

КТО ТАКОЙ ПРИМИРИТЕЛЬ И НУЖЕН ЛИ ЕМУ "СВОЙ" ЗАКОН?

Сегодня в литературе широко обсуждается возможность (и необходимость) принятия закона "О примирительной процедуре с участием посредника (медиации)"¹ (далее - Законопроект), прошедшего в Государственной Думе первое чтение. Данный Законопроект, как представляется, может быть подвергнут разбору для получения ответа на ряд вопросов.

Следует сразу оговориться, что в самом Законопроекте нет и упоминания о примирителе: в нем используется термин "посредник", который в ст. 3 Законопроекта обозначен как "физическое лицо, содействующее сторонам в достижении соглашения по спору".

В юридической литературе термины "примиритель", "посредник", "медиатор" используются в качестве синонимов, что вполне допустимо. Другое дело - избрание наиболее подходящего термина для использования в законодательстве, требующее дополнительной аргументации.

Употребляемый в литературе термин "медиатор" является буквальным воспроизведением английского mediator, означающего "посредник, примиритель". В отношении допустимости использования этого слова в российском законодательстве Е.И. Носырева и И.А. Стернин пишут следующее: "В соответствии с Федеральным законом "О государственном языке Российской Федерации" от 1 июля 2005 г.² при использовании русского языка как государственного языка Российской Федерации не допускается использование слов и выражений, не соответствующих нормам современного русского литературного языка, за исключением иностранных слов, не имеющих общеупотребительных аналогов в русском языке (п. 6 ст. 1). Отсюда следует, что иностранные слова не должны применяться при наличии соответствующего русскоязычного аналога"³. В развитие этого положения авторами делается заключение о том, что в качестве аналогов английскому mediator в законодательстве следует использовать понятие "посредник", как отвечающее отечественным правовым традициям.

Термин "посредник" действительно употребляется в действующем российском законодательстве в значении "лица, при помощи которого осуществляется примирительная процедура". Так, в АПК РФ предусмотрено право обращения к посреднику для урегулирования спора, а в действующей редакции Федерального закона РФ от 23.11.1995 "О порядке разрешения коллективных споров" упоминается рассмотрение трудового спора с участием посредника. Между тем его использование в отечественном законодательстве для обозначения лица, содействующего примирению спорящих сторон, представляется неверным и вызывает возражения, которые объясняются следующим.

В гражданском праве под термином "посредник" понимается лицо, которое, действуя от собственного имени, но в интересах и за счет другого лица (клиента), по поручению последнего совершает двусторонние сделки или содействует клиенту в их совершении, за что получает вознаграждение⁴. Посредник, всегда действующий от собственного имени (что вытекает из смысла п. 2 ст. 182 ГК РФ), отличается от представителя, действующего от имени другого лица (представляемого). Как отмечает И.Н. Галушина, законодатель "в п. 2 ст. 182 ГК РФ не уточняет характер и содержание деятельности посредника как лица, действующего хотя и в чужих интересах, но от собственного имени... Посреднику может быть поручено совершение одних только фактических действий особого рода, выражающихся, как правило, в поиске будущего контрагента, проведении предварительных переговоров, сведении сторон. Кроме того, посреднику может быть поручено совершение от собственного имени, но в интересах и за счет клиента юридических действий (сделок, а именно договоров)"⁵.

Таким образом, понятие "посредник" в отечественном праве на сегодняшний день допускает его использование по крайней мере в трех значениях:

- лицо, от собственного имени ведущее переговоры и содействующее в совершении сделок иным лицам, т.е. лицо, осуществляющее лишь фактические действия - поиск контрагента, ведение

¹ С текстом проекта федерального закона N 374014-4 "О примирительной процедуре с участием посредника (медиации)", доработанным и подготовленным для рассмотрения в первом чтении, можно ознакомиться по адресу: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf>.

² Российская газета. 2005. 7 июня.

³ Носырева Е.И., Стернин И.А. "Посредничество" или "медиация": к вопросу о терминологии // Третейский суд. 2007. N 1. С. 10.

⁴ А.В. Егоров говорит о том, что посредничеством нередко называют всю торговую деятельность, которая тем или иным образом связана с продвижением товаров, работ, услуг от производителя к потребителям (Егоров А.В. Понятие посредничества в гражданском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 11). И.Н. Галушина пишет о том, что посредническая деятельность ассоциируется в большинстве работ с торгово-закупочной деятельностью и рассматривается именно с этих позиций (Галушина И.Н. Посредничество как гражданско-правовая категория: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006. С. 3).

⁵ Галушина И.Н. Понятия представительства и посредничества в гражданском праве: сравнительно-правовой аспект // Журнал российского права. 2006. N 2. С. 145 – 146.

переговоров, "сведение" сторон (в этом случае обязательство посредника может возникать из договора по возмездному оказанию услуг ("маклерский" договор));

- лицо, от собственного имени заключающее сделки в интересах и за счет клиентов, т.е. лицо, совершающее юридические действия (и здесь посредник действует в рамках договора комиссии, агентского договора, и др.⁶);

- лицо, руководящее примирительной процедурой между спорящими сторонами или участвующее в этой процедуре в качестве стороннего лица, помогающего сторонам урегулировать конфликт (соглашением сторон для осуществления функций посредника может быть избрано конкретное лицо, но исполнение этим лицом данных функций возможно только при его согласии, т.е. из соглашения спорящих сторон обязательство посредника не возникает).

Складывающееся положение вещей вряд ли можно признать удачным, поскольку оно породит попытки подвести одно понятие под другое и создаст явную опасность применения норм права к отношениям, на которые они не распространяются. Более точным и менее "опасным" с этой точки зрения было бы обозначать в законодательстве лиц, руководящих примирительной процедурой или иным образом оказывающих помощь в примирении спорящих сторон, термином "примирители".

Понятием "примиритель" охватываются все субъекты, не являющиеся стороной спора и осуществляющие примирение спорящих сторон. Исползование данного термина для обозначения лица, осуществляющего примирительную процедуру, представляется наиболее удачным и с лингвистической точки зрения: оно общепонятно и общеупотребительно, является наиболее точным. Кроме того, употребление термина "примиритель" является традиционным для обозначения лица, содействующего примирению сторон. Именно этот термин используется в известной работе Е.А. Нефедьева "Склонение сторон к миру в гражданском процессе", вышедшей в свет еще в 1890 г.⁷

Примечательно, что в зарубежных правовых системах примирители обозначаются различными терминами, но наиболее используемыми признаются два из них: mediator и conciliation. Данные термины используются для обозначения правовых категорий, имеющих принципиальные различия⁸.

Под термином mediator (характерном в большей степени для США) понимается профессиональный примиритель, далеко не всегда имеющий юридическое образование, который работает в специализированной организации и оказывает свои услуги за определенный гонорар. Такой примиритель весьма активно ищет пути выхода из создавшегося положения, подыскивает и предлагает собственные варианты компромиссного решения, подготавливает проект соглашения, которое предлагается спорящим сторонам.

Слово же conciliator переводится как "миротворец, примиритель". Этот термин характерен для стран с континентальной системой права и используется для обозначения "более слабой" формы примирительства - "психологического компонента" примирения, когда "третья сторона пытается создать атмосферу доверия и сотрудничества, способствуя переговорам"⁹. То есть conciliator, как и mediator, облегчает ход переговоров между сторонами, содействует их умиротворению и помогает искать точки соприкосновения в позициях сторон, но в отличие от второго первый не может предлагать собственного варианта соглашения или иным образом направлять переговоры.

В зависимости от сложившейся ситуации привлекаться в качестве примирителя могут специалисты в различных областях (и вовсе не обязательно, чтобы в этом качестве выступал юрист). Это могут быть как примирители-профессионалы, обладающие квалификацией в той или иной сфере, так и лица, для которых деятельность примирителя случайна и осуществляется от случая к случаю. Например, в одной ситуации спорящим сторонам поможет заключение опытного специалиста в той сфере, в которой возник спор (например, специалиста в финансовой, технической или иной области). В другой ситуации, когда возник, например, правовой спор, будет необходима экспертная оценка юриста - авторитетного специалиста в конкретной области права, который может дать заключение в отношении правовых позиций сторон, их шансов на успех в случае судебного процесса. В третьем случае сторонам необходима помощь опытного психолога для сглаживания возникшего у каждой из сторон негативного представления о другой стороне, преодоления их враждебности для цели их дальнейшего сотрудничества и т.п.

Таким образом, круг лиц, которые вправе осуществлять примирение, весьма широк: это могут быть и специалисты в технической сфере, юристы, психологи, экономисты, руководители компаний, частные лица и проч. Действительно значимым является лишь то, чтобы привлекаемое в качестве примирителя стороннее лицо пользовалось у спорящих сторон авторитетом как профессионал; чтобы оно обладало необходимым опытом и знаниями (в некоторых случаях соответствующей специализацией), что могло бы помочь сторонам ликвидировать возникший правовой спор (или иной конфликт) к их взаимному удовлетворению. Помимо этого ко всякому примирителю предъявляются

⁶ Там же. С. 146.

⁷ Нефедьев Е.А. Склонение сторон к миру в гражданском процессе. Казань, 1890.

⁸ Подробнее см., напр.: Турышева Н.В. Примирительные процедуры и мировое соглашение в гражданском процессе зарубежных стран // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 1996. N 3. С. 74 - 77; Сердюкова Н.В., Князев Д.В. Альтернативные способы урегулирования правовых споров в США и России // Арбитражная практика. 2004. N 1. С. 92 - 96; Белов А. Альтернативные способы разрешения внешнеэкономических споров // Право и экономика. 1998. N 6.

⁹ Moore Ch.W. The Mediation Process. Practical strategies for resolving conflict. San-Francisco; L., 1987. Pr. X.

требования незапятнанной личной и деловой репутации, независимости и беспристрастности при исполнении его примирительных функций.

В литературе все чаще поднимается вопрос о необходимости правовых основ деятельности примирителей. Соглашаясь с тем, что правовые основы деятельности примирителей должны существовать, нельзя не отметить, что их деятельность, цель которой состоит в том, чтобы подвести стороны к соглашению, есть деятельность не юриста, но психолога¹⁰. Вследствие сказанного нельзя четко урегулировать деятельность примирителя, как нельзя четко урегулировать деятельность врачей или художников, поваров или библиотекарей, - этот созидательный процесс не поддается жесткому регламенту, является многовариантным.

Надо сказать, что далеко не все иностранные государства имеют законодательство, создающее базис для примирительных процедур. Но и даже в тех странах, где подобное законодательство существует¹¹, можно говорить о том, что в одних странах примирительные процедуры поощряются, в других - только допускаются.

Российское дореволюционное законодательство допускало примирительные процедуры и регулировало порядок "склонения сторон к миру" (см., например, ст. ст. 70, 72, 1357, 1358 Устава гражданского судопроизводства 1864 г.).

Действующее российское законодательство также содержит нормы, которые (хотя и очень скудно) регулируют вопросы примирительных процедур. Анализ этих норм позволяет говорить о том, что действующее отечественное законодательство скорее не поощряет, но допускает их использование. По примеру большинства европейских стран действующее российское законодательство, в частности:

1) допускает проведение примирительных процедур (это положение прямо вытекает, в частности, из ч. 3 ст. 133, ст. ст. 138, 190, 225 АПК РФ, ст. 401 Трудового кодекса РФ). При этом в случае заключения сторонами мирового соглашения предусмотрено возвращение истцу из федерального бюджета половины уплаченной им государственной пошлины (п. 3 ч. 7 ст. 141 АПК РФ; исключением из этого правила являются ситуации, когда мировое соглашение заключено в процессе исполнения судебного акта);

2) для некоторых случаев предусматривает обязательную примирительную процедуру: претензионный порядок, если это установлено законом или соглашением сторон, является обязательным, и его несоблюдение влечет за собой оставление искового заявления без рассмотрения. Например, законно претензионный порядок установлен для требований об изменении или расторжении договора (п. 2 ст. 452 ГК РФ), требований к перевозчику, вытекающих из договора перевозки груза (ст. 797 ГК РФ, ст. ст. 124 - 127 Воздушного кодекса РФ, ст. 22 Федерального закона "О федеральном железнодорожном транспорте в Российской Федерации" и т.д.), требований, связанных с предоставлением услуг организации связи (ст. 38 Федерального закона "О связи", ст. 28 Федерального закона "О почтовой связи") и др.;

3) допускает проведение примирительных процедур с участием примирителей (это прямо предусмотрено, например, п. 2 ч. 1 ст. 135, ст. 158 АПК РФ, ст. 401 Трудового кодекса РФ, устанавливающих возможность обращения к посреднику);

4) содержит правило, согласно которому истец должен представлять сведения о соблюдении им претензионного или иного досудебного порядка урегулирования спора, если он предусмотрен федеральным законом или договором; несоблюдение данного порядка истцом влечет за собой оставление искового заявления без рассмотрения (эти правила закреплены в п. 8 ч. 2 ст. 125, п. 2 ст. 148 АПК РФ);

5) предусматривает отнесение судебных расходов на лицо, уклоняющееся от проведения досудебной примирительной процедуры (это прямо предусмотрено в ч. 1 ст. 111 АПК РФ: в случае если спор возник вследствие нарушения лицом, участвующим в деле, претензионного или иного досудебного порядка урегулирования спора, предусмотренного законом или договором, в том числе нарушения срока представления ответа на претензию, оставление претензии без ответа, арбитражный суд относит на это лицо судебные расходы независимо от результатов рассмотрения дела).

Существующее правовое регулирование примирительных процедур признается недостаточным. И закрыть брешь призван упомянутый Законопроект, который хотелось бы рассмотреть подробнее.

¹⁰ Интересно, что еще Вольтер писал о необходимости удаления адвокатов (или поверенных) из примирительной процедуры, сравнивая это с тем, как "отнимают дерево от огня, который желают потушить" (цит. по: Нефедьев Е.А. Указ. соч. С. 26). Вместе с тем нельзя не признать, что на завершающем этапе примирительной процедуры (этапе заключения мировой сделки) присутствие юриста нередко весьма полезно.

¹¹ В законодательстве могут быть определены сроки проведения примирительных процедур и их общие принципы (конфиденциальность, добровольность или обязательность, недопустимость использования информации), порядок избрания (назначения) примирителей и размер вознаграждения за их услуги, необходимость регистрации организаций, оказывающих услуги в сфере примирительных процедур, и проч. Но следует подчеркнуть особо, что даже и там, где подобное законодательство существует, подробное урегулирование порядка проведения самих примирительных процедур обнаружить весьма сложно. Это, кроме прочего, объясняется значительным количеством разновидностей самих процедур, которых насчитывают несколько десятков.

Инициированный Торгово-промышленной палатой РФ, Законопроект основан на положениях Model Law on International Commercial Conciliation (Типового закона о международной коммерческой согласительной процедуре), принятого Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) в 2002 г. (далее - Типовой закон ЮНСИТРАЛ)¹².

В п. 3 ст. 1 Типового закона ЮНСИТРАЛ указано, что термином "согласительная процедура" обозначается процедура, "которая может именоваться согласительной, посреднической или обозначаться термином аналогичного смысла и в рамках которой стороны просят третье лицо или лиц (примирителя - the conciliator) оказать им помощь в попытке достичь мирного урегулирования их спора, возникшего из договорных или иных правоотношений либо в связи с ними". Иными словами, согласительная процедура - это одна из разновидностей примирительных процедур, которая подразумевает ее осуществление с помощью третьего лица - примирителя, под которым понимается лицо, которое не обладает полномочиями выносить обязательное для сторон решение (п. 3 ст. 1). На примирительные процедуры, осуществление которых не предполагает привлечение третьего лица в качестве примирителя, действие данного Типового закона не распространяется.

Типовой закон ЮНСИТРАЛ допускает его применение государствами в своем законодательстве для регламентации не только международной согласительной процедуры, но и внутренней (т.е. национальной). При этом Типовой закон ЮНСИТРАЛ может быть использован применительно к отношениям коммерческого характера (как договорным, так и внедоговорным)¹³.

На то, что Законопроект основан на положениях Типового закона ЮНСИТРАЛ, ранее прямо указывалось в ст. 1 Законопроекта. Однако впоследствии данное указание из Законопроекта было исключено, хотя многие положения Типового закона ЮНСИТРАЛ, учтенные Законопроектом, сохранены в последнем¹⁴. Это, в частности, положения:

1) о невозможности применения данного Законопроекта к случаям содействия в урегулировании спора судьей государственного суда или арбитром (третейским судьей) (п. 3 ст. 2 Законопроекта). Пункт 9 ст. 1 Типового закона ЮНСИТРАЛ прямо закрепляет невозможность применения этого Типового закона к случаям, когда судья или арбитр (третейский судья) в ходе судебного или третейского разбирательства пытается содействовать урегулированию спора. И таким образом разграничиваются содействие в примирении сторон, что традиционно относится к задачам судей, и деятельность по осуществлению согласительной процедуры, осуществляемая посредниками;

2) о признании предложения одной стороны об обращении к примирительной процедуре отклоненным в случае отсутствия ответа от другой стороны (п. 2 ст. 7 Законопроекта). В силу ст. 4 Типового закона ЮНСИТРАЛ согласительная процедура начинается в тот день, когда стороны спора соглашаются обратиться к этой процедуре. При этом в случае неполучения стороной, предложившей обратиться к согласительной процедуре, ответа от другой стороны (в течение тридцатидневного срока или срока, установленного в предложении) это рассматривается как отказ от обращения к этой процедуре;

3) о выборе сторонами порядка проведения примирительной процедуры посредством ссылки на какие-либо правила или иным образом (п. 1 ст. 12 Законопроекта) и выборе посредником порядка проведения примирительной процедуры в тех случаях, когда отсутствует договоренность сторон о порядке проведения примирительной процедуры (п. 2 ст. 11 Законопроекта). Согласно ст. 6 Типового закона ЮНСИТРАЛ стороны могут по своему усмотрению определить порядок проведения согласительной процедуры (например, посредством ссылки на какой-либо регламент). В отсутствие такой договоренности посредник "может вести согласительную процедуру в таком порядке, какой он считает надлежащим, учитывая обстоятельства дела, любые пожелания, которые могут выразить стороны, и необходимость скорейшего урегулирования спора" (п. 2 ст. 6). При этом ст. 7 Типового закона устанавливает правило, в соответствии с которым посредник может встречаться или поддерживать связь со сторонами одновременно или с каждой из них в отдельности;

4) о недопустимости предвзятого подхода посредника по отношению к сторонам (п. 3 ст. 6 Типового закона ЮНСИТРАЛ, п. 3 ст. 12 Законопроекта);

¹² В отличие от рекомендаций Комитета министров Совета Европы, которые содержат только общие принципы проведения примирительных процедур, Типовой закон собрал в себе положения, которые рекомендованы государствам для включения в их национальное право (его содержание исчерпывается 14 статьями). Поскольку текст Типового закона ЮНСИТРАЛ разработан с учетом практики применения согласительных процедур во многих странах, его использование в национальном праве различными государствами призвано способствовать единообразию правового регулирования в области согласительных процедур.

¹³ Подлежащий урегулированию с использованием согласительной процедуры спор может вытекать из любых отношений коммерческого характера, в том числе из любых торговых сделок на поставку товаров или услуг или обмен товарами или услугами; дистрибьюторских соглашений; коммерческого представительства или агентского соглашения; факторинга; лизинга; строительства промышленных объектов; предоставления консультативных услуг; инжиниринга; лицензирования; инвестирования; финансирования; банковских услуг; страхования; соглашений об эксплуатации или концессии; совместных предприятий и других форм промышленного или предпринимательского сотрудничества; перевозки товаров или пассажиров воздушным, морским, железнодорожным или автомобильным транспортом (прим. 2 к ст. 1 Типового закона ЮНСИТРАЛ).

¹⁴ Т.Е. Абова пишет о том, что ссылка в Законопроекте на Типовой закон ЮНСИТРАЛ "делает сферу регулируемых отношений более привлекательной для иностранных партнеров" (Абова Т.Е. Заключение на проект Федерального закона "О примирительной процедуре с участием посредника (медиации)" // Третейский суд. 2007. N 2. С. 14 - 15).

5) о конфиденциальности процедуры (ст. 14 Законопроекта). Статьи 8 - 10 Типового закона ЮНСИТРАЛ посвящены принципу конфиденциальности (если стороны не договорятся об ином, сохраняется конфиденциальность всей информации, относящейся к согласительной процедуре, за исключением тех случаев, когда ее раскрытие требуется по закону или для целей исполнения или приведения в исполнение мировой сделки), а также раскрытию информации и допустимости представления доказательств в других разбирательствах. Но принципиальным отличием Законопроекта от Типового закона ЮНСИТРАЛ является то, что посредникам (и почему-то организациям, оказывающим услуги в сфере примирения) п. 3 ст. 14 Законопроекта предоставляется свидетельский иммунитет, который подразумевает запрет на допрос в качестве свидетелей самих посредников и работников этих организаций, а также проведение в отношении их оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий, связанных с участием данных лиц в примирительной процедуре, в отсутствие судебного решения. Это положение серьезно отличается от положений Типового закона ЮНСИТРАЛ, в котором положение о конфиденциальности исчерпывается следующим положением: "Если стороны не договорились об ином, сохраняется конфиденциальность всей информации, относящейся к согласительной процедуре, за исключением тех случаев, когда ее раскрытие требуется по закону или для целей исполнения или приведения в исполнение мирового соглашения". Надо отметить и то, что в первоначальном тексте Законопроекта содержалась оговорка о неприменимости правила о конфиденциальности в тех случаях, когда "это требуется в соответствии с федеральным законом или в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства". Данная оговорка трансформировалась в указание о конфиденциальности информации, относящейся к примирительной процедуре, за исключением случаев, когда ее раскрытие требуется в соответствии с федеральным законом (п. 1 ст. 14 Законопроекта).

6. Об ограничении использования информации в судебном или третейском разбирательстве (ст. 10 Типового закона ЮНСИТРАЛ, ст. 15 Законопроекта).

7. Об основаниях завершения примирительной процедуры (ст. 16 Законопроекта). В соответствии со ст. 11 Типового закона ЮНСИТРАЛ согласительная процедура прекращается, если: (1) стороны урегулировали спор и заключили мировую сделку; (2) посредник (после консультаций со сторонами) сделал заявление о том, что дальнейшие усилия в рамках согласительной процедуры более себя не оправдывают; (3) стороны сделали заявление, адресовав его посреднику, о том, что согласительная процедура прекращается; (4) одна из сторон сделала заявление, направив его другой стороне (сторонам) и посреднику (если посредник уже назначен), о том, что согласительная процедура прекращается. Правда, в Законопроект включено дополнительное основание завершения примирительной процедуры: в качестве такого основания указывается истечение срока, определенного сторонами для урегулирования спора, если стороны не договорились о его продлении.

В то же время сопоставительный анализ Типового закона ЮНСИТРАЛ с Законопроектом позволяет говорить о ряде принципиальных отличий, существующих между ними, что в некотором роде оправдывает исключение упоминания о Типовом законе из Законопроекта. На некоторых из них, по-видимому, следует остановиться подробнее.

1. Как указывалось выше, для целей Типового закона ЮНСИТРАЛ термином "согласительная процедура" обозначается одна из разновидностей примирительных процедур, при которой спорящие стороны обращаются к примирителю за помощью в урегулировании спора (п. 3 ст. 1 Типового закона). Иные примирительные процедуры (претензионный порядок, примирение сторон без участия примирителя и др.) Типовым законом не охватываются.

В преамбуле Законопроекта, имеющего, как уже было сказано выше, наименование "О примирительной процедуре с участием посредника (медиации)", указывается, что он "призван содействовать урегулированию споров путем проведения примирительных процедур, направленных на достижение соглашения между сторонами и способствующих поддержанию делового сотрудничества, гармонизации социальных отношений и формированию этики делового оборота". При этом в ст. 3 Законопроекта "процедура урегулирования спора между сторонами с помощью лица, именуемого "посредник", обозначается термином "примирительная процедура".

Таким образом, в Законопроекте понятие "примирительная процедура" необоснованно сужается - под ним понимаются только примирительные процедуры с участием примирителя. Между тем понятие "примирительные процедуры" охватывает и иные примирительные процедуры (например, непосредственные переговоры сторон, претензионный порядок урегулирования споров).

Столь узкое толкование в Законопроекте понятия "примирительная процедура" (или, если говорить более точно, подмена видового понятия "примирительная процедура с участием посредника" родовым понятием "примирительная процедура") только на первый взгляд кажется незначительным. Представляется, что это есть отражение тенденции к созданию наиболее благоприятных условий для развития специализированных организаций по оказанию услуг в сфере проведения примирительных процедур, для расширения рынка посреднических услуг.

Та же направленность вытекала из правил, установленных в предыдущей редакции Законопроекта: правила об обязательности проведения примирительной процедуры с участием посредника, если стороны договорились обратиться к примирительной процедуре¹⁵; правила о допустимости принудительного исполнения соглашения об урегулировании, если это соглашение заключено по результатам проведения примирительной процедуры с участием посредника и нотариально удостоверено (такое же соглашение, но заключенное сторонами без содействия посредника, хотя бы и удостоверенное у нотариуса, исполнительной силой не наделялось¹⁶) и т.д.

Ту же задачу - задачу создания дополнительных "удобств" для развития организаций по оказанию услуг в сфере проведения примирительных процедур - имеет, по всей видимости, и ст. 6 Законопроекта, возлагающая на районные и арбитражные суды ведение списков организаций, обеспечивающих проведение примирительных процедур¹⁷. Иным образом достаточно сложно объяснить необходимость ведения государственными судами списков таких организаций, учитывая, что действующее гражданское и арбитражное процессуальное законодательство не предусматривает положений о направлении судом сторон к примирителю и, как это установлено во французском законодательстве, определение вознаграждения примирителю с выдачей при необходимости исполнительного листа на его получение со сторон (стороны).

В силу данной статьи все юридические лица, обратившиеся в суд с соответствующим заявлением, включаются судами в список организаций, обеспечивающих проведение примирительных процедур. Для этого Законопроект не предусматривает каких-либо требований к обращающимся юридическим лицам¹⁸, как не устанавливает и возможности отказа во включении юридического лица в подобный список, а также возможности досрочного исключения из списка (исключение из списка предполагается только для случаев, когда включенная в список организация не представила заявление о продлении срока пребывания в списке на очередной календарный год). Законопроект также не предусматривает порядок ведения списков и порядок включения организаций в список¹⁹ и т.д.

Думается, что подобные стремления не могут быть поддержаны. В связи с изложенным представляется более верным использовать в названии и тексте Законопроекта устоявшийся термин "согласительная процедура"²⁰ (как тождественный фразе "примирительная процедура с участием посредника"), который снял бы некоторое напряжение в вопросе терминологии.

II. Вообще вопрос использования терминов в Законопроекте всегда стоял очень остро. Первоначальное название Законопроекта звучало следующим образом: "О примирительной процедуре с участием посредника (посредничестве)", т.е. термин "посредничество" использовался как краткое название примирительной процедуры²¹. Не возвращаясь к упомянутой ранее многозначности термина "посредничество", хотелось несколько слов сказать о допустимости замены термина "примирительная процедура" термином "посредничество".

Примирительная процедура осуществляется самими спорящими сторонами (путем их непосредственных переговоров, переговоров через примирителя или иным образом), т.е. это прежде всего деятельность спорящих сторон по урегулированию их спора, которая только в некоторых случаях предусматривает участие в ней сторонних лиц. Посредничество - это всегда деятельность посредника, оказание им посреднических услуг, предусматривающее получение вознаграждения. Таким образом, понятия "примирительная процедура" и "посредничество" (если речь идет о деятельности примирителя) взаимосвязаны, но подменять одно другим нельзя.

¹⁵ И это притом, что, по свидетельству зарубежных экспертов, в тех странах, где согласительные процедуры являются обязательными в силу закона, они наименее эффективны.

¹⁶ См. подробнее об этом: Рожкова М.А. О перспективах внесудебного урегулирования споров и принудительного исполнения внесудебной мировой сделки // *Хозяйство и право*. 2006. N 1. С. 68 – 69.

¹⁷ Вообще в Законопроекте уделяется большое внимание данным организациям, которые в его ст. 3 определены как юридические лица, утвердившие правила проведения примирительной процедуры, и список посредников, рекомендуемых для ее осуществления. Однако функции данных организаций в Законопроекте не определены, хотя это кажется необходимым - в частности, арбитражные институты нередко в согласительных регламентах специально определяют свои функции в рамках согласительных процедур. Например, § 7 Согласительного регламента Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ в качестве содействия примирению сторон предусматривает: направление документов сторонам и посреднику; содействие посреднику в определении даты, времени и места встречи со сторонами и направление заблаговременного уведомления сторонам о встрече; предоставление помещений для встреч посредника со сторонами; осуществление машинописных работ; получение аванса расходов на согласительную процедуру и его дальнейшее перечисление с учетом установленного распределения таких расходов; оказание иного содействия, насколько таковое возможно (<http://www.tpprf-mkac.ru>).

¹⁸ В связи с этим в одном из официальных заключений на Законопроект отмечалась необходимость четкого определения того, "что представляют собой такие организации и на основании каких сведений (данных) составляются списки таких организаций" (Заключение правового управления Государственной Думы от 18.01.2007. С. 1).

¹⁹ На это, например, указывается в работе: Дементьев О.М. Примирительным процедурам - государственный подход // *Третейский суд*. 2007. N 3. С. 125.

²⁰ Традиционно свод положений, определяющих порядок урегулирования споров с привлечением примирителя, называется "согласительным регламентом". Примером может служить Согласительный регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ (см.: <http://www.tpprf-mkac.ru>).

²¹ Носырева Е.И. Пояснительная записка к проекту ФЗ "О примирительной процедуре с участием посредника (посредничестве)" // *Третейский суд*. 2005. N 5. С. 14 – 15.

Отличия этих правовых явлений наиболее выпукло можно проследить, анализируя принципы, на которых должна строиться та и другая деятельность.

Принципами всякой примирительной процедуры (как в условиях непосредственных переговоров сторон, так и в условиях проведения согласительной процедуры) можно назвать:

1) принцип законности, который является общеправовым, т.е. требование о его соблюдении характерно для всех без исключения отраслей права (в данном случае он означает, что при проведении всякой примирительной процедуры стороны не должны нарушать требований законов и иных нормативных правовых актов). Данный принцип не нашел своего отражения в Законопроекте²²;

2) принцип диспозитивности и движения примирительной процедуры в зависимости от взаимодействия сторон. Следует отметить, что ранее в ст. 4 Законопроекта упоминался принцип диспозитивности, однако из текста Законопроекта, подготовленного к рассмотрению в первом чтении, этот принцип был исключен²³. Данный принцип в условиях примирения реально действует, поскольку стороны примирительной процедуры свободны в своем волеизъявлении как относительно спора, так и относительно самой примирительной процедуры: они могут урегулировать спор и заключить мировую сделку, но могут и, не урегулировав спор, прекратить примирительную процедуру. Упоминаемый принцип движения примирительной процедуры в зависимости от взаимодействия сторон подразумевает под собой то, что примирительная процедура возникает, развивается и прекращается только по причине взаимодействия сторон. Нет взаимодействия - не будет примирительной процедуры, поскольку урегулировать возникший спор могут только сами стороны (примиритель же привлекается только для помощи им в этом начинании);

3) принцип процедурного равноправия сторон прямо установлен в п. 2 ст. 4 Законопроекта и подразумевает под собой равные процедурные права сторон, их одинаковые правовые возможности. Поэтому стороны обладают равными правами делать заявления, высказывать предложения, возражать и т.д., т.е. совершать действия, которые им кажутся необходимыми для заключения взаимовыгодного соглашения (мировой сделки);

4) принцип сотрудничества (п. 2 ст. 4 Законопроекта) - принцип, характерный именно для примирительной процедуры и являющийся противоположностью принципу состязательности в судопроизводстве. Если принцип состязательности представляет собой правило, согласно которому заинтересованные в исходе дела лица отстаивают свою правоту в споре путем представления доказательств суду и другой стороне по делу, высказывания своих доводов и соображений, дачи объяснений и т.д., то в примирительной процедуре стороны не отстаивают свою правоту, а пытаются прийти к взаимовыгодному или взаимодопустимому компромиссу. То есть стороны для целей урегулирования спора "вынуждены" сотрудничать;

5) принцип допустимости осуществления примирительной процедуры только на основании специального соглашения - соглашения о примирительной процедуре (ст. 5 Законопроекта). Этот принцип означает, что примирительная процедура как с участием примирителя (согласительная процедура), так и без участия такового возможна только на основании соглашения сторон о проведении такой процедуры. В отсутствие такого соглашения примирительная процедура невозможна;

6) принцип конфиденциальности примирительной процедуры закреплен в п. 2 ст. 4, ст. 14 Законопроекта. И по общему правилу не только сама примирительная процедура не предусматривает гласности, но и вся информация, относящаяся к примирительной процедуре, является конфиденциальной (за некоторым изъятием, предусмотренным законом)²⁴;

7) принцип обязательности для сторон условий заключенной ими мировой сделки. Данный принцип означает, что стороны, заключившие соглашение о примирительной процедуре, приняли на себя и обязанность добровольно исполнять условия соглашения, которое они заключили по результатам проведения примирительной процедуры (мировую сделку или соглашение об урегулировании спора). Положение об этом содержится в п. 1 ст. 18 Законопроекта.

Посредничество как деятельность примирителя подразумевает, в частности, следование таким принципам, как:

²² На необходимость включения в Законопроект принципов законности и справедливости еще в 2005 г. указывал О.Ю. Сковрцов, подчеркивая, что реализация "этих принципов в системе урегулирования посредничества призвана обеспечить, с одной стороны, правовую основу процедурам содействия разрешению споров, а с другой стороны, нравственные начала, на которых должно базироваться разбирательство конфликта" (Сковрцов О.Ю. О проекте федерального закона "О примирительной процедуре с участием посредника (посредничестве)" // Третейский суд. 2005. N 5. С. 28).

²³ Т.Е. Абова подчеркивает необходимость включения в законопроект классического принципа правового регулирования отношений сторон, основанных на их равенстве и автономии воли, - принципа диспозитивности (Абова Т.Е. Указ. соч. С. 14).

²⁴ В силу п. 1 ст. 15 Законопроекта стороны, посредник, другие лица, присутствующие при проведении примирительной процедуры, не вправе ссылаться в судебном либо третейском разбирательстве на: (1) предложение одной из сторон об обращении к примирительной процедуре или тот факт, что одна из сторон выразила готовность к участию в примирительной процедуре; (2) мнения или предложения, высказанные одной из сторон примирительной процедуры в отношении возможного урегулирования спора; признания, сделанные одной из сторон в ходе примирительной процедуры; (3) проявление готовности одной из сторон принять предложение об урегулировании спора, сделанное посредником или другой стороной; (4) сведения, содержащиеся в документе, подготовленном исключительно для целей примирительной процедуры.

1) принцип законности, который распространяется и на посредника, обязанного при осуществлении согласительной процедуры соблюдать требования законов и иных нормативных правовых актов. К сожалению, данный принцип не нашел своего отражения в Законопроекте;

2) принцип независимости и беспристрастности посредника, подразумевающий, что тот должен быть независимым и действовать беспристрастно (п. 2 ст. 4 Законопроекта, повторенный в ч. 1 ст. 11 Законопроекта). Как и в отношении судей, этот принцип подразумевает запрет любого постороннего вмешательства или воздействия на посредника любых юридических или физических лиц. В развитие данного принципа п. 3 ст. 12 Законопроекта предусматривает, что посредник должен обеспечить не только квалифицированное, но и непредвзятое урегулирование спора, устанавливая обязанность посредника при проведении примирительной процедуры не ставить какую-либо из сторон в преимущественное положение и не умалять права и законные интересы любой из сторон;

3) принцип конфиденциальности распространяется и на посредника, который в силу п. 2 ст. 14 Законопроекта не вправе разглашать информацию, ставшую ему известной при проведении примирительной процедуры, без согласия сторон²⁵. Однако, как обоснованно отмечено в одном из официальных заключений на Законопроект, полный запрет посреднику раскрывать стороне в споре полученную от другой стороны информацию, касающуюся спора, неверен, поскольку таким образом посредник ограничивается в сложном поиске возможных путей урегулирования спора²⁶. Безусловно, более удачным было бы использовать формулировку Типового закона ЮНСИТРАЛ, ст. 8 которого предусматривает следующее положение: "В случае, когда посредник получает от одной из сторон информацию, касающуюся спора, он может раскрыть существо этой информации другой стороне согласительной процедуры. Однако, если сторона сообщает посреднику какую-либо информацию под прямым условием о сохранении ее конфиденциальности, эта информация не раскрывается другой стороне согласительной процедуры";

4) принцип руководства примирителя примирительной процедурой. Данный принцип, безусловно, охватывает не все разновидности согласительных процедур, однако в большинстве случаев фигура примирителя действительно необходима для придания направления переговорам сторон. Вместе с тем некоторые разновидности примирительных процедур предусматривают иную форму участия примирителя.

Резюмируя вышесказанное, можно утверждать наличие очевидных отличий между понятиями "примирительная процедура" и "посредничество", каждое из которых имеет собственное содержание и не может подменять другое. Здесь же хотелось бы отметить, что автором настоящей статьи и ранее указывалось на смысловые отличия данных понятий²⁷, и сегодня термин "посредничество" как краткое название примирительной процедуры из Законопроекта исключен.

Вместе с тем теперь вместо термина "посредничество" в Законопроект (в качестве краткого названия примирительных процедур с участием посредника) введен термин "медиация", что возвращает проблему на круги своя. И нельзя не отметить при этом, что использование в названии и тексте Законопроекта термина "медиация" (mediation) позволяет говорить, что Законопроект построен скорее на использовании модели профессионального посредничества, характерного для США, нежели модели примирения, характерной для континентальной системы права (conciliation) и предусматривающей несколько форм посредничества (об их различиях говорилось ранее). Такой выбор также отчасти объясняет исключение упоминания в Законопроекте о Типовом законе ЮНСИТРАЛ (Model Law on International Commercial Conciliation).

III. Типовой закон ЮНСИТРАЛ, как уже указывалось выше, может быть использован применительно к отношениям коммерческого характера (как договорным, так и внедоговорным).

В то же время из ст. 2 Законопроекта следует, что он подлежит применению не только к отношениям "по урегулированию споров, возникающих в сфере гражданского оборота и связанных с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности российскими и иностранными организациями, гражданами Российской Федерации, иностранными гражданами и лицами без гражданства" (п. 1 ст. 2), но к отношениям "по урегулированию споров, возникающих из трудовых, семейных и иных отношений, если иное не вытекает из федерального закона и существа соответствующих отношений" (п. 2 ст. 2).

²⁵ В частности, ст. 15 Законопроекта устанавливает, что, если стороны не договорились об ином, посредник, как и сами стороны (а также иные лица, присутствовавшие при проведении примирительной процедуры), не вправе в судебном разбирательстве ссылаться на: (1) предложение одной из сторон об обращении к примирительной процедуре (посредничеству) или тот факт, что одна из сторон выразила готовность к участию в примирительной процедуре (посредничестве); (2) мнения или предложения, высказанные одной из сторон примирительной процедуры (посредничества) в отношении возможного урегулирования спора; (3) признания, сделанные одной из сторон в ходе примирительной процедуры (посредничества); (4) проявление готовности одной из сторон принять предложение об урегулировании спора, сделанное посредником или другой стороной; (5) сведения, содержащиеся в документе, подготовленном исключительно для целей примирительной процедуры (посредничества). Сказанное, впрочем, не означает, что доказательства, использованные в ходе примирительной процедуры, недопустимо использовать в судебном процессе в арбитражном суде - с учетом названных ограничений доказательства, используемые в примирительной процедуре, являются допустимыми и в судебном процессе. Такое положение прямо закреплено в п. 5 ст. 11 Типового закона ЮНСИТРАЛ, хотя Законопроект подобной нормы не содержит.

²⁶ Заключение правового управления Государственной Думы от 18.01.2007. С. 1.

²⁷ См. об этом, напр.: Рожкова М.А. Указ. соч. С. 66 – 69.

Таким образом, сфера отношений, которые могут быть урегулированы с использованием примирительных процедур, в Законопроекте существенно расширена (что принципиально отличает его от Типового закона ЮНСИТРАЛ). Законопроект допускает урегулирование практически любых конфликтов (в любой сфере), за исключением случаев, когда закон прямо исключает возможность использования примирительных процедур.

Возможно, расширение сферы применения Законопроекта следовало бы одобрить, поскольку, как подчеркивается в литературе²⁸, примирительные процедуры применимы для урегулирования весьма широкого круга всевозможных споров, например:

- семейных споров (особенно при разводах, при разделе наследства);
- конфликтов, связанных с вопросами охраны окружающей среды;
- споров в учебных заведениях;
- споров между соседями;
- конфликтов как внутри организаций, так и между организациями (коммерческими компаниями, государственными учреждениями, общественными организациями, церковью и т.д.);
- споров при оценке возможных последствий использования техники;
- политических споров (например, при урегулировании конфликтов между этническими группами, между государствами);
- вопросов в рамках уголовных дел (например, при рассмотрении дел с участием несовершеннолетних) и т.д.

Между тем существует и негативный аспект снятия ограничений в отношении сфер использования примирительных процедур, поскольку, как отмечалось в официальных заключениях на Законопроект, существует опасность создания оснований для "навязывания" более сильной экономической стороной в договорах с гражданами (потребительских отношениях) обязательного досудебного урегулирования, что породит дополнительные конфликты и предпосылки для всевозможных злоупотреблений.

IV. Законопроект прямо предусматривает норму о том, что примирительная процедура с участием посредника может быть начата как до обращения спорящих сторон в суд (государственный суд или арбитраж), так и после (п. 1 ст. 7). Иными словами, по смыслу Законопроекта "он может применяться в случаях использования посредничества как во "внеюрисдикционном, когда стороны самостоятельно выбирают и применяют способы АРС без обращения в органы государственной юрисдикции. - М.Р.), так и "досудебном" порядке (после обращения стороны в государственную юрисдикционный орган, но до вынесения им решения по делу. - М.Р.)"²⁹. Подобных положений в Типовом законе ЮНСИТРАЛ не содержится.

Вероятно, предусматривая подобную норму, разработчики Законопроекта исходили из желания дать дополнительные пояснения в отношении допустимости проведения примирительных процедур в тот или иной период.

Между тем ими не было учтено, что надобность в примирительных процедурах может возникнуть и в период, когда судебное решение вынесено и обнаруживаются проблемы исполнения вынесенного судебного решения. Здесь также имеет место некоторая неопределенность в отношениях сторон, и действующее законодательство допускает в этот период проведение примирительных процедур и заключение мирового соглашения (в частности, ч. 1 ст. 139 АПК РФ). Следовательно, примирительная процедура может проводиться:

- до обращения сторон в суд за разрешением спора;
- после обращения сторон в суд (после того, как производство по делу возбуждено судом и до вынесения судебного акта, оканчивающего рассмотрение дела в той или иной инстанции³⁰);
- после вынесения судебного решения (на стадии исполнения вынесенного судебного решения).

Таким образом, примирительные (и, в частности, согласительные) процедуры имеют очень широкий спектр применения, хотя, к сожалению, используются в отечественной практике явно недостаточно.

V. Как уже говорилось выше, Типовой закон ЮНСИТРАЛ в общих чертах описывает личность примирителя, определяя его как "лицо, которое не обладает полномочиями выносить обязательное для сторон решение". По общему правилу, если стороны не договорились об ином, назначается один примиритель (п. 1 ст. 5 Типового закона); при этом стороны могут назначить примирителя

²⁸ См., напр.: Медиация - метод внесудебного разрешения споров // Материалы научно-методического центра "Медиация и право". М., 2007. С. 4.

²⁹ Севастьянов Г.В. Законопроект о посредничестве (медиации) в его поэтапном и диалектическом развитии // Третейский суд. 2006. № 6.

³⁰ Абсолютно безосновательно умозаключение И.Ю. Захарьящевой, утверждающей, что "при пересмотре дела в порядке апелляции или кассации стороны не только знают суть спора, но и предпринимали все "попытки" к его урегулированию. В связи с этим ОБРАЩЕНИЕ К ПОСРЕДНИКУ ВОЗМОЖНО ТОЛЬКО ДО НАЧАЛА РАССМОТРЕНИЯ АПЕЛЛЯЦИОННОЙ ИЛИ КАССАЦИОННОЙ ЖАЛОБ ПО СУЩЕСТВУ (выделено мной. - М.Р.) и при положительном результате повлечет за собой прекращение производства по жалобам либо утверждение арбитражным судом мирового соглашения в процессе пересмотра судебных актов" (Захарьящева И.Ю. Примирительные процедуры в арбитражном процессуальном законодательстве РФ (концептуальные основы и перспективы развития): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2005. С. 22 - 23).

(примирителей) сами либо обратиться за содействием к соответствующему учреждению или лицу, которое может рекомендовать примирителя с учетом обстоятельств спора³¹.

В отличие от Типового закона ЮНСИТРАЛ Законопроект предусматривает гораздо большее количество положений, касающихся деятельности посредника.

Статья 3 Законопроекта определяет посредника следующим образом: "Физическое лицо, содействующее сторонам в достижении соглашения по спору. В качестве посредника может выступать как единоличный посредник, так и группа посредников". И далее - в ст. 8 Законопроекта:

"1. Посредником может быть любое физическое лицо, обладающее полной дееспособностью и не имеющее судимости, давшее согласие на выполнение функции посредника.

2. Посредниками не могут быть лица, замещающие государственные должности Российской Федерации или государственные должности субъектов Российской Федерации, а также государственные служащие.

3. Соглашением сторон или правилами проведения примирительной процедуры могут устанавливаться дополнительные требования к посреднику.

4. Деятельность посредника не является предпринимательской деятельностью".

Статья 10 Законопроекта предусматривает, что посредник избирается сторонами по их взаимному согласию, если стороны не договорились об ином; стороны или одна из сторон вправе обратиться в организацию, обеспечивающую проведение примирительной процедуры, с просьбой о рекомендации посредника. При этом в п. 3 ст. 10 Законопроекта допускается, что правилами проведения примирительной процедуры может предусматриваться назначение посредника с согласия сторон непосредственно организацией, обеспечивающей проведение примирительной процедуры.

Таким образом, Законопроект дает определение посредника (хотя оно отнюдь не безупречно), устанавливает специальные требования к посреднику и предусматривает положения о порядке его назначения.

Однако, притом что деятельность посредников прямо названа в Законопроекте непредпринимательской (надо думать, что имеется в виду только та, которая будет осуществляться в рамках настоящего Законопроекта), в нем не названы задачи примирительных процедур и не очерчен круг полномочий посредников.

В литературе все чаще встречаются умозаключения о необходимости формулирования в Законопроекте более четких и подробных требований к посреднику: например, условий о его совершеннолетии³², об образовании, профессиональном опыте³³, а также получении соответствующего аттестата или сертификата и проч. Установление данных требований, по мнению предлагающих их авторов, гарантирует возможность квалифицированного и непредвзятого урегулирования конфликта.

Безусловно, в данных предложениях есть свой резон. Однако, с другой стороны, существует опасность установления чрезмерно большого количества требований к примирителям - частным лицам, оказывающим примирительные услуги (что принципиально отличает их от судей государственных судов, осуществляющих судебную власть), что не всегда может принести положительные результаты на практике и повлечь, в частности, ограничения сторон в выборе примирителя.

VI. Помимо сказанного хотелось бы остановиться на еще одном терминологическом нюансе, который обнаруживает Законопроект.

Ознакомление с положениями Законопроекта не позволяет оставить без внимания упоминание в нем "соглашения об урегулировании спора", которое:

- в ст. 3 Законопроекта определяется как "соглашение, достигнутое сторонами по спору или отдельным разногласиям в ходе примирительной процедуры и зафиксированное в письменной форме";

- в ст. 16 Законопроекта названо в качестве основания завершения примирительной процедуры;

- в силу ст. 17 Законопроекта требует "облачения" в письменную форму и предусматривает указание сведений о сторонах спора, обязательстве, по которому возник спор, о проведенной примирительной процедуре, о посреднике, а также согласованные сторонами условия, размер и срок исполнения обязательств друг перед другом или одной стороной перед другой;

- в соответствии со ст. 18 Законопроекта имеет обязательную силу для заключивших его сторон и должно исполняться добровольно в порядке и сроки, которые в нем предусмотрены³⁴;

³¹ Кроме того, ст. 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ устанавливает правило, в соответствии с которым посредник может встречаться или поддерживать связь со сторонами одновременно или с каждой из них в отдельности.

³² Отзыв на законопроект "О примирительной процедуре с участием посредника (посредничестве)", подготовленный совместно кафедрой гражданского процесса (заведующий кафедрой - В.В. Ярков) и кафедрой гражданского права (заведующий кафедрой - Б.М. Гонгало) УрГЮА (Третейский суд. 2005. N 5. С. 26).

³³ Скворцов О.Ю. О проекте федерального закона "О примирительной процедуре с участием посредника (посредничестве)". С. 28.

³⁴ В случае же неисполнения соглашения п. 3 ст. 18 Законопроекта предусматривает возможность обращения в суд за защитой прав.

- в п. 1 ст. 19 Законопроекта допускает его утверждение судом в качестве мирового соглашения по правилам, предусмотренным процессуальным законодательством.

Даже тщательный анализ не позволяет усмотреть принципиальных отличий "соглашения об урегулировании спора" от мирового соглашения, как оно определено в гл. 15 действующего АПК РФ. И вряд ли можно рассматривать как таковое отличие обязательность упоминания в "соглашении об урегулировании спора" о проведенной примирительной процедуре и посреднике (необходимость которого ничем не обоснована и вызывает серьезные сомнения).

Небезынтересно то, что действующие до принятия Федерального закона "О третейских судах в Российской Федерации" Временное положение о третейском суде для разрешения экономических споров, утвержденное Постановлением Верховного Совета Российской Федерации от 24.06.1992, и Положение о третейском суде (приложение N 3 к ГПК РСФСР 1964 г.) не содержали термина "мировое соглашение".

Вместе с тем, в частности, ст. 19 названного Временного положения предусматривала, что в случае, если сторонами было достигнуто соглашение об урегулировании спора, решение принималось третейским судом с учетом этого соглашения. По всей видимости, именно эта норма оказала влияние на первый Арбитражный процессуальный кодекс РФ (1992 г.), в ст. 106 которого предусматривалось, что решение принимается арбитражным судом с учетом достигнутого сторонами соглашения, если оно не противоречит законодательству, фактическим обстоятельствам и материалам дела. Комментируя указанную статью АПК РФ (1992 г.), специалисты отмечали, что в отличие от предусмотренного ГПК РСФСР (1964 г.) мирового соглашения, по утверждению которого судом производство по делу прекращается, соглашение, достигнутое сторонами в процессе разрешения дела в арбитражном суде, не означает прекращения дела - дело рассматривается по существу и по нему выносится решение. Таким образом, соглашение об урегулировании спора служило фундаментом для последующего вынесения судебного решения.

В связи со сказанным возникает резонный вопрос о целесообразности использования вместо законодательно признанного термина "мировое соглашение"³⁵ (или привычного и давно используемого в отечественной доктрине гражданского права термина "мировая сделка") фразы "соглашение об урегулировании спора"³⁶.

Кроме того, нельзя оставить без внимания и еще одно обстоятельство. Примирительные процедуры допускают их использование не только в случае возникновения между сторонами правового спора (спора о праве), но и в случае возникновения иных конфликтов. В случае урегулирования правового спора (спора о праве) или правовой неопределенности стороны заключают мировую сделку; в случае урегулирования спора по факту либо конфликта иного характера, возникшего в производственной, технологической и иных сферах, стороны заключают "соглашение об урегулировании". Иными словами, "соглашение об урегулировании" представляет собой скорее "техническое" соглашение, которое не является гражданско-правовой сделкой, не подпадает под законодательное регулирование и не предусматривает возможности обращения в суд за его принудительным исполнением.

В этих условиях именование мировой сделки в Законопроекте "соглашением об урегулировании" представляется по крайней мере нелогичным и, как отмечалось в одном из официальных заключений на Законопроект, может создать проблемы в правоприменительной практике, поскольку использование двух терминов для одной сделки создает законодательную неопределенность и нецелесообразно с точки зрения юридической техники.

VII. В заключение, как представляется, можно указать на сомнительность включения в п. 2 ст. 17 Законопроекта положения о необходимости введения в мировое соглашение ("соглашение об урегулировании") данных о посреднике.

Посредник не является участником мирового соглашения, на него этим соглашением не могут быть возложены какие-либо обязанности и т.д. В этих условиях во введении подобного правила нет надобности, и, напротив, его введение может способствовать приданию неправильного направления практике.

Нельзя не отметить того, что примирительные процедуры, являющиеся наиболее цивилизованным способом ликвидации спора, конечно же требуют наличия законодательных основ. Учитывая существование некоторого правового регулирования вопросов примирительных процедур, деятельность примирителей нельзя назвать вовсе лишенной правового базиса.

Рассмотренный Законопроект не решает многих задач и при этом обнаруживает недочеты и пробелы, которые явно нуждаются в устранении. Предлагаемая в нем регламентация не создает благоприятных условий для использования спорящими сторонами примирительных процедур, не

³⁵ Согласно ст. 139 АПК РФ спор, переданный на рассмотрение арбитражного суда, стороны на любой стадии вольны прекратить заключением мирового соглашения, которое подлежит утверждению арбитражным судом. Термин "мировое соглашение" получил законодательное закрепление и успешно используется в законодательстве, литературе, судебных актах.

³⁶ Статья 14 Типового закона ЮНСИТРАЛ предоставляет государствам, принимающим Типовой закон, возможность определения порядка приведения в исполнение мировых сделок, заключенных в результате проведения согласительной процедуры, и возможность придания им свойства обязательности. То есть Типовой закон ЮНСИТРАЛ не предусматривает типовых положений о мировой сделке, а устанавливает, что "государство, принимающее Типовой закон, включает описание порядка приведения в исполнение мировых сделок или указывает положения, регулирующие такое приведение в исполнение".

будет способствовать и снижению нагрузки на судебные органы и, более того, в определенных случаях может порождать дополнительные проблемы, которые соответственно потребуют своего разрешения.

Здесь же следует подчеркнуть, что распространению примирительных процедур в России препятствует не отсутствие специального закона, а иные причины. Это, во-первых, отсутствие концептуально проработанной программы развития примирительных процедур: в ее отсутствие даже и принятие Законопроекта принципиально ситуацию не изменит. И, во-вторых, "невыгодность" обращения к примирительным процедурам: при относительной дешевизне судебного разбирательства стоимость примирительных процедур весьма высока³⁷.

Но помимо названных объективных причин существует и еще одна, субъективная. Она заключается в том, что апологеты примирительных процедур, нарочито усложненно трактующие существо примирительных процедур, пытающиеся придать "юридический окрас" практической психологии, используемой примирителями, только замедляют распространение примирительных процедур в России.

³⁷ Например, Положение о сборах и расходах Коллегии посредников по проведению примирительных процедур при ТПП РФ предусматривает взимание: (1) регистрационного сбора в размере 9000 руб.; (2) гонорарного сбора в размере не менее 3000 руб. за один час работы посредника (независимо от конечного результата); (3) административного сбора в размере 40%, начисляемых на сумму гонорарного сбора; (4) дополнительных расходов, которые уплачиваются авансом в согласованном размере, необходимом для проведения соответствующего процедурного действия; (5) издержки сторон оплачиваются сторонами самостоятельно // Третейский суд. 2006. N 3. С. 155 – 156.