

Russian Institute of Modern Arbitration

NEW HORIZONS OF INTERNATIONAL ARBITRATION

ISSUE 5

Academic Editors:

A.V. Asoskov, R.M. Khodykin, A.N. Zhiltsov



**Russian
Arbitration
Center**



Moscow • 2019

UDC (Universal Decimal Classification [УДК]) 341.63
Russian Library-Bibliographical Classification [ББК] 67.412.2
N 69

N 69 **New Horizons of International Arbitration. Issue 5 : Collection of Articles** / Academic Editors : A. V. Asoskov, R. M. Khodykin, A. N. Zhiltsov. – Moscow : Russian Institute of Modern Arbitration, 2019. – 464 p.

ISBN 978-5-6042255-0-9 (hardcover)

This edition of “New Horizons of International Arbitration” collects the articles of the speakers at the “Russian Arbitration Day – 2019” conference held in Moscow on 25 March 2019, one of the most successful arbitration events in Russia (<http://rad.lfacademy.ru>).

This is the fifth collection of articles for that conference. The first four RADs were held in 2013, 2014, 2015 and 2018. The first four collections of articles, “New Horizons of International Arbitration”, were issued in the same years.

Articles in this book were selected through the strict competitive selection process by the moderators of “Russian Arbitration Day – 2019” with application of several criteria (in decreasing order of importance): novelty; depth of analysis; practical significance; and author. These diverse articles represent new approaches to development of practice of and academic studies in international commercial and investment arbitration in Russia and abroad.

This collection is intended for arbitrators and practicing lawyers, judges of the state courts, academics and other researchers, lecturers, postgraduates and students of legal universities and faculties, as well for all those who are interested in international commercial and investment arbitration.

UDC (Universal Decimal Classification [УДК]) 341.63
Russian Library-Bibliographical Classification [ББК] 67.412.2

<http://rad.lfacademy.ru>

ISBN 978-5-6042255-0-9

All rights reserved.

© A.V. Asoskov, R.M. Khodykin, A.N. Zhiltsov 2019
© Russian Institute of Modern Arbitration, 2019

Российский институт современного арбитража

НОВЫЕ ГОРИЗОНТЫ МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА

ВЫПУСК 5

Под научной редакцией

А.В. Асоскова, А.Н. Жильцова, Р.М. Ходыкина



Российский
арбитражный
центр



Москва • 2019

УДК 341.63
ББК 67.412.2
Н69

Н69 Новые горизонты международного арбитража. Выпуск 5 : Сборник статей / Под науч. ред. А. В. Асоскова, А. Н. Жильцова, Р. М. Ходыкина. — Москва : Российский институт современного арбитража, 2019. — 464 с.

ISBN 978-5-6042255-0-9 (в пер.)

Настоящее издание — сборник статей лиц, выступающих на конференции «Российский арбитражный день — 2019» (Москва, 25 марта 2019 г.), одном из самых успешных арбитражных мероприятий в России (<http://rad.lfacademy.ru>).

Это пятый сборник статей выступающих на указанной конференции. Первые четыре РАД состоялись, как известно, в 2013 г., 2014 г., 2015 г. и в 2018 г. В эти же годы были выпущены первые четыре сборника «Новые горизонты международного арбитража».

Статьи в настоящий сборник были отобраны на строгой конкурсной основе модераторами «Российского арбитражного дня — 2019» при помощи следующих критериев (по степени убывания их значимости): новизна; глубина проработки заявки; практическая значимость; автор. Эти разноплановые статьи представляют новые подходы к развитию практики и науки международного коммерческого и инвестиционного арбитража в России и за рубежом.

Книга предназначена для практикующих юристов, ученых, преподавателей, аспирантов и студентов юридических вузов, а также для всех интересующихся международным коммерческим и инвестиционным арбитражем.

УДК 341.63
ББК 67.412.2

<http://rad.lfacademy.ru>

ISBN 978-5-6042255-0-9

Все права защищены.
© А.В. Асосков, А.Н. Жильцов, Р.М. Ходыкин, 2019
© Российский институт современного арбитража, 2019

СОЧЕТАНИЕ АРБИТРАЖА И МЕДИАЦИИ ПРИ РАЗРЕШЕНИИ КОММЕРЧЕСКИХ СПОРОВ (на примере *ARB-MED-ARB*)

С.В. Морозов,
LL.M. (Pepperdine),
юрист практики разрешения споров,
“BEITEN BURKHARDT” (Москва)

Некогда простой и гибкий, арбитраж коммерческих споров становится все более сложным и громоздким. Растут расходы сторон, удлиняется время разбирательств. В конечном счете снижается его популярность среди пользователей. Одним из возможных решений указанной проблемы выступает комбинирование арбитража с другими альтернативными способами разрешения споров. Весьма действенным является сочетание арбитража и медиации, которое уже успело зарекомендовать себя в США, Западной Европе и Юго-Восточной Азии.

*В статье рассмотрены сочетание арбитража и медиации (особое внимание уделено модели *arb-med-arb*), его разновидности, преимущества и недостатки. Проанализированы проблемы, возникающие при комбинировании арбитража и медиации: соблюдается ли принцип надлежащего процесса; остаются ли арбитры беспристрастными при выполнении функций медиатора; возможно ли принудительно исполнить медиативную оговорку. Изучены действующее правовое регулирование сочетания арбитража и медиации в России и перспективы дальнейшего использования данного института, связанные с проходящей в России реформой медиации.*

*Ключевые слова: альтернативное разрешение споров (АРС); арбитраж; медиация; *arb-med-arb*; *med-arb*; медиативное соглашение; арбитражное решение на согласованных условиях; принцип надлежащего процесса; конфликт интересов.*



COMBINATION OF ARBITRATION AND MEDIATION DURING THE RESOLUTION OF COMMERCIAL DISPUTES (based on the example of ARB-MED-ARB)

SERGEY MOROZOV,
LL.M. (Pepperdine),
Associate in the Litigation & Arbitration Practice Group,
BEITEN BURKHARDT (Moscow)

At one point known to be simple and flexible, arbitration of commercial disputes is becoming more and more complex and cumbersome. The expenses of the parties are growing, while the proceedings take longer. In the final analysis, its popularity among users is falling. One of the possible solutions to this problem is the combination of arbitration with other alternative dispute resolution methods. The combination of arbitration and mediation, which already has an exemplary track record in the USA, Western Europe and Southeast Asia, is very effective.

This article considers the combination of arbitration and mediation (particular attention is paid to the arb-med-arb model), its various forms, advantages and disadvantages. It analyzes the problems arising if arbitration and mediation are combined: whether the principle of due process is observed; whether arbitrators remain impartial when exercising the functions of mediator; and whether it is possible to enforce the mediation clause. It studies effective legal regulation of the combination of arbitration and mediation in Russia and the prospects regarding further use of this institution related to the reform of mediation being carried out in Russia.

Keywords: alternative dispute resolution (ADR); arbitration; mediation; arb-med-arb; med-arb; mediated agreement; consent award; due process; conflict of interests.



Discourage litigation. Persuade your neighbors to compromise whenever you can. Point out to them how the nominal winner is often a real loser — in fees, expenses, and waste of time. As a peacemaker the lawyer has a superior opportunity of being a good man. There will still be business enough.
*Abraham Lincoln's Notes for a Law Lecture (1850)*¹

1. Введение

27 марта 2010 г. в отеле «Шангри-Ла» китайского города Сиань ответственный секретарь местного третейского суда Пань и один из арбитров по текущему спору в этом институте Чжоу встретились за ужином с Цзэн, который был знаком с ответчиками по делу. Третейский суд уполномочил Пань и Чжоу донести до сторон предложение урегулировать спор путем медиации, в результате которой ответчики должны были выплатить истцам 250 млн юаней. Пань и Чжоу попросили Цзэн «поработать» (“to work on”) с ответчиками, чтобы они согласились урегулировать спор на этих условиях. Однако медиация не удалась: ответчики, как и истцы, отказались от предложения арбитров. Третейский суд продолжил рассмотрение дела и вынес решение, которое, однако, отличалось от изначально предлагаемых условий.

Так начинался спор по делу *Gao Haiyan v. Keeney Holdings Ltd.*² — один из наиболее ярких и дискуссионных примеров, известных на сегодняшний день, того, как сочетаются арбитраж и медиация при разрешении коммерческих споров. Суд по месту вынесения арбитражного решения отказался его отменять; суд первой инстанции по месту исполнения в Гонконге вначале привел его в исполнение,

¹ «Препятствуй судебным тяжбам. Всегда, когда возможно, убеждай своих соседей приходить к компромиссу. Расскажи им, как зачастую формальный победитель в действительности является проигравшим — в гонораре юристов, расходах и потере времени. Юрист как примиритель имеет исключительную возможность быть хорошим человеком. Все равно еще будет чем заняться» (<http://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/lawlect.htm>).

² *Gao Haiyan v. Keeney Holdings Ltd.*, [2011] HKCFI 240, [2011] 3 HKC 157, HCST 41/2010 (12 April 2011) (доступно в Интернете по адресу: <http://www.hklii.hk/cgi-bin/sinodisp/eng/hk/cases/hkcfi/2011/240.html>); *Gao Haiyan v. Keeney Holdings Ltd.*, [2011] HKCA 459, [2012] 1 HKLRD 627, [2012] 1 HKC 335, CACV 79/2011 (2 December 2011) (доступно в Интернете по адресу: <http://www.hklii.hk/eng/hk/cases/hkca/2011/459.html>).

а затем отказал в нем на основании нарушения публичного порядка в связи с явной предвзятостью арбитров. Суд апелляционной инстанции отменил последний акт и разрешил привести арбитражное решение в исполнение, поскольку заявители утратили право на возражение в связи с тем, что сразу не отреагировали на указываемое ими нарушение.

Даже если не брать во внимание особенности мирного урегулирования спора в Китае, при упоминании данного института и возможности одного лица одновременно выступать в качестве арбитра и медиатора по одному и тому же спору у неподготовленного российского читателя инстинктивно возникает негативная реакция. Подсознательно он чувствует, что здесь что-то нечисто, и весьма настороженно относится к этому нововведению.

Несмотря на неоднозначность данного института, нельзя отрицать усиливающийся интерес к нему со стороны пользователей альтернативных способов разрешения споров в основных очагах его развития: США, Западной Европе и Юго-Восточной Азии. Во многом такой интерес обусловлен продолжающейся дискуссией о «несбывшихся мечтах» международного арбитража и «паранойе надлежащего процесса»: арбитражные разбирательства становятся все более зарегулированными, процедура «утяжеляется» и загромождается тактическими уловками представителей сторон. Расходы на их проведение не снижаются, а, наоборот, раздуваются с огромной скоростью. Попытки привнести в арбитраж менее формализованную медиацию в связи с этим выступают логичным движением к истокам альтернативного разрешения споров, которое изначально возникло как реакция на дорогой, долгий и неэффективный процесс в государственных судах.

Родственники по происхождению, медиация и арбитраж в ходе своего развития, конечно, стали значительно отличаться друг от друга. Дух компромисса, учета интересов, а не позиций, желание сохранить отношения, с одной стороны, и дух состязательности, процессуального противостояния, соперничества, с другой стороны, помощь сторонам от медиатора в поиске согласия и вынесение обязательного для них решения арбитром, направленность в будущее и направленность в прошлое — эти и многие другие аспекты отдаляют медиацию и арбитраж друг от друга.

Однако это не означает, что их союз невозможен. Преимущества одного института могут весьма успешно восполнять упущения другого. Так, несмотря на дискуссионность данного вопроса, медиации все же

недостает принудительной исполнимости конечного результата — медиативного соглашения, особенно за рубежом¹. Арбитражное решение на согласованных условиях весьма успешно справляется с этой задачей. Продолжительные, дорогие и сложные арбитражные разбирательства могут выиграть в плане эффективности, если вместо стандартных представления доказательств, состязательных документов и устных слушаний попытаться использовать весь тот арсенал медиативных техник, срок успешного применения которых исчисляется десятилетиями. Что особо привлекательно, так это легкость, гибкость и почти ничем не ограниченная возможность комбинировать указанные способы разрешения споров.

Несомненно, внедрение внешних элементов может нарушить органичную целостность арбитража и повысить риски возникновения главной опасности, которая может свести на нет все усилия по выработке эффективного процесса, — потенциальной неисполнимости арбитражного решения. Тем не менее при строгом соблюдении краеугольного принципа частного права — автономии воли сторон — данные опасения могут быть сведены к максимально низкому, приемлемому уровню.

Актуальность данного института для отечественного правопорядка обусловлена двумя проходящими в России правовыми реформами: 1) завершающейся реформой арбитража (ее основная стадия уже по большей части пройдена; участники гражданских правоотношений, арбитражные учреждения, арбитры и иные причастные к арбитражу лица начинают работать в новых условиях) и 2) начавшейся в конце 2017 г. реформой медиации (соответствующий законопроект № 421600-7 принят в первом чтении Государственной Думой Российской Федерации²).

Реформирование медиации можно с большой долей уверенности назвать ее реанимацией. Принятый 27 июля 2010 г. Федеральный закон № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» (далее — Федеральный закон о медиации) не повлек за собой роста дел, разрешенных в рамках медиации. По данным ВС РФ, с 2011 г. по 2017 г. в рамках процедуры медиации было урегулировано лишь 0,008% дел в судах общей юрис-

¹ Подробное изучение обширной проблемы принудительного исполнения медиативных соглашений остается за рамками настоящей статьи.

² <http://sozd.duma.gov.ru/bill/421600-7>

дикции и 0,002% дел в арбитражных судах¹. «Адвокатская газета» ФПА России приводит статистику, согласно которой в 2017 г. из 19 млн дел, рассмотренных в первой инстанции (суды общей юрисдикции и арбитражные суды), менее 1 500 дел были разрешены путем медиации². Участники рынка медиации отмечают, что многие споры разрешаются с привлечением медиаторов вообще без какого-либо обращения в суд и поэтому не отражаются в общей статистике³, однако представляется, что и с учетом этого допущения роль медиации в России сейчас крайне невелика.

Целью настоящей статьи является ознакомление русскоязычных специалистов в сфере разрешения споров с особенностями сочетания арбитража и медиации. Упор будет сделан не на психологические приемы, используемые медиаторами, а именно на правовую оценку сочетания медиации и арбитража в целом и формы *arb-med-arb* в частности с позиции международно-правового регулирования, национального законодательства и принципов «мягкого» права. Эффективность использования рассматриваемых процедур будет критически оценена в разрезе реальной исполнимости достигнутых договоренностей или принятых арбитражных решений — того, что больше всего интересует пользователей альтернативного разрешения споров.

2. Что такое сочетание арбитража и медиации? В каких формах оно возможно?

Сочетание арбитража и медиации означает совместное использование процедуры медиации и арбитража в различных комбинациях в качестве способа разрешения коммерческих споров. Приведенная в за-

¹ Пояснительная записка к проекту федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием примирительных процедур» (<http://sozd.duma.gov.ru/download/9B525A7F-226F-46B4-A573-F23CF1410556>).

² *Трезубов Е.* ВС совершенствует медиацию (23 мая 2018 г.) (<https://www.advgazeta.ru/mneniya/vs-sovshenstvuet-mediatsiyu/>).

³ Информационный дефицит является общей проблемой подобных исследований. Конфиденциальные по своей сути медиативные сессии и коммерческие арбитражные разбирательства если и оставляют следы в публичном информационном пространстве, то только при каких-либо нарушениях и дальнейшем обращении сторон в государственные суды за защитой или содействием. Компенсируется это отрывистыми воспоминаниями реальных участников медиации и арбитража, выраженными в доктрине, и эмпирическими исследованиями в форме опросов, «полевых экспериментов» и т.п.

головке настоящей статьи комбинация *arb-med-arb* является не единственно возможной, но, пожалуй, одной из наиболее популярных. Вместе с тем стоит отметить дискуссионность терминов, используемых в доктрине при анализе сочетания арбитража и медиации¹.

Необходимо отличать простое последовательное использование указанных способов разрешения споров, органически не связанных при этом друг с другом (проведение безуспешной медиации и затем отдельного арбитражного разбирательства, никак не связанного с предшествующей процедурой), от подлинного их сочетания, когда 1) они совместно используются в рамках единого процесса, 2) между соответствующими стадиями имеется определенная преемственность в передаче информации по спору, а 3) ключевые особенности и преимущества каждого способа дополняют и развивают последующую стадию для более эффективного разрешения спора.

Существует большое количество разнообразных форм, в которых могут сочетаться медиация и арбитраж. К основным критериям, используемым для классификации таких сочетаний, относятся следующие:

1) персональный критерий: одно и то же или различные лица выполняют функции третьего нейтрального лица (медиатора и арбитра). В зависимости от этого состав лиц на стороне медиатора и арбитра может совпадать, совпадать частично (когда медиатором является один из членов третейского суда) либо полностью не совпадать (когда для проведения медиации привлекается отдельный медиатор);

2) последовательность проведения: поэтапное либо параллельное проведение арбитража и медиации, наличие двух, трех или более стадий разрешения спора, количество попыток разрешить спор в рамках процедуры медиации;

3) наличие отдельных встреч (так называемых *caucuses*) медиатора со сторонами, а также некоторые другие.

Далее мы кратко рассмотрим основные комбинации арбитража и медиации.

2.1. *Arb-med-arb*

В ходе процедуры *arb-med-arb* стороны прибегают к медиации в рамках уже начатого арбитражного разбирательства. Стороны начинают процесс так же, как обычный арбитраж, и, как правило, после

¹ *Nigmatullina D. Combining Mediation and Arbitration in International Commercial Dispute Resolution. Routledge, 2019. P. 15.*

обмена состязательными документами обращаются к медиатору для содействия им в разрешении спора. На время медиации арбитражное разбирательство приостанавливается. Процедура медиации может быть применена как один раз¹, так и несколько². При успешной медиации стороны и арбитры могут (но не обязаны) оформить достигнутое соглашение в виде арбитражного решения на согласованных условиях. Если стороны не смогли урегулировать спор в рамках процедуры медиации, арбитраж продолжается, и арбитр выносит решение. Таким образом, стороны могут пройти как два этапа (арбитраж и медиацию) и на этом завершить спор, так и все три этапа до завершающей стадии арбитража для утверждения арбитражного решения на согласованных условиях либо вынесения обычного арбитражного решения при недостижении согласия в медиации.

В зависимости от организации процесса и наличия соглашения сторон по этому поводу арбитр и медиатор могут быть как одним и тем же лицом, так и различными лицами³. Согласно исследованию, проведенному Д. Нигматуллиной, комбинация *arb-med-arb* с различными третьими нейтральными лицами является наиболее популярной, судя по ответам респондентов, участвовавших в опросе⁴.

2.2. *Med-arb*

Med-arb представляет собой двухэтапный процесс разрешения спора, в котором после проведения процедуры медиации стороны участвуют в арбитражном разбирательстве для разрешения открытых вопросов, по которым в ходе медиации не было достигнуто согласие, либо для утверждения медиативного соглашения в виде арбитражного решения на согласованных условиях.

Существует дискуссия по поводу того, могут ли последовательно проведенные медиация и арбитраж, в которых личности медиатора и арбитра не совпадают, рассматриваться в качестве *med-arb*, либо это представляет собой несвязанную совокупность отдельных способов

¹ Например, согласно совместному Протоколу *Arb-Med-Arb* Сингапурского международного арбитражного центра (Singapore International Arbitration Centre (далее – *SIAC*)) и Сингапурского международного медиативного центра (Singapore International Mediation Centre (далее – *SIMC*)) (см.: *SIAC-SIMC Arb-Med-Arb Protocol* (<http://simc.com.sg/dispute-resolution/arb-med-arb/>)).

² *Nigmatullina D.* Op. cit. P. 24.

³ *Ibid.* P. 25.

⁴ *Ibid.* P. 114.

разрешения споров¹. Тем не менее представляется более обоснованной позиция, согласно которой возможно выделять в качестве *med-arb* сочетание медиации и арбитража как с одним третьим нейтральным лицом, так и с различными медиатором и арбитром².

2.3. *Arb-med*

При разрешении споров путем *arb-med* вначале стороны участвуют в арбитраже, по результатам которого арбитр готовит решение, но не объявляет его сторонам (как правило, решение запечатывается в конверт и держится в секрете до завершения процесса). После этого тот же арбитр либо иное лицо проводят процедуру медиации между сторонами. Если стороны заключают соглашение в рамках данной процедуры, арбитражное решение не оглашается сторонам. Если же попытка медиации оказывается безуспешной, конверт вскрывается, и решение считается вынесенным, как при обычном арбитраже³.

В качестве отдельных вариаций *arb-med* упоминается ситуация, когда медиация проводится в ходе арбитража, как правило, перед вынесением арбитром решения. При этом даже в случае успешной медиации стороны зачастую оформляют достигнутое соглашение в виде арбитражного решения на согласованных условиях⁴.

2.4. *MEDALOA*

Данная комбинация означает «медиация и арбитраж последних предложений» (“mediation and last offer arbitration”)⁵. Если процедура медиации безуспешна, стороны направляют третьему нейтральному лицу свои последние предложения относительно того, как, по их мнению, будет справедливо разрешить спор. Такое лицо выбирает одно

¹ *Stipanowich T.J., Ulrich Z.P.* Commercial Arbitration and Settlement: Empirical Insights into the Roles Arbitrators Play // *Yearbook on Arbitration and Mediation*. 2014. Vol. 6. P. 10 (доступно в Интернете по адресу: <https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1054&context=arbitrationlawreview>); *Kagel S., Roth B.J.* MED-ARB (Mediation-Arbitration) // *Alternative Dispute Resolution Practice Guide*. Thomson Reuters, 2014. § 37:8; *Bartel B.C.* Med-Arb as a Distinct Method of Dispute Resolution: History, Analysis, and Potential // *Willamette Law Review*. 1991. Vol. 27. No. 3. P. 681 (fn. 103).

² *Nigmatullina D.* Op. cit. P. 21.

³ *Ibid.* P. 23, 153–156.

⁴ *Ibid.* P. 23–24.

⁵ *Coulson R.* MEDALOA: A Practical Technique for Resolving International Business Disputes // *Journal of International Arbitration*. 1994. Vol. 11. Issue 2. P. 111; см. также: *Nigmatullina D.* Op. cit. P. 26, 149–152.

из них, которое будет иметь для сторон обязательную силу. В связи с этим направляемые предложения должны быть по меньшей мере разумными, поскольку при их явной необоснованности уменьшаются шансы на выбор со стороны третьего нейтрального лица¹.

В качестве вариаций *MEDALOA* предлагаются комбинации с участием одного либо различных третьих нейтральных лиц, а также проведение нескольких раундов обмена предложениями, что повышает эффективность попыток медиатора привести стороны к согласию в промежутке между такими раундами².

2.5. Co-med-arb

Co-med-arb является способом разрешения споров, при котором арбитр посещает совместные встречи сторон с медиатором, но не участвует в отдельных встречах. Личности медиатора и арбитра не совпадают. Стороны обмениваются информацией по спору на общих встречах при медиаторе и арбитраже, затем медиатор проводит процедуру медиации (с применением отдельных встреч) без привлечения арбитра. Если медиативное соглашение не заключается, спор передается на рассмотрение арбитра. Преимуществом данной комбинации является экономия времени, поскольку арбитр не тратит его на ознакомление с обстоятельствами дела и позициями сторон при переходе к арбитражу. Даже при неудачной попытке медиации медиатор может в дальнейшем эпизодически выполнять отдельные функции по обсуждению вопросов, которые встают в арбитраже³.

2.6. Shadow mediation

В так называемой «закулисной» медиации (*shadow mediation*) арбитр и медиатор также являются различными лицами. Медиатор участвует во всех арбитражных слушаниях, получает доступ к состязательным документам сторон и в благоприятные отрезки времени может предложить сторонам провести медиацию (например, в день перед или после устных слушаний). Положительным моментом является полная осведомленность медиатора о правовых позициях сторон, заявленных в ходе арбитража. Имеются примеры успешного использования «закулисной» медиации в Американской арбитражной ассоциации (*American*

¹ *Nigmatullina D.* Op. cit. P. 152.

² *Ibid.* P. 26.

³ *Ibid.* P. 26–27, 137.

Arbitration Association (далее – ААА)), когда в споре из договора строительного подряда и субподрядных отношений на сумму 9 млн долл. США заключение медиативного соглашения помогло сторонам сэкономить порядка 500–700 тыс. долл. США арбитражных расходов¹.

В зависимости от выбранной комбинации порядок взаимодействия сторон и третьих нейтральных лиц будет отличаться. Соответствующим образом будет изменяться и набор тех преимуществ и недостатков по сравнению с независимой медиацией или арбитражем, которые возникают при применении конкретной комбинации. Далее мы рассмотрим основные точки зрения исследователей сочетания арбитража и медиации по поводу данных преимуществ и недостатков.

3. Преимущества и недостатки сочетания арбитража и медиации

Одной из главных причин, почему на практике арбитраж сочетают с медиацией, стоит считать попытки пользователей альтернативных способов разрешения споров уйти от отрицательных моментов отдельного использования только медиации или только арбитража либо их несвязанной совокупности и в то же время выгодно использовать преимущества, которые влечет за собой их сочетание². Между тем такое сочетание не является панацеей от всех проблем, возникающих при альтернативном разрешении споров, и, напротив, может иногда создавать дополнительные трудности.

Примечательно, что сочетание арбитража и медиации оценивается различными исследователями по одним и тем же критериям с диаметрально противоположных позиций.

3.1. Эффективность / временные затраты

Отдельные авторы в качестве главного преимущества сочетания арбитража и медиации как комбинированного способа разрешения споров называют эффективность с точки зрения временных затрат на достижение конечного результата³. Проведенные исследования

¹ *Nigmatullina D.* Op. cit. P. 136–137.

² *Benzidi S.* Med-Arb: How to Mitigate the Risk of Setting Aside or Refusal of Recognition and Enforcement of a Med-Arb Award // *American Journal of Mediation*. 2017. Vol. 10. P. 7 (<http://www.americanjournalofmediation.com/pg15.cfm>).

³ *Nigmatullina D.* Op. cit. P. 32 ff.; *Ягельницкий А.А., Петроль О.Д.* Последствия несоблюдения доарбитражных примирительных процедур для арбитражного разбирательства:

(“Global Pound Conference Series 2016–17”¹ и опрос Д. Нигматуллиной²) подтверждают, что респонденты рассматривают сочетание арбитража и медиации в качестве наиболее эффективного способа разрешения споров.

Сказанное верно в большей степени при сравнении *arb-med-arb* с арбитражем как самостоятельной формой разрешения споров. При содействии медиатора стороны могут более эффективно определить круг спорных вопросов и урегулировать разногласия без проведения многочисленных раундов обмена состязательными документами и заслушивания свидетелей. Однако если они не заключают медиативное соглашение, то временные затраты на медиацию могут оказаться напрасными.

Между тем эффективность *arb-med-arb* по сравнению с отдельно проводимой процедурой медиации представляется спорной, даже если спор при использовании *arb-med-arb* разрешается в медиации, поскольку сторонам требуется больше времени для организационного оформления начала арбитража и последующего перехода к медиации, а также потенциального последующего обращения к арбитру для утверждения арбитражного решения на согласованных условиях.

Приводятся аргументы о том, что возможность проведения арбитража после медиации будет стимулировать стороны договориться быстрее, чем при самостоятельной медиации, поскольку они будут бояться потерять контроль над процессом разрешения спора, предвидя возможность вынесения третьим лицом обязательного для них решения³. Примечательно, что некоторые авторы рассматривают данное давление в каче-

некоторые проблемы // Вестник международного коммерческого арбитража. 2010. № 2(2). С. 114.

¹ Global Data Trends and Regional Differences (2018) (<https://www.globalpound.org/download/397/gpc-series-final-report/9775/gpc-series-global-data-trends-and-regional-differences.pdf>). P. 13; Cumulated Data Results (March 2016 – September 2017) (2017) (<https://www.globalpound.org/gpc-series-data/#397-gpc-series-final-report>). P. 36.

² *Nigmatullina D.* Op. cit. P. 112, 114.

³ Эксперимент, проведенный Н.Б. МакДжилликадди, Г.Л. Уэлтоном и Д.Г. Приюитом, подтверждает, что стороны более склонны урегулировать спор в рамках процедуры *med-arb* с одним и тем же лицом, выступающим медиатором и арбитром, чем при самостоятельной медиации или при участии различных третьих нейтральных лиц (см.: *McGillicuddy N.B., Welton G.L., Pruitt D.G.* Third-party Intervention: A Field Experiment Comparing Three Different Models // *Journal of Personality and Social Psychology*. 1987. Vol. 53. No. 1. P. 104; см. также: *Shonk K.* What is Med-Arb? The Pros and Cons of Med-Arb, a Little-Known Alternative Dispute Resolution Process (23 January 2017) (<https://www.pon.harvard.edu/daily/mediation/what-is-med-arb/>)).

стве недостатка сочетания арбитража и медиации, поскольку оно идет вразрез с принципами проведения последней, открывает возможность для третьего нейтрального лица злоупотреблять своим положением в ходе медиативной сессии и снижает степень удовлетворенности сторон от конечного результата разрешения спора, а также их готовность добровольно исполнять медиативное соглашение¹.

3.2. Стоимость разрешения спора

Аналогичные противоречия имеются и в отношении стоимости разрешения спора при сочетании медиации и арбитража². Респонденты опроса Д. Нигматуллиной отмечают, что более низкие расходы по сравнению с арбитражем являются преимуществом сочетания арбитража и медиации³. Представляется, что сказанное верно только для тех случаев, когда стороны заключают медиативное соглашение (как в указанном выше строительном споре, рассмотренном в ААА, когда благодаря проведенной за четыре дня медиации было сэкономлено порядка 500–700 тыс. долл. США арбитражных расходов⁴).

Автором не было обнаружено какого-либо подтверждения того, что стороны несут меньшие расходы на арбитраж, если они не смогли прийти к согласию в рамках медиации при использовании процедуры *arb-med-arb*. Хотя в отдельных случаях арбитр, ранее выполнявший функции медиатора, может быть более осведомленным относительно позиций сторон и обстоятельств дела и затратить на арбитражное разбирательство и вынесение решения меньше времени⁵, это автоматически не означает снижение арбитражных сборов.

Представляется, что расходы на *arb-med-arb* будут выше, чем на самостоятельную медиацию. К примеру, при совместном использовании арбитража и медиации в *SIAC* и *SIMC* отдельно уплачиваются сборы

¹ Kaufmann-Kohler G. When Arbitrators Facilitate Settlement: Towards a Transnational Standard: Clayton Utz / University of Sidney International Arbitration Lecture // Arbitration International. 2009. Vol. 25. Issue 2. P. 187–206 <https://doi.org/10.1093/arbitration/25.2.187>; Blankenship J. T. Developing Your ADR Attitude: Med-Arb, a Template for Adaptive ADR // Tennessee Bar Journal. 2006. Vol. 42. No. 11. P. 34; Bartel B. C. Op. cit. P. 679; Ury W.L., Brett J.M., Goldberg St.B. Getting Disputes Resolved: Designing Systems to Cut the Costs of Conflict. Jossey-Bass Pub., 1988. P. 57.

² Nigmatullina D. Op. cit. P. 32 ff.; Ягельницкий А.А., Петроль О.Д. Указ. соч. С. 114.

³ Nigmatullina D. Op. cit. P. 112, 115.

⁴ Ibid. P. 136–137.

⁵ Shonk K. Op. cit.; Nigmatullina D. Op. cit. P. 137.

на арбитраж и на медиацию¹. Однако при сравнении с совокупностью не связанных между собой процедур арбитража и медиации *arb-med-arb* как единый процесс представляется более экономным способом разрешения спора.

Несомненно, конечная стоимость разрешения спора зависит от выбранной формы сочетания арбитража и медиации и от того, одно или разные лица выполняют функции медиатора и арбитра (в последнем случае расходы могут быть выше²).

3.3. Возможность принудительного исполнения медиативного соглашения

Одними из главных стимулов активного сочетания медиации и арбитража считаются возможность принудительно исполнить медиативное соглашение и окончательность разрешения спора³. При этом некоторые медиаторы отмечают изначальную ошибочность постановки такой проблемы, как потребность в принудительной исполнимости достигнутого медиативного соглашения⁴.

Принудительная сила медиативного соглашения обеспечивается путем его утверждения в качестве арбитражного решения на согласованных условиях, которое может быть исполнено на основании Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.) (далее — Нью-Йоркская конвенция).

¹ SIAC-SIMC Arb-Med-Arb Protocol, para. 12.

² *Nigmatullina D.* Op. cit. P. 131.

³ *Blankenship J. T.* Op. cit. P. 34–35; *Brewer Th. J., Mills L. R.* Combining Mediation and Arbitration // *Dispute Resolution Journal*. 1999. Vol. 54. No. 4. P. 34. Исследование Д. Нигматуллиной опровергает эту точку зрения (см.: *Nigmatullina D.* Op. cit. P. 41, 112).

⁴ *Pappas B. A.* Med-Arb and the Legalization of Alternative Dispute Resolution // *Harvard Negotiation Law Review*. 2015. Vol. 20. P. 169–171 (доступно в Интернете по адресу: http://www.hnlr.org/wp-content/uploads/HNR104_crop.pdf). Аналогичная точка зрения была высказана практикующими медиаторами на международной конференции «Практика медиации в России и Германии», организованной Ю. В. Ширяевой, В. В. Чубаровым и проф. В. Бергманном 23 ноября 2018 г. в ТПП РФ. По мнению медиаторов, если стороны добровольно не исполняют медиативное соглашение и для защиты своих интересов обращаются за его принудительным исполнением, это свидетельствует в первую очередь о невыполнении медиатором своих задач по примирению сторон. См.: В Торгово-промышленной палате Российской Федерации состоялась международная конференция «Практика медиации в России и Германии» (<http://mediation.tpprf.ru/ru/news/v-torgovo-promyshlennoy-palate-rossiyskoy-federatsii-proshla-mezhdunarodnaya-konferentsiya-praktika--i279153/>).

В связи с этим стоит отметить завершившуюся работу по подготовке Конвенции ООН о международных мировых соглашениях, достигнутых в результате медиации¹, и Типового закона ЮНСИТРАЛ 2018 г. о международной коммерческой медиации и международных мировых соглашениях, достигнутых в результате медиации (Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре 2002 г. с изменениями)². По мнению разработчиков, указанные документы предоставят возможность непосредственного исполнения международных медиативных соглашений за рубежом и избавят участников спора от необходимости утверждать их в арбитраже³.

К иным преимуществам и недостаткам сочетания арбитража и медиации, связанным при этом с одними и теми же аспектами разбирательства, можно отнести высокое качество разрешения спора и более сдержанное поведение медиатора, гибкость процедуры и возможность использования медиации для недобросовестного затягивания разбирательства, более открытое или закрытое поведение сторон, а также многие другие⁴.

4. Проблемы, связанные с сочетанием арбитража и медиации

Далее мы рассмотрим наиболее острые, на наш взгляд, проблемы, возникающие при использовании *arb-med-arb* и других форм сочетания арбитража и медиации при разрешении коммерческих споров:

¹ https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/annex_i_-_r.pdf

² https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/annex_ii_-_r.pdf

³ См. подробнее: *Гайдаенко Шер Н.И.* Примирительные и согласительные процедуры: сложности перевода, или На пути к единому понятийному аппарату // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2018. № 3. С. 139–144 (доступно в Интернете по адресу: <https://cyberleninka.ru/article/n/primiritelnye-i-soglasitelnye-protsedury-slozhnosti-perevoda-ili-na-puti-k-edinomu-ponyatiynomu-apparatu.pdf>); *Шапошникова О.С.* Международный инвестиционный арбитраж и право государств осуществлять правовое регулирование // В.А. Кабатов, С.Н. Лебедев: *In Memoriam*. Сборник воспоминаний, статей, иных материалов / Науч. ред.: А.И. Муранов; Сост.: А.И. Муранов; Ред.: П.Д. Савкин; Отв. секретарь: Ю.А. Шабалина; Каф. межд. частн. и гражд. права им. С.Н. Лебедева МГИМО МИД России; МАК при ТПП РФ; МКАС при ТПП РФ. 2-е изд., доп. М.: Статут, 2017. С. 860–861; *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.: ИЗиСП; ИНФРА-М, 2016 (СПС «КонсультантПлюс»).

⁴ *Nigmatullina D.* Op. cit. P. 42–51.

возможное нарушение принципов процессуального равноправия сторон и надлежащего процесса (*due process*), угрозы беспристрастности арбитров, а также обращение в арбитраж в нарушение многоуровневой (*multi-tier*) оговорки о разрешении спора, предусматривающей первоначальное проведение медиации.

Очевидно, что данные вопросы возникают, если проигравшая сторона добровольно не исполняет свои обязанности по медиативному соглашению и (или) по арбитражному решению и появляется необходимость в их принудительном исполнении. При этом названные проблемы интересны не сами по себе, а как возможные препятствия для признания и приведения в исполнение потенциального арбитражного решения либо как основания для его отмены¹.

4.1. Если арбитр одновременно выступал медиатором в *arb-med-arb* и проводил отдельные встречи (*caucuses*) со сторонами, может ли это автоматически рассматриваться в качестве нарушения принципа надлежащего процесса (*due process*) и основания для отмены / отказа в приведении в исполнение арбитражного решения?

Как следует из заголовка настоящего пункта, проблема соблюдения принципа надлежащего процесса проявляется особенно ярко при наличии следующих условий:

1) одно и то же третье нейтральное лицо выполняет функции и медиатора, и арбитра (на нарушение принципа надлежащего процесса в данном случае особо обращают внимание противники сочетания арбитража и медиации при одном третьем нейтральном лице²);

2) используется процедура *arb-med-arb* (как представляется, при процедуре *med-arb* вероятность возникновения проблемы надлежащего процесса ниже³);

¹ О необходимости проверки применяемых способов разрешения споров, когда третейский суд содействует сторонам в мирном урегулировании спора, именно с точки зрения исполнимости будущего арбитражного решения упоминается и в Приложении IV к Арбитражному регламенту Международной торговой палаты (МТП) (см.: *Arbitration Rules* (in force as from 1 March 2017). *Mediation Rules* (in force as from 1 January 2014) (ICC Publication 880-3 ENG). ICC Pub., 2016. Appendix IV – Case Management Techniques. P. 63 (доступно в Интернете по адресу: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/01/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-english-version.pdf>)).

² *Nigmatullina D.* Op. cit. P. 29.

³ В обоснование этого тезиса Д. Нигматуллина (см.: *Nigmatullina D.* Op. cit. P. 196) приводит фрагмент интервью с одним из участников ее исследования, который практи-

3) медиатор проводит отдельные встречи (caucuses) со сторонами, в ходе которых каждая из них сообщает медиатору конфиденциальную информацию, которую она не желает раскрывать оппоненту, а также «выпускает пар» после особенно жарких совместных встреч с другой стороной и медиатором; если стороны заходят в тупик и не могут договориться (impasse), медиатор в ходе отдельных встреч пытается выяснить истинную причину этого и возможность для стороны продолжить процедуру медиации, уступив в каком-либо вопросе.

Суть принципа надлежащего процесса как основы состязательного производства в коммерческом арбитраже в данном случае заключается в том, что сторонам должны быть предоставлены разумные и равные возможности для представления своей позиции (a reasonable and equal opportunity to be heard and present its case)¹. Помимо «надлежащего процесса» (“due process”²), встречаются следующие названия указанного принципа: «естественная справедливость» (“natural justice”³), «процессуальная справедливость» (“procedural fairness”⁴), «честные слушания» (“fair hearings”⁵).

кует в США. Согласно его опыту, если совмещенная процедура начиналась с медиации (med-arb), то он проводил отдельные встречи со сторонами, поскольку сами по себе такие встречи в медиации в условиях, когда дополнительно неизвестно о том, состоится ли арбитраж, не вызывают озабоченности по поводу соблюдения принципа надлежащего процесса. В случае с *arb-med-arb* лицо выступает медиатором уже после назначения его арбитром, так что указанный респондент при обращении к данной процедуре всегда воздерживался от проведения отдельных встреч и проводил исключительно совместные встречи.

¹ ALI / UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure // Uniform Law Review / Revue de droit uniforme. 2004. Issue 4. P. 764 (доступно в Интернете по адресу: <https://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf>); *Born G.B.* International Commercial Arbitration. 2nd ed. Kluwer Law International, 2014. P. 2163 ff., 2175, 3222 ff.; *Partasides C.* Rediscovering the Lost Promise of International Arbitration // Новые горизонты международного арбитража. Вып. 4: Сб. ст. / Под ред. А.В. Асоскова, А.И. Муранова, Р.М. Ходыкина. М.: Ассоциация исследователей международного частного и сравнительного права, 2018. С. 57; см. также: *Kurkela M., Turunen S.* Due Process in International Commercial Arbitration. 2nd ed. Oxford University Press, 2010.

² *Nigmatullina D.* Op. cit. P. 56; *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Redfern and Hunter on International Arbitration. 6th ed. Oxford University Press, 2015. P. 627.

³ *Nigmatullina D.* Op. cit. P. 187 (fn. 110); *London Underground Ltd. v. Citylink Telecomms. Ltd.*, [2007] EWHC 1749, para. 37 (TCC).

⁴ *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 627.

⁵ *Ibid.* P. 587–588, 627.

Какое право применимо к оценке того, был ли соблюден данный принцип? Встречается точка зрения о существовании универсальных транснациональных стандартов процессуальной справедливости и равенства (*uniform international standard of procedural fairness and equality*)¹. Однако на практике оценка соблюдения принципа надлежащего процесса также должна быть проведена с применением права страны, в которой было вынесено решение (поскольку его нарушение может повлечь отмену решения), а также права страны, где решение будет приводиться в исполнение². Основой для национальных правопорядков в данном вопросе может являться ст. 18 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 г. (далее – Типовой закон 1985 г.), которая гласит, что «[с]торонам обеспечивается равное отношение, и каждой стороне должны быть предоставлены все возможности для изложения своей позиции», а также п. 3 ст. 24 Типового закона 1985 г., имеющий особое значение для отдельных встреч с медиатором: «Все заявления, документы или другая информация, представляемые одной из сторон арбитражному суду, должны быть доведены до сведения другой стороны. <...>»³. Аналогичный принцип справедливого разбирательства закреплен и в п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (Рим, 4 ноября 1950 г.)⁴.

¹ *Born G.B.* Op. cit. P. 2157–2158, 2167, 3228.

² Ibid. P. 3226; *Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Societe Generale de L'Industrie du Papier (RAKTA)*, 508 F.2d 969, 975 (2d Cir. 1974); *Marriott A.L.* Arbitrators and Settlement // *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond* (= International Council for Commercial Arbitration Congress Series No. 12) / A.J. van den Berg (ed.). Kluwer Law International, 2005. P. 545; *Schneider M.E.* Combining Arbitration with Conciliation // *International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture* (= International Council for Commercial Arbitration Congress Series No. 8) / A.J. van den Berg (ed.). Kluwer Law International, 1998. P. 96 (доступно в Интернете по адресу: https://www.law-live.com/wp-content/uploads/2017/07/mes_combining_arbitration_with_conciliation.pdf); *Nigmatullina D.* Op. cit. P. 198.

³ К примеру, указанный принцип закреплен в ст. 18, ч. 3 ст. 27 Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (далее – Федеральный закон об арбитраже), ст. 18, п. 3 ст. 24 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее – Закон о МКА). Среди стран, чье арбитражное законодательство не основано на Типовом законе 1985 г., см. ст. 33(1)(a) английского Закона об арбитраже (Arbitration Act) 1996 г. (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/33>).

⁴ *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 589; *Born G.B.* Op. cit. P. 2167.

Нарушение принципа надлежащего процесса должно быть существенным¹. Примерами таких нарушений могут быть ситуации, когда в основу арбитражного решения были положены аргументы, которые не обсуждались сторонами и третейским судом в ходе арбитражного разбирательства и на которые проигравшая сторона не могла ответить².

Последствием нарушения принципа надлежащего процесса могут быть отмена арбитражного решения³ или отказ в его принудительном исполнении⁴ на основании того, что сторона не могла представить свои аргументы / объяснения.

По мнению исследователей сочетания арбитража и медиации⁵, принцип надлежащего процесса может быть нарушен при проведении раздельных встреч со сторонами, поскольку:

1) арбитр будет принимать решение на основании информации, которая не содержится в материалах дела;

2) арбитр будет принимать решение на основании информации, поступившей только от одной стороны в ходе раздельных встреч, и другая сторона будет лишена возможности представить возражения на такую информацию.

В качестве рекомендательных мер для снижения риска отмены арбитражного решения либо отказа в его признании и приведении в исполнение, когда медиатор после проведения раздельных встреч со сторонами становится арбитром, предлагается:

1) получать от сторон письменное согласие и отказ от права заявлять возражения в связи с нарушением принципа надлежащего процесса;

2) не проводить раздельные встречи со сторонами;

3) проводить раздельные встречи, но раскрывать обеим сторонам всю информацию, озвученную в ходе раздельных встреч;

¹ *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 628; *Born G.B.* Op. cit. P. 2166, 3255.

² *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 588, 628.

³ Подпункт (а)(ii) п. 2 ст. 34 Типового закона 1985 г., абзац третий подп. 1 п. 2 ст. 34 Закона о МКА, п. 5 ч. 3 ст. 233 АПК РФ.

⁴ Подпункт б) п. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции, подп. (а)(ii) п. 1 ст. 36 Типового закона 1985 г., абзац четвертый подп. 1 п. 1 ст. 36 Закона о МКА, п. 3 ч. 3 ст. 239 АПК РФ.

⁵ *Nigmatullina D.* Op. cit. P. 56; *Давыденко Д.Л.* Соотношение международного коммерческого арбитража с другими альтернативными способами разрешения международных коммерческих споров // Вестник международного коммерческого арбитража. 2013. № 1(7). С. 38.

4) проводить отдельные встречи, но не принимать во внимание информацию, раскрытую в ходе отдельных встреч, при вынесении арбитражного решения;

5) выбирать в качестве арбитра и медиатора различных лиц.

Между тем представляется, что опасения по поводу нарушения принципа надлежащего процесса в связи с проведением отдельных встреч могут быть преждевременными и не вполне обоснованными.

Во-первых, автору не удалось обнаружить каких-либо реальных примеров негативного отношения государственных судов к арбитражным решениям по причине нарушения принципа надлежащего процесса в рамках рассматриваемой проблемы (что, несомненно, полностью не исключает наличие таких негативных судебных актов).

Во-вторых, принцип равных процессуальных возможностей сторон в подобных случаях соблюдается, поскольку по общему правилу отдельные встречи проводятся поочередно с обеими сторонами, а не только с одной стороной. Соответственно, у обеих сторон имеется возможность представить информацию арбитра в ходе отдельных встреч.

И наконец, как сторонам, использующим процедуры *arb-med-arb* или *med-arb* (для согласования которых уже требуется известная доля искусственности в альтернативных способах разрешения споров), так и участвующим в них арбитрам и медиаторам наверняка известны приведенные выше аргументы и опасения. Как было указано ранее, проблема нарушения принципа надлежащего процесса с большей степенью вероятности может возникнуть при недостижении сторонами согласия в ходе медиации. Соответственно, для арбитражного разбирательства останется ряд спорных, не закрытых в медиации вопросов, в отношении которых и будет, скорее всего, приниматься арбитражное решение. Разумный и осмотрительный арбитр вынесет эти спорные вопросы на общее обсуждение в рамках арбитражного разбирательства, даже если стороны и пролили свет в отношении них в ходе отдельных встреч и сообщили арбитра свое видение ситуации. Стороны будут иметь равную возможность высказаться и представить свою позицию по данным вопросам. Следовательно, маловероятно, что в основу арбитражного решения будет положен материал, который не присутствует в материалах дела и в отношении которого стороны не имели возможности изложить свою позицию.

Таким образом, существует риск того, что проведение отдельных встреч со сторонами в ходе процедуры *arb-med-arb* с одним третьим нейтральным лицом может впоследствии рассматриваться в качестве нарушения принципа надлежащего процесса. Между тем, если

спор не урегулирован в медиации, вполне возможно организовать арбитражное разбирательство таким образом, чтобы минимизировать указанный риск.

4.2. Если арбитр в *arb-med-arb* проводил отдельные встречи (*caucuses*) со сторонами, может ли это автоматически являться основанием для вывода о его пристрастности?

В настоящем пункте мы продолжим рассматривать ситуацию, когда при сочетании арбитража и медиации медиативное соглашение не заключено и проигравшая сторона отказывается добровольно исполнить арбитражное решение¹.

Даже если отдельные встречи с медиатором, который затем принимает на себя функции арбитра, и не привели к нарушению принципа надлежащего процесса, для выигравшей стороны остается риск того, что решение будет затруднительно исполнить. Этот риск связан с возможной пристрастностью арбитра, возникшей в ходе и (или) из-за проведения отдельных встреч со сторонами.

Беспристрастность арбитра оценивается с субъективных позиций — с точки зрения того, имеются ли у него какие-либо предубеждения в отношении одной из сторон разбирательства или предмета спора, не связанные с обстоятельствами дела или представленными доказательствами²; при этом такая оценка производится до, во время и после арбитражного разбирательства³. Сферу действия принципа беспристрастности можно ограничить следующим образом: сомнения относительно нее должны быть связаны с внешними по отношению

¹ Если стороны договорились в ходе медиации и обращаются в арбитраж в рамках процедуры *med-arb* исключительно за утверждением арбитражного решения на согласованных условиях, риск возникновения сомнений в беспристрастности арбитра практически равен нулю.

² *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 255; *Асосков А.В.* Комментарий к Правилам о беспристрастности и независимости третейских судей, утвержденным Торгово-промышленной палатой Российской Федерации // Вестник международного коммерческого арбитража. 2011. № 1(3). С. 151; *Курочкин С.А.* Третейское разбирательство и международный коммерческий арбитраж. М.: Статут, 2017. С. 109–111; Научно-практический постатейный комментарий к законодательству о третейских судах / Под общ. ред. В.В. Хвалея; Отв. ред. А.В. Грищенко. М.: РАА, 2017. С. 113, 365 (автор комментариев — Ю.В. Попельшева); Комментарий к Федеральному закону «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (постатейный, научно-практический) / Под ред. проф. О.Ю. Скворцова и проф. М.Ю. Савранского. М.: Статут, 2016. С. 89–93 (автор комментария к ст. 12 — М.Э. Морозов).

³ *Асосков А.В.* Указ. соч. С. 148–149.

к третейскому разбирательству факторами¹. Иными словами, поведение арбитра в рамках установленной процедуры, в соответствии с применимыми нормами и соглашением сторон, равно как и сформировавшееся у него в ходе разбирательства отношение к сторонам², не должно влечь за собой выводы о нарушении принципа беспристрастности. Указанное ограничение также влияет и на поведение арбитра: вне рамок установленной процедуры он не вправе контактировать со сторонами и иными лицами, участвующими в разбирательстве, по вопросам, имеющим отношение к предмету спора³.

Поскольку беспристрастность относится к внутренним переживаниям арбитра по отношению к сторонам / предмету спора⁴, весьма затруднительно установить с позиции внешнего наблюдателя, насколько он пристрастен. В связи с этим для такой оценки используются явления объективной реальности, как правило, в виде отношений между арбитром и участвующими в деле лицами⁵, наличие которых вызывало бы у информированного третьего лица разумные сомнения относительно беспристрастности арбитра⁶.

¹ *Асосков А.В.* Указ. соч. С. 152.

² Суть арбитражного разбирательства как юрисдикционного способа разрешения конфликтов как раз и заключается в том, что арбитры формируют свое отношение к сторонам и занимаемым ими позициям, базирываясь на интерпретациях обстоятельств дела и доказательствах, которые исходят от сторон, и на основании своего субъективного восприятия выносят обязательное для них решение. В связи с этим, полагаем, не будет нарушением принципа беспристрастности ситуация, когда, к примеру, арбитр формирует в ходе разбирательства негативное отношение к одной из сторон и выносит решение против нее, поскольку для арбитра очевидно, что представитель такой стороны очевидным образом искажает обстоятельства дела, подтвержденные имеющимися в деле доказательствами.

³ *Асосков А.В.* Указ. соч. С. 148.

⁴ *Скворцов О.Ю.* Конституционный Суд Российской Федерации: вновь об объективной беспристрастности (комментарий к определению КС РФ от 09 декабря 2014 г. № 2750-О) // Третейский суд. 2015. № 1(97). С. 14.

⁵ Которые закреплены в таких актах «мягкого» права, как Руководящие принципы Международной ассоциации юристов (МАЮ) относительно конфликта интересов в международном арбитраже (IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (adopted by resolution of the IBA Council on Thursday 23 October 2014). IBA, 2014 (доступно в Интернете по адресу: <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUId=e2fe5e72-eb14-4bba-b10d-d33dafee8918>)) (далее – Руководящие принципы МАЮ) и Правила о беспристрастности и независимости третейских судей (утв. Приказом ТПП РФ от 27 августа 2010 г. № 39).

⁶ Общий стандарт 2(b) Руководящих принципов МАЮ (IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (adopted by resolution of the IBA Council on Thurs-

Существование подобных отношений, включенных в различные перечни в зависимости от «степени тяжести», влечет за собой соответствующие последствия в виде невозможности выступать арбитром по делу, необходимости раскрытия информации сторонам, получения их согласия и др. В случае нарушения принципа беспристрастности возможно заявить отвод арбитру, если соответствующее основание было обнаружено до вынесения решения и сторона не лишилась права на возражение в связи с процессуальным эстоппелем¹, либо вынесенное решение может быть отменено / может быть отказано в приведении его в исполнение на основании несоответствия состава третейского суда и процедуры третейского разбирательства соглашению сторон и применимому праву².

В рамках настоящей работы можно упомянуть следующие ситуации, рассматриваемые в доктрине, которые могут указывать на наличие пристрастности арбитра:

1) арбитр формирует мнение о деле на основе информации, которая не была предметом рассмотрения в арбитраже и не содержится в материалах дела, а также на основе документально не подкрепленных заявлений стороны в ходе отдельных встреч³;

2) арбитр публично (в том числе в рамках медиации) оценивал вопросы, входящие в предмет конкретного разбирательства⁴.

Участие арбитра в мирном урегулировании спора путем медиации в рамках арбитражного разбирательства отдельно рассматривается в Общем стандарте 4(d) Руководящих принципов МАЮ. Признается,

day 23 October 2014). P. 5). В отдельных правопорядках указанный тест называют «тестом явной предвзятости» (“apparent bias test”) (см.: *Glencot Development & Design Ltd. v. Ben Barrett & Son (Contractors) Ltd.*, [2001] EWHC Technology 15 (13 February 2001); *Gao Haiyan v. Keeney Holdings Ltd.*, [2011] HKCFI 240, [2011] 3 HKC 157, HCST 41/2010 (12 April 2011); *Gao Haiyan v. Keeney Holdings Ltd.*, [2011] HKCA 459, [2012] 1 HKLRD 627, [2012] 1 HKC 335, CACV 79/2011 (2 December 2011)).

¹ Статья 4, п. 2 ст. 12 Типового закона 1985 г., ст. 4, ч. 2 ст. 12 Федерального закона об арбитраже, ст. 4, п. 2 ст. 12 Закона о МКА.

² *Асосков А.В.* Указ. соч. С. 143. Примечательно, что в упомянутом выше деле *Gao Haiyan v. Keeney Holdings Ltd.* суд первой инстанции по месту исполнения решения (Гонконг) отказал заявителю со ссылкой на публичный порядок в связи с пристрастностью арбитра.

³ *Nigmatullina D.* Op. cit. P. 54, 172.

⁴ *Асосков А.В.* Указ. соч. С. 151; *Международный коммерческий арбитраж: Учебник / Под ред. В.А. Мусина, О.Ю. Скворцова. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 167; Nigmatullina D.* Op. cit. P. 54.

что такое урегулирование спора допускается на любой стадии разбирательства. Однако для исключения конфликта интересов настоятельно рекомендуется получить согласие сторон и их отказ от права заявлять возражения (*waiver*) в связи с участием арбитра в медиации и получением им какой-либо информации в ходе нее. Особо отмечается, что такой отказ действует и на случай неуспешной медиации, когда стороны возвращаются в арбитраж, если только сам арбитр не начнет сомневаться в своей возможности оставаться беспристрастным после медиации. В пояснениях к Общему стандарту 4(d) на этот счет указано, что правило о продолжении действия отказа и после неуспешной медиации предусмотрено для того, чтобы не дать недобросовестным сторонам возможность назначать арбитра в качестве медиатора для его последующего отвода¹.

Таким образом, при совмещении функций арбитра и медиатора одним лицом автоматически признается риск возникновения сомнений в беспристрастности арбитра. Между тем данный вывод представляется несколько поспешным и обусловленным бурно расцветшей в мире арбитража «паранойей надлежащего процесса»² — боязнью арбитров совершать какие-либо активные процессуальные действия и их желанием максимально обезопасить себя от всех возможных претензий проигравшей стороны. Если сравнивать арбитраж в классическом понимании и выполнение арбитром функций медиатора, то совсем неочевидно, почему в последнем случае выше риск того, что арбитр перестанет быть беспристрастным. Заявляемые доводы о том, что в ходе медиации он может быть более эмоционально вовлечен в процесс и подвержен негативному воздействию интимной, излишне эмоциональной и прочей нерелевантной с правовой точки зрения информации³, кажутся несостоятельными и не подтверждаются какими-либо эмпирическими данными. Такому же воздействию может быть подвержен и арбитр в рамках обычного арбитража, когда чересчур пылкий представитель стороны может начать абсолютно нерелевантную, но крайне эмоциональную дискуссию⁴; несостоятельными будут выглядеть и попытки отвести арбитра в связи с тем, что ему в ходе

¹ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (adopted by resolution of the IBA Council on Thursday 23 October 2014). P. 10–12.

² *Partasides C.* Op. cit. P. 53.

³ Перечисление авторов этих точек зрения см.: *Nigmatullina D.* Op. cit. P. 54.

⁴ Возможности прервать такую дискуссию есть и у обычного арбитра, и у арбитра-медиатора.

разбирательства понравились представителю или сторона по делу. Если же затронутые в ходе отдельных встреч интимные вопросы способны повлиять на решение, то, как было рассмотрено выше, арбитр не просто может, а обязан вынести их на всеобщее обсуждение в ходе арбитража, если спор не разрешен в медиации. Следовательно, какой-либо существенной разницы в вопросе повышенной пристрастности между классическим арбитражем и *arb-med-arb* не усматривается.

Представляется догматически верным рассматривать медиацию в качестве неотъемлемой части комбинированной процедуры *arb-med-arb*, оговоренной сторонами, и на этом основании исключить возможность заявлять о пристрастности арбитра со ссылкой на факторы, являющиеся внутренними по отношению к данной процедуре.

4.3. Что будет, если в нарушение оговорки о разрешении споров одна из сторон обратится в арбитраж без проведения согласованной процедуры медиации?

Представим себе ситуацию, когда согласована оговорка о применении процедуры *med-arb*, спор подходит для разрешения в порядке медиации (медиабилен), однако в нарушение установленной процедуры одна из сторон не обращается к медиатору до начала арбитражного разбирательства. Насколько другая сторона, если она желает обратиться к медиатору, может принудительно исполнить такую многоуровневую оговорку¹, помешать движению арбитража и обязать контрагента пройти доарбитражный порядок урегулирования спора?

В доктрине имеются споры по поводу того, можно и нужно ли принудительно исполнять медиативные оговорки и как соотносятся между собой принудительная исполнимость оговорки о проведении медиации и ее добровольные начала². Представляется, что отказ од-

¹ См. подробнее о многоуровневых оговорках: *Kajkowska E.* Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses. Hart Pub., 2017; *Vlavianos G.M., Pappas V.F.L.* 15. Multi-Tier Dispute Resolution Clauses as Jurisdictional Conditions Precedent to Arbitration // *The Guide to Energy Arbitrations* / D. Bishop, G. Kaiser (eds.). 2nd ed. Law Business Research Ltd., 2017. P. 217–231; *Born G.B.* Op. cit. P. 916 ff.; *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 101–102; Multi-Tiered Dispute Resolution – Jurisdictional Reports / IBA (https://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Litigation/multitiered-disputeresolution.aspx).

² *Давыденко Д.Л.* Соотношение международного коммерческого арбитража с другими альтернативными способами разрешения международных коммерческих споров. С. 24–27; *Содеглунд К.* Оговорки о многоуровневом (мультимодальном) разрешении споров // *Международный коммерческий арбитраж.* 2006. № 3. С. 109; *Kayali D.* Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses // *Journal of International Arbitra-*

ной из сторон от медиации может быть преждевременным: вполне вероятно, что уже после первой встречи с медиатором нарушитель оговорки пожелает в полной мере воспользоваться преимуществами такого альтернативного способа разрешения споров. При этом принцип добровольности не будет нарушен. Неудавшаяся первая встреча с медиатором будет являться основанием для прекращения процедуры медиации (что будет означать прохождение данной стадии). Если же и вторая сторона изначально не желает обращаться к медиатору до арбитражного разбирательства, то она просто не будет возражать против действий первой стороны по инициированию арбитража.

Исследователи указанного вопроса полагают, что сформулированное с достаточной степенью определенности обязательство сторон обратиться к медиатору до возбуждения арбитражного разбирательства является исполнимым (по крайней мере имеет больший юридический вес, чем обязанность просто провести переговоры)¹. Рекомендуются предусмотреть порядок назначения медиатора, сроки для прохождения медиативной стадии, порядок прекращения процедуры медиации, а также связь между арбитражем и медиацией: необходимо прямо указать, что до прохождения медиации стороны не вправе обращаться в арбитраж².

Интересным является вопрос о том, как сторона может доказать попытки прохождения медиативной стадии. Участники конферен-

tion. 2010. Vol. 27. Issue 6. P. 552. Возможность принудительного исполнения медиативной оговорки подтверждается международной практикой (см., например: *Cable & Wireless Plc. v. IBM UK*, [2002] EWHC 2059 (Comm.), [2002] 2 All ER (Comm.) 1041 (per Colman J); см. также: *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 101; Комментарий к Федеральному закону «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» (постатейный) / В.О. Аболонин, К.Л. Брановицкий, С.К. Загайнова и др.; Отв. ред. С.К. Загайнова, В.В. Ярков. М.: Инфотропик Медиа, 2012 (автор комментария к ст. 3 – С.И. Калашникова) (СПС «КонсультантПлюс»); *Ягельницкий А.А., Петроль О.Д.* Указ. соч. С. 116, 120–123).

¹ *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 40 (fn. 140), 101; *Waincymer J.* Procedure and Evidence in International Arbitration. Kluwer Law International, 2012. P. 162; *Давыденко Д.Л.* Соотношение международного коммерческого арбитража с другими альтернативными способами разрешения международных коммерческих споров. С. 25; *Kayali D.* Op. cit. P. 552; *Содерлунд К.* Указ. соч. С. 103.

² *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 101–102; *Давыденко Д.Л.* Соотношение международного коммерческого арбитража с другими альтернативными способами разрешения международных коммерческих споров. С. 27; *Ягельницкий А.А., Петроль О.Д.* Указ. соч. С. 115 сл.; *Voog Chr.* How to Deal with Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses: Note on the Swiss Federal Supreme Court's Decision 4A_18/2007 of 6 June 2007 // *ASA Bulletin*. 2008. Vol. 26. Issue 1. P. 105.

ции «Практика медиации в России и Германии», прошедшей 23 ноября 2018 г. в ТПП РФ, приводили в качестве примера региональные российские государственные суды, где судья, направивший стороны к медиатору (в так называемую «комнату примирения»), требует в качестве доказательства неудавшейся медиации справки, выданные медиатором либо саморегулируемой организацией медиаторов. Подобная практика воспринята в законопроекте № 421600-7, дорабатываемом Министерством юстиции (предлагается дополнить ст. 4 Федерального закона о медиации ч. 3 соответствующего содержания¹). Такой излишне формализованный подход вряд ли следует приветствовать, поскольку вместо гибкой и удобной для сторон процедуры мирного урегулирования спора медиация тогда способна превратиться в существенное бюрократическое препятствие при проведении арбитражного разбирательства.

Принудительно исполнить медиативную оговорку можно следующим образом:

1) заявить возражения против начала арбитражного разбирательства, поскольку именно третейский суд уполномочен решить вопрос о том, были ли соблюдены предварительные условия для обращения в арбитраж. Последствием этого может быть приостановление, отложение или прекращение производства по делу; третейский суд может обязать стороны провести процедуру медиации;

2) оспорить постановление предварительного характера о наличии у третейского суда компетенции;

3) оспорить решение / его исполнение на основании того, что процедура не соответствовала соглашению сторон либо решение вынесено по спору, не подпадающему под условия арбитражного соглашения².

¹ Обязательство по применению процедуры медиации будет считаться исполненным, если представлены: 1) доказательства направления одной стороной предложения об обращении к процедуре медиации при его отклонении другой стороной; 2) документы, подписанные и выданные стороной по ее запросу медиатором или руководителем либо иным уполномоченным лицом организации, осуществляющей деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации, подтверждающие обращение к медиатору и прекращение процедуры медиации в соответствии со ст. 14 Федерального закона о медиации. О схожем заявлении медиатора по поводу прекращения процедуры медиации ввиду нецелесообразности ее дальнейшего проведения говорит и п. 3 ст. 14 действующего Федерального закона о медиации. См. также: Ягельницкий А.А., Петроль О.Д. Указ. соч. С. 117.

² Давыденко Д.Л. Соотношение международного коммерческого арбитража с другими альтернативными способами разрешения международных коммерческих споров. С. 27; Ягельницкий А.А., Петроль О.Д. Указ. соч. С. 118, 123–126.

5. Сочетание арбитража и медиации в России

Отечественные исследователи рассматривают отдельные вопросы взаимодействия альтернативных способов разрешения споров в целом и сочетания арбитража и медиации в условиях российского законодательства в частности, их конкуренции и взаимодополняемости¹. Между тем каких-либо узкоспециализированных работ на русском языке по теме настоящей статьи автором обнаружено не было.

Это может быть связано с тем, что значительный интерес к медиации и, соответственно, большое количество публикаций по данной теме появились лишь после правовой регламентации данных отношений и принятия в 2010 г. Федерального закона о медиации и сопутствующих изменений в иные законодательные акты. До указанного времени в принципе не ставилась проблема о том, как между собой соотносятся и тем более сочетаются арбитраж и медиация.

После реформы 2010 г. в российском законодательстве стала допускаться модель *arb-med-arb* с различными арбитром и медиатором, когда после начала арбитража процедура медиации может быть применена в любой момент рассмотрения дела третейским судом. Этот вывод следует из совокупного толкования ч. 6 ст. 1², ч. 2

¹ *Зверева Н.С.* Взаимодействие альтернативных методов урегулирования споров и гражданского судопроизводства в праве России и Франции / Под ред. докт. юрид. наук, проф. В.В. Яркова. М.: Статут, 2017 (СПС «КонсультантПлюс»); *Мусин В.А.* Соглашения о третейском разбирательстве и медиации: сравнительный анализ // Арбитражные споры. 2015. № 3 (СПС «КонсультантПлюс»); *Давыденко Д.Л.* Соотношение международного коммерческого арбитража с другими альтернативными способами разрешения международных коммерческих споров; *Носырева Е.И.* Медиация и международный коммерческий арбитраж: возможности взаимодействия по российскому законодательству // 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. С. 274–289; *Нехороших А.М.* Некоторые вопросы реализации процедуры медиации в третейском разбирательстве // Развитие медиации в России: теория, практика, образование: Сб. ст. / Под ред. Е.И. Носыревой, Д.Г. Фильченко. М.: Инфотропик Медиа, 2012 (СПС «КонсультантПлюс»); *Давыденко Д.Л.* Общность между примирительными процедурами и третейским судом // Там же; *Дыбов Е.А.* Соотношение медиативной и третейской оговорки // Там же; *Добролюбова Е.А.* Медиатор vs. третейский суд: правовой аспект // Право и экономика. 2012. № 4 (СПС «КонсультантПлюс»).

² «Положения настоящего Федерального закона не применяются к отношениям, связанным с оказанием судьей или третейским судьей в ходе судебного или третейского разбирательства содействия примирению сторон, если иное не предусмотрено федеральным законом».

ст. 4¹, ч. 3 ст. 12², ч. 3 ст. 16³ Федерального закона о медиации, а также ст. 6.1 прежнего Федерального закона от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» (далее – Федеральный закон о третейских судах) и почти идентичной ей ст. 49 ныне действующего Федерального закона об арбитраже. Указанные нормы предусматривают возможность обращения к процедуре медиации в рамках проводимого арбитражного разбирательства и утверждения медиативного соглашения в качестве арбитражного решения на согласованных условиях.

Условие ч. 6 ст. 1 Федерального закона о медиации о том, что для его применения личность арбитра и личность медиатора должны различаться, имеет свои корни в п. 9 ст. 1 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре 2002 г.⁴ (далее – Типовой закон 2002 г.), многие положения которого вошли в той или иной мере в российский Федеральный закон о медиации. Указанная норма Типового закона 2002 г. прямо ограничивает сферу его действия: он не применяется в случаях, когда судья или арбитр в ходе судебного или арбитражного производства пытается содействовать урегулированию спора. Мы полагаем, что по аналогии с арбитрабельностью споров из государственных контрактов законодатель в Федеральном законе о медиации отсрочил возможность выполнения одним лицом функций арбитра и медиатора до внесения соответствующих изменений в форме федерального закона, о чем говорит оговорка в ч. 6 ст. 1 Федерального закона о медиации. Таким образом, в случае принятия необходимого федерального закона одно и то же

¹ «Если спор передан на рассмотрение суда или третейского суда, стороны могут применить процедуру медиации в любой момент до принятия решения по спору соответствующим судом или третейским судом. <...>».

² «Медиативное соглашение, достигнутое сторонами в результате процедуры медиации, проведенной после передачи спора на рассмотрение суда или третейского суда, может быть утверждено судом или третейским судом в качестве мирового соглашения в соответствии с процессуальным законодательством или законодательством о третейских судах, законодательством о международном коммерческом арбитраже».

³ «Процедура медиации по спорам, переданным на рассмотрение суда или третейского суда до начала проведения процедуры медиации, может проводиться только медиаторами, осуществляющими свою деятельность на профессиональной основе».

⁴ Типовой закон о международной коммерческой согласительной процедуре и Руководство по принятию и применению 2002 г. Нью-Йорк: ООН, 2004. С. 2 (доступно в Интернете по адресу: https://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-conc/03-90955_Ebook.pdf).

лицо получит возможность совмещать функции арбитра и медиатора при процедуре *arb-med-arb*.

Приведенные выше нормы, в особенности ст. 49 Федерального закона об арбитраже, говорят о применении процедуры медиации к спору, который находится на разрешении в арбитраже. Означает ли это, что применение иных форм сочетания арбитража и медиации, например *med-arb*, не допускается? Представляется, что какие-либо серьезные политико-правовые аргументы против такого применения отсутствуют. Косвенно о возможности использования процедуры *med-arb* свидетельствует ч. 1 ст. 4, согласно которой третейский суд обязан уважать медиативную оговорку сторон, и ч. 2 ст. 7 Федерального закона о медиации, закрепляющая возможность проведения процедуры медиации до обращения в третейский суд. Соответственно, допускается ситуация, при которой стороны проходят стадию медиации, когда арбитражное разбирательство еще не начато, и после ее прохождения инициируют рассмотрение спора в арбитраже¹. Единственное ограничение касается невозможности по действующему законодательству утвердить медиативное соглашение, достигнутое в ходе процедуры *med-arb*, в качестве арбитражного решения на согласованных условиях, поскольку такая опция буквально предоставлена ст. 33, ч. 5 ст. 49 Федерального закона об арбитраже только тогда, когда начало арбитражного разбирательства предшествует процедуре медиации.

Внесенный ВС РФ в Государственную Думу РФ законопроект № 421600-7 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием примирительных процедур»², который в настоящее время проходит активное обсуждение на уровне Правительства и Министерства юстиции РФ, предлагает дополнить гл. 10 Федерального закона об арбитраже новой статьей 49.1. Новая статья будет прямо регулировать процедуру *med-arb* и предусматривать, что в этом случае медиатор после достижения сторонами медиативного соглашения может принять на себя функции арбитра и утвердить арбитражное решение на согласованных условиях.

Особо горячие обсуждения до недавнего времени проходили также и в отношении принудительной исполнимости медиативной оговорки по российскому праву, когда стороны при этом заключили и архи-

¹ О возможности комбинирования в российском праве арбитража и медиации в формате *med-arb* упоминается и в доктрине (см.: Носырева Е.И. Указ. соч. С. 279).

² <http://sozd.parliament.gov.ru/bill/421600-7>

тражное соглашение. Отдельные авторы в данной связи говорили даже о полной несовместимости процедуры медиации и арбитража¹.

Суть проблемы заключалась в том, что одновременно с принятием Федерального закона о медиации Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 194-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»» дополнил ст. 5 Федерального закона о третейских судах п. 5, согласно которому «[с]пор не может быть передан на разрешение третейского суда при наличии в договоре медиативной оговорки». При буквальном прочтении указанная норма вступала в противоречие как с ч. 1 ст. 4, так и с ч. 3 ст. 7² Федерального закона о медиации. Представляется, что в действительности норма п. 5 ст. 5 Федерального закона о третейских судах должна была дублировать ч. 1 ст. 4 Федерального закона о медиации и устанавливать дерогационный эффект медиативной оговорки для возможного арбитражного разбирательства³. Звучавшие прежде возражения о том, что п. 5 ст. 5 Федерального закона о третейских судах ставит в неравное положение арбитраж внутренних споров и международный коммерческий арбитраж, поскольку Закон о МКА таких ограничений не имеет, в настоящее время неактуальны в связи с отсутствием подобных одиозных норм в Федеральном законе об арбитраже и бланкетной нормой п. 2 ст. 1 Закона о МКА⁴, согласно которой гл. 10 Федерального закона об арбитраже распространяет свое действие и на международные споры.

¹ Дыбов Е.А. Указ. соч.

² «Наличие соглашения о применении процедуры медиации, равно как и наличие соглашения о проведении процедуры медиации и связанное с ним непосредственное проведение этой процедуры, не является препятствием для обращения в суд или третейский суд, если иное не предусмотрено федеральными законами». О критике данной нормы см. также: Ягельницкий А.А., Петроль О.Д. Указ. соч. С. 115 (сн. 7).

³ Указанная позиция была воспринята и в судебной практике (см., например, постановление АС Северо-Западного округа от 23 апреля 2015 г. № Ф07-1516/2015 по делу № А56-56934/2014; Определением ВС РФ от 16 августа 2015 г. № 307-ЭС15-9272 отказано в передаче дела № А56-56934/2014 в Судебную коллегия по экономическим спорам ВС РФ для пересмотра в порядке кассационного производства данного постановления).

⁴ «Не урегулированные настоящим Законом вопросы, связанные с... соотношением процедуры медиации и арбитража... в рамках международного коммерческого арбитража в случаях, если место арбитража находится на территории Российской Федерации, регулируются в соответствии с Федеральным законом «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации».

Примечательно, что в одном из недавних дел Судебная коллегия по экономическим спорам ВС РФ указала, что «[к] основам публичного порядка Российской Федерации может быть отнесен принцип мирного (досудебного) разрешения споров, направленный на досудебное разрешение споров, минимизацию затрат сторон на его разрешение, экономию времени, необходимого на разрешение конфликта, на избежание глубокого конфликта, на сохранение благоприятных отношений сторон. Одной из форм реализации данного принципа является претензионный порядок разрешения споров»¹. Если развивать логику Суда, то медиативная часть многоуровневой оговорки может быть также принудительно исполнена в России путем оспаривания арбитражного решения или отказа в его принудительном исполнении по причине нарушения публичного порядка. Само по себе стремление подтвердить обязательный характер согласованных сторонами доарбитражных процедур является похвальным. Между тем выбранный способ, за счет которого необоснованно расширяется и без того проблемная категория публичного порядка, во многом напоминает охоту на носорога с зенитно-ракетной установкой². Представляется, что в такой ситуации в качестве потенциального основания для отмены или отказа в принудительном исполнении арбитражного решения может быть использовано только нарушение согласованной сторонами процедуры³, но никак не ссылка на публичный порядок.

Немало копий сломано также и в отношении ч. 1 ст. 4 Федерального закона о медиации о том, что медиативная оговорка обязательна для суда или третейского суда, «за исключением случая, если одной из сторон необходимо, по ее мнению, защитить свои права». Исследователи в общей своей массе приходили к выводу о том, что данная неоднозначная формулировка нивелирует обязательную силу медиативной оговорки, и далее *post factum* обосновывали этот неутешительный вывод ссылками на невозможность проведения успешной медиации, если одна из сторон желает в обход такой оговорки обратиться в суд

¹ Определение ВС РФ от 18 мая 2018 г. № 301-ЭС17-20169 по делу «Груз-Логистика» № А38-2183/2017 (СПС «КонсультантПлюс»).

² Источник сравнения: *Седлов Д.* Токсичность на миллиард: как российский бизнес страдал под гнетом санкций США (29 декабря 2018 г.) (<http://www.forbes.ru/finansy-i-investicii/370607-toksichnost-na-milliard-kak-rossiyskiy-biznes-stradal-pod-gnetom-sankcij>).

³ Подпункт d) п. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции; подп. (a)(iv) п. 2 ст. 34, подп. (a)(iv) п. 1 ст. 36 Типового закона 1985 г.; абзац пятый подп. 1 п. 2 ст. 34, абзац шестой подп. 1 п. 1 ст. 36 Закона о МКА; п. 4 ч. 3 ст. 233, п. 5 ч. 3 ст. 239 АПК РФ.

или третейский суд¹. В действительности же указанная формулировка ч. 1 ст. 4 Федерального закона о медиации тоже восходит к Типовому закону 2002 г. (ст. 13)^{2,3}. В Руководстве по принятию и применению Типового закона 2002 г.⁴ поясняется, что под ситуациями, когда одной из сторон необходимо, по ее мнению, защитить свои права, имеются в виду крайние, нестандартные ситуации, например необходимость обращения за вынесением обеспечительных мер или необходимость избежать истечения срока исковой давности⁵.

Полагаем, что неоднозначное толкование ч. 1 ст. 4 Федерального закона о медиации будет устранено после реформы законодательства о медиации: замечания Правительства РФ (Министерства юстиции) к законопроекту № 421600-7 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием примирительных процедур» снимают неопределенность относительно обязательной силы медиативной оговорки и уточняют, что не является несовместимым с ней обращение исключительно за обеспечительными мерами⁶.

Таким образом, в российском праве допускается сочетание арбитража и медиации в формате *arb-med-arb*. До завершения реформы медиации решение вопроса о допустимости процедуры *med-arb* не яв-

¹ Зверева Н.С. Указ. соч.; Ярков В.В. Юридические факты в цивилистическом процессе. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 492–493; Носырева Е.И. Указ. соч. С. 279–280; Банников Р.Ю. Досудебный порядок урегулирования споров. М.: Инфотропик Медиа, 2012 (СПС «КонсультантПлюс»); Решетникова О.М. Процессуальные аспекты применения процедуры медиации // Развитие медиации в России: теория, практика, образование: Сб. ст. / Под ред. Е.И. Носыревой, Д.Г. Фильченко (СПС «КонсультантПлюс»); Дыбов Е.А. Указ. соч.

² Типовой закон о международной коммерческой согласительной процедуре и Руководство по принятию и применению 2002 г. С. 6–7.

³ На что неоднократно обращал внимание заместитель министра юстиции Д.В. Новак на правовых конференциях в 2018 г., посвященных проблемам медиации.

⁴ Типовой закон о международной коммерческой согласительной процедуре и Руководство по принятию и применению 2002 г. С. 58 (п. 85 и 86).

⁵ А.А. Ягельницкий и О.Д. Петроль также приводят пример об утрате возможности соблюдения примирительной процедуры из-за смерти заранее согласованного медиатора либо лишения его свободы на длительный срок (см.: Ягельницкий А.А., Петроль О.Д. Указ. соч. С. 120).

⁶ Истечение исковой давности не указано в качестве такого основания, поскольку согласно п. 3 ст. 202 ГК РФ при обращении к процедуре медиации течение срока исковой давности приостанавливается. Об этом упоминалось и в следующей работе: Ягельницкий А.А., Петроль О.Д. Указ. соч. С. 120.

ляется однозначным. При этом медиативное соглашение должно иметь обязательную силу и препятствовать обращению в арбитраж в обход согласованной примирительной процедуры.

6. Заключение

Прогресс не остановить. Постепенное эволюционирование правовых институтов в сфере разрешения споров подтверждает известный тезис о том, что право следует за экономическим развитием и совершенствуется для того, чтобы лучше соответствовать интересам и потребностям, в том числе пользователей системы альтернативного разрешения споров.

Арбитраж был и, пожалуй, остается лидирующим внесудебным способом разрешения споров по процентному соотношению использования. Однако все большее усложнение этого изначально весьма гибкого механизма, его излишняя зарегулированность в отдельных аспектах приводят к тому, что арбитраж становится менее эффективным и, соответственно, менее популярным.

Сочетание арбитража и медиации (другого, гораздо менее формального, но весьма действенного альтернативного способа разрешения споров) является возможным решением указанных проблем. Несомненно, такое сочетание не является панацеей, и у комбинированных способов *arb-med-arb*, *med-arb* и т.п. остаются свои минусы наряду со значительными плюсами. Представляется, что законодатель и провайдеры арбитража и медиации должны исходить из необходимости тонкой настройки данного института, чтобы, с одной стороны, дать ему возможность раскрыться во всей полноте, а с другой — минимизировать возможные риски недостижения конечной цели спорящих сторон — разрешения спора на основании достигнутого ими соглашения или исполнимого арбитражного решения.