фазы стороны не смогли договориться, медиатор складывает свои полномочия, и арбитр продолжает арбитражное разбирательство. Иной вариант процедуры ко-мед-арб описан Дж. Лэком⁴⁹⁷: процедура начинается как ко-медиация (медиация, проводимая двумя медиаторами) и по наступлении определенного события или даты ведущие ее специалисты либо разделяются, один из них становится единоличным арбитром, другой – единоличным медиатором, либо оба становятся арбитрами и рассматривают дело. При этом решение они принимают только единогласно; вопросы, которые они не решили единодушно, они продолжают урегулировать как медиаторы. Представляется, что этот вариант ко-мед-арб вызывает много сложностей, прежде всего процессуальных, поскольку каждая смена роли арбитра на медиатора и медиатора на арбитра должна быть оформлена письменным соглашением сторон. Если в рамках третейского разбирательства стороны прибегли к другим процедурам АРС, таким как переговоры сотрудничества или медиация, и итоговое соглашение сторон вышло за пределы арбитражного соглашения, то при отсутствии специальных

⁴⁹⁷ Lack J. The New Swiss Rules of Commercial Mediation of the Swiss Chambers of Commerce and Industry: Possible Links to Arbitration [Electronic resource]. – URL: https://www.swissarbitration.org/files/489/jl_2008_Swiss_Rules_Commercial_Mediation.pdf (access date: 23.03.2018).

положений о порядке упрощенного исполнения таких соглашений единственный вариант может заключаться во включении в такое соглашение арбитражной оговорки о проведении институционального арбитража для закрепления результата договоренности сторон в виде арбитражного решения на согласованных условиях. Однако оформление итогового соглашения в виде арбитражного решения в таком случае может рассматриваться как фикция, приводящая к усложнению и удорожанию процедуры исполнения, а формирование третейского суда исключительно для утверждения итогового соглашения в ряде стран запрещено. Поэтому, видимо, вопрос о выработке дополнительного документа или приложения к Нью-Йоркской конвенции, в котором можно определить упрощенный порядок и условия утверждения итоговых соглашений (в том числе достигнутых сторонами без участия посредника) в виде арбитражных решений, пока не рассматривался. Вопрос о преодолении установленного национальным законодательством запрета на формирование третейского суда *ad hoc* для утверждения мировых соглашений (вызванного в том числе возможными опасениями относительно качества такого суда) можно было бы разрешить, допустив утверждение соглашений лишь третейскими судами, сформированными администрирующими институциями. Признавая, что введение промежуточной стадии утверждения международного коммерческого итогового соглашения в виде его оформления решением международного коммерческого арбитража в определенной степени сужает свободу усмотрения сторон и ставит возможность упрощенного исполнения итогового соглашения в зависимость от его утверждения нейтральными третьими лицами, хотя и назначенными по соглашению сторон, но наделенными полномочиями предписывать сторонам обязательные решения, можно отметить и положительные стороны такого решения: привычность и многолетний положительный опыт применения Нью-Йоркской конвенции; контроль содержания соглашения на выходе. Снимается вопрос об исполнении предусмотренных соглашением сторон обязательств при отсутствии спора (признание прав собственности на недвижимое имущество в отсутствие спора),

а также вопрос об окончательности соглашения. Констатируя, что после завершения работы ЮНСИТРАЛ над «Второй Нью-Йоркской конвенцией», имеется документ, способный при его единообразном применении предоставить сторонам достаточно гибкий и универсальный способ признания и приведения в исполнение международных коммерческих медиативных соглашений, диссертант полагает, что в перспективе возможна постановка вопроса о распространении сферы действия этого документа на итоговые частные соглашения сторон международного коммерческого спора о его урегулировании, достигнутые без участия медиатора.

Сложности в администрируемой гибридной (комбинированной) процедуре предопределены тем, что соответствующие положения о порядке организационного сочетания этих двух процедур должны быть предусмотрены в арбитражном и медиативном регламентах, а также в положении о расходах и сборах администрирующей институции. Если формально каждая из процедур администрируется отдельным центром, потребуется соглашение о сотрудничестве между этими центрами в отношении организационного и финансового обеспечения последовательного, одновременного или совместного проведения таких процедур⁴⁹⁸. Протокол между Сингапурским центром международного арбитража (Singapore International Arbitration Centre, SIAC) и Сингапурским центром международной медиации (Singapore International Mediation Centre, SIMC) предусматривает возможность уплаты сторонами регистрационного сбора, предусмотренного положением о расходах и сборах Сингапурского Центра международной медиации, Сингапурскому центру международного арбитража за процедуру арб-мед-арб при подаче уведомления об арбитраже и последующее совместное администрирование обоими центрами средств, полученных в оплату депозитов на покрытие расходов по проведению этих процедур. При этом каждый центр извещает другой о полученных им от

⁴⁹⁸ См. пример такого соглашения о сотрудничестве в администрировании процедур: SIAC-SIMC Arb-Med-Arb Protocol [Electronic resource]. – URL: <http://simc.com.sg/siac-simc-arb-med-arb-protocol/> (access date: 23.08.2017).

обеих сторон или от одной из сторон средствами, и арбитражный центр вправе, не обращаясь к сторонам, самостоятельно перевести полученные в оплату депозита средства на счет центра международной медиации.

Говоря о правовой силе результата международного коммерческого арбитража и его свойствах, следует отметить, что решение международного коммерческого арбитража является окончательным и обязательным для сторон. Так, п.1 §44 Регламента МКАС при ТПП РФ предусматривал, что решение МКАС является окончательным и обязательным с даты его вынесения⁴⁹⁹. С введением в силу нового закона об арбитраже эта ситуация изменилась: решение будет окончательным и обязательным лишь в случае, если речь идет об администрируемом арбитражным учреждением арбитраже и стороны договорились об этом письменно⁵⁰⁰. Окончательность арбитражного решения означает, что его невозможно обжаловать по существу⁵⁰¹.

Если вопреки договору сторон ответчик не исполняет вынесенное против него арбитражное решение, то право стороны, против которой вынесено решение, на судебную защиту обеспечивается путем подачи заявления о выдаче исполнительного листа. С этого момента (момента нарушения ответчиком обязательства, проистекающего из арбитражного соглашения, исполнить решение, которое он добровольно согласился признать окончательным и обязательным) отношения сторон переходят в публично-правовую плоскость, договорная связь между ними нарушается, и консенсуальный характер арбитража утрачивается.

Пределы полномочий государственных арбитражных судов при рассмотрении дел о выдаче исполнительного листа на принудительное

⁴⁹⁹ URL: <http://mkas.tpprf.ru/ru/reglamentmkas.php> (дата обращения: 23.03.2018).

⁵⁰⁰ Статья 40 Федерального закона от 29.12.2015 № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации». См. также тексты рекомендуемых арбитражных соглашений МКАС при ТПП РФ: Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации. – М.,: Торгово-промышленная палата РФ, 2017. – С.173–179.

⁵⁰¹ См.: Руководство Международного совета по коммерческому арбитражу по толкованию Нью-Йоркской Конвенции 1958 г. : пособие для судей. – М., 2012.

исполнение международного арбитража заданы спецификой международного арбитража как консенсуального альтернативного способа разрешения спора.

Полномочия государственного арбитражного суда при рассмотрении заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения международного коммерческого арбитража ограничены. Государственные арбитражные суды не являются вышестоящей инстанцией по отношению к третейским судам и международным коммерческим арбитражам, не осуществляют контроль законности и обоснованности принимаемых ими решений⁵⁰². Государственный суд не вправе исследовать установленные третейским судом обстоятельства, оценивать приведенную им правовую аргументацию и не вправе пересматривать решение третейского суда по существу⁵⁰³.

Поскольку стороны в разбирательстве дела в международном коммерческом арбитраже, как и в третейском разбирательстве, свободны выбрать процессуальные средства защиты своих прав, определив в арбитражном соглашении порядок формирования состава арбитража (коллегии арбитров), процессуальные правила, выбор языка и места проведения арбитража, при проверке решений третейского суда государственный арбитражный суд устанавливает соблюдение правил, гарантирующих

⁵⁰² См.: Практика применения арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации [Электронный ресурс] / отв. ред. И. В. Решетникова. – 3-е изд., перераб. и доп. – М., 2014. – Система ГАРАНТ.

⁵⁰³ Так, О. Ю. Скворцов справедливо отмечает, что государственный арбитражный суд не вправе «давать новую правовую оценку тем спорным материально-правовым отношениям, по поводу которых и происходило третейское разбирательство» (Скворцов О. Ю. Комментарий к Федеральному закону «О третейских судах в Российской Федерации». – М., 2003. – С. 260). О недопустимости проверки решений международного коммерческого арбитража «как с точки зрения установления арбитражем фактических обстоятельств дела, так и с точки зрения толкования и применения права» писал и С. Н. Лебедев, см.: Лебедев С. Н. Вопросы признания и приведения в исполнение арбитражных решений в соглашениях СССР с иностранными государствами / Лебедев С. Н. // Избранные труды по международному коммерческому арбитражу, праву международной торговли, международному частному праву, частному морскому праву. – М., 2009. – С. 443.

минимальный стандарт соблюдения прав участников процесса⁵⁰⁴. Таким образом обеспечивается независимость арбитража от системы государственного судопроизводства. К основополагающим принципам процессуальной справедливости относятся равное отношение к сторонам и предоставление им всех возможностей для изложения своих аргументов⁵⁰⁵, а также предоставленное сторонам право договориться о порядке ведения разбирательства арбитражным судом, а при отсутствии такого соглашения – право арбитражного суда вести дело таким образом, какой он считает надлежащим. При этом состав третейского суда самостоятельно определяет допустимость, соответствие, существенность и значимость доказательств⁵⁰⁶.

В преамбуле Закона РФ о международном коммерческом арбитраже (как в прежней редакции, так и в редакции, действующей с 1 сентября 2016 г.) прямо указано, что он учитывает положения о таком арбитраже, содержащиеся в международных договорах Российской Федерации (прежде всего, в Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г.), а также в Типовом законе ЮНИСТРАЛ. Поскольку российское законодательство о международном коммерческом арбитраже построено на базе Типового закона ЮНСИТРАЛ, и расхождения текста Закона РФ о международном коммерческом арбитраже с текстом Типового закона ЮНСИТРАЛ минимальны, предполагается унифицированный подход к его применению. При этом во внимание принимается аналогия подходов, сформировавшихся в зарубежных странах, чье законодательство о

⁵⁰⁴ См.: Николюкин С. В. К вопросу об отказе в выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов по экономическим спорам: вопросы теории и практики [Электронный ресурс] // Образование и право. – 2012. – № 8. – Система ГАРАНТ.

⁵⁰⁵ См.: Пояснительная записка Секретариата ЮНСИТРАЛ к Типовому закону о международном торговом арбитраже. (п. 31). Текст на официальном сайте ЮНСИТРАЛ: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/07-87000_Ebook.pdf (дата обращения: 23.03.2018).

⁵⁰⁶ См.: Пояснительная записка Секретариата ЮНСИТРАЛ к Типовому закону о международном торговом арбитраже. (п. 34). Текст на официальном сайте ЮНСИТРАЛ: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/07-87000_Ebook.pdf (дата обращения: 23.03.2018).

международном коммерческом арбитраже также основано на Типовом законе ЮНСИТРАЛ.

В Пояснительной записке Секретариата ЮНСИТРАЛ к Типовому закону ЮНСИТРАЛ разъяснено, что положения ст. 36, воспроизводящие положения Нью-Йоркской конвенции, должны применяться одинаково независимо от того, где вынесены арбитражные решения⁵⁰⁷ – в стране приведения в исполнение или в другой стране, – и что эти нормы должны соответствовать Нью-Йоркской конвенции. Судебная практика применения ст. 36 Типового закона ЮНСИТРАЛ и ст. V (2) (b) Нью-Йоркской конвенции в основном единообразна и свидетельствует об ограничительном толковании оснований для отказа в признании и исполнении решений международного коммерческого арбитража⁵⁰⁸.

Исчерпывающий список оснований для отказа в признании и исполнении решений международного коммерческого арбитража приводится в ст. 36 Закона РФ о международном коммерческом арбитраже, полностью воспроизводящей текст ст. 36 Типового закона ЮНСИТРАЛ. Эти основания делятся на процессуальные и материальные. Сторона, против которой было вынесено решение международного арбитража, должна доказать государственному суду, где спрашивается исполнение решения, что ее процессуальные права были нарушены. Подавляющее большинство случаев отказа в исполнении решений международного арбитража относится именно к этой категории. Материальные основания суд проверяет самостоятельно. К ним относятся неарбитрабельность предмета спора и противоречие признания или исполнения арбитражному решению публичному порядку государства, где испрашивается исполнение. Отказы в исполнении решений международного арбитража по причине их противоречия публичному порядку очень редки.

⁵⁰⁷ См.: Пояснительная записка Секретариата ЮНСИТРАЛ к Типовому закону о международном торговом арбитраже. (п. 50). [Электронный ресурс]. – URL: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/07-87000_Ebook.pdf (дата обращения: 23.08.2017).

⁵⁰⁸ UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration (1985, with amendments as adopted in 2006). – № 8. – P. 174.

Унифицированное на уровне международного договора понятие публичного порядка отсутствует, поскольку точному определению оно не поддается. В Нью-Йоркской конвенции намеренно не приведено понятие публичного порядка, поскольку его конкретные проявления могут отличаться от страны к стране. Публичный порядок – это находящаяся в постоянной динамике оценочная категория, содержание которой формируется на базе судебных решений.

Противоречие публичному порядку предполагает нарушение основных принципов правовой системы страны, где испрашивается исполнение решения. Тем не менее принципы по-разному формулируются в странах, относящихся к разным системам права. В странах континентальной системы права описания публичного порядка обычно отсылают к основополагающим принципам или ценностям, на которых зиждется общественное устройство, но сами эти принципы не перечисляются. В странах общего права для описания категории «публичный порядок» суды чаще приводят отсылки к широко понимаемым базовым ценностям, таким как справедливость, честность и мораль⁵⁰⁹.

Судебная практика в отношении применения такого основания для отказа в исполнении решения международного арбитража, как его противоречие публичному порядку, свидетельствует об ограничительном подходе к его применению⁵¹⁰. Оговорка о публичном порядке может применяться лишь в случае, если арбитражное решение кардинальным образом (очевидно⁵¹¹, явно, конкретно и грубо⁵¹²) нарушает основополагающие и прямо выраженные принципы правосудия и справедливости в государстве, где испрашивается его исполнение, или свидетельствует о вопиющем невежестве или коррупции со

⁵⁰⁹ См.: Report on the Public Policy Exception in the New York Convention // IBA Subcommittee on Recognition and Enforcement of Arbitral Awards. – October 2015. – P. 6.

⁵¹⁰ Практически повсеместно противоречащим публичному порядку признается исполнение решения, результатом которого становится противозаконная деятельность (терроризм, наркоторговля, проституция, коррупция и мошенничество). См.: Report on the Public Policy Exception in the New York Convention. – 2015. – P. 16, 18.

⁵¹¹ UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration (1985, with amendments as adopted in 2006). – № 52. – P. 183.

⁵¹² Report on the Public Policy Exception in the New York Convention. – 2015. – P. 11.

стороны арбитражного суда. Таким образом, защитная функция оговорки о публичном порядке должна срабатывать лишь тогда, когда именно исполнение решения способно кардинально, то есть существенно и грубо, нарушает прямо сформулированные принципы правосудия и справедливости в государстве исполнения.

Подчеркивая свойства третейского суда как продукта частной инициативы и, в частности, исключая третейское инстанционное производство⁵¹³, Т.Е. Абова указывала, что он не является «ни органом, ни организацией, ни учреждением», а «образованием, созданным любой организацией для разрешения спора избранными сторонами третейскими судьями»⁵¹⁴. Она подчеркивает, что третейский суд не осуществляет правосудие как государственную функцию, но тем не менее, как подчеркивал КС РФ, является одним из способов защиты прав и институтом гражданского общества, наделенным публично значимыми функциями⁵¹⁵ по разрешению гражданско-

⁵¹³ Убедительный аргумент в пользу окончательности решения третейского суда приводил К. И. Малышев: «Добровольный третейский суд, власть которого основывается на согласии сторон, по существу своему есть инстанция единственная в своем роде. Поручая ему разобрать и решить дело по совести, стороны не дают никакого права другим судам, а, напротив, заранее подчиняются решению, которое на основании третейской записи действительно постановлено будет третейскими судьями...» (Малышев К. И. Курс гражданского судопроизводства. – Т. 2. – С. 198. Цит. по: Исаева Е. В. Процессуальные сроки в гражданском и арбитражном процессе: учеб.-практ. пособие. – М., 2006. – С. 34).

⁵¹⁴ Абова Т.Е. Еще раз о третейском суде // Третейский суд. – 2013. – № 3. – С. 153. После вступления в силу Федерального закона от 29.12.2015 № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» постоянно действующие арбитражные учреждения могут создавать лишь некоммерческие организации (ст. 44). Такое положение существенно ограничивает возможность создания замкнутых систем урегулирования споров, доказавших свою эффективность в рамках групп компаний отраслевой специализации. Полагаем, что положения ст. 44 можно рассматривать как проявление феномена, названного Г. В. Севастьяновым «публицизацией» (применением императивного регулирования в области третейского разбирательства в тех случаях, когда они могут определяться соглашением сторон). См.: Севастьянов Г. В. Правовая природа третейского разбирательства ... С. 190.

⁵¹⁵ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 26.05.2011 № 10-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 11 Гражданского кодекса Российской Федерации, пункта 2 статьи 1 Федерального закона „О третейских судах в Российской Федерации“, статьи 28 Федерального закона „О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним“, пункта 1 статьи 33 и статьи 51 Федерального закона „Об ипотеке (залоге недвижимости)“ в связи с запросом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации» // СЗ РФ. – 2011. – № 23. – Ст. 3356.

правовых споров между частными лицами. Таким образом, выделяется природа арбитража как частного правосудия (источник полномочий третейских судей (арбитров) – договор между сторонами спора, а не акт властного делегирования полномочий со стороны государства); «одноактность» процедуры (решение третейского суда окончательно для сторон спора и не подлежит обжалованию), а также свойство самозащиты, то есть отсутствие механизма «принудительного частного исполнения» (по крайней мере, легитимного). Таким образом, за государством сохраняется монополия на насилие⁵¹⁶ и в том, что касается приведения в исполнение не исполненных добровольно решений третейских судов.

Как отмечает профессор института политических наук (Париж, Франция) О. Мюир Уатт, глобализация, в результате которой усиливается мобильность участников экономических отношений, проницаемость границ и взаимосвязь между экономиками разных стран, означает, что государство более не является высшей инстанцией по отношению к полномочиям частных сторон, принимающих решения, даже если может создаться иное впечатление из-за очевидной императивности экономического регулирования и исключительного характера принудительной силы государства внутри каждого территориального сегмента⁵¹⁷. На глобальном рынке услуг судопроизводства на равных конкурируют государственный судья и частный арбитр как в силу прогрессирующей автономизации арбитража, так и благодаря намеренной приватизации государственного правосудия. Частное правосудие, осуществляемое арбитрами, урегулирует споры из договоров сторон для каждого конкретного случая, не претендуя на то, чтобы выражать нормы, регулирующие общественные отношения, отличные от тех, что в виде

⁵¹⁶ См.: Гаджиев К. С. Политология [Электронный ресурс]: учебник для высших учебных заведений. – М., 2001. – URL: <http://bibliotekar.ru/politologia-2/24.htm> (дата обращения: 24.03.2018).

⁵¹⁷ См.: Muir Watt Horatia. La fonction économique du droit international privé [La ressource électronique] // *Revue internationale de droit économique*. – 2010. – Т. XXIV, № I. – P. 103–121. – URL: www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2010-1-page-103-htm (la date de l'accès: 20.04.2018).

общеизвестных принципов могут поддержать обязательную силу договоренностей. Не стоит ожидать от частного правосудия систематического и единообразного учета общественных интересов, выходящих за рамки интересов участников спора. Экономическая рациональность распределения ролей между государственным и частным правосудием очевидна. Стоимость разрешения частных споров в значительной степени переносится в частный сектор и учитывается при образовании цен на товары и услуги. Государственные ресурсы при этом тратятся на выработку и обеспечение соблюдения определяющих структуру общества норм, представляющих общий интерес. С точки зрения экономики правосудия благодаря такому распределению споров возможно разгрузить суды и улучшить качество предоставляемой государственной услуги по разрешению споров.

Поэтому, как и прочие АРС, третейские суды, не являясь частью государственной судебной системы, тем не менее входят в систему разрешения предпринимательских споров, объединяющую основанные на частном договоре сторон АРС и государственную юрисдикцию. Эта система представляет собой единый механизм, в котором стороны, руководствуясь своим экономическим интересом, на основе информированной и осознанной оценки обстоятельств спора и наиболее выгодного для сторон желаемого результата выбирают наиболее адекватный порядок урегулирования своего разногласия, которым может оказаться и обращение в государственный суд. В то же время принудительное исполнение не исполненных добровольно решений третейских судов обеспечивается принудительной силой государства.

3.4. Администрирующие институции и их роль в урегулировании коммерческих споров

Динамика экономического развития, «развитие сложных экономических взаимодействий между предпринимателями, из стран разных хозяйственных складов и культур влечет за собой увеличение числа внешнеэкономических

конфликтов, для оптимального разрешения которых необходимы гибкие, способные отвечать потребностям конкретных участников и обстоятельств спора механизмы их разрешения. Как показывают многочисленные опросы, выбирая между процедурами *ad hoc* и процедурами, администрируемыми постоянно действующими центрами, предприниматели отдают предпочтение последним»⁵¹⁸. Этот выбор понятен: с точки зрения бизнеса наличие разработанных правил, экономическая предсказуемость цены избранного по соглашению сторон порядка урегулирования спора, сопровождение и «контроль качества» сторонних аккомодаторов и результата их работы независимым специализированным центром позволяют предпринимателям сосредоточиться на своей основной работе, передав функции разрешения спора профессионалам.

За последние годы в мире отмечается рост числа институционных центров АРС, предоставляющих участникам международного коммерческого оборота услуги по организации и сопровождению широкого спектра механизмов АРС, одновременно обеспечивая контроль качества результатов. Так, активно развиваются постоянно действующие центры АРС в Юго-Восточной Азии (Международный арбитражный центр Сингапура⁵¹⁹, Сингапурский центр медиации⁵²⁰, Азиатский центр международного арбитража (ранее носивший название «Региональный арбитражный центр Куала-Лумпура» (Малайзия))⁵²¹). Под давлением конкуренции, стремясь соответствовать

⁵¹⁸ Stipanovich Th. J., Lamare J. R. Living with ADR: Evolving Perceptions and Use of Mediation, Arbitration, and Conflict Management in Fortune 1000 Corporations // Harvard Negotiation Law Review. – 2014. – Vol. 19. – P. 1–68. Опроса корпоративных юристов компаний, входящих в список 1000 компаний журнала «Форчун» (Fortune), проведен в 2011 г. Scheinman Institute on Conflict Resolution Cornell University, Straus Institute for Dispute Resolution at Pepperdine University School of Law and International Institute for Conflict Prevention and Resolution (CPR).

⁵¹⁹ Официальный сайт Международного арбитражного центра Сингапура, SIAC [Electronic resource]: <http://www.siac.org.sg/> (access date: 18.04.2018).

⁵²⁰ Официальный сайт Сингапурского центра медиации, SIAC [Electronic resource]: <http://www.mediation.com.sg/> (access date: 18.04.2018).

⁵²¹ Официальный сайт Азиатского центра международного арбитража, AIAC [Electronic resource]: <https://www.aiac.world/> (access date: 20.04.2018).

растущим потребностям потенциальных пользователей в эффективных с точки зрения развития бизнеса несудебных способах разрешения споров, легко доступных, ресурсосберегающих (как с точки зрения финансовых затрат, так и относительно экономии времени и трудозатрат работников пользователей, вовлеченных в подготовку и сопровождение процедур АРС), давно зарекомендовавшие себя на рынке услуг институционные центры АРС пересматривают свои регламенты, добавляют новые сервисы с тем, чтобы привлечь новых пользователей и удовлетворить потребности постоянных клиентов, изменяющиеся под влиянием развития рыночных потребностей, усиления динамики экономического оборота и взаимозависимости его участников, вызванной, прежде всего, внедрением новых технологий и сложных логистических цепочек, опосредующих производство и сбыт товаров и услуг⁵²².

Диссертантом проведено выборочное сравнение арбитражных регламентов, принятых различными арбитражными институциями в 2013–2017 гг., с тем, чтобы сравнить набор возможностей, которые они предоставляют пользователям, попытаться установить некоторые закономерности их развития и сделать предварительные выводы о том, каким может быть современный центр АРС – если не идеальный, то оптимальный по ассортименту предоставляемых услуг. Цель этого исследования – дать ориентиры для дальнейших действий действующим администрирующим институциям и потенциальным организаторам новых центров АРС. Кроме того, обобщены закономерности функционала администрирующих институций как аккомодаторов, обеспечивающих внешнее сопровождение сторон в избранной ими процедуре урегулирования спора. Роль администрирующих институций заключается в техническом обеспечении процедуры урегулирования спора и обеспечении соответствия результата этой процедуры формальным критериям

⁵²² О феномене саморегулирования в *lex mercatoria* и о переходе от парадигмы пирамиды к парадигме сети см.: Desalay Y., Garth B. G. *Dealing in Virtue. International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order.* – Chicago, 1996. – P. 16, ref. p. 27.

непосредственной исполнимости. Тем не менее для достижения этой цели допускаются точечные вмешательства аккомодатора в процедуру урегулирования спора.

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

Отметим, что свои преимущества и особенности имеют как специализированные на предоставлении какой-либо одной процедуры (в частности, арбитража и вспомогательных для его проведения инструментов), так и многопрофильные центры (предоставляющие набор разнообразных услуг по разрешению споров), как администрирующие институции общего профиля, ориентированные на широкий круг пользователей в предпринимательских кругах (например, Центр АРС МТП), так и институции, ориентированные на определенную целевую аудиторию (такие, как Центр арбитража и медиации ВОИС).

Большинство опросов и исследований, относящихся к популярности тех или иных видов АРС в предпринимательской среде, предпочтениям в отношении выбора арбитражных центров или администрирующих институций, проводятся институтами и исследовательскими учреждениями стран общего права среди англоговорящей аудитории; самыми активными респондентами в большинстве опросов становятся юристы и адвокаты, специализирующиеся на разрешении споров, получившие образование и работающие в странах общего права. Этим во многом и объясняются их предпочтения (в качестве сравнения можно привести широко распространяемые обзоры результатов опросов о популярности международных арбитражных центров, проводимые с 2006 г. Школой

международного арбитража при Лондонском университете Королевы Мэри (The School of International Arbitration at Queen Mary University of London (QMUL) при поддержке международной юридической фирмы White & Case⁵²³; опросы, проводившиеся силами исследовательских центров нескольких университетов США в 1997 и 2011 гг. относительно использования АРС предпринимателями и юристами; интернет-опрос, проведенный профессором С. Стронг (Университет Миссури, США) в отношении проекта разработки Конвенции ЮНСИТРАЛ по международной коммерческой медиации и примирительным процедурам⁵²⁴). Результаты опросов и исследований, более широких по географическому охвату (например, исследование, проведенное для Европейского парламента о применении медиации после принятия Директивы Европейского Парламента и Совета Европейского Союза 2008/52/ЕС от 21 мая 2008 г. «О некоторых аспектах посредничества (медиации) в гражданских и коммерческих делах»⁵²⁵, исследование Всемирного банка о развитии законодательства о процедурах АРС и индексе инвестиционной привлекательности стран⁵²⁶), показывают радикально отличающиеся результаты. Поэтому общая картина частоты, предпочтений и ожиданий предпринимателей от использования АРС в настоящее время неполна и несколько искажена.

⁵²³ Тексты обзоров на английском языке доступны на сайте Школы международного арбитража Лондонского университета Королевы Марии (QMUL) [Electronic resource]: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/index.html> (access date: 18.03.2018).

⁵²⁴ См.: Strong S. I. Legal Studies Research Paper Series. Research Paper № 2014 -28 / Use and Perception of International Commercial Mediation and Conciliation: A Preliminary Report on Issues Relating to the Proposed UNCITRAL Convention on International Commercial Mediation and Conciliation [Electronic resource]. – URL: <http://ssrn.com/abstract=2526302> (access date: 18.12.2017).

⁵²⁵ “Rebooting the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of Its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU” Study 2014 PE 493.042 [Electronic resource]. – URL: [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURI_ET\(2014\)493042](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURI_ET(2014)493042) (access date: 18.04.2018).

⁵²⁶ См.: Pouget Sophie. Arbitrating and Mediating Disputes Benchmarking Arbitration and Mediation Regimes for Commercial Disputes Related to Foreign Direct Investment Policy Research Working Paper 6632 WPS 6632 The World Bank Financial and Private sector Development Network. Global Indicators and Analysis Department October 2013.

Провести подлинно глобальное исследование силами одной или немногих стран, принадлежащих к одной правовой семье и культуре, вряд ли возможно. Представляется, что идея проведения опроса в рамках инициативы глобальной конференции по проблемам применения АРС, предложенная МИМ⁵²⁷, может оказаться удобным инструментом для получения объективных данных о состоянии рынка АРС в мире. В рамках подготовки к глобальной конференции предполагалось выработать единую анкету, которая будет переведена на языки тех стран, в которых будут проводиться мероприятия конференции, и распространена среди пользователей и спонсоров АРС. Местные организационные комитеты вправе включить в нее дополнительные вопросы, если считают важным прояснить их для формирования картины состояния рынка АРС в своих странах. Данные опросов, проведенных на конференциях, публикуются на сайте, посвященном серии конференций⁵²⁸. Потребность в проведении такого рода исследований на русскоязычном пространстве очевидна.

Среди безусловных лидеров международных арбитражных институций общего профиля *Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате РФ (МКАС при ТПП РФ)*⁵²⁹. Число дел в этом имеющем более чем 85 летнюю историю арбитраже растёт, о чем свидетельствуют сравнительные статистические данные, приведенные на сайте МКАС⁵³⁰. Помимо богатой истории и репрезентативного списка арбитров, МКАС стал одним из центров научного обобщения практики применения

⁵²⁷ URL: <https://imimediation.org/global-pound-conference>; <http://www.globalpoundconference.org/> (access date: 18.03.2018).

⁵²⁸ См. отчеты на сайте серии конференций им. Роско Паунда [Electronic resource]: <http://globalpoundconference.org/gpc-series-data/local-voting-results#.WCxkzPmLQ2w> (access date: 18.03.2018).

⁵²⁹ URL: <http://mkas.tpprf.ru/> (access date: 18.08.2017). Подробнее см.: Жильцов А. Н. Обзор практики Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации за 2014–2015 гг. // Вестник международного коммерческого арбитража. – 2016. – № 2. – С. 57–73.

⁵³⁰ URL: <http://mkas.tpprf.ru/ru/Stat/page.php> (дата обращения: 15.04.2018).

арбитража⁵³¹. Тем не менее в условиях быстро меняющейся внешнеэкономической конъюнктуры, роста запросов пользователей и правовой «турбулентности» на повестке дня стоит вопрос о приспособлении действующего механизма, включая регламент и инфраструктуру, к оптимальному для пользователей стандарту, позволяющему учесть в том числе и процессы, происходящие в сфере развития арбитражных институций в соседних государствах. В частности, росту популярности этого института могло бы способствовать установление более тесных связей с Коллегией посредников при ТПП РФ⁵³², чья работа начала набирать обороты⁵³³, в частности предусмотреть возможность зачета арбитражного сбора в счет оплаты процедуры медиации, если потребность в ее проведении возникнет у сторон по ходу арбитражного разбирательства. Следует подумать о более широком освещении деятельности арбитража, организации конференций для пользователей. Представляется, что со вступлением в силу пакета законов о третейской реформе МКАС при ТПП РФ, объединяющий как единая администрирующая институция Третейский суд для разрешения экономических споров и Спортивный арбитраж, получает существенные организационные и ресурсные преимущества и при их грамотном использовании может укрепить свои позиции.

Следующим по популярности среди российских предпринимателей является *Лондонский международный третейский суд (LCIA)*. Популярность этого института объясняется благоприятным инвестиционным климатом и стабильной законодательной базой, популярностью корпоративных и иных инвестиционных конструкций, выбором английского права в качестве

⁵³¹ Особую роль в этом деле играет издание «Вестник международного коммерческого арбитража». URL: <http://arbitrationreview.ru/> (дата обращения: 15.08.2017). Обобщение материалов о практике МКАС и МАК за весь период их существования см.: URL: <http://arbitrationreview.ru/praktika-mkas-i-mak> (дата обращения: 15.04.2018).

⁵³² URL: <http://mediation.tpprf.ru/> (дата обращения: 15.08.2017).

⁵³³ См.: Подшибякин Д. Н. О деятельности Торгово-промышленной палаты РФ по развитию и популяризации способов альтернативного разрешения споров и совершенствованию законодательства о третейском разбирательстве в 2014 году // Третейский суд. – 2015. – № 1. – С. 163–164.

применимого как к договорным отношениям между предпринимателями, так и к соглашениям о порядке разрешения споров. Привлекательность миграционного режима способствовала тому, что за последние годы Лондон стал одним из мест сосредоточения состоятельных российских предпринимателей. О том, что они стали активными пользователями услуг LCIA, свидетельствует то обстоятельство, что на его сайте размещен неофициальный перевод действующего с 1 октября 2014 г. Арбитражного регламента этого суда⁵³⁴. Заметим, что Медиативный регламент от 01.07.2012 2012 г. на другие языки не переведен. Генеральный директор Лондонского международного третейского суда Дж. Д. ван Харсолт-ван Хоф⁵³⁵ отмечала, что дела с участниками из России и СНГ составляют примерно треть от общего числа дел, рассматриваемых в этом арбитраже. Для удобства пользователей LCIA разработал руководства для сторон и арбитров, в доступной форме разъясняющие участникам процедуры содержание Регламента и возможный порядок их действий⁵³⁶.

Сохраняет свои позиции *Арбитражный институт Торговой палаты г. Стокгольма (Швеция)*⁵³⁷, где создан специальный отдел Восточной Европы и СНГ. Споры с участием сторон из России традиционно занимают второе место⁵³⁸. Это объясняется, скорее всего, традициями, сохранившимися со времен Советского Союза.

⁵³⁴ LCIA Arbitration Rules (2014) [Electronic resource]. – URL: http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx (access date: 24.08.2017).

⁵³⁵ Интервью журналу «Закон» от июня 2015 г. размещено на сайте ЛМТС, см: Джакомин Д. ван Харсолт-ван Хоф, Владимир Багаев : интервью (Jacomijn J. van Haersolte-van Hof, Vladimir Bagaev : interview) [Электронный ресурс] // Закон. – 2015. – № 6. – URL: <http://www.lcia.org/News/zakonru-interview-lcia-director-general.aspx> (дата обращения: 20.03.2018).

⁵³⁶ Guidance Notes [Electronic resource]. – URL: <http://www.lcia.org/adr-services/guidance-notes.aspx> (access date: 20.03.2018).

⁵³⁷ Сайт Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма: <http://sccinstitute.com/ru> (дата обращения: 20.03.2018).

⁵³⁸ SCC STATISTICS 2017 [Electronic resource]. – URL: <http://www.sccinstitute.com/statistics/> (access date: 20.03.2018).

Несомненным авторитетом в среде предпринимателей пользуются *Арбитражный суд Международной торговой палаты (МТП)*⁵³⁹ и *Центр АРС МТП*⁵⁴⁰. В период 2014–2017 гг. были приняты новые Примирительный регламент⁵⁴¹ и Арбитражный регламент⁵⁴², с 2015 г. действуют новые правила экспертизы⁵⁴³ и советов по урегулированию споров⁵⁴⁴. МТП также предлагает услуги администрирующей институции для проведения арбитража по регламенту ЮНСИТРАЛ, выработаны Принципы проведения международных коммерческих переговоров (действуют с 2014 г.) в качестве рекомендательного документа⁵⁴⁵. Центр АРС МТП проводит большую разъяснительную и просветительскую работу, ежегодно организует международные соревнования по международной коммерческой медиации среди студенческих команд. В 2018 г. состоялись XIII соревнования. Полагаем, в настоящее время это самый авторитетный международный конкурс в этой области.

К традиционным центрам разрешения внешнеэкономических споров относится Швейцарию⁵⁴⁶. Арбитражный регламент Арбитражного института

⁵³⁹ Dispute resolution [Electronic resource] // International Chamber of commerce. – URL: <http://www.iccwbo.org/about-icc/organization/dispute-resolution-services/icc-international-court-of-arbitration/> (access date: 20.03.2018).

⁵⁴⁰ International Chamber of commerce [Electronic resource]: official site. – URL: <http://www.iccwbo.org/> (access date: 24.03.2018).

⁵⁴¹ ICC Mediation rules [Electronic resource] // International Chamber of commerce. – URL: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/mediation/rules/> (access date: 24.12.2017).

⁵⁴² ICC Arbitration [Electronic resource] // International Chamber of commerce. – URL: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/> (access date: 20.04.2018).

⁵⁴³ ICC Expert Rules [Electronic resource] // International Chamber of commerce. – URL: <https://iccwbo.org/publication/icc-expert-rules-english-version/> (access date: 20.03.2018).

⁵⁴⁴ ICC Dispute Board Rules [Electronic resource] // International Chamber of commerce. – URL: <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Dispute-Boards/Dispute-Boards-Rules/ICC-Dispute-Board-Rules-in-several-languages/> (access date: 20.03.2018).

⁵⁴⁵ ICC Principles to Facilitate Commercial Negotiation [Electronic resource] // International Chamber of commerce. – URL: <https://iccwbo.org/publication/icc-principles-to-facilitate-commercial-negotiation/> (access date: 20.04.2018).

⁵⁴⁶ Перевод гл. 12 «О международном арбитраже» Федерального закона о международном частном праве доступен на сайте Швейцарской арбитражной ассоциации [La ressource électronique]: <http://www.arbitration-ch.org/pages/en/arbitration-in-switzerland/index.html> (la date de l'accès: 20.03.2018).

Швейцарских торгово-промышленных палат⁵⁴⁷ действует с 1 июня 2012 г.⁵⁴⁸ Одним из ведущих по набору администрируемых услуг европейских центров АРС является Центр арбитража и медиации ТПП Парижа (СМАР)⁵⁴⁹.

Заслуживают упоминания арбитражные центры Нидерландов⁵⁵⁰ и Дании⁵⁵¹. Арбитражный институт Нидерландов предоставляет услуги по администрированию арбитража (новый регламент вступил в силу с 1 января 2015 г. одновременно с разделом Гражданского процессуального кодекса Нидерландов об арбитраже)⁵⁵², а также медиации. В указанных странах господствует прагматический подход к АРС. Потребности оборота, прежде всего обслуживания торгового мореплавания, разрешения коммерческих споров, связанных с морской перевозкой грузов и поставкой грузов морем, привели к развитию АРС при отсутствии законодательного регулирования.

Исследуя вопрос о ставших заметными в последнее время международных центрах АРС, можно прийти к выводу, что большинство из активно развивающихся в последние годы центров образовались в странах,

⁵⁴⁷ Текст Швейцарского регламента международного арбитража на русском языке доступен на сайте Арбитражного института Швейцарских торговых палат [La ressource électronique]: https://www.swissarbitration.org/sa/download/SRIA_russian_2012.pdf (la date de l'accès: 20.04.2018).

⁵⁴⁸ Подробно об арбитраже в Швейцарии см.: Гайдаенко Шер Н. И. Почему Швейцария популярна в качестве места арбитража? // Legal insight. – 2013. – № 2 (18). – С. 22–26; Гайдаенко Шер Н. И. Швейцария: законодательное регулирование международного арбитража и обзор новой редакции Швейцарского регламента международного арбитража // Третейский суд. – 2012. – № 6. – С. 91–98; Третейский суд. – 2013. – № 1. – С. 150–157.

⁵⁴⁹ Официальный сайт Центра арбитража и медиации ТПП Парижа, СМАР [Электронный ресурс]: <http://www.cmap.fr/> (дата обращения: 25.03.2018).

⁵⁵⁰ Арбитражный институт Нидерландов (NAI) создан в 1949 г. в Роттердаме – одном из крупнейших портов Европы [Electronic resource]. – URL: <http://www.nai-nl.org/en/> (access date: 24.08.2017).

⁵⁵¹ Датский институт арбитража (DAI) [Electronic resource]. – URL: <http://voldgiftsinstituttet.dk/en/arbitration/> (access date: 20.03.2018). Текст регламента от 1 мая 2013 г. на английском языке см.: http://voldgiftsinstituttet.dk/wp-content/uploads/2015/01/rules_1_may_2013_-_pdf-uden-logo.pdf (access date: 24.03.2018).

⁵⁵² Текст книги четвертой Гражданского процессуального кодекса Нидерландов об арбитраже в переводе на английский язык см. на официальном сайте Арбитражного института Нидерландов [Electronic resource]: www.nai-nl.org/downloads/Text%20Dutch%20Code%20Civil%20Procedure.pdf (access date: 24.03.2018).

относящихся к системе общего права (Сингапур, Гонконг, Малайзия)⁵⁵³. Китайская международная экономическая и торговая арбитражная комиссия⁵⁵⁴ является ведущим центром международного арбитража Китая.

Сравнительные характеристики выборки арбитражных регламентов, вступивших в силу в период с 2013 по 2015 г. приведены в Приложении 3 к монографии автора настоящего исследования⁵⁵⁵. Не претендуя на полноту охвата (в 2018 г. вступили в силу новые редакции регламентов таких авторитетных арбитражных центров, как Немецкая арбитражная институция⁵⁵⁶ и Международный Венский арбитражный центр⁵⁵⁷), диссертант стремился выделить положения, нашедшие отражение в большинстве новых регламентов.

Исследуя вопрос об оптимальном наборе услуг по администрированию разрешения споров, предлагаемых пользователям администрирующими институциями, представляется целесообразным обратить внимание на «пакет» регламентов, предложенный Центром арбитража и медиации ВОИС.

Система механизмов APC на примере регламентов ВОИС (2014–2016). Центр арбитража и медиации ВОИС года ввел в действие четыре новых регламента – Арбитражный регламент⁵⁵⁸, Регламент ускоренного арбитража⁵⁵⁹,

⁵⁵³ О развитии международного арбитража в странах Азиатско-тихоокеанского региона см.: Dr. Colin Ong. Regional Overview and Recent Developments: Asia Pacific. – International Comparative Legal Guide // International Arbitration. A practical cross-border insight into international arbitration work [Electronic resource]. – URL: <https://iclg.com/practice-areas/international-arbitration-/international-arbitration-2017/regional-overview-and-recent-developments-asia-pacific> (access date: 20.04.2018).

⁵⁵⁴ URL: <http://www.cietac.org> (дата обращения: 17.03.2018). Новый регламент этой институции вступил в силу с 01.01.2015 г.

⁵⁵⁵ См.: Гайдаенко Шер Н. И. Альтернативные механизмы разрешения споров как инструмент формирования благоприятной среды для предпринимательской деятельности. С. 184–217.

⁵⁵⁶ URL: http://www.disarb.org/upload/varia/180119_DIS_NewRules_EN.PDF (access date: 27.02.2018) Новые правила вступили в силу с 01.03. 2018 г.

⁵⁵⁷ URL: <http://www.viac.eu/en/arbitration/arbitration-rules-vienna/93-schiedsverfahren/wiener-regeln/374-new-vienna-rules-2018> (Datum des Zuganges: 27.02.2018) Новые правила вступили в силу с 01.01.2018 г.

⁵⁵⁸ Текст на английском языке доступен на сайте ВОИС, WIPO: <http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/rules/> (access date: 25.03.2018).

⁵⁵⁹ Текст на английском языке доступен на сайте ВОИС, WIPO: <http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/expedited-rules/> (access date: 25.03.2018).

Примирительный (медиативный) регламент⁵⁶⁰ и Правила проведения экспертизы⁵⁶¹. Совокупность этих правил представляет собой продуманную экономичную систему, обеспечивающую свободную «циркуляцию» спора от одной конфиденциальной процедуры к другой с тем, чтобы максимально увеличить шанс на урегулирование спора (то есть устранение его причины) на выходе. Система способов разрешения споров, построенная Центром арбитража и медиации ВОИС, обеспечивает: 1) привлекательные финансовые условия для целевой аудитории пользователей услуг Центра арбитража и медиации ВОИС (Положением о расходах и сборах ВОИС предусмотрена 25%-я скидка с административного сбора Центра в случае, если сторона (или обе стороны) спора указана в качестве заявителя или изобретателя в патентных заявках, опубликованных согласно Договору о патентной кооперации, является владельцем международных регистраций по Гаагской⁵⁶² или Мадридской⁵⁶³ системам либо заказчиком и поставщиком инновационных экологических технологий на электронной платформе «зеленой технологии» ВОИС⁵⁶⁴); 2) выбор между различными процедурами разной степени директивности, соответствующими обстоятельствам спора и пожеланиям сторон; 3) конфиденциальность всех процедур и раскрываемой по ходу их проведения

⁵⁶⁰ Текст на английском языке доступен на сайте ВОИС, WIPO: <http://www.wipo.int/amc/en/mediation/rules/> (access date: 25.03.2018).

⁵⁶¹ С 01.01.2016 г. действуют в новой редакции. Текст на английском языке доступен на сайте ВОИС, WIPO: <http://www.wipo.int/amc/en/expert-determination/rules/newrules.html> (access date: 25.03.2018).

⁵⁶² О Гаагской системе международной регистрации промышленных образцов см.: Гаагское соглашение о международной регистрации промышленных образцов (Женевский акт) (Женева, 02.07.1999 г.) / Система ГАРАНТ.

⁵⁶³ Мадридская система международной регистрации товарных знаков регулируется двумя договорами: Мадридским соглашением о международной регистрации знаков от 1891 г. и Протоколом к Мадридскому соглашению о международной регистрации знаков, который был принят в 1989 г., вступил в силу 01.12.1995 г. и стал применяться с 01.04.1996 г. См. подробнее: Мадридское соглашение о международной регистрации знаков и Протокол к этому соглашению: цели, основные особенности, преимущества // Публикация ВОИС. – № 418 (R).

⁵⁶⁴ См. подробнее об интерактивной платформе WIPO GREEN, позволяющей установить связи между поставщиками инновационных «зеленых» технологий и потенциальными потребителями этих услуг [Electronic resource]. – URL: <https://www3.wipo.int/wipogreen/en/> (access date: 20.03.2018).

информации⁵⁶⁵, что имеет особое значение, поскольку предметом спора являются права интеллектуальной собственности; 4) легкость «циркуляции», перетекания спора от одной процедуры к другой (Центр арбитража и медиации ВОИС вправе зачесть любую сумму, уплаченную в счет административного сбора за проведение процедуры медиации по правилам ВОИС или экспертизы по правилам ВОИС против уплаты регистрационного или административного сбора за проведение арбитражного разбирательства по правилам ВОИС по тому же спору⁵⁶⁶ (таким образом обеспечивается «циркуляция» спора в системе конфиденциальных способов его разрешения, от консенсуального фасилитативного (медиация)⁵⁶⁷ к оценочному (экспертиза)⁵⁶⁸ или наоборот и далее к директивному (арбитраж)⁵⁶⁹. При этом стороны могут выбрать между «традиционным» арбитражем и более экономичным и быстрым ускоренным

⁵⁶⁵ Медиация конфиденциальна, записи во время заседаний не ведутся: по окончании процедуры каждый должен вернуть любые документы, предоставленные стороной, не оставив себе копии, и уничтожить любые записи, какие он вел по ходу процедуры (ст. 14, 16 Медиативного регламента). Положения о конфиденциальности арбитражного разбирательства содержатся в ст. 75–78, 68–71 Арбитражного регламента и Регламента ускоренного арбитража, о конфиденциальности информации, раскрытой во время экспертизы, см. в ст. 15 Регламента об экспертизе.

⁵⁶⁶ WIPO Mediation, Arbitration, Expedited Arbitration and Expert Determination Rules and Clauses, WIPO Arbitration and Mediation Center, 2014. – П. 1. – Р. 124.

⁵⁶⁷ Правила Центра арбитража и медиации ВОИС определяют медиацию как «неформальную процедуру, в которой нейтральный посредник, медиатор, содействует сторонам в достижении урегулирования (мирового соглашения) по спору. Если соглашение не достигнуто, по выбору сторон за медиацией может последовать арбитраж, ускоренный арбитраж или экспертиза» (WIPO Mediation, Arbitration, Expedited Arbitration and Expert Determination Rules and Clauses, WIPO Arbitration and Mediation Center, 2014. – Р. 2).

⁵⁶⁸ Правила Центра арбитража и медиации ВОИС определяют экспертизу как «процедуру, в которой технический, научный или связанный с этим вопрос ведения бизнеса между сторонами передается на рассмотрение одного или нескольких экспертов, которые выносят по этому вопросу заключение. Если стороны не договорились об ином, заключение имеет для сторон обязательную силу. По выбору сторон экспертизе может предшествовать медиация, а за экспертизой может следовать (ускоренный) арбитраж» (WIPO Mediation, Arbitration, Expedited Arbitration and Expert Determination Rules and Clauses, WIPO Arbitration and Mediation Center, 2014. – Р. 2).

⁵⁶⁹ Согласно Правилам Центра арбитража и медиации ВОИС, «арбитраж – имеющая обязательную силу для сторон процедура, в которой спор выносится на рассмотрение одного или нескольких арбитров, выносящих окончательное решение по спору (По выбору сторон арбитражу может предшествовать медиация или экспертиза)» (WIPO Mediation, Arbitration, Expedited Arbitration and Expert Determination Rules and Clauses, WIPO Arbitration and Mediation Center, 2014. – Р. 2).

арбитражем (ускоренный арбитраж проводится единоличным арбитром, для его назначения, уплаты сбора, представления иска и возражений на иск установлены сокращенные сроки. В течение 15 дней с момента формирования состава арбитраж проводит предварительное заседание для организации и планирования последующего разбирательства экономичным с точки зрения финансовых и временных затрат образом⁵⁷⁰. Срок для вынесения решения – 3 месяца с момента вручения отзыва на иск или формирования состава, в зависимости от того, какое из этих событий произошло позже⁵⁷¹. Регламент предусматривает меры давления на арбитра, работающего недостаточно оперативно: если арбитр не вынес окончательное решение в течение одного месяца после завершения разбирательства, он обязан направить письменное объяснение Центру и каждой из сторон, и должен направлять такие объяснения раз в месяц, до тех пор, пока не вынесет решение⁵⁷². Ускоренный арбитраж в два раза дешевле обычного.

Содержание Правил Центра арбитража и медиации ВОИС, и прежде всего – его Медиативного регламента, позволяет сделать вывод о том, что предпочтение в них явно отдано консенсуальным способам разрешения споров, предполагающим активное участие сторон в решении судьбы их спора. Так, в случае, если медиатор сочтет, что какие-либо вопросы нельзя урегулировать при помощи медиации, Медиативный регламент ВОИС предоставляет ему право предложить сторонам возможность договориться о порядке урегулирования спорного вопроса при помощи таких процедур или способов, какие, по мнению медиатора и с учетом обстоятельств спора и деловых отношений между сторонами, могут привести к наиболее эффективному, наименее затратному и наиболее продуктивному урегулированию этих вопросов. В частности, медиатор может предложить экспертизу по одному или нескольким отдельным вопросам, арбитраж, и так называемый «арбитраж

⁵⁷⁰ Статья 34 Регламента ускоренного арбитража ВОИС.

⁵⁷¹ Пункт «а» ст. 58 Регламента ускоренного арбитража ВОИС.

⁵⁷² Пункт «с» ст. 58 Регламента ускоренного арбитража ВОИС.

последнего предложения», когда каждая из сторон представляет свое последнее предложение по урегулированию спора и, если в медиации стороны не придут к соглашению, арбитраж примет решение на основе этих последних предложений, причем арбитражное разбирательство будет сведено к тому, чтобы установить, какое из последних предложений имеет преимущественную силу⁵⁷³. Таким образом, медиатор исполняет свою универсальную роль – содействует урегулированию спорных вопросов между сторонами любым способом, какой сочтет надлежащим, при этом не навязывая сторонам решение.

Арбитраж сохраняет за собой право предложить сторонам рассмотреть вопрос о примирении в любое время, когда арбитраж сочтет это подходящим. Если стороны пришли к мировому соглашению, арбитраж прекращает разбирательство и по совместному ходатайству сторон фиксирует достигнутое ими соглашение в виде арбитражного решения на согласованных условиях⁵⁷⁴.

Функции Центра арбитража и медиации ВОИС как администрирующей институции традиционны, но способы их предложения пользователям современные:

(а) Процессуальные:

- содействие в выборе и назначении нейтральных сторонних лиц (аккомодаторов) из собственной базы данных;
- консультации касательно применения процессуальных правил, оказание помощи в выборе и построении схем разрешения споров для конкретного спора;

(б) Организационные:

- обслуживание коммуникации между сторонами и нейтральными сторонними лицами (аккомодаторами);

⁵⁷³ Подпункт «iii п. «b» ст. 13 Медиативного регламента ВОИС.

⁵⁷⁴ Статья 60 Арбитражного регламента ВОИС, ст. 67 Регламента ускоренного арбитража ВОИС.

- предоставление сторонам по их желанию доступа к электронной системе дел (Electronic Case Facility)⁵⁷⁵ через личный кабинет;
- предоставление услуг по организации процедур (перевод и т.п.);
- предоставление помещений для проведения процедур.
- (в) Финансовый менеджмент:
- установление величины сборов и гонораров нейтральных сторонних лиц;
- управление финансовыми аспектами процедур (получение депозитов от сторон, выплата гонораров нейтральным сторонним лицам (аккомодаторам) лицам и, при необходимости, оплата вспомогательных услуг).

Представляется, что система способов разрешения споров, построенная Центром арбитража и медиации ВОИС, оптимальна для пользователей, поскольку они имеют возможность выбрать из предоставляемого набора процедур те, которые наилучшим образом отвечают потребностям разрешения конкретного спора, принимая во внимание такие факторы, как временные затраты (возможность выбора ускоренных процедур) и финансовые, а также получить доступ к этим услугам наиболее удобным для пользователя способом (в том числе через личный кабинет).

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

⁵⁷⁵ См. подробнее о функциях системы: <http://www.wipo.int/amc/en/ecaf/help/> (access date: 26.03.2018).

возможности призваны обеспечить эффективность арбитража для пользователей⁵⁷⁶.

Как справедливо отметил Дж. Лэк, картина способов разрешения споров меняется одновременно с картиной международного коммерческого оборота. Предпринимателям нужны эффективные решения, позволяющие адекватно урегулировать возникающие между ними споры. Задача администрирующих институций и залог их конкурентоспособности – дать сторонам спора свободу выбора, обеспечить доступ к набору разнообразных механизмов разрешения споров и простоту перехода от одного к другому таким образом, чтобы свести к минимуму риск превращения процедуры в проблему⁵⁷⁷. Принимая во внимание неизменный рост популярности арбитража как способа разрешения споров между участниками международного коммерческого оборота, мы попытались выяснить, существует ли закономерность движения к расширению набора предлагаемых услуг, установления ссылок от одной процедуры к другой, на примерах международных арбитражных институций, принявших новые правила процедуры в 2013–2015 гг.⁵⁷⁸ О сложностях, связанных с сочетанием различных механизмов АРС, подробно писала Е.И. Носырева, отмечая, важность соответствия такого совмещения потребностям участников внешнеэкономического оборота в более эффективных методах урегулирования

⁵⁷⁶ См.: Davies K. Meeting the Challenge: Efficiency and Flexibility in International Commercial Arbitration [Electronic resource]. – P. 5. – URL: http://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/WilmerHale_Shared_Content/Files/Editorial/Publication/I_A11_Chapter-1_WilmerHale.pdf (access date: 25.03.2018).

⁵⁷⁷ См.: Lack J. Appropriate Dispute resolution (ADR): The Spectrum of Hybrid techniques Available to the Parties // ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures. – Vol. II. – Arnold Ingen-Housz (ed.). – Netherlands, 2011. – P. 379. Об использовании комбинированных процедур разрешения споров как конкурентоспособной альтернативы судебному разбирательству см. также: Limbury A. L. Hybrid Dispute Resolution Processes – Getting the Best while avoiding the Worst of Both Worlds? Текст опубликован на сайте Международного института медиации: <http://www.imimmediation.org/wp-content/uploads/2017/09/AlanLimbury-HybridDisputeResolutionProcessesArticle.pdf> (access date: 20.04.2018).

⁵⁷⁸ См.: Гайдаенко Шер Н. И. Альтернативные механизмы разрешения споров как инструмент формирования благоприятной среды для предпринимательской деятельности. С. 184–217.

споров⁵⁷⁹. По мнению И. С. Зыкина, главное состоит в четком представлении особенностей каждого из способов разрешения разногласий и обеспечения их гармоничного взаимодействия, в том числе в нормативном плане⁵⁸⁰. В рамках правил, установленных администрирующей институцией и принятых сторонами в качестве части их соглашения о порядке урегулирования спора, переход от одного способа урегулирования спора к другому обеспечивается по соглашению сторон, вступающих в комплекс последовательных или одновременно заключаемых договоренностей между собой, с администрирующей институцией и аккомодатором.

Выборочный обзор позволил установить, что такая тенденция (расширение ассортимента услуг по администрированию взаимосвязанных способов урегулирования спора, предоставляемых администрирующим центром, упрощение доступа к ним для потенциальных пользователей) имеется. По итогам исследования определены общие характеристики, которым должны соответствовать конкурентоспособные институции, администрирующие АРС в международном коммерческом обороте.

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

1) простота доступа к услугам, прежде всего понятный адрес сайта, многоязычный удобный интерфейс, доступность регламентов на разных

⁵⁷⁹ См.: Носырева Е. И. Примирительные процедуры и международный коммерческий арбитраж // 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 ; МКАС при ТПП РФ. – М., 2007. – С. 300–317.

⁵⁸⁰ См.: Зыкин И. С. Мирное урегулирование споров под эгидой Международного коммерческого арбитражного суда // Актуальные проблемы международного коммерческого арбитража: к 70-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / отв. ред. А. С. Комаров. – М., 2002. – С. 78.

языках, услуга личного кабинета, дающая возможность подать заявление об арбитраже, исковое заявление и встречный иск с использованием защищенных каналов электронной связи; возможность оплаты регистрационного и административного сбора, а также депозита на оплату гонораров арбитров онлайн;

2) наличие ускоренного порядка урегулирования спора, в том числе – процедур, проводимых исключительно на основании документов, поданных онлайн;

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

4) возможность присоединения сторон и объединения исков;

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

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

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

2) услуга личного кабинета; возможность оплаты онлайн сборов администрирующей институции и депозитов на оплату гонораров нейтрального третьего лица;

3) наличие в правилах специальных положений об обеспечении конфиденциальности сведений, предоставляемых сторонами и другими участниками процедур в ходе их проведения и по завершении процедур;

4) наличие ускоренных процедур, в том числе проводимых исключительно на основании документов, поданных онлайн;

5) предоставление специальных условий (скидок) для пользователей, на которых рассчитаны процедуры (см. Положение о расходах и сборах Центра арбитража и медиации ВОИС);

б) возможность зачета средств, внесенных в оплату за проведение первой процедуры, за проведение другой процедуры, потребность в которой возникла по ходу первой.

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

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

2) доступность качественных услуг на нескольких языках;

3) наличие ускоренного порядка урегулирования спора, в том числе – процедур, проводимых исключительно на основании документов, поданных онлайн;

4) возможность зачета средств, внесенных в оплату за проведение первой процедуры, за проведение другой процедуры, потребность в которой возникла по ходу первой⁵⁸¹;

⁵⁸¹ Так, например, ст. 15 Арбитражного регламента Азиатского центра международного арбитража предусматривает зачет половины административного сбора, уплаченного Центру за проведение медиации, не завершившейся соглашением сторон, в счет уплаты административного сбора на арбитраж. Текст Регламента на английском языке см: <https://www.aiac.world/wp-content/arbitration/Arbitration-Rules-2018.pdf> (дата обращения: 20.04.2018).

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

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

Нишевая администрирующая институция (рассчитана только на определенный круг пользователей – например, одноязычный или принадлежащий к определенной культурной или религиозной традиции) не сможет рассчитывать на популярность и видимость на международном рынке услуг АРС. Как правило, услуги для пользователей с особыми потребностями предоставляет арбитражная институция общего профиля, располагающая соответствующим регламентом и списком специалистов-аккомодаторов (см., например, исламский арбитражный регламент Регионального арбитражного центра Куала-Лумпура⁵⁸²)»⁵⁸³.

Таким образом, в данном параграфе работы установлена роль администрирующих институций в АРС как провайдера сбалансированного набора услуг по организации урегулирования спора между сторонами. Состав и стоимость услуг определяются регламентом (правилами) администрирующей институции. Порядок, сроки и иные характеристики применимого способа урегулирования спора определены сторонами в оговорке или соглашении о порядке урегулирования спора; включая в оговорку или соглашение отсылку к правилам администрирующей институции, стороны принимают их как общие условия.

⁵⁸² Регламент доступен на сайте АІАС вместе с Исламским арбитражным регламентом Азиатского центра международного арбитража, действующим с 09.03.2018 г.: <http://www.aiac.world/Arbitration-i-Arbitration> (дата обращения: 20.04.2018).

⁵⁸³ Гайдаенко Шер Н. И. Альтернативные механизмы разрешения споров как инструмент формирования благоприятной среды для предпринимательской деятельности. С. 131–147.

Глава 4. Проблема создания замкнутых договорных систем урегулирования предпринимательских споров

4.1. Договорные способы урегулирования споров в длящихся проектах

Длящиеся проекты, в осуществлении которых задействовано множество сторон, связанных многочисленными обязательствами по разнородным договорам (начиная от определения порядка финансирования и заканчивая порядком сдачи готового объекта), нередко дают правовые основания для конфликтных ситуаций. Характерной чертой таких споров является их неотложный комплексный характер. Рекомендации по урегулированию таких споров, как и решения по ним, должны принимать не столько юристы, сколько технические специалисты. Для того чтобы рекомендации или решения специалистов исполнялись сторонами, специалисты, задействованные в разрешении спора, должны восприниматься сторонами как независимые и беспристрастные, поэтому для разрешения споров в длящихся проектах годами практики специализированных организаций наряду с традиционно применявшимся претензионным порядком и третейским разбирательством был разработан специальный механизм – советы по разрешению споров.

Советы по разрешению споров используются, прежде всего, в строительстве; хорошие перспективы для их применения имеются в том числе и при осуществлении проектов в рамках государственно-частного партнерства. Новые редакции регламентов пользующихся международным признанием институций, предлагающих услуги по администрированию процедур урегулирования споров при посредстве советов по разрешению споров, демонстрируют тенденцию к преодолению отраслевой направленности деятельности советов. Формируется современный подход к советам по разрешению споров как к универсальному договорному механизму АРС, пригодному для урегулирования споров, возникающих при осуществлении

средне- и долгосрочных проектов в самых разных областях коммерческой деятельности.

Альтернативные способы разрешения споров между участниками длящихся проектов должны отвечать определенным специфическим требованиям. Для соблюдения сроков споры должны разрешаться быстро, оперативно и эффективно. Порядок урегулирования спора должен быть гибким и неформальным. Лица, входящие в состав сформированных на основании договора участников проекта органов примирения, должны быть не только нейтральны и беспристрастны, но и обладать необходимыми специальными профессиональными познаниями, непосредственно относящимися к различным компонентам проекта (так, в состав коллегиального органа по урегулированию споров из строительного проекта могут войти инженер, строитель и специалист по финансам). При необходимости они могут выступить в качестве экспертов. Для того чтобы орган по урегулированию спора мог приступить к работе с момента начала исполнения проекта, порядок формирования такого органа должен быть определен сторонами проекта уже в момент завершения согласования условий финансирования проекта. В зависимости от договоренности сторон, обусловленной обстоятельствами исполнения проекта (сложность, степень ожидаемого вмешательства заказчика в процесс исполнения проекта, и т.п.) результаты рассмотрения спора примирительным органом могут носить для участников проекта как рекомендательный, так и обязательный характер. Если, например, на небольшой стройке может работать единоличный медиатор (как правило, строитель или архитектор по специальности), в течение рабочего дня проводящий многочисленные микромедиации, или единоличный эксперт (единоличный орган по урегулированию споров), то на сложных проектах, как правило, работает команда специалистов – совет по разрешению споров (далее – СОРАС).

*Едиличный орган по разрешению споров*⁵⁸⁴ (the standing neutral – постоянно действующее нейтральное стороннее лицо) – это пользующийся доверием всех сторон договора независимый эксперт, который с самого начала исполнения ими обязательств по договору находится в распоряжении сторон для оперативного урегулирования любых связанных с осуществлением проекта споров в режиме реального времени. Нейтральное стороннее лицо, обладающее профессиональным опытом и познаниями в сфере исполнения проекта, не должно иметь конфликтов интересов со сторонами. Это лицо дает сторонам рекомендации, не являющиеся для них обязательными, но добровольно соблюдаемые ими. Пребывание нейтрального стороннего лица на месте выполнения работ позволяет ему создать объективное представление о том, как обычно взаимодействуют стороны, и выявить разногласия между ними на самой ранней стадии, обратив на них внимание сторон. В результате стороны быстро урегулируют свой спор, при необходимости прибегая к рекомендациям нейтрального стороннего лица. Нейтральное стороннее лицо предоставляет участникам спора независимое заключение о спорной ситуации, что дает им возможность реалистично оценить собственные позиции в споре и разрешить его самостоятельно путем прямых переговоров, не прибегая к помощи нейтрального третьего лица. Отношения сторон и нейтрального стороннего лица регулируются договором между ними. На основании этого договора нейтральное стороннее лицо обязуется оказывать сторонам услуги по урегулированию споров, возникающих в связи с исполнением сторонами определенного проекта по договору, а стороны – оплатить услуги нейтрального

⁵⁸⁴ См.: Groton J. P. The Standing Neutral : A “Real Time” Resolution Procedure that also Prevent Disputes [Electronic resource] // Alternatives. – 2009. – Vol. 27. – № 11. – P. 177–184. – URL: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/alt.20304/pdf>, <https://www.cpradr.org/Portals/0/Committees/Industry%20Committees/Preventive%20Law%20Committee/The%20Standing%20Neutral%20from%20Alternatives.pdf> (access date: 25.02.2018); Landr M. “Peggy” and Groton James P. The Standing Neutral – Low-Cost Insurance to Prevent Disputes on Construction Projects. – May 30. – 2014 [Electronic resource]. – URL: <http://apps.americanbar.org/litigation/committees/commercial/articles/spring2014-0514-standing-neutral-low-cost-insurance-to-prevent-disputes-on-construction-projects.html> (access date: 27.02.2018).

стороннего лица и его связанные с оказанием услуг расходы в порядке, установленном договором. Стороны обязуются предоставлять нейтральному стороннему лицу всю информацию о проекте, которая необходима ему для осуществления своих функций – начиная с копии договора и заканчивая периодическими отчетами о ходе выполнения проекта. Стороны обязуются незамедлительно представить на разрешение нейтрального стороннего лица любой спор, который они не смогли урегулировать самостоятельно. Нейтральное стороннее лицо рассматривает спор очно, с участием представителей всех сторон, каждой из которых предоставлена возможность представить свою позицию. По итогам такого слушания нейтральное стороннее лицо выносит рекомендацию, которую стороны вправе принять или отвергнуть. Если в течение определенного договором срока сторона не заявила нейтральному стороннему лицу возражений против рекомендации, считается, что она с ней согласилась. Если спор не удалось урегулировать при содействии нейтрального стороннего лица, любая из сторон вправе прибегнуть к другим способам урегулирования споров и обратиться либо в третейский суд (международный арбитраж), либо в государственный суд.

Таким образом, нейтральное стороннее лицо в дящихся проектах исполняет роль независимого эксперта, давая нейтральную оценку спора сторон на ранней его стадии, а также, при необходимости, выступая в качестве медиатора. Функции нейтрального стороннего лица в основном носят профилактический характер (при его содействии предотвращается разрастание разногласия в полномасштабный спор, требующий директивного вмешательства сторонних лиц). Сам факт его постоянного присутствия в зоне возможного возникновения разногласия способствует корректировке поведения сторон в направлении сотрудничества по исполнению взаимных обязательств из проекта.

Коллегиальный орган разрешения споров в дящихся проектах – СОРАС представляет собой постоянно действующий орган – совет беспристрастных профессионалов, сформированный на начальной стадии осуществления

строительного проекта для отслеживания его исполнения, содействия предотвращению конфликтных ситуаций и разрешению споров на протяжении исполнения проекта. Как правило, СОРАС используются при реализации средне- и долгосрочных договоров.

Источниками регулирования порядка формирования и работы СОРАС являются типовые рекомендации, формы договоров и унифицированные правила, в том числе правила формирования СОРАС и кодексы поведения, выработанные объединениями специалистов – как общего профиля (МТП, Всемирный банк), так и специализированными (Международная федерация инженеров-консультантов (*Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils* (FIDIC)). Тем не менее основным источником регулирования СОРАС является договор между сторонами–исполнителями проекта и членами СОРАС.

Учитывая потребности участников международного экономического оборота, МТП, стремясь предложить участникам средне- и долгосрочных проектов оптимальный с точки зрения затрат механизм урегулирования споров, занялась разработкой, а в 2004 г. опубликовала Регламент Советов по разрешению споров. Новая редакция Регламента о Советах по разрешению споров МТП вступила в силу с 1 октября 2015 г.⁵⁸⁵ Изменения, которым подвергся текст Регламента 2004 г., многими комментаторами воспринимаются как революционные, поскольку впервые первостепенное значение придается профилактической функции СОРАС, а не корректирующей и не директивной.

В предисловии к новой редакции Регламента приводятся общие положения о СОРАС. СОРАС – это постоянно действующий орган, как правило, образуемый по подписании средне- или долгосрочного договора или с момента начала исполнения такого договора. Функция СОРАС состоит в том, чтобы оказывать сторонам договора содействие в предотвращении или преодолении любых разногласий и споров, возникающих по ходу исполнения

⁵⁸⁵ Текст на английском языке доступен на официальном сайте МТП: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/dispute-boards/dispute-board-rules/> (access date: 27.03.2018).

договора. Учреждение СОРАС является обычной практикой для строительной отрасли, однако они встречаются и в научно-исследовательской деятельности, создаются для разрешения споров, связанных с интеллектуальной собственностью, по соглашениям о разделе продукции и соглашениям акционеров. Регламент СОРАС содержит всеобъемлющий свод правил, определяющих порядок формирования и работы СОРАС, включая назначение его членов, выполняемые ими функции и получаемое ими вознаграждение.

Основной новеллой Регламента 2015 г. является то, что им предусмотрено три возможных варианта действий СОРАС в отношении выявленного ими потенциального разногласия, от неформального – к формальному: 1) СОРАС поощряет стороны к тому, чтобы они самостоятельно разрешили свой спор. Если это невозможно или разногласие зашло слишком далеко, то СОРАС может (2) как аккомодатор, предложить сторонам свою неформальную помощь в разрешении спора по существу (выполняя функции, схожие с функциями дружественных посредников) или (3) разрешить спор формально, вынеся по нему рекомендацию или решение на основании формального ходатайства сторон(ы). Все три варианта действий равноценны в том, что касается снижения риска разрыва отношений сторон и связанных с этим затрат.

На основании Регламента 2015 г., как и на основании Регламента 2004 г., стороны своим соглашением могут выбрать один из трех видов СОРАС, различающихся в зависимости от формы заключения, выдаваемого сторонам на основании их формального обращения. Советы по решению споров (Dispute Adjudication Boards, DAB) принимают решения, подлежащие немедленному исполнению. Советы по анализу споров (Dispute Review Boards, DRB) принимают рекомендации, не имеющие обязательной силы и не подлежащие немедленному исполнению. Тем не менее рекомендации обретают обязательную силу, если ни одна из сторон не заявит возражения в 30-дневный срок. Комбинированные советы (Combined Dispute Boards, CDB) представляют собой промежуточный вариант между Советами по решению споров и

Советами по анализу споров: как правило, они дают рекомендации, но могут принимать и решения, если одна сторона требует этого, а другая против этого не возражает, либо по собственной инициативе Совета, если он примет такое решение на основании изложенных в Регламенте критериев. Кроме того, Совет вправе принять решение в отношении временных обеспечительных мер, а также с согласия сторон назначить одного или нескольких экспертов.

В Регламенте МТП 2015 г. усилено обязательство сторон по соблюдению рекомендаций и решений Советов: они являются «окончательными» и «обязательными» для сторон, сторонам запрещено выдвигать возражения по существу рекомендаций и решений совета в качестве меры защиты от неисполнения. Договорная природа порядка урегулирования спора через СОРАС подчеркивается тем, что Регламент СОРАС МТП может применяться сторонами как самостоятельно, без обращения к МТП, так и с использованием услуг МТП как администрирующей институции. Организационные функции МТП, действующей в качестве администрирующей институции через свой Международный центр АРС, традиционны: назначение членов совета, рассмотрение заявленных им отводов, определение размера вознаграждения, предварительный просмотр решений совета. Советы формируются по тем же правилам, что и составы арбитражных судов: если стороны договорились, что совет будет состоять из одного участника, они в 30-дневный срок должны назначить его совместным решением, иначе его назначит Центр по ходатайству любой из сторон.

Существенным моментом является то, что Регламент МТП 2015 г. не проводит различий между постоянно действующим, институциональным советом, и советом *ad hoc*. Тем не менее из содержания этого Регламента следует, что все предусмотренные им типы советов являются постоянно действующими. Советы *ad hoc* удобны для небольших проектов четко определенного объема, не требующих больших затрат и существенного участия от клиента и не осложненных особыми рисками. Для достижения договоренности о формировании совета *ad hoc* для разрешения определенного спора требуется

время, что влечет за собой риски простоев, однако выбор такого порядка урегулирования спора позволяет выбрать специалиста, чья квалификация в наибольшей степени отвечает специфике возникшего спора. Кроме того, такие советы дешевле, поскольку платить их членам за постоянную готовность не нужно. В то же время советы *ad hoc* рассматривают не разногласия, а споры, и ожидать от них выполнения профилактических функций не приходится.

Как отмечают Н. Хохар и Д. Браун, члены редакционного комитета, работавшего над текстом Регламента МТП 2015 г., положение членов СОРАС уникально: с одной стороны, предполагается, что они выполняют роль медиаторов и примирителей, с другой – ожидается, что они также будут выносить решения как арбитры⁵⁸⁶.

Уже в редакции Регламента МТП 2004 г. содержались положения о полномочиях членов Совета по оказанию участникам спора неформальной помощи в его разрешении. В редакции Регламента 2015 г. прослеживается усиление акцента на профилактической функции Совета: неформального содействия недостаточно, участники Совета должны уметь уловить признаки потенциального разногласия и устранить его причины на самой ранней стадии. Профилактической функции СОРАС посвящено несколько статей Регламента, в частности, новая статья 16, которую мы приводим полностью⁵⁸⁷:

«Статья 16. Предотвращение разногласий

Если в любой момент, в частности во время встречи или при посещении площадки, Совет сочтет, что возможно потенциальное разногласие между сторонами, то он может поднять этот вопрос перед сторонами с тем, чтобы поощрить их самостоятельно предотвратить разногласие без дальнейшего вмешательства Совета. При этом Совет может помочь сторонам выявить потенциальное разногласие. Совет может предложить сторонам определенный

⁵⁸⁶ См. Khokhar Nabeel, Trett Driver and Brown David. Clyde & Co The new 2015 ICC dispute board rules [Electronic resource]. – URL: <http://www.clydeco.com/insight/updates/view/the-new-2015-icc-dispute-board-rules> (access date: 27.03.2018).

⁵⁸⁷ Перевод наш. – Н. Г. Ш.

порядок, которому они могли бы следовать для предотвращения разногласия, в то же время дав сторонам понять, что Совет остается в их распоряжении и готов оказать неформальное содействие или издать заключение, если стороны не в состоянии самостоятельно предотвратить разногласие».

В статьях 17 и 18 описан порядок действия СОРАС в случае, если с подачи СОРАС сторонам не удалось устранить причины разногласия⁵⁸⁸:

«Статья 17. Неформальное содействие в связи с разногласиями

1. Совет вправе по собственной инициативе или по запросу любой Стороны, но в любом случае с согласия всех сторон, оказать сторонам неформальное содействие в разрешении споров, возникших по ходу исполнения договора. Это неформальное содействие может быть оказано во время любой встречи или при посещении площадки. Сторона, предлагающая прибегнуть к неформальному содействию от Совета, должна стремиться заблаговременно до такой встречи или посещения площадки известить об этом Совет и другую сторону.

2. Неформальное содействие Совета может быть оказано в форме беседы Совета со сторонами, одной или нескольких отдельных встреч Совета с любой из сторон порознь с предварительного согласия всех сторон; неформального мнения, которым Совет поделился со сторонами; письменного примечания, от Совета сторонам или в любой другой форме содействия, способной помочь сторонам разрешить разногласие.

3. Если Совет попросят дать заключение в связи с разногласием, по которому он оказал неформальное содействие, то Совет не будет связан какими-либо мнениями, которые он высказывал по ходу оказания неформальной помощи, будь то выраженными устно или письменно, равно как и не будет принимать во внимание любую информацию, доступа к которой не имели все стороны.

Статья 18. Формальная передача разногласия на вынесение заключения

⁵⁸⁸ Перевод наш. – Н. Г. Ш.

Любая сторона вправе в любой момент формально вынести разногласие на рассмотрение Совета для вынесения заключения, в этот момент разногласие превращается в спор. Во время процедуры формальной передачи разногласия на рассмотрение Совета неформальные обсуждения вопросов, покрываемых формальным обращением, и отдельные встречи между любым из членов Совета и любой из сторон не проводятся [...]»

Нетрудно заметить, что по мере эскалации разногласия и его превращения в спор вмешательство СОРАС усиливается, его фасилитативная роль превращается в директивную, рекомендации Совета обращаются в решения, обязательные для сторон.

Если в редакции Регламента МТП 2004 г. приводилось определение спора как любого разногласия, возникающего из или в связи с договором (соглашением) сторон, передаваемого Совету по разрешению споров для вынесения по нему рекомендации или решения в письменной форме в порядке, предусмотренном Регламентом⁵⁸⁹, то документ в редакции 2015 г. дает определение разногласия как расхождения между сторонами, которое еще не превратилось в спор и потому не может быть передано на разрешение СОРАС в качестве такового. При этом термин “Determination“ – (определение) (в Регламенте МТП – рекомендация или решение, выносимое СОРАС)⁵⁹⁰, использовавшийся в Регламенте МТП 2004 г., а также в Регламенте Королевского института арбитров (CIArb) 2014 г.⁵⁹¹, заменен в Регламенте МТП 2015 г. на “Conclusion“ (заключение, выводы) (в Регламенте –

⁵⁸⁹ См. подпункты «i», «ii», «iii» ст. 2 Регламента МТП 2004 г. [Electronic resource]. – URL: http://gjpi.org/wp-content/uploads/icc-dispute-board-rules_2004.pdf (access date: 28.03.2018).

⁵⁹⁰ Пункт «ii» ст. 2 Регламента МТП 2004 г., текст на английском языке. [Электронный ресурс]. – URL: http://gjpi.org/wp-content/uploads/icc-dispute-board-rules_2004.pdf (access date: 28.03.2018).

⁵⁹¹ Article 1. CIArb Dispute Board Rules. August 2014. – P. 1. Текст на сайте Королевского института арбитров [Electronic resource]. – URL: <https://www.ciarb.org/docs/default-source/das/ciarb-dispute-board-rules-practice-amp-standards-committee-august-2014.pdf?sfvrsn=2> (access date: 28.03.2018).

рекомендация или решение, выносимое СОРАС в письменной форме)⁵⁹². По мнению специалистов, эта замена направлена на то, чтобы предотвратить смешение терминологии, применяемой в типовых договорах FIDIC⁵⁹³, с терминологией МТП⁵⁹⁴. Полагаем, что такой подход позволяет придать документам последней более нейтральный и универсальный характер и таким образом способствовать применению Регламента МТП для создания Советов по разрешению споров не только в строительной, но и в других отраслях коммерческой деятельности, где осуществляются долгосрочные проекты. Отметим, что, помимо МТП, регламенты по разрешению споров СОРАС приняты несколькими международными объединениями предпринимателей: Международной федерацией инженеров-консультантов, FIDIC (Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils, англ. International Federation of Consulting Engineers)⁵⁹⁵, а также объединениями предпринимателей на национальном уровне - Институцией гражданских инженеров Великобритании (Institution of Civil Engineers (UK))⁵⁹⁶, Американской арбитражной ассоциацией (American

⁵⁹² Пункт «ii» ст. 2 Регламента МТП 2015 г., текст на английском языке на сайте МТП [Electronic resource]. – URL: <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Dispute-Boards/Dispute-Boards-Rules/ICC-Dispute-Board-Rules-in-several-languages/> (access date: 27.03.2018).

⁵⁹³ Рекомендательный характер заключения СОРАС характерен для урегулирования споров в строительной индустрии в США. Европейская модель подразумевает, что определение, вынесенное СОРАС, обязательно для сторон до тех пор, пока оно не будет оспорено в порядке, согласованном сторонами в их договоре (в суде или в третейском суде). См. подробнее: Dr. Donald Charett. Dispute Boards and Construction Contracts. 20 October 2009. Presentation The Victorian Bar Continuing Development Program. N 9; 10. Текст см. на сайте Международной федерации инженеров-консультантов (Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils, FIDIC: http://fidic.org/sites/default/files/3%20charrett09_dispute_boards.pdf (access date: 20.03.2018).

⁵⁹⁴ См.: Khokhar Nabeel, Trett Driver. Op. cit

⁵⁹⁵ FIDIC 2010. Conditions of Contract for Construction MDB Harmonised Ed. – June 2010. – General Conditions. 20.2–20.5. – P. 65–68. Опубликован на официальном сайте FIDIC ICE: <http://www.ebrd.com/downloads/procurement/project/mdbgcv3unprotected.pdf> (access date: 20.03.2018).

⁵⁹⁶ ICE Dispute Resolution Board Procedure по состоянию на 30 апреля 2012 г., опубликован на официальном сайте Институции гражданских инженеров Великобритании, ICE: <https://www.ice.org.uk/ICEDevelopmentWebPortal/media/Documents/Disciplines%20and%20Resources/09-3-ICE-Dispute-Board-procedure-2012-04-30.pdf> (access date: 20.04.2018).

Arbitration Association)⁵⁹⁷, Фондом Советов по разрешению споров (Dispute Resolution Board Foundation) (США)⁵⁹⁸, Австралийским отделением Совета по разрешению споров (Dispute Resolution Board Foundation Region 3)⁵⁹⁹.

Советы по разрешению споров, создание которых предусмотрено Регламентом СОРАС МТП 2015 г., являются постоянно действующими. Таким образом, предусматривается выплата вознаграждения членам Совета на протяжении всего срока его существования независимо от того, возникли ли споры или нет. Эта плата рассматривается как вознаграждение за работу членов СОРАС по ознакомлению с договором и отслеживанию его исполнения, то есть плата за постоянную осведомленность членов СОРАС о происходящих на стройке событиях, ходе работы по выполнению проекта. Это логично, так как только понимание текущего состояния дел способно позволить членам Совета выявить признаки зарождающегося разногласия и выполнить профилактические согласно ст. 16 Регламента МТП.

Следует отметить, что советы по разрешению споров попали в поле зрения не только МТП, но и такой признанной администрирующей институции, как Королевский институт арбитров (the Chartered Institute of Arbitrators, CI Arb). В августе 2014 г. Комитет практики и стандартов этой организации утвердил Регламент Советов по урегулированию споров⁶⁰⁰. Эти правила предшествовали Регламенту МТП 2015 г. и тоже задуманы как универсальные: оговорка о создании СОРАС может использоваться в любом коммерческом договоре,

⁵⁹⁷ AAA Dispute Resolution Board Guide Specifications, AAA Dispute Resolution Board Operating Procedures. Оба документа действуют с 01. 12. 2000 г. и размещены на сайте Американской арбитражной ассоциации: https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/AAA%20Dispute%20Resolution%20Board%20Guide%20SPECIFICATIONS.pdf, https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Construction_DRB_Operating_Procedures.pdf (access date: 20.04.2018).

⁵⁹⁸ Сайт Фонда Советов по разрешению споров (Dispute Resolution Board Foundation) : <http://www.drb.org/publications-data/library/> (access date: 20.04.2018).

⁵⁹⁹ Сайт Австралийского отделения Совета по разрешению споров: <http://www.drbf.org.au/document/forum-2> (access date: 20.04.2018).

⁶⁰⁰ Текст доступен на официальном сайте CI Arb: <https://www.ciarb.org/docs/default-source/das/ciarb-dispute-board-rules-practice-amp-standards-committee-august-2014.pdf?sfvrsn=2> (access date: 20.04.2018).

заключенном для реализации средне- или долгосрочного проекта⁶⁰¹ (а не только в договоре строительного подряда, как предусматривают правила FIDIC). Кроме того, в Регламенте сделан акцент на профилактической функции советов по разрешению споров: подлинная миссия Совета заключается не в том, чтобы рассудить спор, а в том, чтобы предотвратить возникновение формального спора⁶⁰² (под спором понимается любое разногласие сторон из договора, по договору или в связи с ним⁶⁰³). Как и Регламент МТП 2015 г., Регламент CIArb 2014 г. регулирует порядок создания и деятельности институционных, постоянно действующих советов по разрешению споров, не регулируя советы *ad hoc*, создание которых предусматривают правила FIDIC. Регламент CIArb 2014 г., в отличие от Регламента МТП 2015 г., предусматривает только два типа Советов по разрешению спора – Совет по вынесению рекомендаций и Совет по вынесению решений⁶⁰⁴. Создание комбинированных советов, выдающих сторонам спора как рекомендации, так и обязательные для исполнения решения, не предусмотрено⁶⁰⁵. Совет по разрешению спора может быть единоличным органом или коллегиальным (в таком случае в его состав входят три участника). Полномочия члена СОРАС могут быть прекращены только по согласию обоих участников спора, однако любая сторона может заявить отвод члену Совета, обосновав его конфликтом интересов или нарушением трехстороннего договора⁶⁰⁶. Члены Совета должны обладать экспертными познаниями в отношении работ или услуг, являющихся предметом договора между сторонами, и быть в состоянии понять и истолковать положения этого договора. Они должны иметь отличные руководящие навыки и уметь общаться,

⁶⁰¹ CIARB Dispute Board Rules. August 2014. Introduction.

⁶⁰² CIARB Dispute Board Rules. August 2014. Para. 1, Article 12.

⁶⁰³ CIARB Dispute Board Rules. August 2014. Para. 3, Article 1.

⁶⁰⁴ CIARB Dispute Board Rules. August 2014. Para. 3, Article 2. P. 2, Article 5, P. 5. Текст доступен на официальном сайте CIARB: <https://www.ciarb.org/docs/default-source/das/ciarb-dispute-board-rules-practice-amp-standards-committee-august-2014.pdf?sfvrsn=2> (access date: 20.03.2018).

⁶⁰⁵ Отметим, что правила FIDIC предусматривают только возможность создания Советов по разрешению спора, чьи решения обязательны.

⁶⁰⁶ CIARB Dispute Board Rules. August 2014. Para. 5, Article 6. P. 6.

а также прекрасно владеть языком, определенным в договоре или по соглашению сторон как язык общения⁶⁰⁷. Если стороны не договорились об ином, члены Совета связаны обязательством по сохранению конфиденциальности в отношении предоставленной сторонами для урегулирования спора информации. Требования к независимости и беспристрастности членов СОРАС сформулированы в ст. 7 Регламента. Абсолютными основаниями, препятствующими выполнению функций члена Совета, являются совпадение в одном лице стороны и члена Совета, либо выполнение членом Совета функций законного представителя стороны. Не может быть членом Совета управляющий, директор или член наблюдательного совета одной из сторон либо лицо, оказывающее иное подобное контролирующее влияние. Однозначно препятствуют назначению в качестве члена Совета наличие существенной финансовой или личной заинтересованности в одной из сторон или в предмете спора, либо регулярное консультирование членом Совета или его фирмой любой из сторон и получение от этого существенного финансового дохода⁶⁰⁸. Каждый из членов Совета должен заключить со сторонами трехсторонний договор; стороны совместно могут расторгнуть его, уведомив члена Совета за 1 месяц, член Совета должен уведомить стороны о расторжении за 2 месяца⁶⁰⁹. Расходы по оплате гонораров члена Совета стороны несут в равных долях⁶¹⁰.

В Регламенте CIArb 2014 г., как и в Регламенте МТП 2015 г., подробно описана процедура неформального консультирования сторон спора. Стороны в любое время могут совместно обратиться к Совету за неформальной консультацией, направленной на предотвращение спора, и(или) для неформального обсуждения с тем, чтобы попытаться урегулировать свои разногласия. Совет может предоставить консультацию посредством беседы со

⁶⁰⁷ CIARb Dispute Board Rules. August 2014. Para.1, Article 7. P. 7.

⁶⁰⁸ CIARb Dispute Board Rules. August 2014. Para. 5, Article 7.

⁶⁰⁹ CIARb Dispute Board Rules. August 2014. Para. 1, 4, 5, Article 9.

⁶¹⁰ CIARb Dispute Board Rules. August 2014. Para. 1, Article 17.

сторонами, встречи, на которой присутствуют обе стороны, или письма сторонам либо с предварительного согласия сторон оказать им неформальное содействие в разрешении разногласия в любой другой форме, какую Совет сочтет подходящей⁶¹¹. Стороны не обязаны следовать совету, полученному во время неформальной процедуры содействия в урегулировании спора, равно как и Совет не связывают какие-либо мнения, высказанные им по спорному вопросу⁶¹², в дальнейшем переданному ему для вынесения формальной рекомендации или решения⁶¹³.

Выступая в роли устроителя взаимодействия сторон, Совет по собственной инициативе может поднять вопрос перед сторонами для того, чтобы наладить между ними диалог и прояснить вопросы в присутствии Совета. Стороны вправе оперативно совместным письменным заявлением пресечь такую инициативу Совета, если сочтут ее бесполезной⁶¹⁴. При этом в Регламенте прямо указано, что стороны вправе в любое время урегулировать спор, будь то при содействии Совета или без такового⁶¹⁵. СОРАС – механизм разрешения споров, применяемый по договоренности сторон⁶¹⁶. При проведении конкурсов на заключение договоров строительного подряда положения о СОРАС включаются в документацию, представляемую на конкурс. Кандидатуры членов Совета отбираются и утверждаются заказчиком и подрядчиком сразу по оглашению результатов конкурса. СОРАС должен быть сформирован и порядок его работы должен быть определен после подписания договора подряда и желательно до начала строительства. Применение СОРАС с самого начала проекта максимально увеличивает преимущества и выгоду от его использования.

⁶¹¹ Tripartite Agreement for a Dispute Board. Para. 1.2.

⁶¹² CIARB Dispute Board Rules. August 2014. Para. 1, Article 12.

⁶¹³ CIARB Dispute Board Rules. August 2014. Para. 3, Article 12.

⁶¹⁴ CIARB Dispute Board Rules. August 2014. Para. 2, Article 12.

⁶¹⁵ CIARB Dispute Board Rules. August 2014. Para. 5, Article 13.

⁶¹⁶ FIDIC (Red Book) Appendix General Conditions of Dispute Adjudication Agreement. – P. 304–310. : <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/9780470697641.app1/pdf> (access date: 28.12.2017).

СОРАС считается официально утвержденным после подписания трехстороннего соглашения между сторонами договора подряда и каждым из членов СОРАС. Трехстороннее соглашение представляет собой договор об оказании услуг, которым определяется цель создания Совета и его роль, требования к членам Совета, их обязанности, обязательства по сохранению конфиденциальности; обязательства Сторон проекта (представление членам Совета информации о ходе исполнения договора сторон, необходимой для исполнения Советом своих функций, а также оплата услуг и расходов членов Совета), порядок расторжения договора, применимое к соглашению право и порядок урегулирования споров из него (так, типовое трехстороннее соглашение, прилагаемое к Регламенту CIArb, содержит в п. 5.2 и 6.3 арбитражную оговорку о разрешении споров, возникающих из этого соглашения, одним арбитром по правилам Арбитражного регламента CIArb). Членам Совета предоставляются все договорные документы и отчеты о ходе строительства, а также протоколы еженедельных заседаний проектной группы. Таким образом, СОРАС постоянно в курсе хода работ и готов немедленно отреагировать на любые проблемы и споры по мере их возникновения. Любая из сторон вправе передать спор, который сторонам не удалось оперативно разрешить самостоятельно, на рассмотрение СОРАС.

Спор рассматривается СОРАС в порядке, схожем с договорной экспертизой, – проводит слушания (соблюдается принцип состязательности, каждая из сторон кратко и четко излагает суть возникшей проблемы). Заслушав стороны и рассмотрев письменные доказательства, представленные сторонами, СОРАС представляет сторонам письменный отчет, содержащий мотивированные рекомендации. Рекомендации не имеют для сторон спора обязательной силы. Это снижает враждебность между сторонами, и в результате последующие переговоры между ними приводят к быстрому и экономически эффективному разрешению спора.

Рассмотрение спора в СОРАС экономично по сравнению с арбитражем. Разрешение споров спустя краткий промежуток времени после их

возникновения существенно уменьшает расходы сторон, в частности затраты на оплату гонораров юристов и консультантов. Кроме того, существенно уменьшаются непроизводительные временные затраты, экономится время специалистов. СОРАС позволяет провести квалифицированный анализ спора, поскольку стороны, владеющие ситуацией, уже на месте, и члены Совета могут самостоятельно ознакомиться с состоянием дел на месте или с положением на стройке, в связи с которой возник спор.

Наличие оговорки о рассмотрении споров в СОРАС в договоре подряда важно для подрядчиков, поскольку они знают, что в случае возникновения спора он будет оперативно рассмотрен составом технически компетентных беспристрастных специалистов, избранных по согласованию сторон и уже знакомых с проектом. Таким образом, исключается риск длительных простоев и связанных с этим дополнительных затрат.

С точки зрения заказчика наличие СОРАС обеспечивает последовательное разрешение возникающих споров и уменьшает риски предъявления исков по завершении договора, что позволяет заказчику сохранять контроль над бюджетом и избежать расходов на судебное разбирательство и рисков, связанных с непредсказуемостью его результатов. Выработанные СОРАС рекомендательные документы образуют основу для формирования решения сторонами.

Опыт показывает, что существование СОРАС способно повлиять на поведение сторон договора и снизить частоту возникновения споров. При возникновении конфликта СОРАС может дать рекомендации для его разрешения быстро, – до того, как отношения противостояния между сторонами усилятся до такой степени, что повлияют на сроки и качество исполнения проекта.

На основании изложенного можно сделать вывод о том, что практику внедрения СОРАС в инвестиционные проекты необходимо поощрять, поскольку это позволяет сторонам оперативно разрешать споры, возникающие по ходу работ. Критерии отбора членов СОРАС, формирования его состава и

правила его работы позволяют обеспечить независимое и беспристрастное разрешение возникающих конфликтов с учетом их специального технического характера, объективность и пригодность для немедленного непосредственного применения выработанных рекомендаций, сочетающих в себе свойства экспертных заключений и решений/рекомендаций, равно как и поддерживать на строительной площадке отношения доверия и сотрудничества между участниками строительства. Именно договорный характер формирования и работы СОРАС способен обеспечить эффективность разрешения возникающих споров без необходимости обращения к другим процедурам урегулирования споров.

Таким образом, советы по разрешению споров – гибкий договорный механизм урегулирования разногласий и разрешения споров, возникающих между сторонами проекта (оформленного договором строительного подряда или другого гражданско-правового договора), подразумевающего их долгосрочное или среднесрочное сотрудничество. Состав, функции Совета по урегулированию спора и порядок вознаграждения его членов определяются трехсторонними договорами об оказании услуг, заключаемыми сторонами проекта с каждым из членов Совета. Специфика прекращения договорных отношений с членами Совета обусловлена составом сторон и заключается в том, что стороны договора, на основании которого выполняется проект, могут расторгнуть договор с членом Совета только действуя совместно, в то время как член Совета может расторгнуть договор по собственной инициативе. Функции Совета по разрешению спора может выполнять единоличное нейтральное лицо или сформированный по в согласованном сторонами порядке коллегиальный орган; СОРАС могут быть постоянно действующими (формируются на весь срок исполнения проекта) или образовываться для разрешения конкретного спора при его возникновении (*ad hoc*). Членов Совета стороны могут выбрать самостоятельно или, включив в основной договор соответствующую оговорку, обратиться за их назначением к администрирующей институции. Оказывая услуги по содействию в

формировании Совета, администрирующая институция выступает гарантом качества назначаемых членов Совета, их независимости и беспристрастности, рассматривает ходатайства об их отводе, определяет размер вознаграждения, а также, если стороны договорились о том, что решения и рекомендации совета должны в обязательном порядке просматриваться администрирующей институцией – то администрирующая институция действует и как гарант качества рекомендаций и решений Совета. Как следует из нового Регламента МТП 2015 г, в регулировании советов по разрешению споров отчетливо прослеживается тенденция к усилению их профилактической функции, акцент на неформальные методы урегулирования зарождающихся разногласий, стимулирующие участников спора вступить в прямые переговоры и самостоятельно устранить причину расхождений на их ранней стадии, – до перерастания в спор, который должен быть рассмотрен Советом с соблюдением формальных требований. В зависимости от того, на какой стадии развития находится рассматриваемое советом разногласие, и содержания договоренности сторон относительно роли Совета по разрешению спора, Совет либо действует в качестве «дружественных посредников», либо выступает в качестве эксперта по техническим, правовым или сочетающим в себе различные признаки вопросам, в том числе дает раннюю (доарбитражную или досудебную) оценку спора, либо выносит по нему решение.

Советы по разрешению споров перестают восприниматься как узко специализированный инструмент разрешения споров, возникающих в сфере строительства: за ними признан универсальный, межотраслевой характер (об этом, в частности, свидетельствует и Регламент CIArb 2014 г.).

Представляется, что с учетом реформы третейского разбирательства в России целесообразно задуматься над выработкой регламента советов для разрешения споров, создание которых мог бы администрировать МКАС при ТПП РФ.

Для того чтобы создать более полную картину разновидностей АРС, которыми стороны могут воспользоваться для разрешения споров в делящихся

проектах, полагаем целесообразным кратко представить гибридные процедуры раннего урегулирования споров, применяемые для оперативного урегулирования споров в делящихся проектах.

Специфической разновидностью раннего урегулирования споров в делящихся проектах, в основном в сфере строительства, является механизм направляемого (пошагового) выбора (guided choice). Автор метода – П. Льюри, арбитр и медиатор, научный сотрудник американского колледжа юристов, специализирующихся в области строительства, придерживается очень широкого понимания концепции медиации как гибкой процедуры и полагает, что ее потенциал в качестве средства профилактики и разрешения споров на их ранней стадии недооценен⁶¹⁷.

Направляемый (пошаговый) выбор относится к процедурам частного разрешения споров на их ранней стадии (Private Early Dispute Resolution)⁶¹⁸.

Идея метода заключается в том, чтобы задействовать медиатора на самых ранних стадиях развития конфликта – до ухудшения отношений между сторонами. Услугами «руководителя» процесса можно воспользоваться одновременно с рассмотрением дела в третейском суде или арбитраже. Медиатор – «направляющий» в процедуре пошагового выбора – помогает сторонам (и их юристам) собрать информацию, необходимую для того, чтобы как можно раньше определить судебную перспективу спора. Цель процедуры заключается не только в том, чтобы урегулировать спор, но и в том, чтобы предотвратить затягивание мирового урегулирования до более поздней стадии

⁶¹⁷ В статье “Using the Guided Choice Process to Reduce the Cost of Resolving Disputes” (Alternatives. – 2014. – Vol. 32. – № 7. – P. 104) П. Льюри цитирует Дж. Бикермана (John Bickerman), бывшего председателя секции Американской ассоциации юристов по альтернативным способам разрешения споров: «Нет ясности в том, чем занимаются медиаторы, и (пользователи) не имеют понятия о том, какой стиль медиации они покупают и то ли это, что они хотят для разрешения своего спора. В прошлом некоторые специалисты пытались определить медиацию как один стиль и запретить все остальное. Все модели медиации имеют преимущества в соответствующих обстоятельствах».

⁶¹⁸ См.: Lurie P. M., Press Sh. The Lawyer’s Obligation to Advise Clients of Dispute Settlement Options // Dispute resolution magazine. – 2014. – P. 34–35.

судебной процедуры⁶¹⁹. Удачно спроектированная процедура медиации может оказаться самой важной предпосылкой для успешного достижения мирового соглашения⁶²⁰.

Процедура пошагового выбора:

1. Медиатор как специалист и консультант в области проектирования процедуры вступает в спор как можно раньше, независимо от того, передано ли уже дело в суд. На этом этапе он устанавливает причины, препятствующие мирному урегулированию спора, включая любые правовые, фактические или психологические характеристики лиц, принимающих решение.

2. По результатам анализа обстановки медиатор, выполняя основную функцию устроителя взаимодействия сторон, направляет стороны в процедуру урегулирования спора. На этом этапе подразумевается обмен информацией, необходимой сторонам для оценки вариантов мирного урегулирования спора.

3. Если переговоры зашли в тупик, медиатор помогает сторонам его преодолеть. Кроме того, стороны должны принять на себя обязательство не прерывать переговоры в случае, если они зашли в тупик. По мнению П. Льюри, это обязательство не противоречит предусмотренному договором сторон праву выйти из процедуры без указания причин, если сторона объективно полагает, что в результате судебного или арбитражного разбирательства она получит больше.

4. По мнению П. Льюри, может оказаться полезным начать арбитражное разбирательство, чтобы подтолкнуть стороны к переговорам. Если стороны не пришли к соглашению по существу спора, медиатор на основании соглашения сторон организует арбитражное разбирательство для данного конкретного случая (*ad hoc*), в котором арбитр, отличный от медиатора, выносит решение по спору.

⁶¹⁹ См.: Lurie P. M. Guided Choice: Early Mediated Settlements and/or Customized Arbitrations // Thomson Reuters Journal of the ACCL (American College of Construction Lawyers). – Vol. 7. – № 2. – P. 169.

⁶²⁰ См.: Lurie P. M. Using the guided choice process to reduce the cost of resolving construction disputes // Construction Law International. – 2014. – Vol. 9. Iss. 1. – P. 22.

5. До тех пор пока стороны продолжают доверять медиатору, он продолжает участвовать в переговорах.

По мнению П. Льюри, от медиатора-направляющего требуются иные навыки по сравнению с теми, какие традиционно ожидаются от медиатора. Он должен понимать существо спора, уметь расследовать и распознать подлинные причины тупиковой ситуации, уметь убедить стороны в целесообразности проведения процедуры и обладать достаточным опытом в сфере судебного и арбитражного разбирательства. Фактически речь идет о техническом эксперте, обладающем познаниями и опытом в правовой области.

Анализируя обстоятельства, препятствующие урегулированию спора, и для того, чтобы успешно спроектировать порядок его урегулирования, медиатор предпринимает определенные действия по структурированию, планированию хода урегулирования спора⁶²¹:

- определяет, какой именно информацией стороны должны обменяться;
- выясняет, целесообразно ли руководителям сторон встретиться до начала медиации и содержит ли договор, из которого возник спор, положение об урегулировании спора путем переговоров между сторонами;
- уточняет, содержит ли договор, из которого возник спор, положения о СОРАС и, если содержит, был ли он уже сформирован и какая роль должна быть ему отведена в разрешении спора;
- выясняет, договорились ли стороны о том, что определенные вопросы будет по существу решать стороннее лицо (например, эксперт);
- выясняет, какие правовые вопросы возникают – хотят ли стороны определить круг вопросов, которые нужно представить на рассмотрение сторонним лицам, чтобы получить по ним рекомендации или окончательные решения;
- согласует состав делегаций, представляющих каждую из сторон на переговорах; уточняет, следует ли организовать физическое присутствие всех

⁶²¹ См.: Lurie P. M. Using the guided choice process to reduce the cost of resolving construction disputes // Construction Law International. – 2014. – Vol. 9, Iss. 1. – P. 21–22.

лиц, входящих в состав этих делегаций на переговорах, или достаточно их удаленного участия;

– уточняет необходимость присутствия представителя (представителей) страховой компании на переговорах или возможность для медиатора встретиться с этим представителем индивидуально;

– выясняет, могут ли лица, принимающие решения, принять участие в переговорах и как решить вопрос их участия;

– уточняет круг лиц, которые должны участвовать в переговорах, помимо участников спора (субподрядчики, поставщики, государственные органы, группы граждан);

– если сторон много, определяет, стоит ли их предварительно разбить на группы и встретиться с каждой по отдельности, а также время этих встреч;

– выясняет вопросы, связанные с возможностью использования арбитража (можно ли рассматривать арбитраж в качестве возможного средства урегулирования данного спора; можно ли поднять вопрос об арбитраже во время планирования процедуры так, чтобы стороны не усомнились в медиации; готовы ли стороны продолжить участвовать в медиации параллельно с третейским разбирательством);

– согласует со сторонами место проведения переговоров;

– по договоренности со сторонами задает формат встречи для проведения переговоров – место, вступительное слово каждой из сторон, меры по предотвращению затягивания переговоров, роль юристов, представителей сторон и экспертов; уточняет у сторон, как медиатор должен вести переговоры – в основном на совместной встрече или в индивидуальных встречах со сторонами;

– выясняет у сторон допустимость участия сторон в переговорах без сопровождения юристов;

– прогнозирует способы предотвращения тупиковой ситуации в переговорах и ее преодоления;

- выявляет возможные области, где может возникнуть тупиковая ситуация;

- выясняет, приемлемы ли извинения;

- устанавливает, может ли расхождение экспертов во мнениях стать причиной приостановки переговоров и выясняет, должны ли эксперты встретиться до переговоров и в условиях конфиденциальности обсудить способы преодоления расхождений между ними;

- выясняет, сформирован ли Совет по разрешению споров, действует ли он, при каких обстоятельствах и в каких условиях следует передать вопросы на его рассмотрение для получения рекомендаций или обязательных решений;

- выясняет у сторон, намерены ли они продолжать переговоры одновременно с арбитражным или судебным разбирательством.

В качестве оговорки о проведении пошаговой примирительной процедуры (формулируется до возникновения спора) П. Льюри предлагает следующую:

«В случае возникновения спора из настоящего договора, в связи с ним или в связи с его нарушением стороны согласны предпринять попытку добросовестно урегулировать спор как можно раньше, обратившись к медиатору, обладающему опытом относительно предмета спора, чтобы он:

- a) проанализировал правовые, технические и человеческие факторы, приведшие к тупику в переговорах об урегулировании спора;

- b) спроектировал и вынес на одобрение сторон процедуру, направленную на преодоление препятствий для урегулирования спора, когда бы они ни возникли.

Если процедура урегулирования спора зайдет в тупик на любом ее этапе, стороны при содействии медиатора продолжат сотрудничать в добросовестном обмене информацией. Эта информация подлежит передаче другой стороне в силу применимых норм права и может оказаться полезной для переоценки позиций в отношении урегулирования спора. Эта информация предоставляется в условиях конфиденциальной процедуры медиации.

Не прекращая процедуру медиации, стороны могут также согласиться (1) обратиться к третейскому судье или компетентному судье с ходатайством о вынесении постановлений по существу дела или по вопросам процедуры, и(или) (2) передать дело на рассмотрение арбитража *ad hoc* с тем, чтобы получить справедливое решение быстро и с минимальными затратами. Медиатор поможет в проведении переговоров, но не будет выступать в качестве арбитра.

Любая из сторон вправе за 7 (семь) дней направить письменное уведомление о прекращении процедуры медиации и обратиться в суд или третейский суд. При отсутствии иной договоренности между сторонами все прочие существующие соглашения в отношении урегулирования спора остаются в силе».

Оговорка может также предусматривать максимальную продолжительность процедуры.

П. Льюри полагает необходимым обучать и юристов, и медиаторов навыкам, необходимым для эффективного проведения пошаговой процедуры (в частности, юристам необходимо объяснить, что медиация имеет более широкую, чем они предполагают, сферу применения, а медиаторов обучить диагностике причин, приведших к приостановке переговоров, и убеждению сторон в том, что тупик это нормальное явление и его возможно преодолеть).

Сходный метод мирного урегулирования споров, «Направляемое урегулирование спора» (Guided settlement), предлагает К. Ислам (Carl Islam)⁶²², барристер Суда Эссекса. Этот метод схож как с экспертной оценкой, так и с медиацией, но отличается от них: «направляющий» (или руководитель) – это нейтральный судебный адвокат, назначенный сторонами совместно, и он не решает какие-либо вопросы и не действует в качестве директивного медиатора. Роль направляющего как обладающего техническими познаниями

⁶²² См.: Islam C. Guided settlement (instead of mediation?) [Electronic resource]. – URL: <http://forum.step.org/t/guided-settlement-instead-of-mediation/161> (access date: 29.08.2016).

практикующего специалиста и творческого человека, способного предложить оригинальные решения коммерческих проблем, заключается в следующем:

- a) проанализировать правовые основания иска и связанные с ними риски судебного разбирательства;
- b) спроектировать методологию коммерческого урегулирования спора;
- c) помочь сторонам в общении с тем, чтобы они могли использовать методологию в качестве основы для исследования и построения всеобъемлющих условий мирного урегулирования.

К. Ислам описывает следующую схему направляемого урегулирования на примере раздела наследства (в состав наследственной массы входили и коммерческие активы, и доли в капитале компаний):

1. Оценка: стороны определяют стоимость наследства, для чего (через юристов) нанимают оценщика, чтобы он составил опись и оценил стоимость имущества (для этого нужно, чтобы стороны достигли согласия, как минимум, о (1) кандидатуре оценщика, (2) величине его вознаграждения, (3) порядке оплаты вознаграждения (поровну или в иных долях. – *НГШ*);

1. Коммерческий анализ: юристы каждой из сторон получают от них указания о коммерческих потребностях, предпочтениях и приоритетах. Вместо того чтобы назначить медиатора, стороны назначают «направляющего», который за заранее определенную сумму проводит предварительную оценку правовых оснований требования (иска), рисков, сопряженных с судебным разбирательством, и затрат и оформляет свое заключение в виде таблицы (Оценка правовых рисков) и составляет документ, образующий рамки (основу) мирового соглашения. В этом документе он обосновывает коммерческую/арифметическую методологию урегулирования спора на основании: оценки (п.1); коммерческого анализа, представленного юристом каждой из сторон, оценки правовых рисков.

2. Встреча с направляющим (гонорары направляющего рассчитываются по твердой цене за день): юристы сторон, действующие на основании выданных клиентами генеральных оверенностей (или юристы сторон вместе со

своими клиентами), встречаются с направляющим на нейтральной территории порознь.

3. Используя рамки (основу) мирового соглашения, направляющий прорабатывает с каждой из сторон варианты урегулирования спора, направленные на (1) уменьшение числа спорных вопросов; (2) на то, чтобы задать направление для достижения соглашения по всем вопросам.

Как и в медиации, может понадобиться провести несколько таких встреч.

Как отмечает К. Ислам, в отличие от медиатора, направляющий использует свои технические познания в области права и по спорным юридическим вопросам, равно как и свои навыки в решении спорных проблем с тем, чтобы выработать оригинальные предложения по урегулированию спора, о которых ни одной из сторон не придется сожалеть и которые не приведут к потере репутации стороной, отвергшей такие предложения, поскольку это предложения барристера, но не медиатора; если ли эти предложения будут приняты обеими сторонами, то стороны могут рассматривать их в качестве продукта своего совместного коммерческого сотрудничества.

Представляется, что и первый, и второй методы можно рассматривать как варианты оценочной (директивной) медиации, в которых медиатор выступает как «проектировщик», «направляющий» и руководитель сторон в ходе урегулирования спора. Если в первом случае процедура названа «медиацией» и подразумевает конфиденциальность переговоров, то во втором конфиденциальность обеспечивается тем, что «ведущий» является судебным адвокатом. Отметим, что в обоих случаях привлеченный сторонами на основании договора о порядке урегулирования спора аккомодатор должен обладать специальными познаниями относительно предмета спора, поскольку в его функции входит сбор и профессиональная оценка информации. Полномочия такого «ведущего» шире полномочий эксперта, чья задача заключается в установлении факта и его технической оценке и не подразумевает предоставления рекомендаций.

На рассмотренных выше примерах отчетливо прослеживается тенденция к урегулированию разнородных споров, возникающих между сторонами – профессиональными участниками системы договорных связей в процессе реализации единой экономической цели, в рамках «замкнутого контура», образованного, с одной стороны, соглашением о конфиденциальности, и с другой – жесткими временными рамками сроков договора. Таким образом, замкнутые системы урегулирования спора, обеспечивающие своевременное предотвращение, урегулирование или разрешение спора, могут формироваться в рамках сложных многокомпонентных комплексных договоров, обеспечивающих решение единой экономической задачи (например, в сфере строительства, долгосрочных научных исследований). Помимо временной составляющей (такие договоры, как правило, заключаются на долгий и средний срок; исполнению отдельных их этапов заданы четкие временные рамки) для этих договоров характерен фидуциарный характер отношений между сторонами, сильная «отношенческая» составляющая, поскольку для успешного выполнения проекта стороны должны сотрудничать друг с другом. Замкнутая система разрешения споров между участниками проекта, связанными единой экономической целью, формируется одновременно с заключением основного договора (например, договора генерального подряда), предусматривающего оговорку о назначении единоличного аккомодатора – стороннего лица, чья роль меняется в зависимости от обстоятельств и потребностей сторон от фасилитативной (модератор, медиатор) к директивной (эксперт, арбитр). Для того чтобы обеспечить соответствие аккомодатора стандартным требованиям, предъявляемым к таким лицам, стороны передают функции по назначению органа разрешения спора администрирующей институции, чьи правила они принимают как обязательные путем отсылки к ним. Такого рода замкнутая система урегулирования споров позволяет в условиях сохранения конфиденциальности оперативно и быстро разрешать возникающие разногласия и споры, при этом результаты такого урегулирования споров сохраняют силу на все время исполнения проекта, стороны признают их

временно окончательный характер, до окончания проекта отказавшись от права оспорить их. Порядок взаимоотношения между сторонами по поводу урегулирования их разногласий определяется соглашениями сторон о порядке урегулирования спора, правилами администрирующей институции, обычаями и обыкновениями, отраслевыми нормативами и стандартами – в соответствующей части. Ответственность сторон за неисполнение обязательств по исполнению результата урегулирования спора регулируется положениями договора сторон и гражданского права. Нарушение права добросовестной стороны, возникшее в результате неисполнения этих обязательств другой стороной, влечет за собой «размыкание» контура замкнутой горизонтальной системы и переход спора в процессуальную вертикаль – разрешение спора в государственном суде или, если стороны договорились об арбитраже, в третейском суде и признание и приведение в исполнение решения третейского суда с использованием публично-правовых рычагов властного воздействия на нарушителя договорных обязательств.

4.2. Договорные способы разрешения конфликтных ситуаций при реализации инвестиционных проектов

«Одним из источников возникновения споров по ходу развития внешнеэкономического сотрудничества являются капиталовложения, предпринимаемые частными инвесторами на территории иностранных государств. Рост инвестиций в развивающиеся экономики, резкие изменения в мировой экономической конъюнктуре, экономической политике государств, спровоцированные в том числе мировым финансовым кризисом, влекут за собой увеличение числа споров⁶²³. Многие споры связаны с отзывом

⁶²³Карро Д., Жюйар П. Международное экономическое право : учебник / Пер. с франц. В. П. Серебренникова, В. М. Шумилова. – М., 2001. – С. 59–61. Урегулирование споров в рамках ВТО не является темой настоящей работы. Тем не менее некоторые выводы относительно урегулирования споров в ее системе справедливы и для других инвестиционных споров, поскольку также определяются спецификой состава их участников.

государством лицензий на осуществление инвестиционных проектов, нарушением положений инвестиционных договоров⁶²⁴, в том числе – неисполнением обязательств по оплате оказанных услуг, сменой политики правительств, например, в отношении налогового режима⁶²⁵. Основная доля споров приходится на нефтегазовый и энергетический секторы.

Для разрешения споров между частными инвесторами (физическими и юридическими лицами и государствами) разработаны такие механизмы, как инвестиционный арбитраж по правилам МЦУИС, широко используется арбитраж *ad hoc* по регламенту ЮНСИТРАЛ. Помимо этих механизмов стороны могут прибегнуть к процедуре примирения, администрируемой МЦУИС, показатели использования которой в случае, когда инвестор и государство находятся в странах, одна из которых не является стороной Вашингтонской конвенции, остаются в пределах статистической погрешности.

Д. Карро и П. Жюйар, рассматривая механизм разрешения споров в рамках ВТО, справедливо обращают внимание на то, что «многообразие споров исключает единообразие средств их разрешения». Отмечая, что споры между участниками ВТО – это межгосударственные споры, они подчеркивают специфику роли образуемого Генеральным советом ВТО Органа разрешения споров (ОРС) как органа, облегчающего урегулирование спора, а не урегулирующего их: функции ОРС весьма схожи с функциями институций, администрирующих процедуры урегулирования споров между частными лицами – участниками внешнеэкономической деятельности. К недостаткам системы разрешения споров в рамках ВТО Д. Карро и П. Жюйар относят то, что этот межгосударственный механизм не учитывает возможность допуска частных лиц, чьи права ущемлены действиями государств. В этой системе экономические операторы находятся «за спинами государств», под своеобразной дипломатической защитой. См.: О порядке разрешения споров в ВТО см. также: Богатырев А. Г., Шулятьев И. А. Право всемирной торговой организации: учеб. пособие / под ред. проф. А. Я. Капустина. – М., 2014. – С. 75–88, 213–243.

⁶²⁴ По данным ЮНКТАД, в 2014 г. чаще всего инвесторы оспаривали расторжение инвестиционных договоров государствами, отзыв лицензий или отказ в их выдаче. См.: PA Issues Note. – 2015. – № 1; Официальный сайт Конференции ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД): http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf (access date: 29.03.2018). В 2015 г. инвесторы чаще всего оспаривали законодательные реформы в сфере возобновляемых источников энергии, случаи прямой экспроприации инвестиций (в том числе в связи с событиями в Крыму), отзыв лицензий или разрешений и отказ в их выдаче. См.: PA Issues Note. – 2016. – № 2; Официальный сайт Конференции ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД) : http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2016d4_en.pdf (access date: 20.04.2018).

⁶²⁵ Chirag Shah. Investor-State Disputes [Electronic resource] // Corporate Disputed Magazine. – Jan.-Mar. 2013 – P. 61. – URL: www.corporatedisputesmagazine.com (access date: 29.08.2017).

Почему это происходит и нужны ли дополнительные инструменты, к которым инвесторы могут прибегнуть для защиты своих интересов?

По данным конференции ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД), в 2014 г. в среднем каждую неделю заключалось по одному соглашению о защите инвестиций. Общее число таких соглашений по состоянию на 1 февраля 2015 г. составило 3,268⁶²⁶. При этом все чаще они включают предварительные условия и положения, направленные на долгосрочное развитие отношений.

По данным ЮНКТАД, в настоящее время Россия заключила 78 двусторонних соглашений о поощрении и взаимной защите капиталовложений, из них действуют 59⁶²⁷. Ныне действующая форма типового межправительственного соглашения о поощрении и взаимной защите капиталовложений утверждена Постановлением Правительства РФ от 09.06.2001 г. № 456 «О заключении соглашений между Правительством Российской Федерации и правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений»⁶²⁸ и была последний раз изменена 17.12.2010 г.⁶²⁹. Заключенные Российской Федерацией соглашения содержат многоуровневые положения о разрешении споров⁶³⁰, как правило, предусматривающие 6-месячный срок для проведения переговоров, по окончании которого инвестор по своему выбору передать спор в суд по месту капиталовложений либо в арбитраж *ad hoc* по регламенту ЮНСИТРАЛ либо

⁶²⁶ Официальный сайт Конференции ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД): http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf (access date: 20.04.2018).

⁶²⁷ Официальный сайт Конференции ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД): <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/175#iiaInnerMenu> (access date: 20.04.2018).

⁶²⁸ СЗ РФ. – 2001. – № 25. – Ст. 2578.

⁶²⁹ Постановление Правительства РФ от 17.12.2010 № 1037 «О внесении изменений в постановление Правительства Российской Федерации от 9 июня 2001 г. № 456» // СЗ РФ. – 2010. – № 52 (часть I). – Ст. 7137.

⁶³⁰ Статья 9 Типового соглашения.

обратиться за разрешением спора в Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС)⁶³¹.

До недавнего времени характерной чертой инвестиционного права и договорных способов урегулирования споров, предусмотренных двусторонними соглашениями о защите капиталовложений (от переговоров до арбитража), была их конфиденциальность. С начала XXI в. наметились первые признаки отхода от безусловного соблюдения этого принципа: так, в 2001 г. Комиссия свободной торговли Северо-американского соглашения о свободной торговле (НАФТА) приняла примечания относительно толкования некоторых положений Гл. 11 Соглашения⁶³², подчеркнув, что оно не предполагает безусловного обязательства сторон сохранять конфиденциальность в отношении арбитражных разбирательств, проводимых по спорам в связи с Соглашением, и, соответственно, что Стороны Соглашения вправе обнародовать документы, связанные с проведением таких разбирательств, исключив из них сведения, составляющие коммерческую тайну, охраняемую согласно внутреннему законодательству Стороны информацию, а также информацию, которую Сторона должна удерживать согласно применимому арбитражному регламенту⁶³³. В 2006 г. были приняты изменения к

⁶³¹ О проблемах инвестиционного арбитража см.: Вилкова Н. Г. Из практики инвестиционного арбитража с участием стран СНГ // Третьейский суд. – 2011. – № 4. – С. 73 – 82.

⁶³² North American Free Trade Agreement, Dec. 17, 1992, U.S.-Can.- Mex., 32 I.L.M. 605, 639 (entered into force Jan. 1, 1994) [hereinafter NAFTA].

⁶³³ Пункт А. 2 (b), North American Free Trade Agreement Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions NAFTA Free Trade Commission. – July 31, 2001. Текст на английском языке см. на официальном сайте Организации американских государств (ОАГ) : http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp (access date: 20.04.2018). Анализ этого положения, а также пределов полномочий Комиссии свободной торговли относительно толкования положения Соглашения см.: Kaufmann-Kohler G. Interpretive powers of the Free Trade Commission and the Rule of Law. Fifteen years of NAFTA. Chapter 11 // Arbitration. JurisNet. – 2011. – P. 185–194 [Electronic resource]. – URL: http://www.arbitration-icca.org/media/1/13571335953400/interpretive_powers_of_the_free_trade_commission_and_the_rule_of_law_kaufmann-kohler.pdf (access date: 20.04.2018) ; Meg Kinnear, Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Symposium Co-Organised by Icsid, Oecd

Арбитражным регламентам МЦУИС⁶³⁴. Новые положения предусмотрели обязательное незамедлительное опубликование выдержек из арбитражных решений, включая мотивировочную часть⁶³⁵.

Как отмечает Ш. Шилл⁶³⁶, в настоящее время на смену конфиденциальности приходит прозрачность: с 01.04.2014 г. вступили в силу Правила ЮНСИТРАЛ о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров⁶³⁷ (далее – Правила ЮНСИТРАЛ о прозрачности), а с 15.03.2015 г. открыта для подписания Конвенция ООН о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров⁶³⁸.

При отсутствии иной договоренности между сторонами международного договора, содержащего положения о защите инвестиций, Правила ЮНСИТРАЛ о прозрачности применяются к арбитражным разбирательствам между инвесторами и государствами (а также региональными организациями экономической интеграции), проводимым по Арбитражному регламенту

And Unctad Making the Most Of International Investment Agreements: a Common Agenda 12 December 2005, Paris. Текст на официальном сайте ОЭСР: <https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/36979626.pdf> (access date: 26.12.2017).

⁶³⁴ См.: Antonietti Aurélie. The 2006 Amendments to the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules. ICSID Review. – 2006. – Vol. 21 (2) – P. 427–448.

⁶³⁵ ICSID Arbitration Rules, Rule 48 ; ICSID Additional Facility Arbitration Rule, Art. 53 (3).

⁶³⁶ Доктор юридических наук и старший научный сотрудник Института сравнительного публичного и международного права Общества Макса Планка (Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law), Schill Stephan. Transparency as a Global Norm in International Investment Law. – 15.09.2015 [Electronic resource]. – URL: <http://kluwerarbitrationblog.com/2014/09/15/transparency-as-a-global-norm-in-international-investment-law/> (access date: 30.12.2017).

⁶³⁷ Текст Правил на русском языке см. на официальном сайте Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ): http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Rules_status.html (дата обращения: 20.03.2018).

⁶³⁸ Текст Конвенции на русском языке см. на официальном сайте Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ): http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention.html (дата обращения: 20.03.2018).

ЮНСИТРАЛ согласно международным договорам, заключенным с 01.04.2014 г.⁶³⁹. Правила могут применяться и в случаях, когда арбитражное разбирательство между инвестором и государством проводится по иному регламенту. Как отмечала видный швейцарский специалист в области международного арбитража Г. Кауфманн-Колер⁶⁴⁰, при применении правил прозрачности самое важное заключается в том, чтобы соблюсти баланс между прозрачностью процедуры и эффективностью проведения арбитражного разбирательства. Поиск такого баланса отнесен к усмотрению арбитражного суда, который должен принять во внимание как публичную заинтересованность в прозрачности разбирательства инвестиционных споров вообще и конкретного инвестиционного спора в частности, так и заинтересованность сторон спора в справедливом и эффективном урегулировании их спора⁶⁴¹. На усмотрение суда оставлено решение вопроса о разрешении доступа и порядке предоставления доступа к доказательствам, не подлежащим обязательному опубликованию в силу п. 1, 3 ст. 3 Правил ЮНИСТРАЛ о прозрачности, а также ограничить или перенести сроки опубликования информации, способного затруднить сбор и предоставление доказательств, привести к запугиванию свидетелей, юристов сторон или арбитров или иным образом нарушить целостность арбитражного процесса⁶⁴². Положения указанных пунктов ст. 3 предусматривают опубликование информации на всех этапах арбитражного разбирательства с момента подачи уведомления об арбитраже и подразумевают прозрачность всех материалов дела (кроме доказательств) – от искового заявления до постановлений и решений арбитражного суда. Гласности не передается только конфиденциальная информация⁶⁴³. Кроме того, по общему правилу слушания

⁶³⁹ Пункты 1, 2 ст. 1 Правил ЮНСИТРАЛ о прозрачности.

⁶⁴⁰ См.: Kaufmann-Kohler G. // *The Future of Investment Arbitration* ; Catherine A. Rogers, Roger P. Alford (ed.). – Oxford University Press, 2009. – P. XIV.

⁶⁴¹ Пункт 4 ст. 1 Правил ЮНСИТРАЛ о прозрачности.

⁶⁴² Пункт 7 ст. 7 Правил ЮНСИТРАЛ о прозрачности.

⁶⁴³ Пункты 1, 2 ст. 7 Правил ЮНСИТРАЛ о прозрачности.

должны быть публичными⁶⁴⁴, и свою позицию по спорным вопросам в них могут заявлять третьи лица⁶⁴⁵.

Представляется, что Правила ЮНСИТРАЛ о прозрачности как инструмент мягкого права могут применяться не только в сфере международных инвестиционных споров, но и при разрешении гражданско-правовых споров из инвестиционных договоров и договоров о государственно-частном партнерстве. Принимая во внимание развитие информационных технологий и цену технических усилий, необходимых для сохранения в тайне конфиденциальной информации, представляющей действительную коммерческую и репутационную ценность, а также важность сохранения баланса между публичными и частными интересами, готовность государства применять Правила ЮНСИТРАЛ о прозрачности или выработанного на его основе близкого по содержанию национального документа могла бы рассматриваться как дополнительная черта в пользу его инвестиционной привлекательности.

Тенденция к усилению прозрачности инвестиционного арбитража, фактическое сближение арбитражного разбирательства с судебным процессом противостоят попыткам учреждения международных судов для инвестиционных споров в рамках интеграционных объединений в противопоставление международным механизмам разрешения инвестиционных споров, прежде всего арбитража в рамках МЦУИС. Так, в ходе публичных консультаций, проведенных Европейской Комиссией в связи с планируемым соглашением о Трансатлантическом торговом и инвестиционном партнерстве (ТТИП)⁶⁴⁶, МЦУИС были высказаны упреки в том, что он размывает

⁶⁴⁴ Статья 6 Правил ЮНСИТРАЛ о прозрачности.

⁶⁴⁵ Статья 4 Правил ЮНСИТРАЛ о прозрачности.

⁶⁴⁶ Barker Tyson and Workman Garrett. The Transatlantic Trade and Investment Partnership: Ambitious but Achievable: A Stakeholder Survey and Three Scenarios // Atlantic Council and Bertelsmann Foundation. – April 2013 [Electronic resource]. – URL: http://www.atlanticcouncil.org/images/publications/ttip_ambitious_achievable.pdf (access date: 30.12.2017). О критике механизмов разрешения инвестиционных споров в рамках ТТИП см.:

суверенитет государств, ограничивая их право урегулировать порядок разрешения спора, компрометирует принцип равного и справедливого отношения к сторонам и ограничивает право на обжалование решений⁶⁴⁷. Предложения относительно системы разрешения споров в рамках этого соглашения, представленные Комиссией ЕС США, первоначально предусматривали передачу споров на разрешение в МЦУИС, однако позже ЕС предложила учредить международный суд для разрешения инвестиционных споров⁶⁴⁸. При этом следует отметить, что ст. 18 проекта соглашения предусматривает применение Правил ЮНСИТРАЛ о прозрачности к процедуре урегулирования инвестиционных споров международным судом. Можно согласиться с критиками этого предложения, высказывающими сомнения относительно смысла замены инвестиционного арбитража международным судом. Нельзя считать доказанным, что назначаемые государством судьи и члены апелляционного суда окажутся более независимыми и беспристрастными и не будут принимать решения, отдавая предпочтение интересам государств или государственных органов⁶⁴⁹. Тем не менее в составе

Cremona Marise. Guest Editorial. Negotiating the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) // *Common Market Law Review*. – 2015. – Vol. 52. – № 2. – P. 356–361.

⁶⁴⁷ См. интервью директоров Люксембургского института процессуального права Общества Макса Планка Б. Хесса и Э. Руиз Фабри по итогам конференции по проблемам ТТИП (Люксембург, 3 и 4 декабря 2015 г.). Hess B., Ruiz Fabri H. Legitimacy, transparency and a consistent jurisprudence are the benchmarks for an arbitration system. – December 10, 2015 ; Официальный сайт Общества Макса Планка : <https://www.mpg.de/9789900/ttip-interview-arbitration-system> (access date: 30.03.2018).

⁶⁴⁸ Помимо суда, система разрешения споров в ТТИП, описанная в Разделе X проекта соглашения, включает и процедуру медиации, порядок проведения которой описывается в Приложении I. В Приложении II содержится кодекс поведения членов суда, апелляционного суда и медиаторов. Проект текста ТТИП на английском языке [Electronic resource]. – URL: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf (access date: 26.12.2017).

⁶⁴⁹ Barrocas M. P. TTIP (TAFTA) Dispute Resolution System: Arbitrators of Judges? – 08.08.2016. Lexology [Electronic resource]. – URL: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b129d168-baed-4bb8-9866-9d7927407e3a> (access date: 26.12.2017).

ЮНСИТРАЛ с 2017 года начала работу Рабочая группа III⁶⁵⁰. В ее задачи входит рассмотрение вопросов реформирования системы урегулирования споров между инвесторами и государствами. После обобщения критических отзывов о системе рассмотрения споров в МЦУИС, относящихся к арбитражному процессу и его результатам, а также к арбитрам, Рабочая группа рассмотрит возможность корректировки существующего режима урегулирования инвестиционных споров либо предложит решения по дальнейшей институционализации этого режима с созданием постоянного судебного органа, например международного инвестиционного суда, членам которого было бы поручено разрешать споры между инвесторами и государствами, подпадающие под его юрисдикцию⁶⁵¹.

Представляется, что не имеет практического смысла «демонтировать» существующую в настоящее время систему урегулирования споров между инвесторами и государством путем инвестиционного арбитража и заменить ее на международные наднациональные суды. Эту систему можно и нужно реформировать, внедряя согласованные на международном уровне инструменты повышения прозрачности разбирательства, публикуя решения арбитражей и, возможно, внедряя механизмы раскрытия информации об арбитрах до их назначения или избрания.

Н. Г. Семилютин и Н. Г. Доронина обращают внимание на то, что положения о порядке урегулирования споров, содержащиеся в двусторонних соглашениях о защите инвестиций, подразумевают только выбор процедуры разрешения спора, но не обязательство государства-участника подчиниться

⁶⁵⁰[Официальный сайт] URL: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/commission/working_groups/3Investor_State.html (дата доступа: 27.02.2018).

⁶⁵¹ См. Документ A/CN.9/WG.III/WP.142, п.п. 20, 22, 50, 52. [Электронный ресурс] - URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V17/067/50/PDF/V1706750.pdf?OpenElement> (дата обращения: 27.02.2018).

юрисдикции международного инвестиционного арбитража⁶⁵². Однако МЦУИС широко толкует положения двусторонних соглашений о поощрении и взаимной защите капиталовложений о порядке разрешения споров как «"контрактного" обязательства государства подчинить инвестиционные споры юрисдикции Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС)», отмечая, что такая практика МЦУИС, рассматривающего заключение государствами соглашения о поощрении и взаимной защите инвестиций как арбитражное соглашение и создающее для государства обязательство признать юрисдикцию Центра, «практически исключает возможность урегулирования отношений на межгосударственном уровне»⁶⁵³. Таким образом, происходит сближение порядков разрешения спора между договаривающимися государствами с порядком разрешения спора между государством и частным инвестором: в значительной степени утрачивается публично-правовая специфика урегулирования межгосударственных споров, и усиливается частноправовая⁶⁵⁴. Определенная логика в этой тенденции прослеживается: государства в этих спорах выступают как равноправные субъекты горизонтальных отношений, связанных с защитой имущественных прав своих инвесторов.

⁶⁵² Семилютина Н. Г. Страны БРИКС: проблемы правового регулирования инвестиций (в соавт. с Н. Г. Дорониной) [Электронный ресурс] // БРИКС: контуры многополярного мира : монография // С. Е. Нарышкин, Т. Я. Хабриева, А. Я. Капустин и др. ; отв. ред. Т. Я. Хабриева, зам. отв. ред. Н. М. Бевеликова. – М., 2015. – Система ГАРАНТ.

⁶⁵³ Доронина Н. Г. Принципы регулирования как источник толкования нормы права (на примере двусторонних соглашений о защите капиталовложений) [Электронный ресурс] // Журнал российского права. – 2016. – № 5. – С. 123–128. – Система ГАРАНТ.

⁶⁵⁴ Старший научный сотрудник Института сравнительного публичного и международного права Общества Макса Планка (Германия) М. Голдманн отмечает, что в сфере регулирования таких областей, как финансовые рынки, торговля, действия частных действующих лиц заменяют или дополняют государственное регулирование. Он подчеркивает, что коммерческие сделки и частное урегулирование споров привели к созданию частных или гибридных сводов норм и институций, которые оказывают существенное влияние на широкий круг действующих лиц и в конечном счете на человеческую жизнь. По его мнению, публичная власть осуществляется от имени определенного сообщества против членов этого сообщества; частная власть затрагивает и тех, кто в сообщество не входит. См.: Goldmann Matthias. A matter of perspective: Global governance and the distinction between public and private authority (and not law) // Global Constitutionalism. – 2016. – P. 48–84.

Целесообразно рассмотреть перспективы применения согласительных процедур для урегулирования инвестиционных споров в рамках многостороннего интеграционного соглашения – Договора о Евразийском экономическом союзе (ЕАЭС). Протокол о торговле услугами, учреждении, деятельности и осуществлении инвестиций (приложение № 16 к Договору о Евразийском экономическом союзе) (Астана, 29. 05. 2014 г.)⁶⁵⁵ в п. 85 п. 6 разд. VII предусматривает несколько возможностей несудебного разрешения споров в связи с инвестициями⁶⁵⁶ инвестора на территории государства реципиента: 1) переговоры (на их проведение отведено 6 месяцев с момента обращения любой из сторон) – фактически установлено обязательство сторон предпринять попытку дружественного урегулирования спора⁶⁵⁷; 2) международный коммерческий арбитраж при торговой палате любого государства, согласованного участниками спора (в том числе и государства, не являющегося участником ЕАЭС); 3) арбитражный суд *ad hoc*, созданный и действующий

⁶⁵⁵ Протокол о торговле услугами, учреждении, деятельности и осуществлении инвестиций (приложение № 16 к Договору о Евразийском экономическом союзе) (Астана, 29.05.2014 г.) вступил в силу с 01.01.2015 г. Текст Протокола опубликован на официальном интернет-портале правовой информации (www.pravo.gov.ru) 16.01.2015 г.

⁶⁵⁶ Согласно п. 84 Протокола эти споры могут относиться в том числе к возмещению ущерба, нанесенного инвестициям в результате гражданских беспорядков, военных действий, революции, мятежа, введения чрезвычайного положения или иных подобных обстоятельств на территории государства-члена (п. 77); компенсации, предусмотренной п. 79–81 Протокола (компенсация в случае национализации или экспроприации инвестиций в размере рыночной стоимости экспроприруемых инвестиций инвесторов на дату, непосредственно предшествующую дате их фактической экспроприации, либо дату, когда стало общеизвестно о предстоящей экспроприации, подлежит оплате в течение трех месяцев), порядку осуществления платежей и перевода денежных средств, предусмотренных п. 8 Протокола (выплат в погашение займов и кредитов, признанных государствами-членами в качестве инвестиций; средств, полученных инвестором в связи с частичной или полной ликвидацией коммерческой организации либо продажей инвестиций; заработной платы и других вознаграждений, получаемых инвесторами и гражданами других государств-членов, которым разрешено работать в связи с осуществлением инвестиций на территории государства-реципиента).

⁶⁵⁷ Срок для проведения переговоров на раннем этапе возникновения спора предоставлен сторонам с тем, чтобы они могли договориться с минимальными затратами. Тем не менее нет ни руководств, ни международных норм, разъясняющих сторонам, как эффективно использовать это время. См.: Kumberg W. von, Lack J., Leathes M. Enabling Early Settlement in Investor-State Arbitration // *The time to Introduce Mediation Has Come*. ICSID Review. – 2014. – Vol. 28 (3). – P. 3.

согласно Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ⁶⁵⁸, если стороны не согласятся на иные правила и не выберут иной регламент и иную администрирующую институцию; 4) обращения в Международный центр по урегулированию инвестиционных споров, созданный в соответствии с Конвенцией об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств от 18.03.1965 г. (Вашингтонская конвенция)⁶⁵⁹, для разрешения спора в соответствии с положениями указанной Конвенции (при условии, что она вступила в силу для обоих государств-членов сторон спора) или с Дополнительными правилами Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (если Конвенция не вступила в силу для обоих или одного из государств-членов сторон спора)⁶⁶⁰. Россия, в отличие от остальных государств-участников ЕАЭС, не ратифицировала указанную Конвенцию. Следовательно, споры с ее участием будут рассматриваться по Дополнительным правилам.

⁶⁵⁸ В отсутствие иной договоренности между сторонами к арбитражным разбирательствам между инвесторами и государствами, проводимыми по регламенту ЮНСИТРАЛ (а также в контексте разбирательств по другим регламентам), применяются Правила ЮНСИТРАЛ о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров, вступившие в силу 1 апреля 2014 г. Текст документа на русском языке доступен на официальном сайте ЮНСИТРАЛ (UNCITRAL): <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-R.pdf> (дата обращения: 30.12.2017). Конвенция Организации Объединенных Наций о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров (Маврикийская конвенция о прозрачности) открыта для подписания с 17.03.2015 г. Текст на русском языке доступен на официальном сайте ЮНСИТРАЛ (UNCITRAL) [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/transparency-convention/Transparency-Convention-r.pdf> (дата обращения: 30.12.2017).

⁶⁵⁹ О значении Вашингтонской конвенции как механизма, сочетающего частноправовые и публично-правовые инструменты разрешения конфликтов, см., в частности: Доронина Н. Г., Семилютина Н. Г. Международное частное право и инвестиции : монография. – М., 2012. – С. 25. Об унификационном эффекте Вашингтонской конвенции см.: Доронина Н. Г. Проблемы унификации международного частного права : монография / отв. ред. А. Л. Маковский, И. О. Хлестова. – М., 2012. – С. 54–56.

⁶⁶⁰ Статус Конвенции: она ратифицирована Арменией, Казахстаном, Беларусью, Украиной, Узбекистаном (Киргизия и Россия Конвенцию подписали, но не ратифицировали) (по данным, размещенным на официальном сайте МЦУИС (ICSID) [Electronic resource]. – URL: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx> (access date: 20.04.2018).

Обратившись в МЦУИС, который выступит в качестве администрирующей процедуру разрешения спора институции, помимо арбитража (выбор инвестора в отношении арбитражного суда окончателен⁶⁶¹), инвестор может воспользоваться также иными процедурами – в частности, процедурой примирения, описанной в гл. III Конвенции, при условии, что другая сторона согласна на ее применение⁶⁶².

Если стороны не договорились о назначении единоличного примирителя, то примирение проводит коллегиальный орган, формируемый сторонами в 90-дневный срок, стороны назначают по одному примирителю, председателя комиссии избирают стороны по соглашению между собой. Примирители должны обладать «высокими моральными качествами, достаточной компетентностью в области права, коммерции, экономики или финансов для того, чтобы быть в состоянии выносить независимые решения» (п. 1 ст. 14 Вашингтонской конвенции). Критериями, которые МЦУИС называет среди основных при назначении арбитров или примирителей, являются знание соответствующего законодательства, отсутствие конфликта интересов, опыт выполнения функция арбитра или примирителя, свободное владение языками, наличие достаточного времени для эффективного участия в урегулировании спора, способность выдерживать сроки⁶⁶³. Касаясь требований к компетенции примирителя, отметим, что в июне 2016 г. на сайте МИМ был размещен проект критериев компетенции для медиаторов в спорах между инвестором и государством. В преамбуле к документу говорится, что медиация является надежным вариантом разрешения споров как для инвесторов, так и для государств, который можно использовать параллельно или в связи с рассмотрением дела в инвестиционном арбитраже. Указывается, что если в настоящее время сформировался пул пользующихся доверием арбитров,

⁶⁶¹ Пункт 86 Протокола.

⁶⁶² Пункт 2 ст. 28 Вашингтонской конвенции.

⁶⁶³ Информация с официального сайта МЦУИС (ICSID) [Electronic resource]. – URL: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/arbitrators/arbitrators-overview.aspx> (access date: 20.04.2018).

занимающихся инвестиционным арбитражем, то список профессионалов, готовых заниматься медиацией таких споров, еще предстоит создать и для этого желательно согласовать список критериев, которым должны отвечать такие лица. Список должен быть сформирован с учетом следующих обстоятельств: 1) специфики инвестиционных споров, в которых одной стороной является частный инвестор (как правило, в роли истца), а с другой – государство (как правило, в качестве ответчика). Соответственно, в споре затрагиваются вопросы международного публичного права, как международной ответственности государства, вопросы публичного интереса, прозрачности и государственного суверенитета; 2) соответствие медиатора определенным требованиям – он должен не только обладать необходимыми теоретическими и практическими познаниями, но и подходить для разрешения конкретного спора. Из хороших арбитров не обязательно получатся хорошие медиаторы и наоборот. Медиатор, способный проводить процедуру медиации между государством и инвесторами, должен, во-первых, понимать специфику предмета и хорошо ориентироваться в процессуальных и материальных вопросах, связанных с инвестиционными соглашениями и правилами разрешения споров в МЦУИС. Кроме того, он должен иметь опыт в сфере медиации и других способов разрешения споров: уметь диагностировать спор и риски его дальнейшей эскалации; выявлять проблемы, связанные с соблюдением сроков и других нюансов, связанных с фактором времени; обеспечить представительство каждой из сторон в процедуре на надлежащем уровне, удостовериться, что представители уполномочены участвовать в медиации и принимать решения, в том числе подписывать медиативные соглашения, обязательные для сторон, принимая во внимания особые потребности государств; подробно объяснить порядок проведения медиации и его возможные результаты, грамотно провести процедуру, принимая во внимание особые потребности в отношении прозрачности процедуры, пределов допуска общественности и СМИ и соотношение прозрачности с конфиденциальностью процедуры, необходимой для создания атмосферы

доверия между сторонами; предвидеть возможные процессуальные вопросы и препятствия, понимать возможное влияние выбора процессуальных приемов на поведение сторон, выравнять дисбаланс сил между лицами, представляющими государство, и представителями частных инвесторов, осознавать необходимость соблюдения формальностей, необходимых для составления исполнимых договоров, включая необходимость в утверждении бюджета.

По мнению МИМ, медиатор должен обладать опытом использования различных форм переговоров, медиации и примирительных процедур, умея структурировать и провести процедуру таким образом, чтобы она соответствовала правовым, политическим, социальным и культурным нюансам, которые могут возникнуть по ее ходу. Он должен иметь представление о нормах мягкого права, применимого к этому виду медиации (в частности, речь идет о Руководстве МАЮ, кодексах поведения и кодексах этики). Кроме того, желателен (но не обязателен) опыт в качестве арбитра (международный коммерческий арбитраж) и понимание подходов к урегулированию споров, существующих в странах общего права и в странах континентальной системы. Он должен понимать культурно обусловленные предпочтения сторон в отношении процедуры медиации и иметь представление о дипломатии. Кроме того, он должен быть технически грамотным и представлять себе, как правильно использовать системы анализа данных и дистанционной связи, способствующие снижению затрат сторон на процедуру. В приложении А к проекту воспроизводятся те же требования к медиатору, которые включены в приложение к Регламенту МАЮ.

Центр ведет список примирителей⁶⁶⁴, но стороны вправе назначить примирителя вне списка. Списки арбитров и примирителей неприменимы к процедурам, проводимым в соответствии с Дополнительными правилами, если стороны не договорятся об ином. Таким образом, председатель

⁶⁶⁴ Статья 3 Вашингтонской конвенции.

административного совета МЦУИС не ограничен в выборе, назначая нейтральное стороннее лицо за стороны⁶⁶⁵. Для назначения примирителей по Дополнительным правилам не действуют ограничения в отношении гражданства примирителей, сторона может назначить примирителя—гражданина своей страны, если он обладает высокими моральными качествами, признанной компетенцией в области права, коммерции, промышленности или финансов и на него можно положиться в том, что он способен вынести независимое суждение (Статья 7 Правил примирения (Дополнительные правила). Примиритель или комиссия выясняет существо спора, пытаясь добиться того, чтобы стороны пришли к соглашению на взаимоприемлемых условиях; она рекомендует сторонам условия урегулирования, а стороны обязаны не только сотрудничать с комиссией, но и учитывать ее рекомендации. Процедура примирения конфиденциальна.

Характеризуя природу процедуры примирения, специалисты в области механизмов АРС отмечают, что примирение является не имеющей обязательной силы для сторон формой арбитража, в которой примиритель задает правила и предлагает возможные варианты решения. Как правило, примиритель не рассматривает интересы сторон, он дает сторонам рекомендацию, основанную на представленных сторонами позициях и положениях применимого права⁶⁶⁶. Поэтому инвесторы не видят преимуществ в применении этой процедуры ни с точки зрения экономии времени и средств, ни относительно предсказуемости ее результата, отдавая предпочтение также мало предсказуемому, но привычному арбитражному разбирательству.

⁶⁶⁵ По данным статистики МЦУИС, по состоянию на 30.06. 2017 г. больше всего нейтральных сторонних лиц было назначено из числа граждан США, Франции, Великобритании, Австралии, Канады, Испании, см.: The ICSID Caseload – Statistics (Issue 2017–2) [Electronic resource]. – URL: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-2%20\(English\)%20Final.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-2%20(English)%20Final.pdf) (access date: 27.02.2018).

⁶⁶⁶ См.: Kumberg W. von, Lack J., Leathes M. Op. cit. P. 4.

Статистика МЦУИС по состоянию на 30.06.2017 г.⁶⁶⁷ показывает, что на ее рассмотрение было передано всего 619 дел, из них 555 предусматривают арбитраж по Конвенции, 54 – по Дополнительным правилам; примирительных процедур – 8 (по Конвенции) и 2 (по Дополнительным правилам). При этом в 83% случаев процедура примирения завершилась отчетом о недостижении соглашения между сторонами. Что касается арбитражных разбирательств, то в 32% случаев спор урегулирован или разбирательство прекращено, из них в 4,5% случаев по ходатайству сторон вынесено арбитражное решение на согласованных условиях. Основным источником дел – положение о разрешении споров, содержащееся в двусторонних международных соглашениях о защите капиталовложений (60,2% случаев).

Пункт 4 ст. 85 Протокола о торговле услугами, учреждении, деятельности и осуществлении инвестиций (приложение № 16 к Договору о Евразийском экономическом союзе) не содержит каких-либо ограничений в отношении выбора сторонами спора процедур, администрируемых МЦУИС. Между тем помимо арбитража, примирения и экспертизы Центр МЦУИС администрирует также другие согласованные сторонами процедуры – например, медиацию, переговоры сотрудничества и раннюю оценку спора⁶⁶⁸.

Эти способы урегулирования споров консенсуальны, применяются по соглашению сторон и направлены, прежде всего, на то, чтобы помочь сторонам вести содержательные целенаправленные переговоры. Как указывают эксперты, по общему правилу споры между инвесторами и государствами могут разрешаться путем двусторонних переговоров, медиации или примирительной процедуры, если стороны согласны их применить. Кроме того, эти механизмы разрешения споров могут быть обеспечены и дипломатической

⁶⁶⁷ The ICSID Caseload – Statistics. Op. cit.

⁶⁶⁸ Для этого представители сторон или выбранные ими нейтральные третьи лица должны обратиться в МЦУИС с запросом о предоставлении услуг по администрированию согласованной сторонами процедуры. Информация на официальном сайте МЦУИС: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/Process/How-to-file-an-ADR-Case.aspx> (access date: 20.04.2018).

поддержкой⁶⁶⁹. Перспективны в этом контексте договорные способы предотвращения споров, позволяющие остановить превращение разногласия в спор, снизить стоимость разрешения спора и одновременно способствовать улучшению регулятивных функций государства.

В качестве рекомендуемого рамочного свода правил проведения медиации между инвесторами и государствами МЦУИС ссылается на разработанный Международной ассоциацией юристов (International Bar Association) в 2012 г. Регламент медиации между инвесторами и государствами⁶⁷⁰. Стороны могут прибегнуть к процедурам АРС на любой стадии рассмотрения спора, в том числе – по ходу арбитражного разбирательства. В таком случае достигнутое в результате любой промежуточной согласительной процедуры соглашение может быть оформлено в виде арбитражного решения на согласованных сторонами условиях.

Отличительной чертой Регламента является то, что в нем предусмотрено обязательство сторон участвовать в совещании по организации процедуры медиации (mediation management conference) – своего рода предварительной «мини-медиации», цель которой заключается в том, чтобы определиться с повесткой дня медиации, прийти к общему мнению по вопросам процедуры⁶⁷¹ (определить порядок проведения процедуры медиации, в частности языки процедуры и места проведения медиативных сессий; предварительный график процедуры; вопросы конфиденциальности и защиты информации; возможный отказ сторон от возбуждения или продолжения каких-либо судебных или арбитражных разбирательств на время, пока длится медиация; вопросы

⁶⁶⁹ См.: Nelson T. G. Investor-State Disputes [Electronic resource] // Corporate Disputes Magazine. – 2013. – P. 62. – URL: www.corporatedisputesmagazine.com (access date: 29.08.2017).

⁶⁷⁰ Текст документа на английском языке доступен на сайте МЦУИС (ICSID): [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/process/IBA%20Rules%20for%20Investor-State%20Mediation%20\(Aproved%20by%20IBA%20Council%204%20Oct%202012\).pdf?](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/process/IBA%20Rules%20for%20Investor-State%20Mediation%20(Aproved%20by%20IBA%20Council%204%20Oct%202012).pdf?) (access date: 20.04.2018).

⁶⁷¹ См.: Franck S. D. Using Investor-State Mediation Rules to Promote Conflict Management: An Introductory Guide (February 2, 2014) // Washington & Lee Legal Studies Paper № 2014–13. Social science Research Network, SSRN [Electronic resource]. – URL: <http://ssrn.com/abstract=2389763> (access date: 29.03.2018).

определения размеров расходов и гонораров медиатора, порядок их оплаты сторонами, обменяться контактными данными представителей и определиться с возможным участием других лиц). Очевидна корреляция между этим положением Регламента, положением о «процессуальной договоренности»⁶⁷² и возможным содержанием соглашения о проведении переговоров.

Предусмотренная Регламентом процедура назначения медиатора из списка предварительно отобранных администрирующей институцией кандидатур по сути воспроизводит хорошо зарекомендовавшие себя процедуры, действующие в МЦУИС⁶⁷³ и других международных центрах АРС (например, ВОИС). Формуляры о принятии функций медиатора составлены с учетом положений соответствующих правил МЦУИС⁶⁷⁴.

Положения Регламента о конфиденциальности составлены с учетом специфики сторон и обстоятельств споров: если стороны не договорятся об ином, факт проведения медиации и содержание мирового соглашения могут быть обнародованы; кроме того, определенная информация и содержание определенных документов также могут быть раскрыты, если этого требуют императивные положения местного права. Порядок проведения процедуры Регламентом не определен, стороны и медиатор задают его по собственному усмотрению с учетом обстоятельств дела.

На основе изучения тенденций урегулирования инвестиционных споров можно проследить за формированием многоуровневой матричной (сотовой) системы альтернативных способов урегулирования споров, включающей договорный контур урегулирования спора между сторонами, с одной стороны,

⁶⁷² Пункт 2 ст. 2 Дополнительных правил проведения экспертизы МЦУИС. Текст на официальном сайте МЦУИС: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/facility/partb.htm> (access date: 20.04.2018).

⁶⁷³ Статья 9 Дополнительных правил примирения МЦУИС. Текст на официальном сайте МЦУИС: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/facility/partb.htm> (access date: 20.04.2018).

⁶⁷⁴ См. ст. 13 Дополнительных правил примирения МЦУИС, ст. 13 Арбитражного регламента (Дополнительные правила) МЦУИС. Текст на официальном сайте МЦУИС: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/facility/partC.htm> https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/AFR_2006%20English-final.pdf (access date: 20.04.2018).

и форму понуждения к исполнению достигнутого в результате АРС решения, с другой. Договорный контур урегулирования спора формируется как на национальном уровне, так и на международном; на пересечении возникают взаимодействия по поводу урегулирования гражданско-правовых споров с разным составом участников: государственно-частных, международных и национальных. Правила взаимодействия и поведения сторон, а также сторон и привлекаемых для урегулирования их спора сторонних лиц основаны на договоренности сторон и включают типовые соглашения, разработанные участниками профессиональных объединений, регламенты и руководства администрирующих институций, принципы договоров, типовые и модельные документы, выработанные в результате компромисса между участниками специализированных неправительственных организаций. Процессуальная императивная составляющая, изначально присутствующая в результате АРС в виде гарантированного законом права стороны, чьи права нарушены, обратиться за защитой своих прав в государственный суд, активизируется только в случае нарушения достигнутого в результате применения АРС результата одной из сторон, когда возникает необходимость в восстановлении нарушенных прав добросовестной стороны.

Как показывают статистические данные МЦУИС, этот Центр в настоящее время выступает в качестве важного форума для разрешения инвестиционных споров, в которых задействованы стороны и нейтральные третьи лица из стран ЕС⁶⁷⁵.

Несмотря на то что возможность разрешения споров между инвесторами и государствами – участникам ЕАЭС предусмотрена по умолчанию, полагаем, что для популяризации альтернативных механизмов разрешения споров в рамках этого регионального объединения целесообразно одновременно с

⁶⁷⁵ URL:[https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-1%20\(English\)%20Final.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-1%20(English)%20Final.pdf) (access date: 20.04.2018). См. отдельный выпуск, посвященный Европейскому союзу [Electronic resource]. – URL: <http://documents.worldbank.org/curated/en/490951468251446874/pdf/936280WP0Box3800Special0Issue000Eng.pdf> (access date: 20.04.2018).

внедрением в национальное законодательство стран-участниц положений об упрощенной процедуре исполнения соглашений, достигнутых в результате согласительных процедур, разработать и заключить региональную конвенцию о применении согласительных процедур разрешения инвестиционных споров, предусматривающую в том числе порядок исполнения соглашений, достигнутых в результате таких процедур. За основу для такой процедуры можно было бы взять Регламент, разработанный Международной ассоциацией юристов.

Регламент можно использовать в качестве руководства для составления соглашений о разрешении споров, возникающих между частными инвесторами и государством в Российской Федерации.

4.3. Договорный порядок урегулирования споров из отношений государственно-частного партнерства

Существенны потенциал и перспективы использования АРС для разрешения споров, возникающих в связи с исполнением договоров о *государственно-частном партнерстве* (далее – ГЧП). По смыслу ст. 3 Федерального закона 224-ФЗ от 13.07.2015 г. «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (вступил в силу с 01.01.2016 г.)⁶⁷⁶, гражданско-правовые соглашения о государственно-частном и муниципально-частном партнерствах заключаются на срок не менее трех лет с целью привлечения в экономику частных инвестиций⁶⁷⁷. Согласно ст. 7 закона объектами соглашений могут являться объекты дорожного строительства, транспорта, транспортных средств.

⁶⁷⁶ СЗ РФ. – 2015. – № 29 (часть I). – Ст. 4350.

⁶⁷⁷ О юридической квалификации соглашения о государственно-частном партнерстве см.: Шарапов В. В. О государственном (муниципальном) частном партнерстве [Электронный ресурс]. – 2016. – Система ГАРАНТ.

Существенные условия соглашения определены в п. 2. ст. 12 закона и подразумевают в том числе обязательство сторон сотрудничать по исполнению договора в целях успешного исполнения общего проекта (полагаем, что таким образом можно толковать подп. 7 указанного пункта). Таким образом, соглашения о государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве обладают всеми свойствами, создающими предпосылки для разрешения споров, возникающих по ходу их исполнения, при помощи механизмов альтернативного разрешения споров, позволяющих оперативно урегулировать сложности исполнения договора, сохраняя отношения сторон и график исполнения совместного проекта. К таким свойствам относятся технологическая сложность предмета договора (общий проект), продолжительность срока его исполнения; значение субъективного фактора (отбор инвестора – частного партнера – на конкурсной основе). Гарантии прав и законных интересов частного инвестора определены в ст. 15 закона. Стороны свободны в определении порядке разрешения споров, возникающих по ходу исполнения таких соглашений. Представляется, что положения о применении АРС должны стать привычной частью таких соглашений в качестве «иных, не противоречащих законодательству Российской Федерации, условий» (подп. 11 п. 11 ст. 12 закона). Правила, изложенные в Регламенте МАЮ (с соответствующими изменениями), могут сыграть роль руководства для составления соответствующих положений соглашений о государственно-частном и муниципально-частном партнерствах⁶⁷⁸.

Если на предварительной стадии согласования проекта допускается согласование позиций сторон путем переговоров, то для споров, возникающих в процессе исполнения (или в результате неисполнения) соглашения о ГЧП в тех случаях, когда это предусмотрено законодательством субъектов,

⁶⁷⁸ См.: Гайдаенко Шер. Н. И Альтернативные механизмы разрешения споров как инструмент формирования благоприятной среды для предпринимательской деятельности. С. 158–167.

допускается применение только состязательных АРС – третейского суда и международного коммерческого арбитража.

Переговоры как средство согласования позиций сторон относительно содержания будущего соглашения о ГЧП регламентируются постановлением Правительства РФ от 03.12.2015 г. № 1309 «Об утверждении Правил проведения уполномоченным органом переговоров, связанных с рассмотрением предложения о реализации проекта государственно-частного партнерства, проекта муниципально-частного партнерства на предмет оценки эффективности проекта и определения его сравнительного преимущества»⁶⁷⁹, вступившим в силу 01.01.2016 г. Суть этого документа сводится к следующему: инициатива проведения переговоров должна исходить от уполномоченного органа, проявившего интерес к представленному предложению. Уполномоченный орган направляет публичному партнеру и инициатору проекта письменное приглашение участвовать в переговорах, в котором определяет форму их проведения, повестку дня и при необходимости – список дополнительных материалов и документов. Срок для ответа на приглашение и представления дополнительных документов – 5 рабочих дней. Молчание приравнивается к отказу от участия в переговорах. Если в установленный срок получено согласие, уполномоченный орган организует переговоры в течение 10 дней. Общий срок проведения переговоров соответствует сроку рассмотрения предложения о реализации проекта и составляет 90 дней. Уполномоченный орган отвечает за ведение переговоров и составление протокола по его результатам. Форма протокола, приведенная в приложении к постановлению, предусматривает фиксацию хода обсуждения условий, а также обоснование изменений. Постановление задает требование к составу участников, точнее, к объему их полномочий: подписать протокол, содержащий итоги переговоров и положения об изменении предложения, могут только лица, занимающие пост не ниже заместителей руководителя каждого из участников переговоров.

⁶⁷⁹ СЗ РФ. – № 50. – 2015. – Ст. 7160.

Изменения в предложение могут вноситься только с согласия всех участников проекта, при этом сначала протокол подписывает уполномоченный представитель уполномоченного органа, затем в течение 10 рабочих дней – представитель публичного партнера, в последнюю очередь в течение 5 рабочих дней – представитель инициатора проекта. Он возвращает подписанный протокол публичному партнеру, который в течение 10 рабочих дней возвращает уполномоченному органу его экземпляр. Вопросы, связанные с возможной просрочкой сторон в оформлении протокола и, соответственно, основанного на нем соглашения сторон, постановлением не регулируются.

Законы субъектов РФ о ГЧП приняты в 68 субъектах⁶⁸⁰, порядок разрешения споров по соглашениям о ГЧП законодательно закреплен лишь в девяти из них. При этом в шести субъектах международный коммерческий арбитраж или третейский суд – обязательное условие (Башкортостан⁶⁸¹, Дагестан⁶⁸², Ингушетия⁶⁸³, Московская область⁶⁸⁴, Нижегородская область⁶⁸⁵,

⁶⁸⁰ Список доступен на сайте Министерства экономического развития Российской Федерации : <http://economy.gov.ru/minec/activity/sections/privgovpartnerdev/> (дата обращения: 27.02.2018); рейтинги развития регионов России по уровню развития ГЧП в 2016–2017 гг. см.: <http://www.pppi.ru/regions> (дата обращения: 27.02.2018)

⁶⁸¹ Пункт 29 ст. 7 Закона Республики Башкортостан от 30.05.2011 № 398-з «Об участии Республики Башкортостан в государственно-частном партнерстве [Электронный ресурс]. – URL: <https://invest.bashkortostan.ru/pages/1489> (дата обращения: 27.02.2018).

⁶⁸² Пункт 27 ст. 7 Закона Республики Дагестан от 01.02.2008 № 5 «Об участии Республики Дагестан в государственно-частных партнерствах» [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.pppi.ru/sites/default/files/docs/5.pdf> (дата обращения: 27.02.2018).

⁶⁸³ Пункт 24 ст. 9 Закона Республики Ингушетия от 04.05.2010 № 24-РЗ «Об основах государственно-частного партнерства в Республике Ингушетия»: официальный сайт Министерства экономического развития РФ [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.ingushetia.ru/document/012821/> (дата обращения: 20.04.2018).

⁶⁸⁴ Пункт 28 ст. 9 Закона Московской области от 22.06.2013 № 64/2013-ОЗ «Об участии Московской области в государственно-частном партнерстве» [Электронный ресурс]. – URL: <http://rg.ru/2013/07/04/mosobl-zakon64-2013-reg-dok.html> (дата обращения: 27.02.2018).

⁶⁸⁵ Пункт 15 ст. 12 Закона Нижегородской области от 11.03.2010 № 40-З «Об участии Нижегородской области в государственно-частном партнерстве»: официальный сайт Министерства экономического развития РФ [Электронный ресурс]. – URL: http://economy.gov.ru/minec/activity/sections/privgovpartnerdev/doc20140122_34 (дата обращения: 27.02.2018).

Санкт-Петербург⁶⁸⁶), в одном (Чувашская Республика)⁶⁸⁷ – возможное условие соглашения сторон. В остальных законах либо предусматривается, что условия соглашения определяются по итогам конкурса, либо допускается включение в соглашение «иных положений». В некоторых субъектах утверждены типовые рекомендованные формы соглашений. Порядок рассмотрения спора в таких соглашениях прописан либо очень широко («в порядке, предусмотренном действующим законодательством»), либо предусмотрена подсудность компетентным судам на территории субъекта.

Таким образом, содержание положений законодательства субъектов Федерации и типовых соглашений, разработанных на их основе, отражает существующую картину в сфере разрешения споров, где предпочтение отдается директивным состязательным способам урегулирования спора – судебному разбирательству и, в крайнем случае, международному коммерческому арбитражу и третейскому суду. Ни экспертная оценка, ни советы по разрешению споров, ни тем более медиация пока не фигурируют среди механизмов урегулирования споров в сфере государственно-частного партнерства, хотя согласительный порядок урегулирования гражданско-правовых споров в большей степени приспособлен для выравнивания дисбаланса сил между сторонами, тем более когда одна из сторон наделена мощным административным ресурсом.

Те же вопросы, связанные с порядком рассмотрения споров, возникают и в отношении специальных инвестиционных контрактов – долгосрочных договоров о модернизации и реконструкции промышленных предприятий,

⁶⁸⁶ Подпункт 27 п.1 ст. 7 Закона Санкт-Петербурга от 25.12.2006 № 627-100 «Об участии Санкт-Петербурга в государственно-частных партнерствах»: официальный сайт Министерства экономического развития РФ [Электронный ресурс]. – URL: http://economy.gov.ru/minec/activity/sections/privgovpartnerdev/doc20140122_60 (дата обращения: 27.03.2018).

⁶⁸⁷ Подпункт 14 п. 2 ст. 8 Закона Чувашской Республики от 20.12.2010 № 71 «Об участии Чувашской Республики в проектах государственно-частного партнерства» [Электронный ресурс]. – URL: http://economy.gov.ru/minec/activity/sections/privgovpartnerdev/doc20140122_70 (дата обращения: 27.03.2018).

предусмотренных ст. 16 Федерального закона от 31.12.2014 г. № 488-ФЗ «О промышленной политике в Российской Федерации»⁶⁸⁸. Форма типового договора, утвержденная постановлением Правительства РФ от 16.07.2015 г. № 708 "О специальных инвестиционных контрактах для отдельных отраслей промышленности"⁶⁸⁹, в п. 1 ст. 11 содержит традиционное положение об урегулировании споров путем переговоров и положение о передаче не разрешенных путем переговоров споров на рассмотрение Арбитражного суда г.Москвы.

Представляется, что оптимальным с точки зрения соответствия потребностям сторон в защите их экономических интересов в отношениях государственно-частного партнерства является использование полужамкнутых систем урегулирования спора. Для них характерно наличие двух категорий участников (например, профессиональные участники рынка ценных бумаг и частные инвесторы; профессиональные продавцы товаров и услуг и потребители; государство и частный инвестор), причем между этими категориями существует дисбаланс сил и ресурсов (может проявляться как в экономическом неравенстве, так и в возможности доступа к административному или силовому ресурсу) и двух контуров урегулирования спора. Условия взаимодействия сторон по поводу урегулирования спора задаются в момент заключения сделки и присоединения к генеральным соглашениям (типовым правилам), предписанным организатором торгов⁶⁹⁰. Говоря о природе биржевых правил, Н.Г.Семилютина указывает, что, изначально возникающие как следствие волеизъявления лица, выступающего в качестве организатора торговли в определенном сегменте рынка, они по существу являются договором между равными участниками профессионального рынка, действующими самостоятельно, и связывают «всех участников торгов, каждый из которых в обмен на предоставление права

⁶⁸⁸ СЗ РФ. – 2015. – № 1 (часть I). – Ст. 41.

⁶⁸⁹ СЗ РФ. – 2015. – № 30. – Ст. 4587.

⁶⁹⁰ См.: Брагинский М. И, Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая. Общие положения. – М., 2009. – С. 13.

участвовать в биржевых торгах обязуется соблюдать биржевые правила»⁶⁹¹. «Каждая биржевая сделка является неотъемлемой частью биржевых правил, и, наоборот, биржевые правила включаются в содержание сделки и являются ее условиями»⁶⁹². Представляется, что порядок договорного оформления порядка урегулирования коммерческих споров на профессиональном рынке в основном повторяет описанный Н. Г. Семилютиной порядок оформления договорных обязательств, в связи с которыми возникает спор (организационное соглашение – обобщение практики договорных отношений – формулирование организатором рынка общих условий договоров (правил).

Споры между профессиональными участниками рынка ценных бумаг движутся по замкнутому контуру, и стороны спора, будучи участниками одного профессионального сообщества/СРО уже в силу своего участия в этих саморегулирующихся образованиях принимают на себя обязательство следовать установленным в общих для них правилам разрешения спора и исполнить предписанный им результат. Если же другим участником спора становится частный инвестор, спор между ним и профессиональным участником движется по контуру, который частный инвестор как менее «ресурсный» участник спора имеет право разомкнуть, обратясь в государственный суд в случае несогласия с предложенным ему решением. Такая же «двухконтурная» система урегулирования спора характерна для урегулирования других инвестиционных споров (для споров, связанных с отношениями из соглашений о защите иностранных инвестиций, замкнутый контур образует система урегулирования споров между государствами, разомкнутый – система урегулирования спора между государством и частным инвестором).

Матричная система обеспечивает автономизацию урегулирования спора от предпосылок для его возникновения (переговоры сторон) до разрешения

⁶⁹¹ Семилютина Н. Г. Биржевые сделки в современном гражданском праве // Журнал российского права. – 2011. – № 6. – С. 5–16.

⁶⁹² Там же. С. 9

спора третейским судом (арбитражем). Спор циркулирует внутри системы, при этом допускается как поступательное движение от консенсуальных способов урегулирования спора к состязательным, так и обратное (например, от арбитража к переговорам или от арбитража к медиации), при этом сохраняется конфиденциальность всех процедур и промежуточных результатов. На каждом этапе урегулирования спора происходит фиксация его результатов (возможно использование формуляров, позволяющих зафиксировать факт попытки проведения процедуры (например, медиации) для последующего отсчета установленных договором сторон и правилами урегулирования споров сроков). При этом обеспечивается интеграция проводимых на основании договоренности сторон процедур урегулирования спора внутри системы с существующей информационной и правовой средой, представленной нормами международных договоров, опосредующих возможность имплантации решений, принятых вне национальной системы, в национальную систему, где решение должно быть исполнено, положениями гражданского законодательства, гражданского процессуального законодательства, законодательства об исполнительном производстве.

Заключение

Альтернативные механизмы разрешения конфликтов в сфере коммерческой деятельности – это основанные на гражданско-правовых договорах (соглашениях о порядке урегулирования спора) междисциплинарные способы диагностики, предотвращения и урегулирования конфликтов между участниками делового оборота, имеющих правовые последствия. Информированное использование альтернативных способов разрешения споров предпринимателями способно снизить издержки сторон и непроизводительное расходование ресурсов, повысить качество заключаемых по их результатам соглашений. Соглашения, наилучшим образом отвечающие интересам сторон, как правило, исполняются добровольно⁶⁹³.

Договоры сторон о порядке урегулирования потенциально возможных или уже возникших споров, составленные в форме оговорки о применении примирительных процедур, предлагаемой администрирующими институциями (и подразумевающей включение в состав этой оговорки правил их проведения – регламента соответствующей институции), равно как и соглашения, в которых стороны самостоятельно согласуют порядок взаимодействия и сотрудничества по устранению отрицательных последствий своего конфликта, являются самостоятельными (автономными) по отношению к договору, из которого возник спор. При этом содержание основного договора и характер возникающих из него обязательств, а также специфические риски, связанные с их неисполнением, определяют выбор сторонами порядка урегулирования потенциального или уже возникшего спора. Таким образом, любые соглашения о порядке урегулирования спора являются автономными. В случае, когда такими соглашениями опосредуются отношения участников международного

⁶⁹³ О единичных случаях обжалования медиативных соглашений см.: Справка о практике применения судами Федерального закона от 27.07.2010 № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» за 2015 год (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 22.06. 2016 г.) [Электронный ресурс]. – Система ГАРАНТ (дата обращения: 26.08.2017).

торгового оборота, целесообразно включать в эти соглашения положения о праве, применимом к порядку разрешения спора, на основании которого будет определяться наличие, объем, действительность, толкование, исполнение, нарушение, прекращение или приведение в исполнение соответствующего соглашения (если стороны не хотят подчинить это соглашение закону места проведения процедуры). Если же стороны не выбрали применимое право, полагаем, что оптимальным будет применение закона места проведения процедуры урегулирования спора. На наш взгляд, предлагаемая в новых документах ЮНСИТРАЛ о приведении в исполнение международных коммерческих соглашений, достигнутых в результате процедуры медиации⁶⁹⁴, привязка к международному характеру именно итогового соглашения – медиативного соглашения⁶⁹⁵ – позволяет сторонам руководствоваться соображениями удобства и свободно выбирать применимое к соглашению о проведении медиации право третьей страны, не имеющей отношения к их спору. При отсутствии такой договоренности к соглашению о порядке урегулирования трансграничного коммерческого спора будет применяться право места проведения процедуры, критерии определения которого необходимо будет уточнить. Местом проведения процедуры может быть как место, указанное в соглашении о проведении процедуры урегулирования спора, так и место обычной деятельности или аккредитации аккомодатора медиатора, а в случае, если он аккредитован в нескольких государствах, страна, с которой наиболее тесно связан предмет спора.

Автономия соглашений о порядке урегулирования спора находит процессуальное выражение в дерогационном эффекте, что позволяет говорить об их непосредственной исполнимости.

⁶⁹⁴ A/CN.9/WG.II/WP.202/Add.1 UNCITRAL [Electronic resource] : official site. – URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V17/050/18/PDF/V1705018.pdf?OpenElement>

⁶⁹⁵ Пункт 1 ст. 3 Конвенции о международных медиативных соглашениях.

Соглашения о порядке урегулирования спора действительны и исполнимы, лишь если они с достаточной определенностью позволяют установить единую волю сторон относительно выбора способа урегулирования и его осуществления. Добросовестно договариваясь о применении определенного способа урегулирования спора, стороны одновременно задают и порядок его осуществления, поэтому любое соглашение о применении АРС, в частности оговорка, отсылающая к правилам администрирующей институции, уже содержит в себе указание на порядок проведения согласованной сторонами процедуры урегулирования спора. В связи с этим полагаем корректным применять один термин «соглашение о порядке урегулирования спора» как объединяющий положения о выборе способа урегулирования спора и установленные сторонами или совместно принятые ими правила его осуществления.

Природа соглашений о порядке урегулирования споров, разновидностями которых являются, в частности, соглашение о проведении переговоров об урегулировании спора, соглашение о проведении переговоров сотрудничества при содействии юристов, соглашение о проведении согласительных процедур (например, медиации), подразумевает существование взаимных обязательств сторон по сотрудничеству друг с другом. Использование консенсуальных АРС особенно показано для разрешения споров из сложных долгосрочных договоров, существенными условиями которых являются взаимозависимость и сотрудничество сторон, в которых важную роль играет субъективный фактор (личность участников) и достижение общей цели которых предопределяется добросовестным взаимодействием сторон.

В заключение коротко рассмотрим существующую законодательную базу для использования АРС в сфере частного права и для урегулирования споров между предпринимателями и дадим рекомендации по ее развитию.

Законодательная база в сфере АРС в России в основном сформирована: практически завершена реформа Гражданского кодекса (особо следует отметить действующие с 01. 06. 2015 г. положения статьи 434.1 «Переговоры

о заключении договора»). С 01.09. 2016 г. действует Федеральный закон от 29.12. 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации»⁶⁹⁶, которым начато оформление реформы существующего законодательства о третейских судах⁶⁹⁷; принят Закон о медиации. Основанный на Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже Закон РФ от 07.07.1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» с минимальными изменениями, также вступившими в силу с 01.09.2016 г.⁶⁹⁸, соответствует мировым стандартам регулирования этого института. На темпы и пути развития данных институтов оказывают существенное влияние изменения в политической и экономической ситуации.

С большим трудом, но работает Федеральный закон от 27.07.2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)», растет практика Коллегии посредников по проведению примирительных процедур при ТПП РФ, увеличивается число Коллегий посредников по разрешению споров при Торгово-промышленных палатах регионов⁶⁹⁹.

⁶⁹⁶ Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации : Федер. закон от 29.12. 2015 г. № 382-ФЗ // СЗ РФ. – 2016. – № 1 (часть I). – Ст. 2.

⁶⁹⁷ Этот закон на стадии обсуждения вызвал ожесточенные дискуссии и неоднозначно воспринимается в третейском сообществе. См., например: Габов А. В. Подведомственность корпоративных споров третейским судам (к дискуссии о проектах законов, направленных на реформирование законодательства о третейских судах) // Журнал российского права. – 2015. – № 3. – С. 46–58 ; Муранов А. В поддержку третейских проектов Минюста [Электронный ресурс]. – URL: http://zakon.ru/Blogs/v_podderzhku_tretejskix_proektov_minyusta/10671 (дата обращения: 27.12.2017); Севастьянов Г. В. Третейская реформа: госконтроль или саморегулирование // Третейский суд. – 2015. – № 1 (97). – С. 7.

⁶⁹⁸ О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившим силу пункта 3 части 1 статьи 6 Федерального закона «О саморегулируемых организациях» в связи с принятием Федерального закона «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации»: Федер. закон от 29.12.2015 № 409-ФЗ // СЗ РФ. – 2016. – № 1 (часть I). – Ст. 29.

⁶⁹⁹ См.: Подшибякин Д. Н. О деятельности Торгово-промышленной палаты РФ по развитию и популяризации способов альтернативного разрешения споров и совершенствованию законодательства о третейском разбирательстве в 2014 году // Третейский суд. – 2015. – № 1. – С. 164.

Приостановлено обсуждение «Концепции единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации»⁷⁰⁰, в состав которой предполагалось включить гл.15 АПК РФ о примирительных процедурах и мировом соглашении в новой редакции. Законодателю предложен путь внесения изменений в существующие процессуальные кодексы: законопроектные инициативы Верховного Суда РФ направлены на реформирование гл. 15 АПК РФ, в которой отдельно регулируется процедура судебного примирения и содержится открытый список примирительных процедур, которыми могут воспользоваться стороны во время производства по делу и на этапе его исполнения⁷⁰¹. Чтобы способствовать росту популярности внесудебных способов разрешения экономических споров, преодолеть недоверие относительно предсказуемости результата и его правовой силы и вовлечь стороны конфликта в принятие решения по своей проблеме, необходимо законодательно закрепить возможность придания силы исполнительного документа итоговому соглашению об урегулировании спора, достигнутому в результате переговоров, переговоров сотрудничества и согласительных коммерческих процедур. Наличие таких положений в законодательстве страны объективно усиливает ее привлекательность как места разрешения споров, в том числе с иностранным элементом, и создает предпосылки для разработки двусторонних соглашений и многосторонних конвенций (как региональных, так и универсальных) о признании и исполнении соглашений, достигнутых в результате проведения примирительных процедур.

⁷⁰⁰ Концепция единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (одобрена решением Комитета по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству ГД ФС РФ от 08.12. 2014 г. № 124 (1)) [Электронный ресурс]. – Система «Консультант-Плюс». См. также: Концепция единого Гражданского процессуального кодекса: предложения Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ / А. В. Габов, Е. С. Ганичева, М. Е. Глазкова [и др.] // Журнал российского права. – 2015. – № 5. – С. 5–26.

⁷⁰¹ Проект федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием примирительных процедур», утв. постановлением № 1 Пленума Верховного Суда РФ от 18.01. 2018 г. [Электронный ресурс] - URL: <http://www.supcourt.ru/documents/own/26360/> (дата обращения: 01.02.2018).

Полагаем, что для распространения практики применения АРС, в том числе для разрешения предпринимательских споров, целесообразно законодательно расширить сферу регулирования гражданского права за счет выделения самостоятельных видов договоров – соглашений о порядке урегулирования спора и итоговых соглашений об урегулировании спора, предусмотрев единообразный упрощенный порядок придания последним исполнительной силы. Наделить итоговые соглашения об урегулировании спора свойством непосредственной исполнимости возможно, закрепив их обязательную нотариальную форму. Такой шаг позволит достичь правовой определенности в отношении материально-правовой природы этих соглашений и терминологически отделить друг от друга мировые соглашения, заключаемые в связи с судебным или третейским разбирательством или по его ходу, от частных соглашений сторон, заключаемых вне суда. В развитие этих положений возможно принять единый федеральный закон о несудебных способах разрешения споров (АРС), в котором будет определено общее понятие АРС, их принципы и договорная природа; дана классификация основных видов (при этом список должен оставаться открытым); установлены случаи обязательного применения отдельных видов АРС, критерии выбора аккомодаторов лиц, и заданы общие требования к их навыкам и качествам, а также положения об их ответственности. Закон должен предусматривать гарантии сторонам относительно возможности использования АРС и закрепления их результатов в виде исполнительного документа, а также содержать меры, направленные на поощрение сторон к применению этих мер (для коммерческих споров такими мерами могли бы стать освобождение от НДС стоимости услуг администрирующих институций и назначаемых ими нейтральных третьих лиц, освобождение или установление льготной ставки выплат в фонды социального страхования с вознаграждения, выплачиваемого арбитрам и медиаторам), порядок исполнения итоговых соглашений, достигнутых с применением несудебных способов урегулирования споров. Законом должна быть предусмотрена возможность по желанию одной или всех

сторон закрепить такое соглашение в форме исполнительного документа (путем нотариального удостоверения либо заверения аккомодатором, администрирующей институцией или судом). Порядок такого закрепления и последовательность действий суда будут определяться единым ГПК РФ, а в отношении итоговых соглашений об урегулировании спора, заключенных без содействия аккомодатора – основами законодательства о нотариате. Таким образом, законодательно обеспечивается определенность и предсказуемость итогового соглашения об урегулировании спора. Для удостоверения внутренних итоговых соглашений, достигнутых без участия аккомодатора, а также для внутренних итоговых соглашений, достигнутых в результате согласительных процедур *ad hoc*, оптимальным вариантом стало бы нотариальное удостоверение документа (плюс такого решения – доступность, понятность и отсутствие необходимости обращаться в суд, равно как и проверка законности содержания итогового соглашения по праву страны, где проводилась процедура; минус – возможные высокие пошлины за совершение таких действий); для итогового международного коммерческого соглашения, достигнутого в результате проведения согласительной процедуры, администрируемой организацией–аккомодатором, оптимально удостоверение администрирующей институцией по стандартной форме, в которой указывается фамилия аккомодатора, даты процедуры (это позволило бы сформировать единообразную международную практику подтверждения факта проведения согласительной процедуры, а также служило бы подтверждением профессиональных качеств аккомодатора и их соответствия требованиям администрирующей институции); для итогового международного коммерческого соглашения, достигнутого в результате проведения согласительной процедуры *ad hoc*, может использоваться стандартная форма, в которой указывается фамилия аккомодатора и даты, при этом подписи сторон и аккомодатора должны быть нотариально удостоверены (при отсутствии специального реестра аккомодаторов и учитывая, что процедура проходила без сопровождения администрирующей институции, такой подход позволил бы, с

одной стороны, засвидетельствовать участие аккомодатора в согласительной процедуре и факт ее проведения, с другой – обеспечить проверку содержания итогового соглашения в стране, где оно было подписано). Предлагается принимать в качестве достаточного доказательства участия аккомодатора в проведении согласительной процедуры подпись посредника под отдельной декларацией, подписав и заполнив которую посредник подтвердит свое участие в процессе. Оформление отдельной декларации должно позволить снять возражения и опасения представителей юрисдикций, в которых проставление посредником подписи под договором автоматически превращает его в сторону договора или свидетельствует об одобрении договора и его содержания посредником⁷⁰². Представляется целесообразным и приемлемым составить и применять типовую форму такой декларации⁷⁰³ (подобно апостилю или документам, уже используемым профессиональными объединениями медиаторов разных стран). При этом продолжит действовать специализированный федеральный Закон о медиации (порядок исполнения медиативного соглашения будет определен либо изменением в закон, либо включением в него отсылки к федеральному закону об АРС), о третейских судах и международном арбитраже (с сохранением дуалистического регулирования, обусловленного исторически и спецификой МКА) с максимальным сохранением свободы договора (свободы сторон в отношении выбора процедуры и аккомодатора). Этот комплексный подход к совершенствованию законодательной базы позволит предоставить сторонам выбор способов разрешения споров, доступных по умолчанию⁷⁰⁴.

В сфере международного частного права решить задачу содействия восстановлению инвестиционной привлекательности страны и защиты

⁷⁰² A/CN.9/896, para.75.

⁷⁰³ A/CN.9/896, para. 75, 186-190.

⁷⁰⁴ Подробнее об этом см.: Гайдаенко Шер Н. И. Развитие законодательства о несудебных способах разрешения споров [Электронный ресурс] // Научные концепции развития российского законодательства : монография / С. Е. Нарышкин, Т. Я. Хабриева, А. И. Абрамова [и др.]; отв. ред. Т. Я. Хабриева, Ю. А. Тихомиров. – 7-е изд., доп. и перераб. – М., 2015. – Система ГАРАНТ.

интересов российского бизнеса за счет придания правовой определенности результату договоренностей сторон, достигнутых в результате международных коммерческих согласительных процедур и переговоров, возможно через активное участие в работе международных организаций и последующую адаптацию законодательства РФ к типовым законодательным положениям, разработанным в рамках деятельности международных организаций (прежде всего Рабочей группы II ЮНСИТРАЛ⁷⁰⁵ по выработке унифицированных документов по признанию и исполнению соглашений, достигнутых в результате международных коммерческих согласительных процедур). Намерение диссертанта заключается в том, чтобы предлагаемые им концепции способствовали органичному включению в отечественное законодательство положений, созвучных и совместимых с разработанными ЮНСИТРАЛ типовыми положениями об урегулировании коммерческих споров. Цель этих документов – «предоставить государствам согласованные стандарты для решения проблемы трансграничного приведения в исполнение международных мировых соглашений, достигнутых в рамках согласительной процедуры»⁷⁰⁶. На данном этапе работ применительно к проекту ст. 1 новой редакции Типового закона ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой медиации⁷⁰⁷ международный характер итогового соглашения об урегулировании спора предлагается определять на основании того, что стороны такого соглашения имели свои коммерческие предприятия в разных государствах в то время, когда такое соглашение было заключено, или когда государство, в котором должна быть исполнена значительная часть обязательств, вытекающих из коммерческих отношений, или с которым наиболее тесно связан предмет спора,

⁷⁰⁵ Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ). Рабочая группа II [Электронный ресурс]: официальный сайт: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/commission/working_groups/2Arbitration.html (дата обращения: 20.04.2018). О работе ЮНСИТРАЛ в этом направлении см. также: Проблемы унификации международного частного права : монография / отв. ред. А. Л. Маковский, И. О. Хлестова. – М., 2012. – С. 179–180.

⁷⁰⁶ A/CN.9/WG.II/WP.202/Add.1 п.2.

⁷⁰⁷ A/CN.9/WG.II/WP.202/Add.1 UNCITRAL [Electronic resource] : official site. – URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V17/050/18/PDF/V1705018.pdf?OpenElement>

является иным, чем государство, в котором находятся коммерческие предприятия сторон. Следовательно, решая вопрос о праве, применимом к итоговому соглашению в случае, если стороны такое право не определили, следует исходить из интереса его исполнения в том месте, с которым наиболее тесно связан предмет спора, то есть в месте, где находится сторона, имеющая решающее значение для исполнения обязательств по итоговому соглашению и где в случае его неисполнения обязанной стороной подается ходатайство об исполнении такого соглашения (применительно к России речь идет об отсылке к ст. 1211 ГК РФ). Поскольку идеальным результатом исполнения соглашения о порядке урегулирования спора может стать итоговое соглашение об урегулировании спора, которое должно быть исполнимым в государстве, наиболее тесно связанным со спором и где запрашивается исполнение, представляется, что к такому итоговому соглашению должны применяться нормы права, наиболее тесно связанные с предметом спора. Если соглашение носит комплексный характер или подразумевает исполнение в разных государствах, то к разным его частям будет применяться право разных государств.

В заключение отметим, что высокое качество законодательного регулирования международного коммерческого арбитража деятельности третейских судов и жизненно необходимо для увеличения инвестиционной привлекательности страны, развития бизнеса и экономики страны в целом. Пакет законов о третейской реформе вызывает серьезные замечания⁷⁰⁸, и основное из них заключается в том, что в нем не учитывается диспозитивная природа третейского разбирательства, основанного на воле и усмотрении сторон⁷⁰⁹ (так,

⁷⁰⁸ См.: Сводная таблица мнений по наиболее принципиальным вопросам третейской реформы (исследование проведено редакцией журнала «Третейский суд») [Электронный ресурс]. – URL: <http://arbitrage.spb.ru/pdf/svodnaya-tablica-mneniy.pdf> (дата обращения: 31.12.2017).

⁷⁰⁹ Так, из п. 27 Положения о Совете по совершенствованию третейского разбирательства, утвержденного приказом Министра юстиции РФ № 165 от 13.07. 2016 г., явно прослеживается опасность явления, названного Г.В. Севастьяновым огосударствлением третейского разбирательства, то есть непосредственным участием государственных органов

предусмотрен разрешительный порядок формирования постоянно действующих третейских судов⁷¹⁰, регулирование содержания правил разрешения споров; сужение круга арбитрабельных споров, снижающее конкурентоспособность страны как места проведения третейских разбирательств⁷¹¹ и вносящее неопределенность в регулирование имущественного оборота⁷¹²).

Что касается Закона РФ о международном коммерческом арбитраже, то изменения в этот закон обусловлены лишь приведением его в соответствие с последней редакцией типового закона ЮНИСТРАЛ «О международном торговом арбитраже» (возможность принятия обеспечительных мер и их принудительного исполнения)⁷¹³. При этом ничто не препятствует администрирующей институции самостоятельно в любой момент внести изменения в регламент и усовершенствовать организацию своей работы в пределах, необходимых для удовлетворения потребностей пользователей. В связи с этим целесообразно обратить внимание на опыт ВОИС, позволяющий сторонам с наименьшими затруднениями согласовывать друг с другом переход от одной процедуры урегулирования спора к другой в рамках одной

в регулировании отношений, связанных с деятельностью третейских судов. См.: Севастьянов Г. В. Правовая природа третейского разбирательства ... С. 190.

⁷¹⁰ В настоящее время разрешительный порядок создания ПДТС и третейских судов *ad hoc* не предусмотрен ни в одной стране СНГ и ни в одной из стран ЕАЭС. Напротив, государства стремятся создать для третейских судов наиболее благоприятные условия, чтобы повысить собственную инвестиционную привлекательность. Таким образом, установление разрешительного порядка образования и деятельности ПДТС автоматически создаст конкурентные преимущества для третейских судов соседних стран, куда вместе с инвестициями и переместится центр третейской активности.

⁷¹¹ См.: Зыкин И. С. : интервью // Третейский суд. – 2012. – № 2. – С. 22. Цит. по: Семилютина Н. Г. Корпоративные споры и развитие альтернативных механизмов разрешения споров // Журнал российского права. – 2015. – № 2. – С. 119.

⁷¹² См.: Семилютина Н. Г. Указ. соч. С. 122.

⁷¹³ Об этом см. подробнее: Хлестова И. О. Типовой закон о международном торговом арбитраже и российский закон о международном коммерческом арбитраже: общее и особенное // Журнал российского права. – 2011. – № 6. – С. 78–88. Относительно обеспечительных мер см., например: Замечания и предложения Российского союза промышленников и предпринимателей к проекту федерального закона «О внесении изменений в закон Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже» [Электронный ресурс]. – URL: http://ars-rspp.ru/files/court/publications_and_comments/03_prilozhenie_1.pdf (дата обращения: 31.08.2017).

администрирующей институции и без административных затруднений осуществлять этот переход при сохранении преимуществ конфиденциальности урегулирования спора.

При подведении итогов диссертационного исследования, автором работы сделаны следующие выводы:

1. Одним из проявлений тенденции возрастания автономии воли сторон является расширение сферы областей гражданско-правового регулирования. Регулирование действий сторон для урегулирования (устранения) возникших разногласий относится к числу таких областей. Обосновано выделение в отдельную группу двух видов договоров особого рода, объединенных по целевому назначению и направленности, а также по свойству их непосредственной исполнимости. Речь идет о соглашении о порядке урегулирования спора, опосредующем договоренность сторон о применении и использовании одного или нескольких внесудебных (альтернативных) способов урегулирования спора, возникающего из регулируемых гражданским правом отношений сторон, и итогового соглашения об урегулировании спора, закрепляющего результат, достигнутый посредством применения АРС. Обоснована принадлежность таких договоров к области гражданско-правового, а не процессуального (публично-правового) регулирования. Установлено, что соглашением о порядке урегулирования спора стороны одновременно закрепляют свой выбор относительно способа (последовательности действий) для урегулирования спора и принимают на себя обязательство действовать в порядке, соответствующем выбранному способу урегулирования спора. Так как выбор сторон относительно способа урегулирования спора обусловлен осознаваемыми сторонами на момент заключения договора рисками, связанными с исполнением или неисполнением конкретных обязательств, вытекающих из основного договора, соглашение о порядке урегулирования спора оказывается непосредственным образом связанным с основным обязательством, из которого возник спор, несмотря на автономный характер. Особенность АРС и ее отличие от третейской оговорки состоит в том, что в

процессе разрешения спора допустимо выходить за пределы основного обязательства и не обязательна привязка к соглашению о разрешении спора.

2. Выявлено, что, выбирая способ разрешения спора, стороны своим соглашением о порядке разрешения спора определяют правовую силу результата применения АРС. Результат может быть рекомендацией, договором или обязательным для сторон решением, постановлением, указанием, предписанием третейского суда. Разные механизмы АРС выполняют разные функции: профилактическую (превентивную); корректирующую (моделирующую) действия сторон спора по исполнению взаимных обязательств из договора или в связи с его заключением, исполнением и прекращением; стимулирующую (к возобновлению обсуждения новых условий существующего отношения сторон). Государство посредством императивных предписаний обеспечивает исполнимость результатов АРС.

3. Стороны вправе своим соглашением назначить для содействия в урегулировании своего конфликта или разрешения правового спора между ними стороннее лицо – устроителя взаимодействия сторон (аккомодатора). В качестве аккомодатора может выступать как физическое, так и юридическое лицо (администрирующая институция). Объем полномочий аккомодатора может меняться в зависимости от функций, которыми стороны договорились его наделить (от технических до функций разрешения спора), однако договорная роль аккомодатора как устроителя коммуникационной среды для оптимального взаимодействия сторон остается неизменной. Роль аккомодатора варьируется от организационной (модератор) до директивной (арбитр). Задача устроителя взаимодействия сторон (аккомодатора) заключается в том, чтобы выявить истинный интерес сторон, направляющий их в споре, и таким образом определить действительную волю сторон.

4. Проанализированы разновидности ролей устроителя взаимодействия сторон (аккомодатора), и установлена их зависимость от процессуальных последствий его действий. Выявлено, что требования, предъявляемые к квалификации и личным качествам аккомодатора, обусловлены

процессуальными последствиями его действий. Наблюдается отчетливая тенденция к формированию единообразных стандартов квалификации (профессиональные стандарты), поведения (этические кодексы) аккомодаторов и правил проведения ими процедуры урегулирования или разрешения спора (регламенты). На уровне международных объединений предпринимателей и профессиональных объединений специалистов в сфере разрешения споров вырабатываются унифицированные требования к оценке качества услуг аккомодатора, при этом возрастает роль правил «частной унификации» в формировании договорных отношений сторон по поводу урегулирования коммерческих споров. Поскольку, с одной стороны, усиливается значение национальных процедур, с другой – обостряется необходимость восприятия международных стандартов, рекомендовано учитывать профильные своды требований, выработанные профессиональными сообществами, в частности, стандарты сертификации при разработке отечественных стандартов.

5. Сделан вывод о формировании многоуровневой матричной (сотовой) системы альтернативных способов урегулирования споров, включающей договорный контур урегулирования спора между сторонами, с одной стороны, и форму понуждения к исполнению достигнутого в результате АРС решения – с другой. Договорный контур урегулирования спора формируется как на национальном уровне, так и на международном. Процессуальная императивная составляющая, изначально присутствующая в результате АРС в виде подразумеваемого гарантированного законом права стороны, чьи права нарушены, обратиться за защитой своих прав в государственный суд, активизируется только в случае нарушения достигнутого посредством применения АРС результата одной из сторон, когда возникает необходимость в восстановлении нарушенных прав добросовестной стороны.

6. Сделан вывод о единстве системы разрешения предпринимательских споров, объединяющей АРС и государственную юрисдикцию и развивающейся в диалектическом взаимодействии регулируемых частным правом отношений сторон по поводу урегулирования своего спора и определяемым нормами

процессуального права порядком разрешения споров, возникающих в сфере коммерческого оборота. Для обеспечения оптимального выбора способа урегулирования спора, наиболее полно отвечающего экономическим интересам сторон, рекомендовано предусмотреть оформление итоговых соглашений об урегулировании спора в виде документа, подлежащего непосредственному исполнению.

7. Установлена актуальность разработки международного документа об исполнении соглашений, достигнутых в результате проведения международных коммерческих согласительных процедур и участия в его выработке Российской Федерации; рекомендовано закрепить в отечественном законодательстве правила упрощенного исполнения итоговых соглашений об урегулировании спора, в том числе достигнутых без содействия аккомодатора. Эти меры будут способствовать распространению практики применения АРС и, в частности, медиации для разрешения коммерческих споров с участием российских предпринимателей.

8. Показано, что в рамках комплексных систем сложных многокомпонентных договоров, опосредующих достижение единой экономической цели, АРС образует либо замкнутую систему урегулирования споров внутри системы договорных связей между профессиональными участниками договорных отношений, либо полузамкнутую (между профессиональным предпринимателем и потребителем, не включенным в систему). Лицо, не входящее в систему, вправе по ходу урегулирования спора выбирать разные варианты действий: следовать принятой профессиональными участниками процедуре до конца либо в любой момент выйти из нее и обратиться за защитой своих прав в государственные суды.

9. Установлена роль администрирующих институций в АРС как аккомодаторов и специфика их функций, подчеркнута важность ограничения полномочий администрирующих институций техническими функциями, хотя в ряде случаев допускается организационное вмешательство

администрирующих институций в процедуру АРС (например, назначение арбитра или председателя состава третейского суда, медиатора).

Список сокращений

- ALB.L.REV – Albany Law Review
- ATF – Arrêts du Tribunal fédéral
- CCI – Chambre de commerce internationale
- CEDIDAC – Centre du droit de l’entreprise
- CFM (FMC) – Family Mediation Canada
- CMAF – Chambre de médiation et d’arbitrage de Paris, the Centre for Mediation and Arbitration of Paris
- Colum. L.Rev. – Columbia Law Review
- CONC – Conciliation
- CONFLICT RESOL.Q. – Conflict Resolution Quarterly
- CPR – International Institute for Conflict Prevention & Resolution
- IBA – International Bar Association
- ICC – International Chamber of Commerce
- ICCA – International Council for Commercial Arbitration
- ICSID – International Centre for Settlement of Investment Disputes
- JdT – Journal des Tribunaux
- LLB – Legum Baccalaureus (Bachelor of Law)
- MARC les Modes (Méthodes) Alternatifs de Résolution des Conflits
- NBER – The National Bureau of Economic Research
- Neg.J.– Negotiation Journal
- OMPI – Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
- TF – Tribunal Fédéral
- UNCITRAL – United Nations Commission on International trade Law
- UNIDROIT – International Institute for the Unification of Private Law; Institut international pour l'unification du droit privé
- UNIL – Université de Lausanne
- WIPO – World Intellectual Property Organization

Список использованной литературы

Международные нормативные акты

1. Гаагское соглашение о международной регистрации промышленных образцов (Женева, 2 июля 1999 г.) [Электронный ресурс]. – Система ГАРАНТ.

2. Доклад Рабочей группы II (Арбитраж и согласительная процедура) о работе шестьдесят третьей сессии (Вена, 7–11 сент. 2015 г.), документ А/CN.9/861 [Электронный ресурс] // Материалы рабочей группы II Комиссии ООН по праву международной торговли (UNCITRAL. – Режим доступа: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/commission/working_groups/2Arbitration.html.

3. Конвенция о защите прав человека и основных свобод ETS № 005 (Рим, 4 ноября 1950 г.) (с изм. и доп. от 21 сентября 1970 г., 20 декабря 1971 г., 1 января 1990 г., 6 ноября 1990 г., 11 мая 1994 г.) [Электронный ресурс]. – Система ГАРАНТ.

4. Конвенция Организации Объединенных Наций о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров (Маврикийская конвенция о прозрачности) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/transparency-convention/Transparency-Convention-r.pdf>.

5. Мадридское соглашение о международной регистрации знаков и протокол к этому соглашению: цели, основные особенности, преимущества // Публикация ВОИС. – 2004. – № 418 (R).

6. Медиация. Практическое руководство по применению Гаагской конвенции от 25 октября 1980 года. О гражданско-правовых аспектах Международного похищения детей [Электронный ресурс]. – Научно-методический центр медиации и права. – Режим доступа: http://www.hcch.net/upload/guide28mediation_ru.pdf.

7. Принципы международных договоров УНИДРУА 2010 / пер. с англ. и вступ. статья А. С. Комарова. – М. : Статут, 2013. – 758 с.
8. Протокол о торговле услугами, учреждении, деятельности и осуществлении инвестиций (приложение № 16 к Договору о Евразийском экономическом союзе) (Астана, 29 мая 2014 г.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: www.pravo.gov.ru.
9. Руководство МСКА по толкованию Нью-Йоркской конвенции 1958 года [Электронный ресурс] : пособие для судей / Международный совет по коммерческому арбитражу. – М., 2012. – 156 с. – Режим доступа: http://www.arbitration-icca.org/media/3/46059478358923/russian_text.pdf.
10. Руководство Организации Объединенных Наций по эффективной посреднической деятельности [Электронный ресурс]. – 2012. – Режим доступа: http://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/GuidanceEffectiveMediation_UNDPA2012%28Russian%29_0.pdf.
11. Секретариат ЮНСИТРАЛ. \ Руководство по Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 год) [Электронный ресурс]. – 2016. – Режим доступа: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/NY_conv/2016_Guide_on_the_Convention.pdf
12. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре (принят ЮНСИТРАЛ 24 июня 2002 г.) [Электронный ресурс]. – Система ГАРАНТ.
13. Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters [Electronic resource]. – 24.05.2008 // Official Journal of the European Union L 136/3. – Mode of access: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:En:PDF>.
14. Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction Mediation [Electronic

resource] // Hague Conference on Private International Law 2012. – Mode of access: http://www.hcch.net/upload/guide28mediation_en.pdf.

15. ICC Principles to Facilitate Commercial Negotiation [Electronic resource]. – 27.02.2014. – Mode of access: <http://store.iccwbo.org/t/ICC-Principles-to-Facilitate-Commercial-Negotiation>.

Нормативные акты Российской Федерации и комментарии

16. Гражданский кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс]. – Система ГАРАНТ.

17. Загайнова, С. К. Комментарий к Федеральному закону «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» [Электронный ресурс] / С. К. Загайнова, В. В. Ярков. – М.: Инфотропик медиа, 2012. – Система ГАРАНТ.

18. Комментарий к Закону Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже»: постатейный, науч.-практ. / под ред. А. С. Комарова, С. Н. Лебедева, В. А. Мусина ; сост. Г. В. Севастьянов. – СПб.: АНО Редакция журнала «Третейский суд», 2007. – 416 с.

19. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации : В 2-х т. – Т. 1 : Части первая, вторая ГК РФ / под ред. Т. Е. Абовой, А. Ю. Кабалкина. – Ин-т государства и права РАН. – 6-е изд., перераб. и доп. – М.: Издательство Юрайт, 2011. – 928 с.

20. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный). – 3-е изд. / отв. ред. О. Н. Садиков. – М. : ИНФРА-М., 2005. – 1062 с.

21. О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившим силу пункта 3 части 1 статьи 6 Федерального закона «О саморегулируемых организациях» в связи с принятием Федерального закона «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» : Федеральный закон от 29.12.2015 № 409-ФЗ // СЗ РФ. – 2016. – № 1 (часть I). – Ст. 29.

22. О международном коммерческом арбитраже : Закон РФ от 07.07.1993 № 5338-1 // Ведомости съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. – 12.08.1993. – № 32. – Ст. 1240.

23. О третейских судах в Российской Федерации [Электронный ресурс] : Федеральный закон от 24.07.2002 № 102-ФЗ. – Система ГАРАНТ.

24. Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации) [Электронный ресурс] : Федеральный закон от 27.07.2010 № 193-ФЗ. – Система ГАРАНТ.

25. Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации : Федеральный закон от 29.12.2015 № 382-ФЗ // СЗ РФ. – 2016. – № 1 (часть I). – Ст. 2.

26. Об утверждении Правил предоставления права на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения и Положения о депонировании правил постоянно действующего арбитражного учреждения : Постановление Правительства РФ от 25.06.2016 № 577 // СЗ РФ. – 2016. – № 27 (часть III). – Ст. 4478.

27. Положение о Совете по совершенствованию третейского разбирательства : утв. Приказом Министра юстиции Российской Федерации от 13.07.2016 г. № 165. – Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. – 15.08.2016. – № 33.

28. Скворцов, О. Ю. Комментарий к Федеральному закону «О третейских судах в Российской Федерации» / О. Ю. Скворцов. – М. : Омега-Л, 2003. – 288 с.

Нормативные акты зарубежных стран

29. Глава 12 «Международный арбитраж» Федерального закона о международном частном праве от 18.12. 1987 года Швейцарии [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.arbitration-ch.org/pages/en/arbitration-in-switzerland/index.html>.

30. Code civil. Version consolidée au 10 août 2016. Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, NOR: JUSC1522466R [La ressource électronique]. – La mode d'accès: <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

31. Decreto-legge 12 settembre 2014, n.132 Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri intereventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile // Gazzetta ufficiale, Serie generale n.212. 12.09.2014.

32. Dutch Code Civil Procedure (Книга четвертая Гражданско-процессуального кодекса Нидерландов об арбитраже) [Electronic resource]. – Mode of access : www.nai-nl.org/downloads/Text%20Dutch%20Code%20Civil%20Procedure.pdf.

33. Règlement 211.01.4 sur les médiateurs civils agréés (RMCA) [La ressource électronique]. – La mode d'accès: <http://www.vd.ch/themes/etat-droit-finances/justice/themes-de-justice/mediation-en-matiere-civile/>.

34. Loi sur l'organisation judiciaire (LOJ) du 26 septembre 2010 (Entrée en vigueur : 1^{er} janvier 2011) [La ressource électronique]. – La mode d'accès: https://www.ge.ch/legislation/rsg/f/rsg_e2_05.html.

35. Loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires // JORF (Journal officiel de la République Française). – n°0297 du 23 décembre 2010. – P. 22552, texte n° 1 [La ressource électronique]. – La mode d'accès: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2010/12/22/2010-1609/jo/texte>.

Судебная и иная практика

36. О свободе договора и ее пределах : Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14.03.2014 № 16 // Вестник ВАС РФ. – 2014. – № 5.

37. По делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 11 Гражданского кодекса Российской Федерации, пункта 2 статьи 1

Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации», статьи 28 Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», пункта 1 статьи 33 и статьи 51 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)» в связи с запросом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации : Постановление Конституционного Суда РФ от 26.05.2011 № 10-П // СЗ РФ. – 06.06.2011. – № 23. – Ст. 3356 [Электронный ресурс]. – Система ГАРАНТ.

38. По делу о проверке конституционности положений статьи 1 Федерального закона «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней», пунктов 1 и 2 статьи 32 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации», частей первой и четвертой статьи 11, пункта 4 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 13, пункта 4 части 3 статьи 311 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 15, пункта 4 части 1 статьи 350 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации и пункта 2 части четвертой статьи 413 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы : Постановление Конституционного Суда РФ от 14.07.2015 № 21-П // СЗ РФ. – 2015. – № 30. – Ст. 4658.

39. По делу о проверке конституционности положений статьи 11 и пунктов 3 и 4 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом президиума Ленинградского окружного военного суда : Постановление Конституционного Суда РФ от 06.12.2013 № 27-П // СЗ РФ. – 2013. – № 50. – Ст. 6670.

40. Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, I.Zivilabteilung 4A.615_2010, Arrêt du 14 janvier 2011, 4.1.1–4.1.2.

41. Бенова, В. И. Медиация как альтернативный способ разрешения международных коммерческих споров : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Бенова Виктория Игоревна. – М., 2013. – 26 с.
42. Богданов, В. В. Преддоговорные правоотношения в российском гражданском праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Богданов Владимир Владимирович. – М., 2011. – 28 с.
43. Брыжинский, А. А. Альтернативное разрешение правовых споров и конфликтов в России : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Брыжинский Александр Андреевич. – Саранск, 2005. – 234 с.
44. Гницевич, К. В. Преддоговорная ответственность в гражданском праве (*culpa in contrahendo*) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Гницевич Константин Викторович. – СПб., 2009. – 26 с.
45. Гравин, Д. И. Договор банковского кредитования по российскому и английскому праву : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Гравин Дмитрий Ильич. – М., 2013. – 152 с.
46. Елисеев, Д. Б. Роль медиации в разрешении правовых конфликтов (теоретико-правовой анализ) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Елисеев Дмитрий Борисович. – М., 2013. – 31 с.
47. Елисеев, Н. Г. Договорное регулирование гражданских и арбитражных процессуальных отношений : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Елисеев Николай Георгиевич. – М., 2016. – 41 с.
48. Колясникова, Ю. С. Примирительные процедуры в арбитражном процессе : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.15 / Колясникова Юлия Сергеевна. – Екатеринбург, 2009. – 30 с.
49. Меньшенин, П. А. Предварительный договор в российском гражданском праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Меньшенин Павел Александрович. – М., 2011. – 26 с.
50. Першин, М. В. Частноправовой интерес: понятие, правообразование, реализация : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Першин Михаил Викторович. – Н. Новгород, 2004. – 199 с.

51. Подузова, Е. Б. Организационный договор и его виды : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Подузова Екатерина Борисовна. – М., 2012. – 26 с.

52. Политова, И. П. Категория воли в гражданском праве России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Политова Инна Петровна. – М., 2014. – 27 с.

53. Полякова, В. Э. Предварительный договор в праве России и Германии : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Полякова Валентина Эдуардовна. – М., 2015. – 23 с.

54. Севастьянов, Г. В. Правовая природа третейского разбирательства и компетенция третейского суда в сфере недвижимости : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.15 / Севастьянов Глеб Владимирович. – М., 2013. – 240 с.

55. Тюрина, С. А. Договор как регулятор организационных отношений в российском гражданском праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Тюрина Светлана Александровна. – М., 2012. – 28 с.

Монографии и сборники

56. Абова, Т. Е. Охрана хозяйственных прав предприятий / Т. Е. Абова. – М.: Юридическая литература, 1975. – 216 с.

57. Аболонин, В. О. Судебная медиация: теория – практика – перспективы [Электронный ресурс] / В. О. Аболонин. – М., 2014. – Режим доступа: <https://lawbook.online/rossii-protsess-grajdanskiy/sudebnaya-mediatsiya-teoriya-praktika.html>.

58. Актуальные вопросы международного коммерческого арбитража : сборник статей к 70-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / Отв. ред. А. С. Комаров. – М.: Статут, 2002. – 140 с.

59. Алдаганов, М. М. Конфликтология – наука об обществе и конструктивных технологиях разрешения конфликтов / М. М. Алдаганов // Конфликт. Политика. Общество : сборник науч. статей кафедры

конфликтологии С.-Петербургского гос. ун-та. – СПб.: Изд-во Санкт-Петербургского ун-та, 2007. – 538 с.

60. Алексеев, С. А. Собрание сочинений : В 10 т [+ Справоч. том] / С. А. Алексеев. – Т. 5 : Линия права. Отдельные проблемы концепции. – М.: Статут, 2010. – 549 с.

61. Аллахвердова, О. В, Переговоры в социальной работе: учеб. пособие. – СПб.: Изд-во Санкт-Петербургского ун-та, 2017. – 134 с.

62. Альтернативные способы разрешения споров между субъектами предпринимательской деятельности / С. С. Сулакшин, Е. Э. Буянова, В. В. Кулаков [и др.]. – М.: Научный эксперт, 2013. – 272 с.

63. Ануров, В. Н. Третейское соглашение : монография / В. Н. Ануров. – М.: Проспект, 2009. – 368 с.

64. Архипов, Д. А. Распределение договорных рисков в гражданском праве. Экономико-правовое исследование / Д. А. Архипов. – М.: Статут, 2012. – 112 с.

65. Арямов, А. А. Общая теория риска: юридический, экономический и психологический анализ / А. А. Арямов. – 2-е изд. – М.: РАП, Волтерс Клувер, 2010. – 208 с.

66. Асаул, А. Н. Методологические аспекты формирования и развития предпринимательских сетей / А. Н. Асаул, Е. Г. Скуматов, Г. Е. Локтеева ; под ред. А. Н. Асаула. – СПб.: «Гуманистика», 2004. – 256 с.

67. Брагинский, М. И. Договорное право: Общие положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М.: Статут, 1998. – 847 с.

68. Вилкова, Н. Г. Договорное право в международном обороте (2-й завод) / Н. Г. Вилкова – М.: Статут, 2004. – 511 с.

69. Виноградова, Е. А. Третейский суд в России. Законодательство, практика, комментарии / Е. А. Виноградова. – М.: Изд-во БЕК, 1993. – 288 с.

70. Витрянский, В. В. Общие положения о договоре в условиях реформирования российского гражданского законодательства /

В. В. Витрянский // Кодификация российского частного права 2015 ; под ред. П. В. Крашенинникова. – М.: Статут, 2015. – 446 с.

71. Гегель, Г. В. Ф. Философия права / Г. В. Ф. Гегель ; пер. с нем. Б. Г. Столпнера, М. И. Левиной ; ред. Д. А. Керимов, В. С. Нерсисянц. – М.: Мысль, 1990. – 526 с.

72. Гражданское право: учебник : в 2 т. / под ред. Б. М. Гонгало. – Т. 2. – М.: Статут, 2016. – 528 с.

73. Грибанов, В. П. Осуществление и защита гражданских прав / В. П. Грибанов. – М.: Статут, 2001. – 411 с.

74. Гутников, О. В. Потенциал частного права как противовес публично-правовому давлению на бизнес / О. В. Гутников // Государство и бизнес в системе правовых координат : монография ; А. В. Габов, В. Н. Литовкин, О. В. Гутников [и др.] ; отв. ред. А. В. Габов. – М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ : ИНФРА-М, 2014. – 320 с.

75. Давыденко, Д. Л. Примирительные процедуры в европейской правовой традиции / Д. Л. Давыденко – М.: Инфотропик Медиа, 2013. – 232 с.

76. Доронина, Н. Г. Международное частное право и инвестиции : монография / Н. Г. Доронина, Н. Г. Семилютина. – М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ: ИНФРА-М, 2012. – 272 с.

77. Егорова, М. А. Правовой режим зачета в гражданско-правовых обязательствах / М. А. Егорова. – М.: Дело, 2012. – 239 с.

78. Елисеев, Н. Г. Краткий комментарий к Гражданскому процессуальному уложению Германии [Электронный ресурс] / Н. Г. Елисеев. – Система ГАРАНТ.

79. Елисеев, Н. Г. Процессуальный договор / Н. Г. Елисеев. – М.: Статут, 2015. – 368 с.

80. Ефимова, Л. Г. Банковские сделки. Право и практика : монография / Л. Г. Ефимова. – М.: НИМП, 2001. – 654 с.

81. Зыкин, И. С. Договор во внешнеэкономической деятельности / И. С. Зыкин. – М.: Международные отношения, 1990. – 221 с.

82. Иоффе, О. С. Избранные труды по гражданскому праву: из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права» / О. С. Иоффе. – М.: Статут, 2003. – 782 с.

83. Иоффе, О. С. Юридические нормы и человеческие поступки / О. С. Иоффе // Избранные труды: в 4 т. – Т. IV; сост., предисл. И. П. Грешникова; вступ. статья А. Г. Диденко, А. Г. Потюкова; перевод Д. М. Короткова. – СПб.: Юридический центр, 2010. – 690 с.

84. Кадье, Л. Соглашения относительно процесса во французском праве (о контрактуализации разрешения споров) / Л. Кадье // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. – 2007. – № 6.

85. Калашникова, С. И. Медиация в сфере гражданской юрисдикции / С. И. Калашникова. – М.: Инфотропик Медиа, 2011. – 304 с.

86. Карапетов, А. Г. Свобода договора и ее пределы: в 2 т. / А. Г. Карапетов, А. И. Савельев. – Т. 1: Теоретические, исторические и политико-правовые основания принципа свободы договора и его ограничений. – М.: Статут, 2012. – 452 с.

87. Клейн, Н. И. Организация договорно-хозяйственных связей / Н. И. Клейн. – М.: Юридическая литература, 1976. – 192 с.

88. Коммерческая медиация: теория и практика: сборник статей / Под ред. С. К. Загайновой, В. О. Аболонина. – М.: Инфотропик Медиа, 2012. – 304 с.

89. Конфликты в современной России. Проблемы анализа и регулирования. / под ред. Е. И. Степанова. – М.: Едиториал УРСС, 2000. – 344 с.

90. Конфликты в условиях формирования современного российского общества: курс лекций / Д. А. Абгаджав, Н. В. Абдуллаев, А. В. Алейников, Г. Г. Газимагомедов [и др.] / под ред. А. В. Алейникова, А. И. Стребкова. – СПб.: БХВ-Петербург, 2015. – 496 с.

91. Концепция единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (одобрена решением Комитета по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству ГД ФС РФ от 08.12.2014 № 124(1) [Электронный ресурс] / Т. Е. Абова, Г. А. Жилин, В. А. Корнеев, П. В. Крашенинников [и др.]. – Система «КонсультантПлюс».

92. Красавчиков, О. А. Категории науки гражданского права. Избранные труды : в 2 т. / О. А. Красавчиков. – Т. 1. – М.: Статут, 2005. – 492 с.

93. Кулаков, В. В. Обязательство и осложнение его структуры в гражданском праве России : монография / В. В. Кулаков. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: РАП; Волтерс Клувер, 2010. – 238 с.

94. Курочкин, С. А. Третейское разбирательство гражданских дел в Российской Федерации: теория и практика / С. А. Курочкин. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – 272 с.

95. Кучер, А. Н. Теория и практика преддоговорного этапа / А. Н. Кучер. – М.: Статут, 2005. – 363 с.

96. Лебедев, С. Н. Избранные труды по международному коммерческому арбитражу, праву международной торговли, международному частному праву, частному морскому праву / С. Н. Лебедев ; МГИМО (У) МИД России, кафедра междунар. частн. и гражд. права ; сост. А. И. Муранов. – М.: Статут, 2009. – 717 с.

97. Лебедев, С. Н. Международный торговый арбитраж / С. Н. Лебедев. – М.: Международные отношения, 1965. – 219 с.

98. Лисица, В. Н. Инвестиционное право / В. Н. Лисица. – Новосибирск: ННИГУ, 2015. – 561 с.

99. Лисицин, В. В. Медиация: примирительное урегулирование коммерческих споров в России (прошлое и настоящее, зарубежный опыт) / В. В. Лисицин. – Вып. 2. – М.: Радуница, 2011. – 224 с.

100. Лунц, Л. А. Курс международного частного права : в 3 т. / Л. А. Лунц. – М.: СПАРК, 2002. – 1007 с.

101. Магазинер, Я. М. Советское хозяйственное право / Я. М. Магазинер. – Ленинград: издание студенческой кассы взаимопомощи Ленинградского института народного хозяйства, 1928. – 489 с.
102. Май, С. К. Очерк общей части буржуазного обязательственного права / С. К. Май. – М. : Внешторгиздат, 1953. – 220 с.
103. Максуров, А. А. Медиация в праве: юридическая технология медиативных процедур / А. А. Максуров, М. В. Таланова. – М.: ЭкООнис, 2014. – 456 с.
104. Медиация : учебник / под ред. А. Д. Карпенко, А. Д. Осинковского. – СПб.: АНО «Редакция журнала «Третейский суд»; – М. : Статут, 2016. – 480 с.
105. Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения : сборник статей к 80-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / Под ред. А. А. Костина ; МКАС при ТПП РФ. – М.: Статут, 2012. – 399 с.
106. Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации. – М.: Торгово-промышленная палата РФ, 2017. – 180 с.
107. Международный форум «Евразийская экономическая перспектива»: сборник выступлений участников международ. форума / под ред. проф. И. А. Максимцева, проф. Е. А. Карлика. – СПб.: Изд-во СПбГЭУ, 2014. – 261 с.
108. Мейер, Д. И. Русское гражданское право: в 2 ч. / Д. И. Мейер. – М.: Статут, 1997. – Ч. 1 : 289 с., Ч. 2 : 453 с.
109. Мозолин, В. П. Развитие советского гражданского права на современном этапе / В. П. Мозолин // СССР – Австрия: проблемы гражданского и семейного права. – М.: Академия наук СССР; Ин-т гос. и права, 1983. – 180 с.
110. Ойгензихт, В. А. Альтернатива в гражданском праве / В. А. Ойгензихт. – Душанбе: Ирфон, 1991. – 176 с.
111. Ойгензихт, В. А. Нетипичные договорные отношения в гражданском праве : учеб. пособие / В. А. Ойгензихт. – Душанбе: Ирфон, 1984. – 125 с.

112. Ойгензихт, В. А. Проблема риска в гражданском праве / В. А. Ойгензихт. – Душанбе: Ирфон, 1972. – 224 с.
113. Покровский, И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. – М.: Статут, 1998. – 351 с.
114. Правовое регулирование отношений по внешней торговле СССР : в 2 ч. – Ч. 2 / под ред. проф. В. С. Позднякова. – М.: Международные отношения, 1986. – 160 с.
115. Примирительные процедуры в суде : коллективная монография / под ред. А. Д. Карпенко. – СПб.: ООО «Аргус», 2014. – 127 с.
116. Проблемы унификации международного частного права : монография / отв. ред. А. Л. Маковский, И. О. Хлестова. – М.: Юриспруденция, Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, 2012. – 488 с.
117. Пугинский, Б. И. Коммерческое право России : учебник / Б. И. Пугинский. – М.: Юрайт, 2010. – 354 с.
118. Рожкова, М. А. Договорное право: соглашения о подсудности, международной подсудности, примирительной процедуре, арбитражное (третейское) и мировое соглашения / М. А. Рожкова, Н. Г. Елисеев, О. Ю. Скворцов; под общ. ред. М. А. Рожковой. – М.: Статут, 2008. – 528 с.
119. Рожкова, М. А. Мировая сделка: использование в коммерческом обороте : монография / М. А. Рожкова. – М.: Статут, 2005. – 572 с.
120. Рожкова, М. А. Средства и способы правовой защиты сторон коммерческого спора / М. А. Рожкова. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – 416 с.
121. Рожкова, М. А. Теория процессуального договора в соотношении с концепцией сделок, направленных на защиту прав / М. А. Рожкова // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. – 2007. – № 6.
122. Севастьянов, Г. В. Правовая природа третейского разбирательства как института альтернативного разрешения споров (частного процессуального права) : монография / Г. В. Севастьянов. – СПб.: АНО «Редакция журнала «Третейский суд»; М.: Статут, 2015. – 464 с.

123. Сеницын, С. А. Абсолютные и относительные субъективные права. Общее учение и проблемы теории гражданского права: сравнительно-правовое исследование : монография / С. А. Сеницын ; Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. – М.: ИД «Юриспруденция», 2015. – 568 с.

124. Скворцов, О. Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы / О. Ю. Скворцов. – М. : Волтерс Клувер, 2005. – 704 с.

125. Советское гражданское право : учебник : в 2 т. – Т. 1 / под ред. О. А. Красавчикова. – М. : Высшая школа, 1985. – 544 с.

126. Стандартная документация для срочных сделок на финансовых рынках. Ассоциация российских банков (АРБ), Национальная валютная ассоциация (НВА), Национальная ассоциация участников фондового рынка (НАУФОР). – М.: НАУФОР, 2009. – 481 с.

127. Тихомиров, Ю. А. Право: прогнозы и риски : монография / Ю. А. Тихомиров. – М.: НИЦ Инфра-М, 2015. – 240 с.

128. Филиппова, С. Ю. Инструментальный подход в науке частного права / С. Ю. Филиппова. – М.: Статут, 2013. – 350 с.

129. Халфина, Р. О. Общее учение о правоотношениях / Р. О. Халфина. – М.: Юридическая литература, 1974. – 340 с.

130. Цивилистические правовые традиции под вопросом (по поводу докладов *Doing business* Всемирного банка) / Франсуа Барьер [и др.] ; пер. с фр. А. Грядова. – Т. 1. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – 184 с.

131. Шамликашвили, Ц.А. Медиация как альтернативная процедура урегулирования споров / Ц.А.Шамликашвили. – М.: Межрегиональный центр управления и политического консультирования, 2010. – 160 с.

132. Шеменева, О. Н. Роль соглашений сторон в гражданском судопроизводстве / О. Н. Шеменева. – М.: Инфотропик Медиа, 2017. – 312 с.

133. Шеменева, О. Н. Роль соглашений сторон в гражданском судопроизводстве / Шеменева О. Н. – М. Инфотропик Медиа, 2017. – 312 с.

134. Юридическая конфликтология / А. Д. Бойков, Н. Н. Варламова, А. В. Дмитриев, О. Л. Дубовик [и др.]; отв. ред. В. Н. Кудрявцев. – М.: Изд-во ИГП РАН, 1995. – 316 с.

135. Юридический конфликт: сферы и механизмы. Ч. 2 / О. Л. Дубовик, В. Н. Кудрявцев, С. В. Кудрявцев, А. М. Ларин [и др.]; отв. ред. В. Н. Кудрявцев. – М.: Изд-во РАН, 1994. – 172 с.

136. Яблочков, Т. М. Учебник русского гражданского судопроизводства / Т. М. Яблочков. – Ярославль: Книгоизд-во И. К. Гассанова, 1912. – VIII, 326 с.

137. Яковлев, В. Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений / В. Ф. Яковлев. – М. Статут, 2006. – 240 с.

Пособия и справочные издания

138. Гайдаенко Шер, Н. И. Формирование альтернативных механизмов разрешения споров: бесконфликтное общество как основа противодействия коррупции: науч.-практ. пособие / Н. И. Гайдаенко Шер; отв. ред. Н. Г. Семилютина. – М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ; ИНФРА-М, 2015. – 176 с.

139. Ковач, Кимберли К. Медиация: крат. курс / Кимберли К. Ковач; пер. с англ. Е. И. Носыревой [и др.]. – 2-е изд. – М. Инфотропик Медиа, 2013. – 316 с.

140. Николюкин, С. В. Правовые технологии посредничества (медиации) в Российской Федерации: науч.-практ. пособие / С. В. Николюкин. – М.: Юстицинформ, 2013. – 240 с.

141. Пель, Матхельд. Приглашение к медиации: практическое руководство о том, как эффективно предложить разрешение конфликта путем медиации / Матхельд Пель. – М. Межрегиональный центр управленческого и политического консультирования, 2009. – 400 с.

142. Mirimanoff, Jean A. Amicable Dispute Resolution : Bibliography [Electronic resource] / Jean A. Mirimanoff, Marco Pons. – Slatkine, Geneva, 21.10.2014. – Mode of access: https://imimmediation.org/document_261.

143. Mirimanoff, Jean A. La médiation dans l'ordre juridique suisse. Une Justice durable à l'écoute du troisième millénaire / Jean A. Mirimanoff. – 1re éd. – Basel : Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011. – 311 p.

Научные статьи

144. Абова, Т. Е. Еще раз о третейском суде / Т. Е. Абова // Третейский суд. – 2013. – № 3. – С.147 – 156.

145. Андрющенко, А. В. Организационный договор как общая договорная конструкция [Электронный ресурс] / А. В. Андрющенко // Юридические исследования. – 2017. – № 5. – С. 71 – 84. DOI: 10.7256/2409-7136.2017.5.22926. – Режим доступа: http://e-notabene.ru/lr/article_22926.html

146. Брагинский, М.И. О месте гражданского права в системе «право публичное-право частное» / М.И.Брагинский // в сб.: Проблемы современного гражданского права. – М.: Городец, 2000. – 384 с.

147. Бражников, Ю. М. Юридический конфликт как предмет научного исследования / Ю. М. Бражников // Актуальные проблемы государства и права : сборник материалов Всерос. науч.-практ. конф. (Новокузнецк, 14–15 апр. 2005 г.). – Новокузнецк : НФИ Кем ГУ, 2005. – С. 86 – 88.

148. Брановицкий, К. Л. Процессуальный договор в доктрине гражданского процесса ФРГ [Электронный ресурс] / К. Л. Брановицкий // Арбитражный и гражданский процесс. – 2010. – № 12. – С. 30 – 32.

149. Вилкова, Н. Г. Из практики инвестиционного арбитража с участием стран СНГ / Н. Г. Вилкова // Третейский суд. – 2011. – № 4. – С. 73 – 79.

150. Власова, Л. В. § 3. Судебное посредничество/примирение в Беларуси / Л. В. Власова // Примирительные процедуры в суде : коллектив. монография ; под ред. А. Д. Карпенко. – СПб.: ООО «Аргус», 2014. – С. 23 – 32.

151. Волос, А. А. Принципы гражданского права и их аксиология / А.А.Волос // Известия Байкальского государственного университета. – 2017. – Т. 27, № 2. – С. 238 – 245.

152. Габов, А. В. Подведомственность корпоративных споров третейским судам (к дискуссии о проектах законов, направленных на реформирование законодательства о третейских судах) / А. В. Габов // Журнал российского права. – 2015. – № 3. – С. 46 – 57.

153. Гайдаенко Шер, Н. И. Альтернативные способы разрешения споров и бизнес / Н. И. Гайдаенко Шер // Новое в гражданском законодательстве: баланс публичных и частных интересов : материалы для VII Ежегодных науч. чтений памяти профессора С. Н. Братуся ; отв. ред. Н. Г. Доронина. – М. : Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ ; ИД «Юриспруденция», 2012. – С. 433 – 445.

154. Гайдаенко Шер, Н. И. Внесудебные механизмы разрешения споров в экономической сфере: к вопросу о процедуре совместного разрешения споров / Н. И. Гайдаенко Шер // Законность в экономической сфере как необходимый фактор благоприятного инвестиционного климата : материалы для VI Ежегодных науч. чтений памяти профессора С. Н. Братуся (Москва, 26 окт. 2011 г.); отв. ред. Н. Г. Доронина, А. В. Габов. – М. : Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ; ИД «Юриспруденция», 2012. – С. 274 – 282.

155. Гайдаенко Шер, Н. И. Почему Швейцария популярна в качестве места арбитража? / Н. И. Гайдаенко Шер // Legal insight. – 2013. – № 2. – С.22 – 26.

156. Гайдаенко Шер, Н. И. Применение принципов УНИДРУА и Принципов упрощения переговоров МТП в переговорах при заключении внешнеэкономических сделок / Н. И. Гайдаенко Шер // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2014. – № 1. – С. 44 – 48.

157. Гайдаенко Шер, Н. И. Профессиональные стандарты медиатора и международные стандарты качества: вопросы совместимости / Н. И. Гайдаенко Шер // Третейский суд. – 2015. – № 2/3. – С. 155 – 160.

158. Гайдаенко Шер, Н. И. Швейцария: законодательное регулирование международного арбитража и обзор новой редакции Швейцарского регламента международного арбитража / Н. И. Гайдаенко Шер // Третейский суд. – 2012. – № 6; Третейский суд. – 2013. – № 1. – С. 91– 98, 150 – 156.

159. Гайдаенко Шер, Н. И. Юристы, судьи и альтернативные способы разрешения споров: итоги одного опроса / Н. И. Гайдаенко Шер // Третейский суд. – 2015. – № 1. – С. 119 – 124.

160. Гармоза, А. П. Арбитражное соглашение как основание возникновения компетенции международного коммерческого арбитража на разрешение инвестиционных споров / А. П. Гармоза // Третейский суд. – 2009. – № 1. – С. 87 – 98.

161. Грешников, И. П. Международный, иностранный и внутренний арбитраж / И. П. Грешников // Третейский суд. – 2005. – № 2. – С. 85 – 94.

162. Давыденко, Д. Л. Вопросы юридической терминологии в сфере «альтернативного разрешения споров» / Д. Л. Давыденко // Третейский суд. – 2009. – № 1. – С. 40 – 53.

163. Доронина, Н. Г. Диффузия в праве как направление унификации международного частного права: к вопросу об объекте информационного права / Н. Г. Доронина // Журнал российского права. – 2015. – № 5. – С. 125 – 134.

164. Егорова, М. А. Организационное отношение и организационные сделки в гражданско-правовом регулировании / М. А. Егорова // Законы России: опыт, анализ, практика. – 2011. – № 5. – Система ГАРАНТ.

165. Ерохина, Е. В. Нормативно-правовое регулирование примирительных процедур при разрешении гражданско-правовых споров / Е. В. Ерохина // Вестник Оренбургского гос. ун-та. – 2014. – № 3 (164). – С. 9–13.

166. Ерохина, Е. В. Переговоры как один из способов альтернативного разрешения гражданско-правовых споров / Е. В. Ерохина // Вестник Волгоградского гос. ун-та. Серия 5 : Юриспруденция. – 2014. – № 4 (25). – С. 165–170.

167. Жужжалов М. Б. Учение фон Иеринга о преддоговорной ответственности: влияние на современность и возможности по применению в будущем (комментарий к русскому переводу работы «Culpa in contrahendo, или возмещение убытков при недействительности или незаключенности договоров») / М. Б. Жужжалов // Вестник гражданского права. – 2013. – № 3. – С. 267 – 311.

168. Зверева, Г. Построить матрицу: дискурс российской власти в условиях сетевой культуры / Г. Зверева // PRO суверенную демократию : сборник ; сост. Л. В. Поляков. – М. : Европа, 2007. – 627 с.

169. Зыкин, И. С. Мирное урегулирование споров под эгидой Международного коммерческого арбитражного суда / И. С. Зыкин // Актуальные проблемы международного коммерческого арбитража: к 70-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации ; отв. ред. А. С. Комаров. – М. : Спарк, 2002. – 140 с.

170. Зыкин, И. С. Статус арбитра в международном коммерческом арбитраже / И. С. Зыкин // Третейский суд. – 2003. – № 1. – С. 88 – 93.

171. Иванова, Е. Н. Современные направления в медиации / Е. Н. Иванова // Третейский суд. – 2010. – № 3. – С. 147 – 158.

172. Иванова, Е. Н. Типология интересов и стратегия поведения в конфликте / Е. Н. Иванова // Вестник СПбГУ. – Сер. 12. – 2011. – Вып.1. – С. 95 –100.

173. Каменков, В. С. Медиативное соглашение: место в системе правовых договоров (сравнительноправовой анализ) / В. С. Каменков // Третейский суд. – 2015. – № 1. – С. 111 – 118.

174. Карабельников, Б. Р. Арбитрабельность споров: российский подход / Б. Р. Карабельников, А. Л. Маковский // Международный коммерческий арбитраж. – 2004. – № 3. – С. 16 – 20.

175. Карпенко, А. Д. Критерии успешности медиации / А. Д. Карпенко // Третейский суд. – 2013. – № 2. – С. 164 – 169.

176. Кейлин, А. Д. Судопроизводство и гражданский процесс капиталистических государств / А. Д. Кейлин. – Ч. 3 : Арбитраж. – М. : Внешторгиздат, 1961. – 311 с.

177. Комаров, А. С. Международный арбитраж в России / А. С. Комаров // ЭЖ-Юрист. – 2004. – № 42.

178. Комаров, А. С. Некоторые актуальные вопросы международного коммерческого арбитража в РФ / А. С. Комаров // Международный коммерческий арбитраж. – 2004. – № 1. – С. 6 – 23.

179. Комаров, А. С. Основополагающие принципы третейского суда / А. С. Комаров // Вестник ВАС РФ. – 2001. – № 4.

180. Коннов, А. Ю. Понятие, классификация и основные виды альтернативных способов разрешения споров / А. Ю. Коннов // Журнал российского права. – 2004. – № 12. – С. 120 – 131.

181. Концепция единого Гражданского процессуального кодекса: предложения Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ / А. В. Габов, Е. С. Ганичева, М. Е. Глазкова, В. М. Жуйков [и др.] // Журнал российского права. – 2015. – № 5. – С. 5 – 25.

182. Костин, А. А. Арбитражное соглашение / А. А. Костин // Международный коммерческий арбитраж. – 2005. – № 2. – С. 4 – 17.

183. Кудрявцев, В. Н. Понятие юридического конфликта / В. Н. Кудрявцев // Юрист. – 2002. – № 7.

184. Кузбагаров, А. Н. Пределы применения альтернативных способов разрешения споров в России / А. Н. Кузбагаров // Третейский суд. – 2009. – № 3. – С. 134 – 137.

185. Кузина, В. И. Понятие, отличительные черты, преимущества и недостатки альтернативного разрешения споров / В. И. Кузина // Мониторинг правоприменения. – 2012. – № 4. – С. 69 – 73.

186. Кузьмина, А. В. Альтернативное разрешение споров: понятие и некоторые вопросы терминологии / А. В. Кузьмина // Третейский суд. – 2009. – № 3. – С. 113 – 123.

187. Курочкин, С. А. О контрактуализации гражданского и арбитражного процесса / С. А. Курочкин // Арбитражный и гражданский процесс. – 2012. – № 3. – С. 2 – 8.

188. Лисицын, В. В. Примирительное посредничество и медиация в России: проблемы становления и перспективы развития / В. В. Лисицын // Третейский суд. – 2012. – № 4. – С. 150 – 154.

189. Малеина, М. Н. Переговоры о заключении договора (понятие, правовое регулирование, правила) / М. Н. Малеина // Журнал российского права. – 2016. – № 10. – С. 36 – 46.

190. Малеина, М. Н. Соглашение о процедуре переговоров как договор и документ в предпринимательской деятельности / М. Н. Малеина // Предпринимательское право. – 2012. – № 3. – С. 31 – 34.

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

192. Минаков, А. И. Арбитражные соглашения и практика рассмотрения внешнеэкономических споров / А. И. Минаков. – М.: Юридическая литература, 1985. – 144 с.

193. Мирхусеева, С. Д. Развитие примирительных процедур как способа альтернативного разрешения споров в источниках русского дореволюционного права / С. Д. Мирхусеева // Вестник Бурятского гос. ун-та. – 2012. – № 2. – С. 145 – 148.

194. Морозов, М. Э. Еще раз о подведомственности дел третейским судам / М. Э. Морозов // Третейский суд. – 2001. – № 2. – С. 188 – 194.

195. Морозов, М. Э. Правовые источники третейского разбирательства / М. Э. Морозов // Третейский суд. – 2005. – № 3. – С. 101 – 105.
196. Муратова, Н. Г. О межотраслевой теории процессуальных соглашений: вопросы гражданского права, цивилистического и уголовного процесса / Н. Г. Муратова, М. Ю. Челышев // Вестник гражданского процесса. – 2012. – № 4. – С. 10 – 27.
197. Мусин, В. А. О пределах действия третейского соглашения / В. А. Мусин // Третейский суд. – 2009. – № 3. – С. 46 – 53.
198. Нердрум, Г. К вопросу об ответственности арбитров / Г. Нердрум // Третейский суд. – 2008. – № 5. – С. 35 – 43.
199. Никифоров, И. В. Инвестиционные споры в международном арбитраже / И. В. Никифоров // Третейский суд. – 2008. – № 4. – С. 94 – 103.
200. Новиков, Е. Ю. К вопросу о правовой природе третейского разбирательства / Е. Ю. Новиков // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. – 2003. – № 2. – С. 307 – 321.
201. Носырева, Е. И. «Посредничество» или «медиация»: к вопросу о терминологии / Е. И. Носырева // Третейский суд. – 2007. – № 1. – С. 9 – 14.
202. Носырева, Е. И. Правовое регулирование посредничества в США / Е. И. Носырева // Третейский суд. – 2004. – № 1. – С. 88 – 101.
203. Носырева, Е. И. Примирительные процедуры и международный коммерческий арбитраж / Е. И. Носырева // в сб.: 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 ; МКАС при ТПП РФ. – М. : Статут, 2007. – С. 300 – 318.
204. Носырева, Е. И. Формирование модели правового регулирования посредничества в Российской Федерации / Е. И. Носырева // Третейский суд. – 2009. – № 3. – С. 138 – 145.

205. Подузова, Е. Б. Организационные аспекты договорных обязательств / Е. Б. Подузова // Актуальные проблемы российского права. – 2015. – № 7. – Система ГАРАНТ.

206. Подшибякин, Д. Н. О деятельности Торгово-промышленной палаты РФ по развитию и популяризации способов альтернативного разрешения споров и совершенствованию законодательства о третейском разбирательстве в 2014 году / Д. Н. Подшибякин // Третейский суд. – 2015. – № 1. – С. 163 – 167.

207. Попондопуло, В. Ф. Регулирование компетенции третейских судов в России / В. Ф. Попондопуло // Третейский суд. – 2007. – № 6. – С. 7 – 13.

208. Рожкова, М. А. К вопросу о соотношении мирового и медиативного соглашений / М. А. Рожкова // Арбитражная практика. – 2011. – № 1. – С. 122 – 127.

209. Рожкова, М. А. О некоторых вопросах принудительного исполнения решения третейских судов / М. А. Рожкова // Вестник ВАС РФ. – 2004. – № 9. – С. 168 – 176.

210. Романенко, М. А. Альтернативные формы разрешения правовых конфликтов: Выбор оптимальной модели / М. А. Романенко // Вестник Астраханского гос. тех. ун-та. – 2005. – № 5 (28). – С. 244 – 251.

211. Садиков, О. Н. Нетипичные институты в советском гражданском праве / О. Н. Садиков // Советское государство и право. – 1979. – № 2. – С. 32 – 39.

212. Севастьянов, Г. В. Альтернативное разрешение споров – частное процессуальное право / Г. В. Севастьянов // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. – 2007. – № 6. – С. 385 – 419.

213. Севастьянов, Г. В. Третейская реформа: госконтроль или саморегулирование / Г. В. Севастьянов // Третейский суд. – 2015. – № 1. – С. 7 – 12.

214. Севастьянов, Г. В. Частное процессуальное право / Г. В. Севастьянов // Третейский суд. – 2007. – № 5. – С. 27 – 40.

215. Семилютина, Н. Г. Биржевые сделки в современном гражданском праве / Н. Г. Семилютина // Журнал российского права. – 2011. – № 6. – С. 5 – 16.

216. Семилютина, Н. Г. Глобализация международных хозяйственных связей, информационные технологии и выход на новый уровень диффузии в праве / Н. Г. Семилютина // Журнал российского права. – 2015. – № 5. – С. 134 – 141.

217. Семилютина, Н. Г. Корпоративные споры и развитие альтернативных механизмов разрешения споров. / Н. Г. Семилютина // Журнал российского права. – 2015. – № 2. – С. 112 – 127.

218. Семилютина, Н. Г. Понятие «регулируемый рынок» и проблемы международного коммерческого арбитража / Н. Г. Семилютина // в сб.: Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения : сборник статей к 75-летию МКАС при ТПП РФ ; под ред. А. С. Комарова. – М. : Статут, 2007. – С. 407 – 419.

219. Сулейменов, М. К. Частное процессуальное право как самостоятельная отрасль права / М. К. Сулейменов // Третейский суд. – 2011. – № 3. – С. 66 – 80.

220. Тихомиров, Ю. А. Юридическая конфликтология – новое направление в науке / Ю. А. Тихомиров // Государство и право. – 1994. – № 4. – С. 3 – 24.

221. Харитонов, Ю. С. Заверения об обстоятельствах как новелла российского права / Ю. С. Харитонов // Актуальные проблемы предпринимательского и корпоративного права в России и за рубежом : сборник науч.-практ. статей III Междунар. науч.-практ. конф. (Москва, 25 апр. 2016 г.) ; под общ. ред. С. Д. Могилевского, М. А. Егоровой) ; Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ ; юридический факультет им. М. М. Сперанского. – М.: Юстицинформ, 2016. – 593 с.

222. Хлестова, И. О. Типовой закон о международном торговом арбитраже и российский закон о международном коммерческом арбитраже:

общее и особенное / И. О. Хлестова // Журнал российского права. – 2011. – № 6. – С. 78 – 88.

223. Худойкина, Т. В. Применение посредничества как примирительной процедуры при разрешении правовых споров и конфликтов в России / Т. В. Худойкина // Социально-политические науки. – 2012. – № 4. – С. 67 – 70.

224. Черепяхин Б.Б. К вопросу о частном и публичном праве // X сб. трудов профессоров и преподавателей Иркутского гос. ун-та. – Иркутск, 1926. – С. 8 – 35.

225. Шарапов, В. В. О государственном (муниципальном) частном партнерстве [Электронный ресурс] / В. В. Шарапов. – 2016. – Система ГАРАНТ.

Зарубежная литература

Переводы на русский язык

226. Абрамсон, Гарольд И. Сопровождение сторон в процедуре медиации : руководство для адвокатов и консультирующих юристов / Гарольд И. Абрамсон. – 2-е изд. – М.: Межрегиональный центр управленческого и политического консультирования, 2013. – 542 с.

227. Гарсия Гарридо, Мануэль Хесус. Римское частное право: Казусы, иски, институты / Мануэль Хесус Гарсия Гарридо ; пер. с исп. Ю. В. Пуцаева [и др.] ; отв. ред. Л. Л. Кофанов. – М. : Статут, 2005. – 812 с.

228. Глазл, Фридрих. Конфликт-менеджмент. Настольная книга руководителя и консультанта / Фридрих Глазл. – М. : Духовное познание, 2002. – 516 с.

229. Гоулсон, Марк. Я слышу вас насквозь. Эффективная техника переговоров / Марк Гоулстон ; пер с англ. М. Фербера. – 3-е изд. – М. : Манн, Иванов и Фербер, 2012. – 272 с.

230. Пун, Гэри. Руководство по медиации для корпоративных юристов / Гэри Пун. – М. : Межрегиональный центр управленческого и политического консультирования, 2012. – 168 с.

231. Талеб Насим Николас. Черный лебедь. Под знаком непредсказуемости / Нассим Николас Талеб ; пер. с англ. – М. : Азбука-Аттикус, КоЛибри, 2012. – 528 с.

232. Талеб Нассим Николас. Антихрупкость. Как извлечь выгоду из хаоса / Нассим Николас Талеб ; пер. с англ. – М. : КоЛибри, 2014. – 768 с.

233. Фишер, Роджер. Переговоры без поражения. Гарвардский метод / Роджер Фишер, Уильям Юри, Брюс Паттон ; пер. с англ. Т. Новиковой. – М. : Манн, Иванов и Фербер, 2012. – 272 с.

234. Юри, Уильям. Как преодолеть НЕТ: переговоры в трудных ситуациях / Уильям Юри ; пер. с англ. Ю. Гольдберга. – М. : Альпина Бизнес Букс, 2012. – 184 с.

235. Юри, Уильям. Гарвардская школа переговоров. Как говорить НЕТ и добиваться результатов / Уильям Юри ; пер. с англ. Т. Новиковой. – М. : Манн, Иванов и Фербер, 2012. – 240 с.

Издания и статьи на иностранных языках

236. Amendolagine, Vito. Negoziazione assistita: il procedimento é esente dal contributo unificato [La risorsa elettronica] / Vito Amendolagine // Circolare Ministero, Giustizia. – 29/07/2015. – Modalità di accesso: <http://www.altalex.com/documents/news/2015/09/03/negoziazione-assistita-il-procedimento-e-esente-dal-contributo-unificato>

237. Aynés, Laurent. L'obligation de loyauté [La ressource électronique] / Laurent Aynés // Archives de philosophie de droit. – 2000. – № 44. – P. 198. – La mode d'accès: www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/11.pdf

238. Barendrecht, Maurits. Cooperation in Transactions and Disputes: A Problem-Solving Legal System? [Electronic resource] / Maurits Barendrecht. – May 7, 2003. – Mode of access: <http://ssrn.com/abstract=404960>

239. Barendrecht, Maurits. Fitting the Forum to the Fuss with Sticky Defaults : Failure on the Market for Dispute Resolution Services? [Electronic

resource] / Maurits Barendrecht, Berend R. de Vries. – June 2004. – Mode of access: <http://ssrn.com/abstract=572042>

240. Barth, Isabelle. Penser la négociation commerciale aujourd'hui / Isabelle Barth, Lionel Bobot // *Négociations*. – 2011/1. – № 15. – P. 5–9.

241. Better Solutions for Business : Commercial Mediation in the EU. CPR Institute European Committee / Ed. by Thomas J. Stipanovich, Nancy Nelson ; Special Edition for the CPR European Business Mediation Congress. – The Hague, 21–22 Oct., 2004.

242. Biarella, Laura Negoziazione assistita ed arbitrato: nuovi incentivi fiscali [La risorsa elettronica] / Laura Biarella. – 24/08/2015. – Modalità di accesso: <http://www.altalex.com/>

243. Bingham, Tom. The Rule of Law / Tom Bingham. – London : Allen Lane, 2010. – 213 p.

244. Blessing, Marc. Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives / Marc Blessing. – Basle : Helbling & Lichtenhan Verlag AG, 1999. – 319 p.

245. Brahm, Eric Designing New Dispute Resolution Systems [Electronic resource] / Eric Brahm, Julian Ouellet // *Beyond Intractability* ; Eds. Guy Burgess, Heidi Burgess. Conflict Information Consortium. – University of Colorado, Boulder. – Sept. 2003. – Mode of access: <http://www.beyondintractability.org/essay/designing-dispute-systems>

246. Brant, Jennifer. The Dynamics of Global Technology and Knowledge Flows [Electronic resource] / Jennifer Brant, Balaji Parthasarathy // ICC (International Chamber of Commerce) Innovation and Intellectual Property Research. – 2015, March 20. – Paper № 4. – Mode of access: <http://ssrn.com/abstract=2587205>

247. Carbonnier, Jean. Droit civil / Jean Carbonnier. – T. 4 : Les obligations. – 22^e éd. – Paris : Presses Universitaires de France (P.U.F.), 2000. – 665 p.

248. Cathelineau, Marc. *Négociier gagnant* / Marc Cathelineau. – 1992. – Interéditions, France. – 361 p.
249. Chazal, Jean-Pascal. *Les nouveaux devoirs des contractants: est-on allé trop loin?* [La ressource électronique] / Jean-Pascal Chazal. – La mode d'accès: http://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr/ecole-de-droit/files/chazal_les_devoirs_contractuels.pdf
250. Chirag, Shah. *Investor-State Disputes* [Electronic resource] / Shah Chirag // *Corporate Disputes Magazine*. – Jan-Mar 2013. – P. 61. – Mode of access: www.corporatedisputesmagazine.com
251. Conbere, John P. *Theory Building for Conflict Management System Design* / John P. Conbere // *Conflict Resolution Quarterly*. – 2001. – P. 217 – 230.
252. Coudrier-Cuisinier, Anne-Sylvie. *Le solidarisme contractuel* / Anne-Sylvie Coudrier-Cuisinier ; Préface de Eric Loquin. – Paris, LexisNexis Litec, 2006. – 741 p.
253. Cremona, Marise. *Guest Editorial. Negotiating the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)* / Marise Cremona // *Common Market Law Review*. – 2015. – Vol. 52. – № 2. – P. 351 – 362.
254. Cronin-Harris, Catherine. *Mainstreaming: Systematizing Corporate Use of ADR* / Catherine Cronin-Harris // *Albany Law Review*. – 1996. – P. 847 – 854.
255. Croson, Rachel T. A. *Does Disputing Through Agents Enhance Cooperation? Experimental Evidence* [Electronic resource] / Rachel T. A. Croson, Robert H. Mnookin // *Journal of Legal Studies*. – 1997. – Vol. 24, № 4. – Mode of access: <http://ssrn.com/abstract=10315>
256. Darendorf, Ralf. *Essays in the theory of society* / Ralf Darendorf. – Stanford, California : Stanford University Press, 1968. – 300 p.
257. Darmon, René Y. «*Les négociations commerciales : proposition d'une typologie*» / René Y. Darmon // *Négociations*. – 2011/1. – № 15. – P. 33 – 46.
258. Davies, Kate. *Meeting the Challenge: Efficiency and Flexibility in International Commercial Arbitration* [Electronic resource] / Kate Davies. – Mode of access:

http://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/WilmerHale_Shared_Content/Files/Editorial/Publication/IA11_Chapter-1_WilmerHale.pdf

259. De Berti, Giovanni . Gestire negoziazione e mediazione. Guida per l'avvocato / Giovanni De Berti, Antonia Marsaglia. – Altalex Editore, 2014. – 128 p.

260. Demogue, René. Les notions fondamentales du droit privé, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence [La ressource électronique] / Demogue, René. – Paris, 1911. – La mode d'accès: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5457266z>

261. Desalay, Yves. Dealing in Virtue. International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order / Yves Desalay, Bryant Garth. – Chicago, The University of Chicago Press, 1996. – 317 p.

262. Diesse, François. Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat [La ressource électronique] / François Diesse // Arch. phil. Droit. –1999. – № 43. – P. 259–302. – La mode d'accès: <http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/71.pdf>

263. Dr. Ong, Colin. Regional Overview and Recent Developments: Asia Pacific [Electronic resource] / Dr. Colin Ong // International Comparative Legal Guide to International Arbitration 2017. – Mode of access: www.iclg.co.uk

264. Dupont, Christophe. Les négociations commerciales [La ressource électronique] / Christophe Dupont // Négociations. – 2011 /1. –№ 15. – P. 11–32. – La mode d'accès: <http://www.cairn.info/revue-negociations-2011-1-page-11.htm>

265. Duss-von Werdt, Joseph. Einführung in Mediation. Zweite, überarbeitet Auflage / Joseph Duss-von Werdt. – Carl-Auer Verlag GmbH. Heidelberg, 2011. – 118 S.

266. Duss-von Werdt, Joseph. Homo mediator. Geschichte und Menschenbild der Mediation / Joseph Duss-von Werdt. – Baltmeier, 2015. – 390 S.

267. Dwyer, F. Robert. Developing buyer-seller relationships / Robert F. Dwyer, Paul H. Schurr, Oh Sejo // Journal of Marketing. – 1987. – Vol. 51, № 2. – P. 11–27.

268. Essentials of Negotiation / Roy. J. Lewicki, John Minton, Bruce Barry, David M. Saunders. – 2003. – Irwin-McGraw-Hill, Boston, MA. – 2003. – 260 p.

269. Felstiner, William L. F. *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...* / William L.F. Felstiner, Richard L. Abel, Austin Sarat // *Law and Society Review*. – 1980–1981. – Vol. 15, № 3–4. – P. 631–654.

270. Fergusson, Niall. *The Great Degeneration How Institutions Decay and Economies Die* / Niall Fergusson. – Penguin Books, 2014. – 192 p.

271. Ferré-André, Sylvie. Arbitrage conventionnel, arbitrage obligatoire, médiation, conciliation, transaction, sentence «accord-parties», convention de procédure participative : essai de définition / Sylvie Ferré-André // *Vers une Lex mediterranea de l'arbitrage : pour un cadre commun de référence ; red. Filali Osman, Lotfi Chedly*. – Bruxelles, Bruylant. 2013. – P. 41–49.

272. Flour, Jacques. *Les obligations* / Jacques Flour, Jean-Luc Aubert, Eric Savaux. – T. 1 : L'acte juridique. – 15^e éd. – Paris, Dalloz-Sirey, 2012. – 522 p.

273. Franck, Susan D. *Using Investor-State Mediation Rules to Promote Conflict Management: An Introductory Guide* [Electronic resource] / Susan D. Franck // *Washington & Lee Legal Studies Paper*. –2014. – P 1–24. – Mode of access: <http://ssrn.com/abstract=2389763>

274. Fukuyama, Francis. *The Origins of Political Order: From Prehuman Times to the French Revolution* / Fukuyama, Francis. – New York : Farrar, Straus and Giroux, 2011. – 608 p.

275. Gilson, Ronald J. *Disputing Through Agents: Cooperation and Conflict Between Lawyers in Litigation* / Ronald J. Gilson, Robert H. Mnookin // *Columbia Law Review*. – 1994. – № 94. – P. 509 – 566.

276. Goldmann, Matthias. *A Matter of Perspective: Global Governance and the Distinction between Public and Private Authority (and Not Law)* [Electronic resource] / Matthias Goldmann. SSRN. – January 25, 2015. – Mode of access: <http://ssrn.com/abstract=2260293>

277. Herbert Smith. *The Inside Track-How Blue-Chips Are Using ADR* [Electronic resource] / Herbert Smith. – 2007. – Mode of access: <http://www.herbertsmith.com/NR/rdonlyres/FA4F7B4B-8246-404A-82CE-EF0019375CA7/5093/6398ADRreportD4.pdf>

278. Holland, Ben. Expert Determination Survival Guide / Ben Holland // The Expert & Dispute Resolver. – 2008. – Vol. 13, № 3.

279. Islam, Carl. Guided settlement (instead of mediation?) [Electronic resource] / Carl Islam. – Mode of access: <http://forum.step.org/t/guided-settlement-instead-of-mediation/161>

280. Jamin, Christophe. Demogue et son temps Réflexions introductives sur son nihilisme juridique [La ressource électronique] / Christophe Jamin // Revue interdisciplinaire d'études juridiques. – 2006. – № 56. – P 5–19. – La mode d'accès: https://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr/ecole-de-droit/files/jamin_demogue_et_son_temps.pdf

281. Kaufmann-Kohler, Gabrielle. Arbitrage international. Droit et pratique à la lumière de la LDIP / Gabrielle Kaufmann-Kohler, Antonio Rigozzi. – Zurich ; Bâle ; Genève, 2006. – 381 p.

282. Kayali, Didem. Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses / Didem Kayali // Journal of International Arbitration. – 2010. – Vol 27, № 6. – P. 567 – 571.

283. Kessler, F. Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study [Electronic resource] / Friedrich Kessler, Edith Fine // Harvard Law Review. – 1964. – Vol. 77, № 3. – P. 401 – 449. – Mode of access: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2724

284. Knoepfler, François. Pourparlers précontractuels, promesse de conclure et droit d'option en matière de bail [La ressource électronique] / François Knoepfler. – 10^e Séminaire sur le droit du bail Neuchâtel 1998. – La mode d'accès: https://www2.unine.ch/files/content/sites/bail/files/shared/documents/Seminaires_precedents/1998/Knoepfler98.pdf

285. Kremenjuk, Victor A. The Emerging System of International Negotiation / Victor A. Kremenjuk // Negotiation Journal. – 1988. – Vol. 4, Iss. 3. – P. 211–218.

286. Kuonen, Nicolas. La responsabilité précontractuelle / Nicolas Kuonen. – Zurich, 2007. – 705 p.

287. La gestion des conflits. Manuel pour les praticiens / Christophe Imhoos, Nicolas Iynedjian, Céline Courbat, Nicolas Jeandin [et al.]. – Lausanne : CEDIDAC, 2008. – 156 p.

288. La transformation des rapports humains par la justice participative [La ressource électronique]. – Commission du droit du Canada, 2003. – 272 p. – La mode d'accès: <http://publications.gc.ca/site/fra/250013/publication.html>

289. Lack, Jeremy. Appropriate Dispute Resolution (ADR) : The Spectrum of Hybrid Techniques Available to the Parties / Jeremy Lack // ADR in Business. Practice and Issues across Countries and Cultures. – Vol. II ; Ed. by Arnold Ingen-Housz. – Kluwer Law International BV, the Netherlands, 2011. – P. 339–379.

290. Lande, John. The Movement toward Early Case Handling in Courts and Private Dispute Resolution / John Lande // Ohio State Journal on Dispute Resolution. – 2008. – Vol. 24. – № 1. – P. 83 –132.

291. LeBrun, Christine. Le devoir de coopération durant l'exécution du contrat / Christine LeBrun. – LexisNexis Canada Inc. Avril, 2013. – 139 p.

292. Legitimacy, transparency and a consistent jurisprudence are the benchmarks for an arbitration system : Interview [Electronic resource] / Burkhard Hess, Hélène Ruiz Fabri ; Interview by Mechthild Zimmermann. – December 10, 2015. – Mode of access: <https://www.mpg.de/9789900/ttip-interview-arbitration-system>

293. Limbury, Alain L. Hybrid Dispute Resolution Processes – Getting the Best while avoiding the Worst of Both Worlds? [Electronic resource] / Alain L. Limbury . – Mode of access: https://imimmediation.org/document_219

294. Lurie, Paul M. Guided Choice: Early Mediated Settlements and/or Customized Arbitrations / Paul M. Lurie, Thomson Reuters // Journal of the ACCL. – Vol. 7, № 2. – P. 169.

295. Lurie, Paul M. The Lawyer's Obligation to Advise Clients of Dispute Settlement Options / Paul M. Lurie, Sharon Press // Dispute resolution magazine. – 2014. – Vol. 20. – № 40.

296. Lurie, Paul M. Using the Guided Choice Process to Reduce the Cost of Resolving Disputes [Electronic resource] / Paul M. Lurie // *Alternatives*. – 2014. – Vol. 32, № 7. – P. 104. – Mode of access: http://www.navigant.com/~media/WWW/Site/Downloads/Construction/2016/CON_UsingTheGuidedChoiceProcess_TL_0216_FINAL.pdf

297. Lurie, Paul M. Using the guided choice process to reduce the cost of resolving construction disputes / Paul M. Lurie // *Construction Law International*. – 2014. – Vol. 9, Iss. 1.

298. Mercadal, Berthélémy. Les caractéristiques juridiques des contrats internationaux de coopération industrielle / Berthélémy Mercadal // *D.P.C.I.* – 1984 – T. 10, n° 3. – P. 318 – 336.

299. Mermet, Laurent. La négociation comme mode de composition dans les systèmes d'action complexes / Laurent Mermet // *Négociations*. – 2009/2. – № 12. – P. 119 – 130.

300. Mermet, Laurent. Place et conduite de la négociation dans les processus de décision complexes : l'exemple d'un conflit d'environnement / Laurent Mermet // Faure Guy Olivier, Mermet Laurent, Touyard Hubert, Dupont Christophe (éd.). *La négociation: situations et problématiques*. – Paris, Nathan. 1998. – P. 139 – 172.

301. Mes Shea, Marta. Le droit collaboratif: la diversification de la pratique : Conférence prononcée le 10 novembre 2006 / Marta Shea Mes, Suzanne Clairmont // *Développements récents en justice participative 2006: la diversification de la pratique de l'avocat*. Service de la formation continue du Barreau du Québec – Vol. 259. – Québec, 2006. – 180 p.

302. Meuwissen, Willem. The Function of Party Experts and Party Counsels in Civil and Commercial Mediation / Meuwissen Willem // *European Mediation Training for Practitioners of Justice: A Guide to European Mediation*. – Antwerpen : Apeldorn ; Portland/Maklu, 2012. – P. 185 – 199.

303. Middleton, John. *The Ultimate Strategy Library: The 50 Most Influential Strategic Ideas of All Time* / John Middleton. – Capstone Publishing Limited, 2003. – 264 p.

304. Mirimanoff, Jean A. Le résolution amiable des différends en Suisse. Interactions entre procédures traditionnelles et modes consensuels / Jean A. Mirimanoff. – Berne, 2016. – 230 p.
305. Murray, John S. Understanding competing theories of negotiation / John S. Murray // *Negotiation Journal*. – 1986. – № 2. – P. 179 – 186.
306. Nelson, Timothy G. Investor-State Disputes [Electronic resource] / Timothy G. Nelson // *Corporate Disputes Magazine*. – 2013. – P. 62. – Mode of access: www.corporatedisputesmagazine.com
307. North, Douglass C. A Conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History [Electronic resource] / Douglass C. North, John Joseph Wallis, Barry R. Weingast // *NBER Working Paper*. – 2006. – № 12795. – Mode of access: <http://www.nber.org/papers/w12795>
308. O Neal, John R. Triangulating Peace Democracy, Interdependence and International Organizations (The Norton Series in World Politics) / John R. O Neal, Bruce Russett. – WW Norton and Co, 2001. – 394 p.
309. Peratoner, Riccardo. Formulario commentato degli atti di mediazione. Applicazioni italiane e straniere / Riccardo Peratoner, Giuseppe Vettucci, Elena Gilardi. – Altalex editore, 2013. – 304 p.
310. Picod, Yves. Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat / Yves Picod // *L.G.D.J. (Librairie générale de droit et de jurisprudence)*, 1989. – № 83. – 254 p.
311. Piotet, Paul. Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse / Paul Piotet. – Berne : Staempfli et Cie. – 1963. – 149 p.
312. Pouget, Sophie. Arbitrating and Mediating Disputes Benchmarking Arbitration and Mediation Regimes for Commercial Disputes Related to Foreign Direct Investment [Electronic resource] / Sophie Pouget. – 2013. – Mode of access: <http://iab.worldbank.org/~media/FPDKM/IAB/Documents/FDI-Arbitrating-and-Mediating-Disputes.pdf>

313. Principles of European Contract Law / Ole Lando, Eric Clive, André Prüm, Reinhard Zimmermann. – Part III. – La Haye ; Londres ; New York : Kluwer Law International, 2003. – 352 p.

314. Prokopieva, V. La médiation commerciale contemporaine – un nouvel élan pour l'entreprise européenne? [La ressource électronique] / Vassya Prokopieva. – Collège d'Europe, Bruges, l'année académique 2003/2004. – La mode d'accès: <http://www.eu-bg.com/files/downloads/files/85e80c5c91563335067f5d446b479bd5/Mediation%20commerciale%20contemporaine.pdf>

315. Radack, David V. Understanding Confidentiality Agreements [Electronic resource] / David V. Radack // JOM. – 1994. – № 46 (5). – P. 68. – Mode of access: <http://www.tms.org/pubs/journals/jom/matters/matters-9405.html>

316. Rebooting the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of Its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU: Study [Electronic resource]. – 2014. – Mode of access: <https://www.europarl.europa.eu/studies>

317. Riskin, Leonard L. Replacing the Mediator Orientation Grids, Again: The New New Grid System / Leonard L. Riskin // Alternatives to the High Cost of Litigation. – 2005. – Vol. 29. – P. 127 – 132.

318. Riskin, Leonard L. Understanding Mediator's Orientations, Strategies and Techniques: a Grid for the Perplexed / Leonard L. Riskin // Harvard Negotiation Law Review. – 1996. – Vol. 1:7. – P. 8.

319. Rouiller, Nicolas. Devoirs précontractuels (culpa in contrahendo): L'identification exacte de leur violation et de ses conséquences Droit suisse et travaux d'harmonisation internationaux et européens / Nicolas Rouiller // Bulletin Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne (CEDIDAC) 2006. – № 45. – P. 1 – 6.

320. Rouiller, Nicolas. Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats / Nicolas Rouiller. – Lausanne : CEDIDAC, 2006. – 998 p.

321. Sambeth Glasner, Birgit. Le droit collaboratif : une opportunité pour les avocats... A quel risque ? / Birgit Sambeth Glasner // *Juriste international*. – 2013. – № 3. – P. 76 – 78.

322. Sander, Frank E. A. Fitting the Forum to the Fuss : A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure / Frank E. A. Sander, Stephen B. Goldberg // *Negotiation Journal*. – 1994. – P. 49 – 68.

323. Sander, Frank E. A. Matching cases and Dispute Resolution Procedures: Detailed Analysis Leading to a Mediation-Centered Approach [Electronic resource] / Frank E. A. Sander, Lukasz Rodzdeiczner // *Harvard Negotiation Law Review*. – 2006. – Vol. 11. – P. 1. – Mode of access: <http://ssrn.com/abstract=904805>

324. Sarvary-Bene, Peter. Réflexions sur la notion de contrat préparatoire [La ressource électronique] / Peter Sarvary-Bene // *Droit*. Université Montpellier, 2015. – La mode d'accès: <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01346696/document>

325. Shermer, Michael. The Moral Arc: How Science and Reason Lead Humanity toward Truth, Justice and Freedom / Michael Shermer. – N.Y. : Henry Holt and Company, LLC., 2015. – 560 p.

326. Sperling, Carrie. Priming Legal Negotiations Through Written Demands / Carrie Sperling // *Catholic University Law Review*. – 2010. – Vol. 60, № 1. – P. 107. – Mode of access: <http://ssrn.com/abstract=1661145>

327. Stipanovich, Thomas J. Living with ADR: Evolving Perceptions and Use of Mediation, Arbitration and Conflict Management in Fortune 1000 Corporations / Thomas J. Stipanovich, J. Ryan Lamare // *Harvard Negotiation Law Review*. – 2014. – Vol. 19:1. – P. 1 – 68.

328. Strong, S. I. Use and Perception of International Commercial Mediation and Conciliation: A Preliminary Report on Issues Relating to the Proposed UNCITRAL Convention on International Commercial Mediation and Conciliation [Electronic resource] / S. I. Strong // *University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper*. – 2014. – № 28 – Mode of access: <http://ssrn.com/abstract=2526302>.

329. Thuderoz, Christian. Regimes et registres de négociation / Christian Thuderoz // *Négociations*. – 2009/2. – № 12. – P. 107 – 118.

330. Ury, William. Getting Disputes Resolved: Designing Systems to Cut the Cost of Conflict / William Ury, Jeanne Bret, Stephen Goldberg. – San-Francisco : Jossey-Bass Publishers, 1988. – 232 p.

331. Vert, Fabrice. La confusion terminologique entre médiation et conciliation : un frein à leur développement / Fabrice Vert // *Gazette du Palais Edition professionnelle*. – 30–31 janvier 2015. – Nos 30 à 31.

332. Vodoz, Luc. Enjeux et limites du recours à la négociation / Luc Vodoz // Ruegg Jean, Mettan Nicolas et Vodoz Luc (éd.) // *La négociation : son rôle, sa place dans l'aménagement du territoire et la protection de l'environnement*. – Lausanne : Presses Polytechniques et Universitaires Romandes, 1992. – P. 79 – 95.

333. Walker, Stephen. Advising and Representing Clients at Mediation / Stephen Walker, David Smith. – Wildy : Simmonds & Hill Publishing, 2013. – 210 p.

334. Wessner, Pierre. La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle. Texte provisoire : état du droit suisse [La ressource électronique] / Pierre Wessner // *La responsabilité civile européenne de demain. Projets de révision nationaux et principes européens*, Bruxelles ; Genève, 2008. – La mode d'accès: http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/280/280034_P.WESSNER.pdf

335. Wolf, von Kumberg. Enabling Early Settlement in Investor-State Arbitration. The time to Introduce Mediation Has Come / von Kumberg Wolf, Jeremy Lack, Michael Leathes // *ICSID Review*. – 2014. – № 28 (3). – P. 133 – 141.

Интернет-ресурсы

336. Азиатский центр международного арбитража (Asian International Arbitration Centre, AIAC): официальный сайт. – Режим доступа: <http://www.aiac.world/>

337. Аналитический центр при Правительстве Российской Федерации : официальный сайт. – Режим доступа: www.ac.gov.ru

338. Арбитражный институт Нидерландов (Netherlands arbitration institute, NAI) : официальный сайт. – Режим доступа: <http://www.nai-nl.org>

339. Арбитражный институт Торговой палаты Стокгольма (The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce) : официальный сайт. – Режим доступа: <http://sccinstitute.com/ru>

340. Арбитражный институт Швейцарских торговых палат (Swiss Chambers' Arbitration Institution) : официальный сайт. – Режим доступа: <https://www.swissarbitration.org>

341. Арбитражный суд при Торговой палате Польши (Court of Arbitration at the Polish Chamber of Commerce in Warsaw) : официальный сайт. – Режим доступа: <http://sakig.pl>

342. Арбитражный фонд Южной Африки (Arbitration Foundation of Southern Africa, AFSA) : официальный сайт. – Режим доступа: <http://arbitration.co.za>

343. Ассоциация европейского бизнеса : официальный сайт. – Режим доступа: <http://aebrus.ru/>

344. Бразильский центр медиации и арбитража (Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem, CBMA) : официальный сайт. – Режим доступа: <http://cbma.com.br>

345. Вестник международного коммерческого арбитража: website. – Mode of access: www.arbitrationreview.ru/

346. ГАРАНТ.РУ : информационно-правовой портал. – Режим доступа: <http://www.garant.ru>

347. Датский арбитражный институт (The Danish Institute of Arbitration, DAI) : официальный сайт. – Режим доступа: <http://voldgiftsinstituttet.dk/en/arbitration/>

348. Журнал «Третейский суд» : официальный сайт. – Режим доступа: <http://arbitrage.spb.ru>

349. Закон : социальная сеть для юристов. – Режим доступа: <http://zakon.ru>

350. Индийский арбитражный совет (Indian Council of Arbitration, ICA) : официальный сайт. – Режим доступа: <http://icaindia.co.in>
351. Институт арбитров и медиаторов Австралии (Institute of Arbitrators & Mediators Australia, IAMA) : официальный сайт. – Режим доступа: <https://www.iama.org.au>
352. КиберЛенинка : научная электронная библиотека. – Режим доступа: <http://cyberleninka.ru>
353. Китайская внешнеторговая арбитражная комиссия (China International Economic and Trade Arbitration Commission, CIETAC) : официальный сайт. – Режим доступа: <http://www.cietac.org>
354. Лондонский коммерческий арбитражный суд (The London Court of International Arbitration, LCIA) : официальный сайт. – Режим доступа: <http://www.lcia.org>
355. Международная арбитражная палата Парижа (Chambre Arbitrale Internationale de Paris, CAIP) : официальный сайт. – Режим доступа: <http://www.arbitrage.org/>
356. Международная ассоциация юристов (International Bar Association, ИВА) : официальный сайт. – Режим доступа: www.ibanet.org
357. Международная торговая палата (International Chamber of Commerce, ICC) : официальный сайт. – Режим доступа: <http://www.iccwbo.org>
358. Международный институт медиации (International Mediation Institute, ИМИ) : официальный сайт. – Режим доступа: <https://imimmediation.org>
359. Международный институт предотвращения и разрешения споров (International Institute for Conflict Prevention & Resolution, Inc., CPR) : официальный сайт. – Режим доступа: <http://www.cpradr.org/>
360. Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (МКАС при ТПП РФ) : официальный сайт. – Режим доступа: <http://mkas.tpprf.ru>
361. Немецкий арбитражный институт (German Institution of Arbitration) : официальный сайт. – Режим доступа: <http://www.dis-arb.de>

362. Палата урегулирования споров Бахрейна (Bahrain Chamber for Dispute Resolution, BCDR) совместно с Американской арбитражной ассоциацией (ААА): официальный сайт. – Режим доступа: <http://www.bcdr-aaa.org>

363. Президент России: официальный сайт. – Режим доступа: <http://www.kremlin.ru>

364. Corporate Disputes Magazine: website. – Mode of access: www.corporatedisputesmagazine.com

365. Сингапурский центр медиации (Singapore Mediation Centre): официальный сайт. – Режим доступа: <http://www.mediation.com.sg/>

366. Сингапурский центр международного арбитража (Singapore International Arbitration Centre, SIAC): официальный сайт. – Режим доступа: <http://www.siac.org.sg/>

367. Филиппинский Центр разрешения споров (Philippines Dispute Resolution Center, Inc., PDRCI): официальный сайт. – Режим доступа: <http://www.pdrcci.org>

368. Центр Всемирной организации интеллектуальной собственности по арбитражу и посредничеству (World Intellectual Property Organisation Arbitration and Mediation Center, WIPO AMC): официальный сайт. – Режим доступа: <http://www.wipo.int>

369. Центр медиации и арбитража Торгово-промышленной палаты Париж-Иль-де-Франс (Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris, CMAP): официальный сайт. – Режим доступа: <http://www.cmap.fr>

370. Центр международного арбитража Гонконга (The Hong Kong International Arbitration Centre, HKIAC): официальный сайт. – Режим доступа: <http://hkias.org>

371. Японская ассоциация коммерческого арбитража (The Japan Commercial Arbitration Association, JCAA): официальный сайт. – Режим доступа: <http://www.jcaa.or.jp>

372. disserCat : научная библиотека диссертаций и авторефератов. – Режим доступа: <http://www.dissercat.com>
373. Hague Conference on Private International Law : official site. – Mode of access: <http://www.hcch.net>
374. International Academy of Collaborative Professionals official site. – Mode of access: <https://www.collaborativepractice.com>
375. International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) : official site. – Mode of access: <https://icsid.worldbank.org/>
376. International Comparative Legal Guides : website. – Mode of access: www.iclg.co.uk
377. International Council for Commercial Arbitration (ICCA) : official site. – Mode of access: <http://www.arbitration-icca.org/>
378. International Institute for the Unification of Private Law, Institut International pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) : official site. – Mode of access: <http://www.unidroit.org/>
379. Queen Mary University of London School of International Arbitration : official site. – Mode of access: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk>
380. Social Science Research Network (SSRN) : website. – Mode of access: www.ssrn.com
381. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) : official site. – Mode of access: <http://www.uncitral.org>
382. United Nations Commission on Trade and Development (UNCTAD) : official site. – Mode of access: <http://unctad.org>
383. United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) : official site. – Mode of access: <http://www.unesco.org>