**Медиатор VS Третейский суд: правовые аспекты**

Автор: Е.А.Добролюбова

"Право и экономика", 2012, N 4

При возникновении спорной ситуации у предпринимателя есть несколько концептуальных подходов к разрешению правового спора - от претензионного досудебного порядка до судебной защиты своих прав. При этом способы защиты прав могут комбинироваться. В рамках настоящей статьи рассмотрим ситуацию выбора между третейским разбирательством и медиацией как равнозначно эффективными способами защиты прав предпринимателей, являющимися альтернативой суду.

К числу преимуществ третейской процедуры один из специалистов отнес ее относительную быстроту и экономичность, возможность выбора арбитров, соблюдение коммерческой тайны, активное использование принципа состязательности сторон, широкие возможности достижения различных форм компромиссов [[1]](http://arbitrage.ru/newlib/204-Mediator-VS-Treteiskii-sud-pravovie-aspekti.html#Par38). В плане выделенных преимуществ медиация и третейское судопроизводство имеют между собой много общего, однако есть и очевидные отличия.

**Первое отличие** заключается в том, что **третейское разбирательство построено на принципе состязательности** сторон, в основе которого лежит желание сторон выиграть процесс, тогда как **медиация построена на поиске компромисса,** сотрудничестве сторон и их желании примириться и найти взаимовыгодное решение. В материалах конференции было указано, что по своей природе медиация не ведет к разрешению спора и цель медиации иная - прекращение спора [[2]](http://arbitrage.ru/newlib/204-Mediator-VS-Treteiskii-sud-pravovie-aspekti.html#Par39). Медиатор не ставит своей задачей решение вопроса по существу, а также не ставит задачей поиск виновного лица. Медиатор ведет переговоры по определенной методике с целью привести стороны к компромиссу без оценки сути правового спора. Безусловно, что есть категории спора, в которых данное отличие выступает явным преимуществом медиации перед третейским разбирательством. Например, в ситуации, когда существует только один возможный продавец и только один возможный покупатель, выяснять, кто прав, кто виноват, не имеет смысла, а следует просто искать взаимовыгодное решение конфликта, так как очевидно, что сторонам спора предстоит и далее вести совместную коммерческую деятельность.

**Второе отличие** выражается в том, что **в результате третейского судопроизводства выносится решение третьим лицом** - судьей, **а в результате медиации** заключается медиативное соглашение между сторонами, к выработке которого **по общему правилу третье лицо - медиатор не имеет отношения.**Медиативное соглашение имеет ряд преимуществ перед решением третейского судьи. Это соглашение, достигнутое сторонами в результате применения процедуры медиации к спору или спорам, а также к отдельным разногласиям сторон, строгой регламентации формы и содержания которого не существует. В Федеральном законе от 27 июля 2010 г. N 193-ФЗ "Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)" (далее - Закон о медиации) отражены только четкое требование о письменной форме медиативного соглашения, содержании в нем сведений о сторонах, предмете спора, проведенной процедуре медиации, медиаторе, а также согласованные сторонами обязательства, условия и сроки их выполнения (п. 1 ст. 12 Закона о медиации). В медиации сильны диспозитивные начала, и, по сути, медиативное соглашение представляет собой гражданско-правовую сделку, а следовательно, стороны могут предусмотреть в нем то, что считают нужным. В данном случае над ними не будут довлеть формальные требования или процедура.

**Третье отличие** заключается в том, что стороны, заключившие третейское соглашение, **принимают на себя обязанность добровольно исполнять решение третейского суда** (ст. 31 Федерального закона от 24 июля 2002 г. N 102-ФЗ "О третейских судах в Российской Федерации" (далее - Закон о третейских судах)) в порядке и сроки, установленные в данном решении, или немедленно, если в решении срок не установлен. В случае **если решение третейского суда не исполнено добровольно в установленный срок, оно подлежит принудительному исполнению** по правилам исполнительного производства на момент исполнения на основе судебного исполнительного листа (ст. ст. 44, 45 Закона о третейских судах). Важно отметить, что решение третейского суда само по себе не является исполнительным документом, на основании которого может быть возбуждено исполнительное производство <1>. **Медиативное соглашение не может быть принудительно исполнено,** но медиативное соглашение может быть утверждено судом в качестве мирового соглашения, если оно заключено после передачи спора на рассмотрение суда или третейского суда. В России уже накоплен небольшой опыт утверждения мировых соглашений, основанных на медиативных соглашениях <2>.

**Четвертое отличие** состоит в том, что, как было отмечено ранее, **медиативное соглашение,** достигнутое без передачи дела в суд, **представляет собой гражданско-правовую сделку,** направленную на установление, изменение или прекращение прав и обязанностей сторон. К такой сделке могут применяться правила гражданского законодательства об отступном, о новации, прощении долга, зачете встречного однородного требования, возмещении вреда. Защита прав, нарушенных в результате неисполнения или ненадлежащего исполнения такого медиативного соглашения, осуществляется способами, предусмотренными гражданским законодательством (п. 4 ст. 12 Закона о медиации). **Решение третейского суда сделкой, конечно, признано быть не может, значит, к нему не могут применяться нормы о гражданско-правовой ответственности.** Это важно в том плане, что медиативное соглашение также является действенным инструментом и рычагом воздействия на контрагента.

**Пятое отличие** видится в том, что в регламенте третейского суда, который является частью третейского соглашения, или в самом соглашении может быть предусмотрено, что **решение третейского суда является окончательным,** тогда оно не подлежит обжалованию. В п. 9 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. N 96 указано, что арбитражный суд прекращает производство по делу об отмене решения третейского суда в случае, если установит наличие в третейском соглашении положения о том, что решение третейского суда является окончательным. Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 16 февраля 2004 г. N Ф04/665-100/А45-2004 <3> подтверждает данный вывод в отношении положения о третейском суде, которое является неотъемлемой частью третейского соглашения. Отметим, что регламенты многих третейских судов содержат положения об окончательности их решения, в частности п. 1 ст. 48 Регламента Третейского суда для разрешения экономических споров при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (утв. Приказом ТПП России от 22 июня 2006 г. N 48) (ред. от 29 января 2009 г.), п. 1 ст. 45 Регламента Третейского суда для разрешения экономических споров при Федеральной палате адвокатов Российской Федерации (утв. Советом Федеральной палаты адвокатов 2 декабря 2008 г.), ст. 13 Регламента Страховой арбитражной комиссии - Третейского суда для разрешения экономических споров при Всероссийском союзе страховщиков (утв. Президиумом Всероссийского союза страховщиков 30 сентября 1997 г., протокол N 7) <4> и др. **В медиативном соглашении не может быть предусмотрено, что такое соглашение является окончательным** и стороны, его подписавшие, не могут обратиться в суд по данному делу. Полагаем, что было разумно предусмотреть в законодательстве, что медиация по спору между предпринимателями может предусматривать вариант окончательного медиативного соглашения, по которому может быть выдан исполнительный лист судом, но в настоящее время такой нормы закона нет.

**Если в третейском соглашении не предусмотрено, что решение третейского суда является окончательным, решение третейского суда может быть оспорено участвующей в деле стороной путем подачи заявления об отмене решения в компетентный суд.** Заявление об отмене решения третейского суда рассматривается судьей единолично, и решение может быть отменено только по основаниям, предусмотренным законом (ст. 233 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее - АПК РФ)): нарушение процедуры рассмотрения спора третейским судом и нарушение третейским судом основополагающих принципов российского права [3, с. 76 - 81]. Как было отмечено выше, медиативное соглашение в соответствии с действующим законодательством не может быть окончательным, но оспорено оно в суде также не может быть (только как гражданско-правовая сделка). Медиативное соглашение подлежит исполнению на основе принципов добровольности и добросовестности сторон, и у государства нет права надзора за исполнением медиативных соглашений.

**Шестое отличие** состоит в вопросе оплаты третейского разбирательства и медиации. **Распределение расходов, связанных с разрешением спора в третейском суде, между сторонами производится третейским судом в соответствии с соглашением сторон,** а при отсутствии такового -**пропорционально удовлетворенным и отклоненным требованиям,** а расходы на оплату услуг представителя, а также иные расходы - стороной, в пользу которой состоялось решение третейского суда, если такое требование было заявлено и удовлетворено третейским судом (ст. 16 Закона о третейских судах).**Оплата деятельности по проведению процедуры медиации осуществляется сторонами в равных долях, если они не договорились об ином** (п. 2 ст. 10 Закона о медиации). В этом положении прослеживается принцип состязательности сторон в третейском разбирательстве и сотрудничества сторон в процедуре медиации.

Помимо преимуществ рассматриваемых процедур полагаем целесообразным рассмотреть также основания для их проведения, а именно арбитражное (третейское) соглашение (оговорку) и соглашение о применении процедуры медиации (медиативную оговорку).

**Соглашение о применении процедуры медиации** может быть двух видов. Как очевидно из названия, это либо медиативная оговорка, либо отдельное соглашение о применении медиации. Медиативная оговорка может быть включена в договор между контрагентами, а соглашение о применении процедуры медиации является отдельным документом. **Медиативная оговорка - соглашение, заключенное в письменной форме ДО возникновения спора** или споров об урегулировании с применением процедуры медиации спора или споров, которые могут возникнуть между сторонами в связи с каким-либо конкретным правоотношением. **Соглашение о применении процедуры медиации заключается ПОСЛЕ возникновения конкретного спора** о его урегулировании с помощью медиации. Медиативная оговорка (соглашение о применении процедуры) отражает волю сторон не обращаться сразу в суд, не обмениваться претензиями, а совершить действия, направленные на организацию процедуры медиации.

В науке не сложилось единого подхода к **правовой природе соглашения о применении медиации (медиативной оговорки).** Было отмечено, что медиативная оговорка (соглашение о применении медиации) позволяет организовать будущие переговоры и придать им устойчивость с точки зрения определенности предмета обсуждения, посредника (медиатора), времени, расходов и пр. [4]. По мнению немецкого эксперта, оговорка о медиации должна гарантировать возможность продолжения судебного процесса в случаях неудачного исхода медиации, так как оспорить действительность медиативной оговорки на основании вынесения ошибочного решения невозможно и после медиа-процедур исключается проверка судом как личности медиатора, так и результата медиации [5]. Было также отмечено, что содержание медиативной оговорки сводится, скорее, к процедурным моментам, чем к материально-правовым; что медиативная оговорка имеет символический характер, так как отсутствуют принудительные механизмы для обеспечения обязательности такой оговорки для сторон [6, с. 170]. Полагаем, что **соглашение о применении процедуры медиации представляет собой договор.** Мы разделяем точку зрения, на основании чего указано, что медиа-оговорки и соглашения о проведении медиа-процедур близки к некоторым иным известным праву соглашениям, например так называемым рамочным соглашениям, предварительным договорам (ст. 429 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ)). На наш взгляд, данные **соглашения имеют материально-правовую природу** и этим отличаются, в частности, от так называемых пророгационных соглашений процессуального законодательства, т.е. соглашений, позволяющих сторонам определить подсудность иначе, нежели это устанавливает процессуальный закон (например, ст. 404 ГПК РФ) [4].

**Форма соглашения о применении процедуры медиации - письменная.** При этом нельзя не привести здесь следующее любопытное замечание относительно письменной формы медиативной оговорки: если оба участника выполнят устную договоренность, медиация состоится, но, если одна из сторон решит уклониться от процедуры медиации, письменная форма ничего не решит [6, с. 173]. Мы не разделяем данной точки зрения и считаем, что **обязательно должна быть соблюдена та форма договора, которая прямо предусмотрена законом,** иначе договор может быть признан недействительным.

В теории и практике международного коммерческого арбитража аналогично принято различать две формы **третейского соглашения:** самостоятельное арбитражное соглашение, которое также именуют компромиссом, и арбитражную оговорку. Было замечено, что **о компромиссе говорится тогда, когда стороны заключают арбитражное соглашение в отношении спора, который уже возник** между ними, тогда как **арбитражная оговорка,** будучи частью определенного соглашения, представляет собой договоренность сторон по поводу того, что в случае возникновения **спора между ними в будущем** он будет передан на разрешение арбитражного суда, созданного в соответствии с тем порядком, который предусмотрен в арбитражной оговорке [7]. О правовой природе арбитражного (третейского) соглашения [8 - 12 и др.] и оговорки писали многие авторы [13 - 15 и др.]. Несмотря на безусловный интерес данной проблематики, мы не сможем осветить все точки зрения ученых по данному вопросу, отметим лишь, что единство в доктринальном понимании правовой природы арбитражного (третейского) соглашения и оговорки отсутствует.

Специалисты выделяют четыре основные теории понимания природы самого арбитража: договорная, процессуальная, смешанная и автономная [16 - 18].**Сторонники договорной теории** рассматривают арбитражное соглашение исключительно как гражданско-правовую сделку, влекущую последствия частноправового характера (М.А. Рожкова, Э.Н. Гимазова); **сторонники процессуальной теории** делают акцент на том, что арбитражное соглашение имеет целью исключить подведомственность спора государственным судам, рассматривая третейский суд в качестве особой формы правосудия (О.М. Свириденко, Г.В. Севастьянов); сущность **смешанной теории арбитража** заключается в признании за ним статуса смешанного института, содержащего элементы договорного порядка по своему генезису и элементы процессуально-правового порядка по своему юрисдикционному характеру, и, следовательно, сторонники данной теории признают наличие в арбитражном соглашении и материально-правовых, и процессуально-правовых черт (А.Г. Котельников, А.П. Вершинин, О.Ю. Скворцов), а сторонники **автономной теории** рассматривают арбитраж как имеющее самостоятельную правовую природу явление. Мы придерживаемся первой точки зрения (договорная теория). **Полагаем, что арбитражное соглашение, аналогично соглашению о применении процедуры медиации, является материально-правовым институтом и представляет собой договор,** по которому возникший между сторонами спор должен быть передан на рассмотрение и разрешение негосударственного суда - третейского суда (арбитража).

В юридической литературе указывается на необходимость четкого формулирования условий арбитражного соглашения, высказываются мнения относительно круга вопросов, которые стороны могут согласовать в арбитражном соглашении, мотивов, которыми необходимо при этом руководствоваться, последствий включения в арбитражное соглашение юридически нечетких формулировок [19]. К числу существенных условий арбитражного соглашения как гражданско-правового договора с процессуальным элементом следует относить: арбитражный (третейский) порядок рассмотрения спора, конкретный арбитражный орган, компетентный рассматривать спор, круг споров, подлежащих рассмотрению в арбитраже, применимое право [20]. Мы разделяем следующее мнение: единственным существенным условием третейского соглашения является его предмет, который можно считать определенным только в случае, если указано полное наименование конкретного третейского суда и указано, какие споры (все или какие-то определенные) стороны обязуются передать на рассмотрение третейского суда. В противном случае третейское соглашение не будет считаться заключенным [21].

Полагаем, что содержание арбитражного соглашения шире содержания соглашения о применении процедуры медиации, хотя четких требований к содержанию соглашения о применении процедуры медиации в Законе о медиации не установлено. Тем не менее, придерживаясь договорной теории третейского (арбитражного) соглашения, мы подтверждаем свою позицию относительно договорного характера соглашения о применении медиации.

**Процедуру медиации и третейское разбирательство можно комбинировать.** Если сторонам не удалось достичь компромисса с помощью медиатора, они могут обратиться в третейский суд и решить вопрос на принципе состязательности. Между тем хотелось бы обратить внимание на один момент в отношении соглашения о применении процедуры медиации, а именно на определенную формулировку п. 1 ст. 4 Закона о медиации, в котором предусмотрено, что в случае, если стороны заключили соглашение о применении процедуры медиации и в течение оговоренного для ее проведения срока обязались не обращаться в суд или третейский суд для разрешения спора, который возник или может возникнуть между сторонами, суд или третейский суд признает силу этого обязательства до тех пор, пока условия этого обязательства не будут выполнены, **за исключением случая, если одной из сторон необходимо, по ее мнению, защитить свои права** (п. 1 ст. 4 Закона о медиации). Обращая внимание на данную формулировку, один из специалистов указал на то, что соглашение о применении медиации вообще не обладает силой, так как истец всегда обращается в суд для получения судебной защиты [22].

Полагаем, что, **поскольку соглашение о применении медиации представляет собой частноправовой договор, стороны могут договориться о том, что в течение определенного срока они не будут обращаться в суд в любом случае** (даже если одна из сторон по каким-то причинам решила, что ее права нарушены). Такое положение вещей не нарушает права сторон. В силу принципа автономии воли и общих норм об осуществлении субъективных прав стороны могут реализовывать свои права различным образом по своему усмотрению, а отказ граждан и юридических лиц от осуществления принадлежащих им прав не влечет прекращения этих прав (п. 2 ст. 9 ГК РФ).

Подводя итог изложенному выше, отметим, что третейское разбирательство и медиация одинаково эффективны для защиты прав предпринимателей и выбор той или иной процедуры зависит от содержания конкретного спора и сопутствующих условий. В отношении медиации еще раз подчеркнем ее преимущества для предпринимателей - нацеленность на сотрудничество. Субъекты предпринимательской деятельности преследуют одновременно несколько основных целей: наряду с извлечением прибыли для них принципиальное значение приобретает также вопрос о создании собственного дела (бизнеса) [23].

Бизнес - это всегда долгосрочные отношения с партнерами и клиентами, для которых так важна репутация. Медиация как способ защиты прав в полной мере отвечает целям предпринимателя. Причем эти цели не сводятся к тому, чтобы договориться о наиболее выгодном перераспределении материальных благ, а часто в том, чтобы просто сохранить деловые партнерские отношения.

--------------------------------

<1> Постановление Президиума ВАС РФ от 17 апреля 2007 г. N 15324/06 по делу N А55-221/2006 // Вестник ВАС РФ. 2007. N 7 [[3](http://arbitrage.ru/newlib/204-Mediator-VS-Treteiskii-sud-pravovie-aspekti.html#Par40), с. 81].

<2> Спор по делу N А46-16046/2010 // http://pravopress.ru/node/120; спор по делу N А53-18815/2010 // http://tpprf-med.ru/rus/about\_mediation/court\_practice/rostov\_290411; спор по делу N А53-6131/2011 // http://rostov.arbitr.ru/news/16179.

<3> Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 16 февраля 2004 г. N Ф04/665-100/А45-2004.

<4> См.: Российский страховой бюллетень. 1997. N 1.

Список литературы

1. Суханов Е.А. Третейские суды и предпринимательские споры // Право и экономика. 1998. N 2. С. 88, 89.

2. Давыденко Д.Л. Вопросы юридической терминологии в сфере альтернативного разрешения споров // Материалы конференции "Альтернативное разрешение споров в программах высшего и дополнительного профессионального образования". СПб., 2008. С. 17.

3. Булыгин М.М. К вопросу о принудительном исполнении решений третейских судов // Законы России: опыт, анализ, практика. 2008. N 7. С. 76 - 81.

4. Хохлов В.А. Правовая квалификация отношений медиации // Законы России: опыт, анализ, практика. 2011. N 5. С. 84 - 90.

5. Фар П. Оговорки о медиации в общих условиях совершения сделок // Медиация в нотариальной практике / Под ред. К. Грефин фон Шлиффен и Б. Вегманна. М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 257.

6. Поротикова О.А. Особенности правового регулирования соглашений, заключаемых для проведения процедуры медиации // Развитие медиации в России: теория, практика и образование / Под ред. Е.И. Носыревой и Д.Г. Фильченко. Москва - Берлин: Инфотропик медиа, 2012.

7. Гавриленко В.А. Юридические свойства третейского соглашения // Налоги (газета). 2008. N 34.

8. Мата О.В. Арбитражное соглашение и разрешение споров в международных коммерческих арбитражных судах: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.2003. М., 2002.

9. Николюкин С.В. Арбитражное соглашение как первооснова арбитражного (третейского) разбирательства споров // Право и экономика. 2009. N 6. С. 87 - 93.

10. Котельников А.Г. Арбитражное соглашение: правовая природа и последствия заключения // Арбитражный и гражданский процесс. 2004. N 6. С. 32 - 37.

11. Николюкин С.В. Понятие и сущность арбитражного соглашения // Юридические науки. 2005. N 5 (15). С. 219 - 228.

12. Ерпылева Н.Ю. Международные арбитражные соглашения: понятие, виды и основания действительности // Юрист. 2010. N 2. С. 56 - 63.

13. Суханов Е.А. Арбитражное (третейское) соглашение - основа третейского разбирательства (природа, содержание, форма и т.д.). Статус третейского суда и процедура разрешения споров в третейском суде // Третейский суд. 2002. N 1 - 2. С. 13 - 24.

14. Шилов М.Г. Третейская оговорка как способ обеспечения исполнения обязательств // Третейский суд. 2006. N 5. С. 64, 65.

15. Бевзенко Р. Сохраняется ли третейская оговорка при уступке требования? // Корпоративный юрист. 2007. N 11. С. 45 - 48.

16. Лунц Л.А., Марышева Н.И. Курс международного частного права. Т. 3. М., 1976. С. 218, 219.

17. Арбитражный процесс / Под ред. В.В. Яркова. М., 1998. С. 405.

18. Лебедев С.Н. Международный торговый арбитраж. М., 1965. С. 22 - 34.

19. Ануфриева Л.П. Международное частное право: В 3 т. Т. 3. М.: БЕК, 2001. С. 179.

20. Николюкин С. Содержание соглашения об арбитраже (третейском соглашении) // Арбитражный и гражданский процесс. 2009. N 7. С. 33 - 37.

21. Кучин А.С. Третейское соглашение: содержание и форма // Арбитражные споры. 2006. N 4. С. 143 - 146.

22. Банников Р.Ю. О соотношении медиации и досудебного порядка урегулирования спора // Развитие медиации в России: теория, практика и образование / Под ред. Е.И. Носыревой и Д.Г. Фильченко. Москва - Берлин: Инфотропик медиа, 2012. С. 176.

23. Белых В.С. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России: Монография. М.: Проспект, 2009.

Е.А.Добролюбова

Аспирантка

кафедры "Предпринимательское право"

Московского государственного

университета имени М.В.Ломоносова,

юрисконсульт

ОАО "Нефтяная Компания "Роснефть"