

МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ И НАУКИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ БЮДЖЕТНОЕ ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ
УЧРЕЖДЕНИЕ ВЫСШЕГО ПРОФЕССИОНАЛЬНОГО ОБРАЗОВАНИЯ
«САМАРСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ»

Кафедра гражданского процессуального и предпринимательского права

Е. В. Михайлова

АЛЬТЕРНАТИВНОЕ РАЗРЕШЕНИЕ СПОРОВ

Учебное пособие

Самара
Издательство «Самарский университет»
2011

УДК 342.9.350:43

ББК 67.99(2)1

М69

Рецензент д-р юрид. наук, проф. Е. А. Трещева

Михайлова, Е. В.

М69

Альтернативное разрешение споров : учебное пособие / Е. В. Михайлова. – Самара : Изд-во «Самарский университет», 2011. – 176 с.

Учебное пособие посвящено рассмотрению основных тем курса «Альтернативное разрешение споров», включает в себя программу учебного курса, планы семинарских занятий с заданиями, тематику рефератов, курсовых и дипломных работ.

Адресуется обучающимся на бакалавриате и специалитете студентам юридических факультетов вузов дневной, заочной, дистанционной форм обучения, экстерната.

УДК 342.9.350:43

ББК 67.99(2)1

© Михайлова Е. В., 2011

© Самарский государственный университет, 2011

© Оформление. Издательство «Самарский университет», 2011

ОГЛАВЛЕНИЕ

Тема 1. Понятие защиты права.....	4
Тема 2. Способы и формы защиты права.....	14
Тема 3. Третейское разбирательство гражданских дел (арбитраж).....	39
Тема 4. Международный коммерческий арбитраж как разновидность третейского разбирательства.....	97
Тема 5. Медиация (посредничество) как форма АРС.....	107
Тема 6. Мировое соглашение: проблемы понимания правовой природы.....	130
Тема 7. Досудебный порядок урегулирования спора.....	139
Список рекомендуемой литературы.....	151
Программа курса «Альтернативное разрешение споров».....	162
Планы семинарских занятий.....	165
Тематика рефератов, творческих проектов, эссе.....	173
Темы курсовых и дипломных работ.....	175

ТЕМА 1. ПОНЯТИЕ ЗАЩИТЫ ПРАВА

Прежде чем остановиться на характеристике сложной правовой категории – «защита права», следует обратить внимание на то, что не следует смешивать два самостоятельных понятия – «реализация права» и «защита права». Существует и третий термин – «осуществление права». В ряде случаев они приравниваются друг к другу¹. На наш взгляд, это неверно, поскольку не всегда реализация права приводит к его осуществлению.

Иногда даже такая реализация, которая вполне отвечает всем требованиям действующего законодательства, не дает желаемого результата в силу различных причин – пороков правовой системы государства, злоупотреблений должностных лиц и проч. Поэтому нужно признать, что существует необходимость в использовании всех трех указанных категорий – «реализация права», «защита права» и «осуществление права». Причем первична именно реализация права, затем, если возникает такая необходимость, производится его защита, в результате чего должно наступить осуществление права как итог и венец всей правоприменительной деятельности. Можно согласиться с позицией, обоснованной И.Б. Живихиной: «Защита права собственности как правовая категория находится в рамках самого отношения права собственности и не существует в отрыве от него как самостоятельное правоотношение. Защита права – это предоставленное в пределах субъективного права собственности возможность самостоятельно или посредством применения мер государственного воздействия обеспечить осуществление собственником его правомочий при возникновении внешних препятствий»². Это утверждение справедливо применительно ко всем прочим правоотношениям, а не только к отношениям собственности.

Легальным является также термин «охрана права». Так, в ч. 1 ст. 2 УК РФ сказано: задачами настоящего Кодекса являются охрана прав и свобод человека и гражданина, собственности, общественного порядка и общественной безопасности, окружающей среды, конституционного строя

¹ Например, Е.В. Вавилин использует категории «осуществление» и «реализация» как тождественные. – *Е.М.*

² Живихина И.Б. Гражданско-правовые проблемы охраны и защиты права собственности: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2007. С. 7.

Российской Федерации от преступных посягательств, обеспечение мира и безопасности человечества, а также предупреждение преступлений.

Несмотря на то что в тексте Общей части ГК РФ об охране прав не говорится, указанный термин используется в отдельных статьях Особенной части, поэтому многие исследователи считают необходимым раскрыть это понятие: «В соответствии со сложившейся в науке традицией понятием «охрана гражданских прав» охватывается вся совокупность мер, обеспечивающих нормальный ход реализации прав. В него включаются меры не только правового, но и экономического, политического, организационного и иного характера, направленные на создание необходимых условий для осуществления субъективных прав. Что касается собственно правовых мер охраны, то к ним относятся все меры, с помощью которых обеспечивается как развитие гражданских правоотношений в их нормальном, ненарушенном состоянии, например, закрепление гражданской право-, дееспособности субъектов, установление обязанностей и т. п., так и восстановление нарушенных или оспоренных прав и интересов», – пишет Н.Н. Изотов³.

Интересно, что категорией «защита права» оперирует действующее законодательство. В ГК РФ, например, установлено, что гражданские права могут быть ограничены на основании федерального закона и только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства (ч. 2 ст. 1), а неотчуждаемые права и свободы человека и другие нематериальные блага защищаются гражданским законодательством, если иное не вытекает из существа этих нематериальных благ (ч. 2 ст. 2).

В ГПК РФ закреплено, что задачами гражданского судопроизводства являются правильное и своевременное рассмотрение и разрешение гражданских дел в целях защиты нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан, организаций, прав и интересов Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований, других лиц, являющихся субъектами гражданских, трудовых или иных правоотношений (ст. 2).

³ Изотов Н.Н. Взаимосвязь «защиты» и «охраны» интеллектуальной собственности // Юриспруденция. 2005. № 8.

В АПК РФ содержится аналогичная формулировка: задачами судопроизводства в арбитражных судах являются: защита нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов лиц, осуществляющих предпринимательскую и иную экономическую деятельность, а также прав и законных интересов Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, органов государственной власти Российской Федерации, органов государственной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц в указанной сфере (ч. 1 ст. 2).

Уголовно-процессуальный закон так формулирует задачи уголовного судопроизводства: 1) защита прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений; 2) защита личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод (ч. 1 ст. 6 УПК РФ).

Термин «охрана права» используется в тексте материально-уголовного и административного закона, где устанавливается, что задачами законодательства об административных правонарушениях являются защита личности, охрана прав и свобод человека и гражданина, охрана здоровья граждан, санитарно-эпидемиологического благополучия населения, защита общественной нравственности, охрана окружающей среды, установленного порядка осуществления государственной власти, общественного порядка и общественной безопасности, собственности, защита законных экономических интересов физических и юридических лиц, общества и государства от административных правонарушений, а также предупреждение административных правонарушений (ст. 1.2 КоАП РФ).

Важно, что категориями «охрана права» и «защита права» в равной мере оперирует Конституция РФ: право частной собственности охраняется законом (ч. 1 ст. 35), материнство и детство, семья находятся под защитой государства (ч. 1 ст. 38), государственная защита прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации гарантируется (ч. 1 ст. 45), каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод (ч. 1 ст. 46).

Понятие «охрана прав» не раскрывается законодателем, однако исходя из общего смысла этого термина, а также правовой логики, можно заключить, что оно подразумевает меры превентивного характера в отноше-

нии еще не нарушенного права, тогда как «защищаются» уже нарушенные или оспариваемые права и свободы.

Иными словами, охране подлежит право в объективном смысле, защищаются же субъективные права. То есть, защите подлежат лишь те права, которые обеспечены правовой охраной – собственно, все прочие установления правом и не являются (в этом смысле правом не являются ни толкования законов судами, ни действия и решения органов исполнительной власти).

Правовая охрана, на наш взгляд, мыслима лишь как гарантированность, в случае необходимости, государственной защиты права.

В таком виде охрана подразумевается в текстах практически всех законов – так, гражданское судопроизводство должно способствовать укреплению законности и правопорядка, предупреждению правонарушений, формированию уважительного отношения к закону и суду (ст. 2 ГПК РФ); задачами судопроизводства в арбитражных судах являются укрепление законности и предупреждение правонарушений в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности (ст. 2 АПК РФ); гражданское законодательство основывается на признании равенства участников регулируемых им отношений, неприкосновенности собственности, свободы договора, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав, обеспечения восстановления нарушенных прав, их судебной защиты (ч. 1 ст. 1 ГК РФ) и т. п.

Итак, защита гражданского права осуществляется в рамках его правовой охраны, понимаемой в качестве важнейшего свойства любого права – гарантированности принудительного осуществления.

Занимаясь анализом проблем понятия и сущности институтов осуществления и защиты права, Е.В. Вавилин пишет: «Традиционно в науке гражданского права понятие осуществления гражданских прав определяется как реализация предусмотренных законом или договором возможностей использовать свое право по своему усмотрению. "Осуществление гражданских прав – это совершение тех действий, которые составляют содержание субъективных прав", т. е. под осуществлением субъективного гражданского права понимается реализация управомоченным лицом тех возможностей, которые составляют содержание принадлежащего ему субъективного гражданского права. Новое отечественное гражданское законодательство в целом последовательно придерживается представленной дефиниции. В со-

ответствии с п. 2 ст. 1, п. 1 ст. 9 ГК РФ граждане и юридические лица осуществляют принадлежащие им гражданские права по своему усмотрению, т.е. своей волей и в своем интересе (или в интересах третьих лиц). Словарное толкование термина «осуществление» – привести в исполнение, воплотить что-либо в действительность. Близкими по лексическому значению являются слова «соблюдение», «применение». Синонимами слова «осуществление» являются такие выражения, как выполнение, воплощение (или проведение, претворение) в жизнь, исполнение, реализация; приведение в исполнение; материализация. Как видим, смысловая словарная характеристика данного термина несет в себе значение движения, процесса.

Общий вывод таков: осуществление субъективного гражданского права складывается из двух форм выражения, базовых составляющих, а именно: не только из процесса (динамики) – действия или совокупности действий, направленных на достижение заложенного в праве желаемого, необходимого для субъекта результата (реализации гражданского права лица в его узком значении), но и (условно) из состояния (статики) отношений (например, право собственности хозяйствующего субъекта, право авторства на произведения науки, литературы или искусства, патентное право на изобретения, полезные модели и промышленные образцы). ... Осуществление субъективных гражданских прав и исполнение обязанностей можно рассматривать в нескольких значениях: а) как деяние – определенное поведение субъекта (действия или бездействие) в конкретном и определенном состоянии общественных отношений, жизненных реалий, направленное на достижение желаемого юридического (формального) и фактического результата; б) как заложенный в праве (обязанности) итог деятельности, т.е. достижение юридической (правовой) цели»⁴.

Как видно, ученый, во-первых, смешивает понятия реализации и осуществления права, а также достижение «юридической цели права» рассматривает как структурную составляющую процесса реализации, что, как уже указывалось, далеко не всегда соответствует действительности.

Важно понимать, что только точное определение категории «защита права» и его правовой природы позволит решить вопрос о способах и субъектах защиты. Исходить же нужно прежде всего из того, что является

⁴ Вавилин Е.В. Осуществление гражданских прав и исполнение обязанностей. Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2008.

целью защиты права. Цель защиты права – это его осуществление, то есть получение того блага, которое является объектом соответствующего права.

В литературе мало внимания уделяется разработке понятия «реализация» (и «осуществление») права.

Как правило, рассуждения на эту тему переходят в область объективного и субъективного права, первое трактуется как идеальная совокупность правовых норм, выраженных в законе, второе – как право, применяемое конкретным субъектом, то есть как раз как «реализуемое» право.

Но подобные рассуждения вряд ли имеют смысл по той причине, что статичное и реализуемое право никак не отличаются друг от друга в силу определенности и устойчивости права. Содержание правового установления не варьируется в зависимости от того, реализуется оно или нет. Следовательно, говорить нужно не об объективном и субъективном праве, а о самом понятии реализации права. Содержание же реализации, или осуществления, права может быть различным в зависимости от субъекта реализации и его воли и оно напрямую зависит от толкования им той или иной правовой нормы.

Реализация права – это прежде всего совокупность действий лица, объединенных общей целью получить в свою пользу или в пользу иных лиц материальное или нематериальное благо, являющееся объектом регулирования соответствующей материально-правовой нормы либо избежать каких-либо изъятий из своего правового статуса или статуса иных лиц.

Иногда под реализацией права понимают государственную законодательную деятельность, как это делает, например, В.В. Лазарев⁵. При этом допустить – это значит признать существование права в некоей договорной форме, что невозможно в виду его властной и общеобязательной природы.

Реализация права может быть правомерной или неправомерной, то есть действия субъекта по реализации того или иного права могут соответствовать либо не соответствовать правовым требованиям, и во многом характер действий по реализации права зависит от встречных действий или бездействия со стороны противоположного лица, поскольку реализация права всегда происходит в рамках правоотношения. Именно поэтому со-

⁵ См.: Лазарев В.В. Общая теория права: курс лекций / под ред. проф. В.К. Бабаева (автор лекции № 15 – В.В. Лазарев). Нижний Новгород, 1993.

держанием правоотношения следует признать совокупность не прав и обязанностей его субъектов, а совокупность их реальных действий.

Также важно, что реализация права производится силами самого правоприменяющего субъекта, что находится в полном соответствии с положением ч. 2 ст. 1 ГК РФ: граждане (физические лица) и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе.

Процесс реализации права может привести к двум противоположным последствиям – либо к его осуществлению, либо к пониманию и осознанию субъектом невозможности осуществления того или иного права.

В случае неэффективности правоприменительной деятельности, невозможности осуществления права, лицо становится перед выбором – отступить от своих притязаний или попробовать защитить свои права. Разумеется, в развитых правовых государствах чаще всего избирается второй путь. В том случае, если лицо желает осуществить комплекс мер, направленных на защиту права, реализация его, по сути, продолжается, однако уже иными способами и в иных формах.

Итак, защита права – это совокупность действий, объединенных общей целью добиться от правообязанного субъекта выполнения им возложенных на него обязанностей совершить определенные действия или воздержаться от их совершения, обеспечивающих соответствующее право правонаделенного субъекта.

Защита права всегда является составляющей понятия «реализация права», поскольку лишь при условии невозможности реализовать то или иное право встает вопрос о необходимости его защиты, но реализация права далеко не всегда означает одновременно и его защиту.

Таким образом, единственным условием реализации права, а также и его защиты является волеизъявление лица-правообладателя.

Поскольку вопрос о возможности или невозможности реализовать свое субъективное право решается исключительно самим правообладателем, что подтверждается уже самим фактом отсутствия в законодательстве (как материальном, так и процессуальном) соответствующих критериев невозможности получить благо-объект того или иного правомочия, то вопрос о необходимости защиты своего права также решается правонаделенным субъектом самостоятельно.

В свою очередь, нужно разграничивать понятия «защита права» и «право на защиту». Очевидно, что эффективно защитить свое право (равно как и со-

вершить любое юридически значимое действие) возможно только в том случае, если у лица есть на это право. Но говорить о «праве на защиту» ДО наступления момента точного установления его наличия у защищаемого субъекта всегда преждевременно, поскольку, как уже говорилось, любое юридическое право гарантировано правом на его защиту, право на защиту, таким образом, есть неотъемлемая составляющая самого правового установления. Именно поэтому в ст. 46 Конституции РФ закреплено право КАЖДОГО обратиться в суд, то есть последний всегда исходит из ПРЕДПОЛОЖЕНИЯ о том, что защищаемое право есть и оно действительно нарушено или оспаривается, а значит, есть и право на его защиту. Собственно, в силу этих же причин Конституционный суд РФ признал не соответствующим Конституции положение части 1 ст. 134 ГПК РФ в том смысле, в каком оно подразумевает право суда отказать в принятии заявления, в котором оспариваются акты, не затрагивающие права и законные интересы заявителя (см. Определение Конституционного суда РФ от 12.05.2005 № 244-О «По жалобе граждан Вихровой Любови Александровны, Каревой Екатерины Ивановны и Масловой Валентины Николаевны на нарушение их конституционных прав пунктом 1 части первой статьи 134, статьями 220 и 253 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации»).

«Защита права» – это комплекс, или совокупность, действий, направленных на принудительное осуществление права. Ключевое слово здесь – «принудительное». Поскольку осуществление любого права находится в прямой зависимости от действий или бездействий противоположного лица или лиц (второй стороны правоотношения), то в случае невыполнения им или ими своих юридических обязанностей необходимо принудить их к этому, о добровольности речь уже не идет. Принудить же контрагента своими собственными силами невозможно – иначе бы вопрос о защите не встал, а дело ограничилось бы реализацией. Б.Д. Завидов и О.Б. Гусев правильно отмечают: «Под защитой понимается комплексная система мер, применяемых для обеспечения свободной и надлежащей реализации субъективных прав, включая судебную защиту, законодательные, экономические, организационно-технические и другие средства и мероприятия, а также самозащиту гражданских прав»⁶.

Таким образом, защита права всегда сопряжена с необходимостью обращения к третьему лицу, причем такому лицу, которое обладает возмож-

⁶ Завидов Б.Д., Гусев О.Б. Защита гражданских прав по законодательству России // Арбитражный и гражданский процесс. 2000. № 1.

ностью принудить правообязанного субъекта силой к надлежащему выполнению им своих правовых обязанностей.

То, что защита права подразумевает обязательное вовлечение в процесс его реализации третьего, независимого лица, подтверждается и тем фактом, что в законе, в ст. 12 ГК РФ, выделяется такая правовая мера, как «самозащита права»; иными словами, в тех случаях, когда в законе говорится о «защите права», подразумевается деятельность третьего лица, и лишь в случаях, специально обозначаемых как «САМОзащита», идет речь о самостоятельных действиях правореализующего субъекта.

Единственным достаточно властным, «сильным» субъектом является только государство в лице своих органов. Помимо этого, любое право потому и является именно «правом», что оно гарантировано, и гарантирует осуществление права именно государство, для чего и создаются органы государственной власти.

Мы подошли к очень важному выводу, а именно: защита права – это в первую очередь разновидность государственной деятельности.

Осуществляют эту деятельность компетентные государственные органы. В первую очередь это – суд, что прямо закреплено в ст. 2 ГПК РФ: задачами гражданского судопроизводства являются правильное и своевременное рассмотрение и разрешение гражданских дел в целях защиты нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан, организаций, прав и интересов Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований, других лиц, являющихся субъектами гражданских, трудовых или иных правоотношений. Статья 11 ГК РФ также определяет, что защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляет в соответствии с подведомственностью дел, установленной процессуальным законодательством, суд, арбитражный суд или третейский суд (далее – суд). Защита гражданских прав в административном порядке осуществляется лишь в случаях, предусмотренных законом. Решение, принятое в административном порядке, может быть оспорено в суде; а также органы исполнительной власти, в принудительном порядке исполняющие судебные акты.

Из этого положения следует важный вывод: согласно положениям процессуального законодательства, нельзя смешивать понятия «защита права» и «гражданское судопроизводство» – они соотносятся между собой как деятельность и ее результат. Причем «реальная» защита права – прерогатива скорее исполнительной власти, а правосудие – судебной.

Путем судебной деятельности по осуществлению того или иного вида судопроизводства лицо получает возможность инициировать комплекс мер, или действий органов исполнительной власти государства по предоставлению ему объекта того права, нарушение которого и явилось основанием для обращения за защитой. Кроме того, если реализация права – это совокупность действий самого лица-правообладателя, то защита права – это деятельность государства в лице его судебных и исполнительных органов (осуществление права трактуется как удовлетворение материально-правового притязания, а не только как вынесение судебного решения по делу, Европейским Судом по правам человека⁷).

Между тем в действующем российском законодательстве смешение понятий «защита права», «судебная власть», «правосудие» и «судопроизводство» допускается повсеместно.

Итак, правоприменительная деятельность может выражаться в следующем – реализации правоприменяющим субъектом того или иного права, выражающейся в совокупности его действий и действий правообязанных лиц (правоотношении); защите права как «опосредованной» правоприменительной государственной (судебной и исполнительной) деятельности и, наконец, осуществлении права как результата всей правоприменительной деятельности, выражающейся в получении объекта соответствующего права.

Государственный характер деятельности по защите права отличается от альтернативного государственному способу защиты, который в силу этого правильнее именовать не «способ защиты права», а «способ разрешения спора».

Вопросы для самопроверки

1. Поясните различие понятий «защита права» и «охрана права». Дайте понятие защиты права.
2. Охарактеризуйте государственный характер защиты права и правовую природу категории «урегулирование спора».

⁷ См. Постановление ЕСПЧ от 7 мая 2002 года по делу «Бурдов против России» // Российская газета. 2002. 4 июля. № 120 (2988).

ТЕМА 2. СПОСОБЫ И ФОРМЫ ЗАЩИТЫ ПРАВА

Защита права – это важнейшее правовое понятие, обозначающее гарантии существования любого права. Можно сказать, что именно возможность защиты права обуславливает существование самого права.

Выше мы пришли к важному выводу: категория «защита права» означает строго государственную, властную, судебную деятельность. Поэтому здесь и далее мы будем говорить о защите права только применительно к судебной деятельности, когда же речь пойдет о «способах» защиты, мы будем подразумевать «разрешение споров». Так поступает и законодатель – в ряде случаев говоря о защите права, имеется в виду лишь урегулирование правового конфликта. Категорию «разрешение спора» использует и Е.И. Носырева: «Несудебные формы разрешения споров ... возникли как альтернатива гражданскому судопроизводству»⁸.

Истоки понятия способов и форм защиты частного права следует искать в тексте материального закона, поскольку характер и существо гражданских прав определяют природу и начала его защиты.

Реализация частных гражданских прав полностью зависит от воли самого правонаделенного субъекта, и в случае нарушения данных прав или их оспаривания лишь сам правообладатель вправе решать вопрос о том, нарушено ли его право, нужно ли его защищать, с помощью какого субъекта и как следует защитить свое нарушенное или оспариваемое право.

Диспозитивное начало в реализации частных гражданских прав распространяется не только на сферу их реализации, но и на сферу их защиты. Осуществление права зависит от воли самого лица, только это лицо вправе инициировать защиту своего частного права.

Исходя из буквального толкования законов, диспозитивная природа частного гражданского права подразумевает свободу не только в решении вопроса о необходимости его реализации и защиты как составляющей процесса реализации, но и в выборе способа защиты.

Защита права, как уже указывалось, осуществляется с помощью государства в лице его специальных органов – судебной и исполнительной властей. Это прежде всего следует из положения ч. 1 ст. 45 Конституции РФ, в

⁸ Носырева Е.И. Альтернативное разрешение гражданско-правовых споров в США: дис. ... д-ра юрид. наук. Воронеж, 2001. С. 3.

которой закреплено: государственная защита прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации гарантируется. С другой стороны, специальное указание на «государственный» характер гарантируемой защиты подразумевает признание и других, «негосударственных» способов защиты. В ч. 2 ст. 45 Конституции РФ четко сказано: каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом.

В ст. 11 ГК РФ, которая называется «Судебная защита гражданских прав», закреплено, что защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляет в соответствии с подведомственностью дел, установленной процессуальным законодательством, не только собственно суд и арбитражный суд, но и третейский суд; защита гражданских прав в административном порядке осуществляется лишь в случаях, предусмотренных законом; решение, принятое в административном порядке, может быть оспорено в суде. Таким образом, в тексте федерального закона легальное понятие «защита права» официально приравнено к понятию «судебная деятельность», что представляется верным.

Возражения вызывает другое. Согласно ст. 11 ГК РФ, к числу судебных органов, осуществляющих защиту гражданских прав, отнесены не только суды общей юрисдикции и арбитражные суды, но и третейские суды, причем они как бы приравнены друг к другу по статусу («Защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляет в соответствии с подведомственностью дел, установленной процессуальным законодательством, суд, арбитражный суд или третейский суд (далее – суд)»). При этом в соответствии с положением ч. 3 ст. 118 Конституции РФ судебная система Российской Федерации устанавливается Конституцией Российской Федерации и федеральным конституционным законом, создание чрезвычайных судов не допускается.

Согласно той же норме, судебная власть осуществляется посредством конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства (ч. 2 ст. 118 Конституции РФ), а принцип осуществления правосудия только судом закреплен в Главе 7 Конституции, которая называется «Судебная власть». Федеральный конституционный закон от 31 декабря 1996 г. «О судебной системе Российской Федерации» (СЗ РФ, 1997, № 1, ст. 1) установил, что правосудие в Российской Федерации осуществляется только судами, учрежденными в соответствии с Конституцией Российской Федерации и Федеральным конституционным законом. Согласно п. 4 Федерального кон-

ституционного закона к федеральным судам отнесены: Конституционный Суд РФ; Верховный Суд РФ и составляющие его систему федеральные суды общей юрисдикции; Высший Арбитражный Суд РФ и составляющие его систему федеральные арбитражные суды – и все это однозначно свидетельствует о том, что третейские суды не включены в судебную систему РФ.

М.Э. Морозов, председатель Сибирского третейского суда, правильно рассуждает: «Определяя органы, осуществляющие судебную защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав, ст.11 ГК РФ указывает в качестве такого органа третейский суд наряду с арбитражным судом или судом общей юрисдикции. В то же время органы осуществляющие судебную власть на территории России от имени государства исчерпывающе определены в ст.118, 125–127 Конституции РФ. Более того, в силу п.1, п.2 ст. 118 Конституции правосудие в России осуществляется только судом, а судебная власть осуществляется посредством конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства. Исходя из совокупности этих норм, можно сделать следующий вывод: являясь органом осуществляющим судебную защиту нарушенных или оспоренных прав, третейский суд не осуществляет правосудие и не входит в судебную систему России»⁹.

Этот подход считают верным абсолютное большинство юристов. Например, О.Ю. Скворцов указывает: «Созданные на паритетных началах третейские суды органами судебной власти не являются и не входят в судебную систему Российской Федерации»¹⁰. По этому же пути идет и судебная практика – в Постановлении ВАС РФ от 22 ноября 2005 года № 10161/05 сказано: в силу статьи 118 Конституции Российской Федерации и статьи 4 Федерального конституционного закона от 31.12.1996 N 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» третейские суды не входят в судебную систему Российской Федерации, по смыслу статьи 31 Федерального закона от 24.07.2002 N 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» (далее – Закон о третейских судах) обязательность решения третейского суда означает его обязательность лишь для лиц, заключивших третейское соглашение.

⁹ Морозов М.Э. Процессуальные вопросы третейского разбирательства в России. URL: <http://www.yurclub.ru/docs/arbitration/article6.html>

¹⁰ Скворцов О.Ю. Рассмотрение третейскими судами споров о правах на недвижимость. URL: http://juristmoscow.ru/adv_rek/716/

Таким образом, положение ст. 11 ГК РФ противоречит Конституции РФ, и ч. 1 указанной нормы следовало бы изложить в следующей редакции: «защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляет в соответствии с подведомственностью дел, установленной процессуальным законодательством, суд или арбитражный суд (далее – суд)».

Далее, в ст. 12 ГК РФ перечислены способы защиты гражданских прав. Поскольку защиту прав осуществляет, в соответствии со ст. 11 ГК РФ, суд, можно заключить, что перечисленные в последующей статье способы защиты относятся именно к судебной деятельности. Таким образом, защиту гражданских прав осуществляют, в соответствии с ГК РФ, суды (толкая норму ст. 11 ГК РФ буквально – и третейские суды), способами, указанными в ст. 12 ГК РФ.

Однако среди прочих способов защиты права указанная норма называет и «самозащиту права», что явно противоречит логике законодателя, установившего судебный, государственный (если не принимать во внимание ссылку на третейские суды) характер защиты права.

На наш взгляд, в тексте ст. 12 ГК РФ допущено смешение двух самостоятельных понятий, которые необходимо разграничивать: «способ защиты» и «форма защиты».

Представляется, что способ защиты дает ответ на вопрос – кто будет осуществлять защиту? А форма защиты определяет то, каким образом право тем или иным субъектом будет защищено¹¹. В таком ключе понимают соотношение понятий «способ» – «форма» многие ученые, в частности,

¹¹ Здесь необходимо отметить, что так считают не все ученые. В частности, А.М. Эрделевский пишет: «О самозащите прав упоминается в ст. 12 ГК среди других способов, которыми осуществляется защита гражданских прав. Означает ли это, что самозащита действительно является одним из таких способов? Представляется, ответ должен быть отрицательный. Что такое «способ»? Исходя из понимания этого термина, предлагаемого в словаре С.И. Ожегова, способ – это действие или система действий, применяемая при осуществлении чего-нибудь (в нашем случае – при защите гражданских прав). Применительно к ГК такое понимание вполне соответствует смыслу гражданского законодательства. Таким образом, установление конкретного способа защиты предполагает ответ на вопрос о том, какими именно действиями осуществляется защита, но не о том, кто совершает эти действия». См.: Эрделевский А.М. Самозащита прав. URL: <http://www.lawmix.ru/comm/6104/>. Однако мы все же считаем, что характер принимаемых действий зависит именно от статуса лица, их предпринимающего, и более ничем не определяется. – Е.М.

Е.М. Тужилова-Орданская¹². Поэтому самозащита права, понимаемая нами как защита права своими собственными действиями, есть второй законодательно установленный способ защиты, а все прочие положения ст. 12 определяют формы защиты при первом, государственном, способе защиты права.

Таким же образом рассуждал и О.А. Красавчиков, указывая, что формы защиты следует разграничивать с учетом специфики объекта и характера защищаемого права, при этом он выделяет такие формы защиты, как признание права; восстановление положения, существовавшего до нарушения права, и пресечение действий, его нарушающих; присуждение к исполнению в натуре; прекращение или изменение правоотношения; взыскание с лица, нарушившего право, причиненных убытков, а в случаях, предусмотренных законом или договором, неустойки (штрафа, пени)¹³.

На наш взгляд, следует согласиться с мнением Г.В. Севастьянова о том, что «наиболее известными способами защиты гражданских прав считаются личная защита прав (самозащита) и государственная защита прав, осуществляемая судебной системой государства»¹⁴.

На основании сказанного, считаем необходимым внести соответствующие изменения в ст. 11 ГК РФ.

Надо отметить, что предложения по изменению действующей редакции ст. 11 ГК РФ уже делались, так, Э.Л. Страунинг и Г.А. Свердлык предлагали п. 2 ст. 11 ГК РФ изложить в следующей редакции: «Защита гражданских прав в административной форме или в форме самозащиты осуществляется в случаях, предусмотренных законом. Действия по самозащите

¹² Она, например, пишет: «Классификацию способов защиты прав на недвижимость предлагается проводить: а) по видам правомочий собственника, являющихся объектом правонарушения; б) в зависимости от того, сохранилась ли недвижимая вещь, из-за которой возник спор; в) в зависимости от формы реализации способов защиты гражданских прав». См.: Тужилова-Орданская Е.М. Теоретические проблемы защиты прав на недвижимость в гражданском праве России: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2007.

¹³ Советское гражданское право: учебник: в 2 т. Т. 1 / под ред. О.А. Красавчикова. 3-е изд., исправ. и доп. М.: Высшая школа, 1985. С. 95–97.

¹⁴ Севастьянов Г.В. Теоретические основы альтернативного разрешения споров: концепция частного процессуального права // Хрестоматия альтернативного разрешения споров: учебно-методические материалы и практические рекомендации. СПб.: Редакция журнала «Третейский суд», 2009. С. 91.

гражданских прав, а также решения, принятые в административном порядке, могут быть обжалованы в суд»¹⁵.

Указанные авторы вообще склонны выделять не два, а три способа защиты права: судебной, административной и самозащиты права, при этом они используют понятие «формы», а не «способа» защиты¹⁶.

С ними соглашается Е.Е. Богданова, отмечая: «Таким образом, защита гражданских прав и интересов может осуществляться в трех формах: судебной, административной и самозащиты»¹⁷. А.П. Сергеев также склонен в рамках рассмотрения юрисдикционной формы защиты права выделять судебную и административную деятельность, именуя их как «общий» и «специальный» порядки соответственно¹⁸. А.М. Эрделевский, рассуждая иначе и подчеркивая, что «упоминание в ст. 12 о самозащите прав говорит лишь о дозволении субъекту, чьи права нарушены (потерпевшему), выступать в качестве защитника этих прав»¹⁹, предлагает следующее: «саму ст. 11 ГК следовало бы именовать «Порядок защиты гражданских прав», изложив ее в следующей редакции: «Статья 11. Порядок защиты гражданских прав

1. Защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляет в соответствии с подведомственностью дел, установленной процессуальным законодательством, суд, арбитражный суд или третейский суд (далее – суд).

2. Защита гражданских прав в административном порядке осуществляется лишь в случаях, предусмотренных законом. Решение, принятое в административном порядке, может быть обжаловано в суд.

3. Допускается самозащита гражданских прав. Способы самозащиты должны быть соразмерны нарушению и не выходить за пределы действий, необходимых для его пресечения»²⁰.

Полагаем, однако, что в силу законодательно гарантированной возможности каждого обратиться в суд с заявлением об оспаривании нормативных и

¹⁵ Свердлык Г.А., Страунинг Э.Л. Защита и самозащита гражданских прав: учебное пособие. М.: Лекс-книга, 2002. С. 37.

¹⁶ Там же.

¹⁷ Богданова Е.Е. Формы и способы защиты гражданских прав и интересов // Журнал российского права. 2003. № 6.

¹⁸ Гражданское право: учебник. Ч. 1. / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Теис, 1996. С. 268–270.

¹⁹ Эрделевский А.М. Самозащита прав. URL: <http://www.lawmix.ru/comm/6104/>

²⁰ Там же.

ненормативных правовых актов, действий и бездействий государственных органов, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих выделение административного способа защиты права нецелесообразно.

Считаем также, что в силу указанных причин ч. 2 ст. 11 ГК РФ в действующей редакции необходимо исключить.

Таким образом, существуют следующие способы защиты субъективного гражданского права – самозащита, или частная защита, и защита права с помощью государства²¹. Признаками окончательности и непререкаемости обладает, конечно, только результат государственной деятельности по защите права, поэтому самозащиту надо понимать как комплекс самостоятельно осуществляемых мер, направленных на принудительную реализацию права.

Об этом, кстати, говорил в свое время еще Д.И. Мейер: «Право как мера свободы, должно пользоваться охраной со стороны государства; раз свобода лица в известных пределах признана, насильственное вторжение в нее должно быть отражено – без этого пользование свободой будет призрачным и совместная жизнь невозможной. Государство берет право под свою охрану и всякими мерами, могущими привести к желаемой цели, защищает обладателя права от нарушения его: органы власти государственной – судебной и исполнительной – призваны оказывать защиту пострадавшему от правонарушения. Только по исключению, когда помощь со стороны государства может явиться слишком поздно, допускается защита

²¹ Весьма интересно, что некоторые зарубежные исследователи выделяют не два, а три способа защиты субъективных гражданских прав. Так, М. Хьюлитт-Джеймс и Н. Гоулд пишут: «Участвующие в споре стороны, не способные разрешить его между собой, обладают тремя основными способами, с помощью которых они могут разрешить спор. ... (к ним относится. – *Е.М.*) рассмотрение дела. Также используется такая форма, как альтернативное разрешение спора, больше известная по аббревиатуре «АРС». См.: Хьюлитт-Джеймс Марк и Гоулд Николас. Международный коммерческий арбитраж: практическое пособие / пер. с англ. и науч. ред. В.А. Смирнов. Алматы: ТОО «Аян Эдет», 1999. С. 2. При этом ясно, что деятельность так называемых «частных судов» (третьей или арбитража) ученые рассматривают в качестве способа защиты права, а собственно все разновидности АРС – как формы разрешения споров. Однако по каким причинам АРС не включаются в единое понятие частного урегулирования правовых разногласий, не ясно. Вероятно, деятельность арбитража как наиболее урегулированная законодательно представляется им общим способом защиты права, «внутри» которого применяются все прочие формы АРС. – *Е.М.*

права самим его обладателем. Соответственно этому говорят о самозащите и о судебной защите прав»²².

«Самозащита и самоуправство, т.е. охрана права собственными силами субъекта, составляет главный способ защиты частных прав лишь на низших ступенях культурного развития; в развитом государстве самопомощь субъекта при защите своих прав допускается только в самых узких границах, когда она является безусловно необходимой, а помощь государства недостаточной» – указывал В.М. Хвостов²³, как видно, также четко выделявший два способа защиты прав – самозащиту и государственную защиту.

Говоря о правовой природе самозащиты субъективных гражданских прав, следует помнить в первую очередь об этимологии этого слова и рассматривать самозащиту именно как САМОзащиту, то есть защиту своими силами, без обращения к властному субъекту, к государству, к суду. Поэтому В.П. Грибанов и утверждал, что «под самозащитой гражданских прав следует понимать совершение управомоченным лицом дозволенных законом действий фактического порядка, направленных на охрану его личных или имущественных прав и интересов»²⁴.

Самозащита, строго говоря, не может рассматриваться в качестве «защиты» права как таковой, поскольку при этом подразумевается, что весь комплекс мер по защите в данном случае будет осуществляться самим субъектом, чье право нарушено («САМОзащита»); однако если бы он (субъект) мог совершить указанные действия самостоятельно, процесс не вышел бы за рамки «реализации» права; кроме того, применение «силовых» принудительных мер – исключительная прерогатива государства и его органов, которые действуют в соответствии с их компетенцией и полномочиями, четко закрепленными в законе.

Но, поскольку термин «самозащита права» является легальным и представляет собой одно из дарованных государством правомочий, существо его

²² Мейер Д.И. Русское гражданское право: в 2 ч. по исправ. и доп. 8-му изд., 1902. изд. 3-е, испр. М.: Статут, 2003. 831 с. (Классика российской цивилистики.)

²³ Хвостов В.М. Общая теория права. Элементарный очерк / по изданию 1911 г. URL: Allpravo.Ru 2003.

²⁴ Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. изд. 2-е, стереотип. М.: Статут, 2001. 411 с. (Классика российской цивилистики) // КонсультантПлюс. URL: http://civil.consultant.ru/elib/books/1/page_13.html#10

необходимо исследовать и раскрыть в целях недопущения существования в отечественном законодательстве сугубо «декларативных» прав.

Таким образом, исходя из буквы закона, защитить свое право можно или самостоятельно, или обратившись к какому-либо третьему лицу, арбитру. И таким лицом может быть либо субъект, равный по своему правовому статусу спорящим сторонам, либо субъект, наделенный властью, властный субъект.

Властный субъект, который может императивно разрешить спор – это государство, действующее в лице его органов. Органом, уполномоченным разрешать правовые конфликты, является суд. Государственная деятельность по защите субъективных прав называется «правосудием». Можно согласиться с мнением М.Г. Кательникова, который утверждает, что судебная защита права характеризуется такими свойствами, как: субъектами права на судебную защиту является неограниченный круг лиц (граждане, их объединения, а также иностранные граждане и лица без гражданства, публично-правовые образования); право на судебную защиту составляет часть общего правового статуса человека и гражданина (*status negativus*) и, в то же время, служит гарантией этого статуса (*status positivus*), поскольку человек и гражданин обладают этими правами независимо от того, есть ли у него конкретный повод требовать защиты его прав и свобод; право на охрану прав и законных интересов включает не только право на защиту от возможных нарушений со стороны законодательной и исполнительной власти, но и от ошибочных решений суда; право на судебную защиту относится к числу прав, которые не подлежат ограничению ни при каких обстоятельствах, поскольку ограничение этого права ни при каких условиях не может быть обусловлено необходимостью достижения признаваемых Конституцией Российской Федерации целей (защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства); право на судебную защиту как закрепленное законом, имеющим высшую юридическую силу, является непосредственно действующим (ст. 15 Конституции РФ) вне зависимости от наличия регламентации соответствующей процедуры его реализации»²⁵.

²⁵ Кательников М.Г. Конституционное право на судебную защиту (на примере практики Конституционного Суда Российской Федерации): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2006. С. 6–7.

Анализируя содержание ст. 11 ГК РФ, мы пришли к выводу о том, что в силу многих причин третейский суд нельзя признать, наряду с судом общей юрисдикции и арбитражным судом, органом, осуществляющим судебную защиту прав, или правосудие. В этом смысле норма ст. 11 «Судебная защита гражданских прав» сформулирована, как минимум, некорректно. Вместе с тем, третейские суды действительно рассматривают большое количество гражданских дел, их деятельность урегулирована законом, а решения признаются государством и могут быть оспорены в суд лишь по формальным основаниям.

В том случае, когда арбитром спорящие стороны выбирают не государство в лице суда, а субъекта, равного себе по правовому статусу, разрешение спора происходит в частном, негосударственном порядке. Условия, продиктованные третьим лицом, приравниваются в данном случае к условиям, выработанным самими сторонами конфликта – достичь согласия по каким-либо вопросам и подписать соответствующее соглашение можно, оговорив условия этого соглашения лично, самостоятельно, а также выбрав для этой цели третье лицо, заранее согласившись подписать те условия, которые будут им высказаны.

Таким образом, привлечение третьего независимого, но равного по статусу лица в качестве арбитра означает, по сути, альтернативное (на то, что это альтернатива государственному способу защиты права, указывает предлог «или»: защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляет в соответствии с подведомственностью дел, установленной процессуальным законодательством, суд, арбитражный суд или третейский суд) разрешение спора, тогда как обращение для этой цели к властному субъекту означает использование принципиально иного, государственного способа разрешения конфликта²⁶.

²⁶ Надо отметить, что в науке представлено и такое мнение: «Поскольку «правосудие в Российской Федерации осуществляется только судом» (ч. 1 ст. 118 Конституции), постольку «альтернативы» собственно правосудию в России нет и быть не может. Представляется более предпочтительным и корректным использовать два других понятия: «внесудебное разрешение споров» и «судебное разрешение споров». Исходя из этого посыла целесообразнее ч. 1 ст. 118 Конституции РФ представить в следующем виде: «Правовые споры в Российской Федерации могут решаться посредством внесудебных и судебных процедур», – считает М.И. Романенко. См.: Романенко М.И. Альтернативные формы разрешения правовых конфликтов в сфере прав человека и гражданина: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2008. С. 8. Между тем, как пред-

Взаимного согласия сторон спора для обращения к государству в лице суда не требуется, это происходит в одностороннем порядке, т.к. в соответствии со ст.46 Конституции РФ каждый имеет безусловное право на судебную защиту своих прав и законных интересов, не требуется также согласия ни одной из сторон спора для принятия ими условий судебного решения, т.к. в силу особого правового положения суда его вступившие в законную силу решения обязательны и имеют силу закона. Напротив, при использовании альтернативного способа защиты права необходимо согласие обеих сторон спора.

Итак, анализ положений действующего российского законодательства позволил придти к следующему выводу: защита частных гражданских прав может осуществляться тремя способами: государственным (судебным в узком смысле и судебно-исполнительным – в широком), альтернативным, или частным, а также путем самозащиты права.

На основании вышеизложенного, можно предложить статью 11 ГК РФ изложить следующим образом:

«Статья 11. Способы защиты гражданских прав

1. Государственную защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляет в соответствии с подведомственностью дел, установленной процессуальным законодательством, суд или арбитражный суд (далее – суд).

2. При наличии взаимного и добровольного согласия всех сторон спора он может быть передан на рассмотрение третейского суда. Отношения между сторонами спора по поводу передачи дела на рассмотрение третейского суда регулируются положениями Главы 9 настоящего Кодекса.

2. Допускается самозащита права при условии соблюдения всех норм действующего законодательства».

Государственный способ защиты частных гражданских прав осуществляется в следующих формах: признания права; восстановления положения, существовавшего до нарушения права, и пресечения действий, нарушаю-

ставляется, автор неверно понимает само значение используемого термина «альтернативный». Имеется в виду «альтернатива государственному разрешению спора, правосудию», а вовсе не «альтернатива судам». И то, что это именно «альтернатива» судебной деятельности (в смысле «или-или») доказывается уже положениями процессуального законодательства, допускающими обжалование решений третейских судов лишь по формальным основаниям. – *Е.М.*

ших право или создающих угрозу его нарушения; признания оспоримой сделки недействительной и применения последствий ее недействительности, применения последствий недействительности ничтожной сделки; признания недействительным акта государственного органа или органа местного самоуправления; присуждения к исполнению обязанности в натуре; возмещения убытков; взыскания неустойки; компенсации морального вреда; прекращения или изменения правоотношения; неприменения судом акта государственного органа или органа местного самоуправления, противоречащего закону; и иными способами, предусмотренными законом.

Теперь необходимо выяснить природу категории «самозащита права» и четко определить формы ее осуществления.

Прежде всего, легальное основание для признания самозащиты права в качестве самостоятельного способа защиты закреплено в тексте Основного Закона РФ – статья 45 гласит:

1. Государственная защита прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации гарантируется.

2. Каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом.

Затем о самозащите права говорится, как уже указывалось, в тексте ст. 12 ГК РФ. Наконец, самозащите частного права посвящена отдельная ст. 14 в рамках ГК РФ. В ней зафиксировано: Допускается самозащита гражданских прав. Способы самозащиты должны быть соразмерны нарушению и не выходить за пределы действий, необходимых для его пресечения.

Нетрудно заметить, что при столь однозначном государственном признании такого способа защиты частного гражданского права, как самозащита, ее конкретные формы в законе не перечислены, существо их не раскрывается, что и представляет собой основную сложность при исследовании проблем самозащиты гражданского (частного) права.

В Стандартах Совета Европы в области прав человека применительно к положениям Конституции Российской Федерации закреплено: «Право на самозащиту прав и свобод прямо не предусмотрено в конвенциях и хартиях Совета Европы. Под правом на самозащиту подразумеваются способы защиты прав, которые не предполагают обращение за помощью ни к административным, ни к судебным государственным органам. Здесь имеются в виду ситуации, когда защита прав осуществляется гражданами самостоятельно или с помощью структур гражданского общества. К таким структурам

можно отнести общественные организации и объединения, в том числе профсоюзы, а также неинституционализованные инициативные группы и средства массовой информации. Они реализуют данное право, используя различные средства, допустимые в соответствии с национальным законодательством: собрания, митинги, демонстрации, пикетирования, забастовки и т. п., направленные на привлечение общественного внимания и мобилизацию общественного мнения для отстаивания определенных интересов и защиты нарушенных прав. Подобный способ защиты прав обычно не предполагает участия государства. Напротив, государство должно воздерживаться от чрезмерного вмешательства в деятельность институтов гражданского общества. В то же время от государства требуется создание такой правовой системы, в которой эти институты могут беспрепятственно функционировать. По сути дела, это одна из разновидностей позитивных обязательств, возлагаемых на государства-участники Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года, – осуществлять законодательное и иное правовое регулирование, позволяющее лицам, находящимся под их юрисдикцией, нормально пользоваться правами и свободами, гарантированными Конвенцией. ... Некоторые из прав, предусмотренных Конвенцией о защите прав человека и основных свобод, предоставляют определенные возможности для самозащиты прав и свобод. В частности, статья 10 Конвенции гарантирует свободу выражения мнения, включающую в себя свободу придерживаться своего мнения и свободу получать и распространять информацию, в том числе являющуюся оскорбительной, шокирующей или раздражающей для государства или части населения. ... Статья 11 Конвенции, гарантирующая свободу собраний и объединений, также может быть истолкована как обеспечивающая возможности для самозащиты прав и свобод, поскольку одной из ее форм является проведение митингов, шествий и пикетирований, а также создание объединений, в том числе профессиональных союзов. ... Европейская социальная хартия (пересмотренная) содержит целый ряд положений, направленных на обеспечение трудящимся возможностей для защиты их трудовых и социальных прав. В частности, государства-участники принимают на себя обязательства содействовать проведению совместных консультаций между трудящимися и работодателями, созданию механизмов для проведения добровольных переговоров между работодателями или организациями работодателей, с одной стороны, и организациями трудящихся – с другой, с целью определения условий занятости

посредством коллективных договоров, а также механизма примирения и добровольного арбитража для урегулирования трудовых споров. Кроме того, государства признают право трудящихся и работодателей на коллективные действия в случаях коллизии интересов, включая право на забастовку (статья 6). Государства-участники Социальной хартии обязуются принимать меры, дающие трудящимся и их представителям возможность получать информацию об экономическом и финансовом положении предприятия, участвовать в консультациях относительно предлагаемых администрацией решений, которые могут существенно затрагивать их интересы (статья 21), а также в определении и улучшении условий и организации труда, обеспечении охраны и гигиены труда, организации социально-культурного обслуживания, в контроле за соблюдением правил и положений, регулирующих указанные вопросы (статья 22)»²⁷.

Вероятно, опираясь на эти положения, С.В. Горбачева, исследуя вопросы самозащиты, определяет ее как «право человека, существовавшим до возникновения государства, которое позже взяло на себя обязанность содействовать правомерным предписаниям своих граждан. Действия по самозащите есть проявление сущностных свойств человеческой личности. Возможность отстаивать свои права собственными силами вытекает из естественной общечеловеческой природы (основывается на таких естественных правах человека, как право на жизнь, личную неприкосновенность и др.), что позволяет гражданам самим найти наиболее правильный путь реализации своей правовой активности, ... совокупность разрешаемых, признаваемых либо не запрещенных государством действий самого человека по обоснованному и законному предупреждению, пресечению и отражению нарушений, а также восстановлению нарушенных (оспариваемых) субъективных прав, свобод и законных интересов без обращения за помощью к компетентным органам»²⁸. Способы (которые мы понимаем как «формы») самозащиты, этот автор группирует в зависимости от характера предпринимаемых лицом действий на правовые и неправовые: «Способы самозащиты условно можно разделить на правовые и неправовые. Правовые способы са-

²⁷ Стандарты Совета Европы в области прав человека применительно к положениям Конституции Российской Федерации // Информационная система по документам по правам человека и тематическим публикациям. URL: <http://www.echr-base.ru/pravo34.jsp>

²⁸ Горбачева С.В. Самозащита прав по российскому законодательству: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2005.

мозащиты – это действия урегулированные нормами права; неправовые способы самозащиты – это действия прямо не предусмотренные в законодательстве, но не противоречащие ему. В качестве правового способа может выступать использование таких прав, как: право на забастовку, право на объединение, право на собрание и мирные публичные мероприятия и др. К неправовым способам самозащиты прав можно отнести такие как самоубийство и угрозу его совершения, голодовку и др.»²⁹

Со своей стороны отметим, что выделение так называемых «неправовых» способов, или форм, самозащиты права противоречит как правовой теории, поскольку неизбежно переносит нас в плоскость правонарушений, так и действующему законодательству, в частности, положению ст. 11 ГК РФ, в которой говорится: защита гражданских прав осуществляется путем ... самозащиты права ... и иными способами, предусмотренными законом; из чего становится очевиден сугубо правовой характер самозащиты и невозможность отнесения к ее разновидностям, например, голодовки.

Что же касается правовых средств самозащиты, то это в первую очередь не право на митинги и шествия (хотя говоря применительно к праву на объединения, его можно рассматривать в качестве способа самозащиты, поскольку, согласно ч. 1 ст. 30 Конституции РФ, «каждый имеет право на объединение, включая право создавать профессиональные союзы для защиты своих интересов», то есть защиту осуществляет не само лицо, а именно профсоюз, объединение, но это именно САМОЗАЩИТА, так как лицо своими силами и волей, путем прямого волеизъявления соглашается участвовать в тех мерах, которые намерено предпринять объединение), а, скорее, те права, которые прямо предусмотрены федеральным законом – например, право отказаться от принятия недоброкачественного товара.

В науке существует также такое понимание природы самозащиты права: «Самозащита трудовых прав отличается от других способов восстановления нарушенного права, например, путем ведения индивидуальных и коллективных трудовых споров, обращения в органы государственного надзора за соблюдением трудового законодательства», – пишет В.И. Миронов³⁰. «Полагаем, что самозащита гражданских прав в широком смысле

²⁹ Горбачева С.В. Самозащита прав по российскому законодательству.

³⁰ Миронов В.И. Трудовое право России: учебник. М., 2005. С. 1087.

этого слова может рассматриваться как любые (т. е. в том числе и судебно-административные) действия лица, связанные с защитой своих прав от нарушения», – отмечает Д.Д. Арабули³¹.

В обоих случаях в понятие самозащиты авторами включается и государственная деятельность (административная и даже судебная), что представляется как минимум спорным.

Одним из наиболее существенных моментов в правовой природе категории «самозащита права» является тот факт, что самозащита, в отличие от альтернативных способов разрешения споров, применяется в одностороннем порядке; как отмечал В.П. Грибанов, «под самозащитой гражданских прав следует понимать совершение управомоченным лицом дозволенных законом действий фактического порядка, направленных на охрану его личных или имущественных прав и интересов»³². При обращении к посреднику, третейскому суду и проч. необходимо согласие противоположной стороны спорного правоотношения, в случае применения мер по государственной защите права согласия второго субъекта спора не требуется, но при положительном решении вопроса о возбуждении дела в суде он привлекается в процесс в принудительном порядке в качестве ответной стороны. И лишь самозащита права производится сугубо односторонне и собственными силами правообладателя. Поэтому можно согласиться с таким определением самозащиты права: «Гражданская самозащита – это основанная на положениях и требованиях Конституции РФ совокупность не запрещенных федеральным законодательством самостоятельных (без обращения к какому-либо государственному органу либо общественной организации), юридически значимых деяний граждан по защите собственных или чужих прав, свобод и законных интересов, обеспечивающих условия нормальной жизнедеятельности всех сфер гражданского общества и правового государства»³³.

³¹ Арабули Д.Д. Самозащита как форма защиты гражданских прав в ГК РФ: доклад на Межрегиональной научно-практической конференции молодых ученых (заочной) «Актуальные проблемы науки и практики в современном мире». URL: http://www.conf.muh.ru/080901/thesis_Arabuli_01.htm

³² Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. 2-е изд., стереотип. М.: Статут, 2001. 411 с. (Классика российской цивилистики.)

³³ Меркурьев В.В. Теоретические и методологические проблемы уголовно-правового обеспечения права человека на гражданскую самозащиту: дис. ... д-ра юрид. наук. Рязань, 2006.

Е.Е. Богданова тоже правильно понимает самозащиту как «осуществление самостоятельно управомоченным лицом действий фактического и/или юридического характера, направленных на устранение нарушений права»³⁴, как и Е.И. Гончаров, отмечающий, что самозащита – это «возможность лица действовать самостоятельно, без обращения в юрисдикционные органы и совершения им действий фактического и (или) юридического характера, направленных на предупреждение, пресечение и устранение нарушений прав и законных интересов, способами, не запрещенными законом и не выходящими за пределы действий, необходимых для пресечения указанных нарушений»³⁵. Вместе с тем действия «фактического» характера то вряд ли могут быть квалифицированы как «самозащита», поскольку они не предусмотрены в нормах действующего законодательства и, соответственно, не влекут наступления юридически значимых последствий в виде осуществления спорного права. Как уже отмечалось, именно поэтому голодовка или угроза самоубийством не могут расцениваться как формы самозащиты права.

Далее, если государственная защита гарантируется лишь в отношении уже нарушенного или оспариваемого права (так, согласно норме п. 4 ч. 2 ст. 131 ГПК РФ в исковом заявлении необходимо указать, в чем заключается нарушение либо угроза нарушения прав, свобод или законных интересов истца и его требования), то говоря о самозащите права, необходимо различать предпринимаемые управомоченным лицом для самозащиты своих прав меры превентивного характера и меры активно-оборонительного характера³⁶.

Таким образом, логически переходим к формам самозащиты прав.

В.П. Грибанов различал самозащиту активно-оборонительного характера и превентивного и указывал: «Необходимая оборона и действия при крайней необходимости относятся к мерам активно-оборонительного характера. К мерам превентивного характера относятся, в частности, используемые собственником меры охраны своего имущества. ... Право собственника или лица, владеющего имуществом на иных основаниях, принимать необходимые меры охраны имущества прямо действующим гражданским законодательством не предусмотрено. Однако такое право существует. Оно косвенно может быть

³⁴ Богданова Е.Е. Формы и способы защиты гражданских прав и интересов // Журнал российского права. 2003. № 6.

³⁵ Гончаров Е.И. Самозащита гражданских прав и свобод человека и гражданина: Конституционно-правовой аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2006.

³⁶ Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав.

выведено из ряда гражданско-правовых норм. Поскольку в нашем обществе еще не изжиты такие антиобщественные явления, как кража, грабеж, хищение, то очевидно само собой, что, признавая за гражданином или организацией право собственности, оперативного управления, право пользования, залоговое или иное право на имущество, закон признает за ним также и право принимать необходимые меры охраны этого имущества от расхищения. ... Институт необходимой обороны является комплексным институтом, регламентированным как гражданским, так и уголовным законодательством. ... Под необходимой обороной в гражданском праве следует понимать не только такие действия обороняющегося, которые подпадают под признаки состава преступления, но и те действия обороняющегося, которые не подпадают под признаки преступления, но подпадают под признаки гражданского правонарушения. Так, например, в случае, когда в целях обороны от напавшего хулигана обороняющийся разорвал на нем одежду и связал его хулигана, никаких оснований для признания его действий подпадающими под признаки состава преступления может и не быть. Однако факт причинения вреда налицо, и такой вред не подлежит возмещению как причиненный в состоянии необходимой обороны»³⁷.

Во-первых, что касается мер превентивного характера, то, как уже отмечалось, их существо охватывается самостоятельным понятием «охрана права» и исчерпывается единственным выражением, а именно гарантируемой со стороны государства защиты в случае нарушения прав; далее – нельзя смешивать понятия «охрана права» и «охрана имущества», поскольку меры по охране имущества есть суть отдельные гражданские права, которые также, в свою очередь, подлежат охране и защите; наконец, защита – это действия, предпринимаемые в отношении нарушенного или активно оспариваемого права, тогда как охране подлежит право «в статике».

Во-вторых, ученый в качестве одной из разновидностей мер по самозащите права рассматривает необходимую оборону, являющуюся институтом уголовного права.

Вслед за В.П. Грибановым необходимую оборону, а заодно и действия в условиях крайней необходимости, в число способов самозащиты частного гражданского права включают и многие другие ученые, например, Е.Е. Богданова: «Отсюда вытекает, что самозащите присущи свои, особые

³⁷ Грибанов В.П. Указ. соч.

способы защиты гражданских прав и интересов. Например, необходимая оборона, крайняя необходимость и т. д.»³⁸

Е.И. Гончаров также пишет, что в числе способов самозащиты прав можно выделить право на необходимую оборону, на действия в состоянии крайней необходимости, право на применение оружия, право на объединение, включая право создавать профессиональные союзы для защиты своих интересов, право на проведение собраний митингов пикетирований, шествий, право на забастовку и др.³⁹.

Однако необходимая оборона определяется в законе как «защита личности и прав обороняющегося или других лиц, охраняемых законом интересов общества или государства от общественно опасного посягательства, если это посягательство было сопряжено с насилием, опасным для жизни обороняющегося или другого лица, либо с непосредственной угрозой применения такого насилия» (ч. 1 ст. 37 УК РФ). Таким образом, уголовный закон связывает возможность применения мер необходимой обороны, результатом которых будет причинение вреда посягающему лицу, только с насилием, причем представляющим опасность для жизни обороняющегося или другого лица. Поэтому понятно, что в случае невыполнения одной стороной условий, допустим, подрядного договора оснований для применения другой стороной мер по необходимой обороне нет. Учитывая то, что частные, или гражданские в широком смысле, права, как уже указывалось, предполагают индифферентное отношение государства к процессу их осуществления именно в силу отсутствия в них элемента общественной, публичной, значимости, а также то, что подобные приведенному примеру права составляют суть любого частного права, нужно отвергнуть утверждение о том, что необходимая оборона – одна из форм самозащиты частного гражданского права. Забегая вперед отметим, что необходимая оборона – это форма самозащиты не частного, а публичного права. Считаем правильным подход А.М. Эрделевского, который четко разграничивает самозащиту частных и публичных прав: «Эти вопросы тесно взаимосвязаны и с применением ряда институтов уголовного права (необходимая оборона, крайняя необходимость, самоуправство)»⁴⁰.

³⁸ Богданова Е.Е. Формы и способы защиты гражданских прав и интересов.

³⁹ Гончаров Е.И. Самозащита гражданских прав и свобод человека и гражданина: конституционно-правовой аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2006. С. 7.

⁴⁰ Эрделевский А.М. Самозащита прав. URL: <http://www.lawmix.ru/comm/6104/>

Для определения конкретных форм самозащиты большое значение имеют основания их возникновения. Э.Л. Страунинг пишет: «Способы самозащиты могут допускаться как законом, так и договором, всегда выражаются в форме действия и направлены на обеспечение неприкосновенности права, пресечение нарушения и ликвидацию последствий. ... Под самозащитой гражданских прав понимаются допускаемые законом или договором действия управомоченного лица, направленные на обеспечение неприкосновенности права, пресечение нарушения и ликвидацию последствий такого нарушения. ... Способы самозащиты гражданских прав не являются неким однородным массивом и подразделяются на виды. Автором анализируются разновидности способов самозащиты гражданских прав. Предлагаются классификации способов самозащиты по ряду оснований; административно-правовые необходимая оборона и крайняя необходимость представляют собой способы самозащиты гражданских прав, вытекающих из внедоговорных отношений»⁴¹. Такого же мнения придерживался Ю.Г. Басин⁴², тогда как Г.Я. Стоякин полагал, что самозащита допустима только в договорных отношениях⁴³.

Действительно, самозащита частного гражданского права как одна из разновидностей общеправовой защиты имеет ту же природу, что и само подлежащее защите частное гражданское право. Поэтому реализуется самозащита так же, как и частное право, то есть своей волей и в своем интересе (ч. 2 ст. 1 ГК РФ: граждане (физические лица) и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе. Они свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора), однако при этом меры по самозащите права не могут противоречить основам и принципам гражданского законодательства. Поскольку действующее законодательство устанавливает границы осуществления частных прав (гражданские права могут быть ограничены на основании федерального закона и только в той мере, в какой это необходимо в целях за-

⁴¹ Страунинг Э.Л. Самозащита гражданских прав: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999.

⁴² Басин Ю. Г. Основы гражданского законодательства о защите субъективных гражданских прав // Проблемы применения Основ гражданского законодательства и Основ гражданского судопроизводства Союза ССР и союзных республик. Саратов, 1971. С. 36–37.

⁴³ Стоякин Г.Я. Меры защиты в советском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1973. С. 82.

щиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства), то и самозащита права также может быть ограничена.

Таким образом, действительно, формы самозащиты частного гражданского права могут быть закреплены как в действующем законодательстве, так и в договоре.

В качестве отдельных форм самозащиты гражданского права могут выступать все односторонне совершаемы лицом действия, например: начисление процентов, пень, штрафов, изъятие или удержание имущества и проч. Общим требованием для всех форм самозащиты является их легитимность.

«Если гражданское правонарушение в первую очередь ущемляет имущественный интерес управомоченной стороны, а главное назначение санкции заключается в восстановлении этого интереса, то способ, которым это восстановление может быть достигнуто, не требует использования во всех случаях властных действий государственных органов. На первый план выдвигается совершение таких действий самим правонарушителем. Поэтому большинство гражданско-правовых санкций конструируется как обязанность должника совершить определенные действия, восстанавливающие нарушенное правоотношение. Например, санкции подобного рода содержатся в п. 4 ст. 54 ГК РФ: "Лицо, неправомерно использующее чужое зарегистрированное фирменное наименование, по требованию обладателя права на фирменное наименование обязано прекратить его использование и возместить причиненные убытки", а также в п. 2 ст. 46 ГК РФ: "Лица, к которым имущество гражданина, объявленного умершим, перешло по возмездным сделкам, обязаны возвратить ему это имущество, если доказано, что, приобретая имущество, они знали, что гражданин, объявленный умершим, находится в живых". И только в случае уклонения должника от исполнения этой обязанности приводится в действие принудительная сила государства, угроза применения которой составляет одну из сторон содержания санкции», – пишет А.И. Мягких⁴⁴. Это пример самозащиты права, закрепленной в правовых нормах.

Подобные, но не предусмотренные действующим законодательством, санкции могут закрепляться и непосредственно в тексте договора, и их можно рассматривать как гарантии стабильности частно-правовых отношений.

⁴⁴ Мягких А.И. Договорные санкции в гражданском праве // Гражданское право. 2009. № 1.

Ю.А. Тарасенко пишет: «Совокупность норм, составляющих данные гарантии, направлена на обеспечение стабильности торгового оборота. Эти гарантии предоставляют кредитору возможность предпринять ряд мер предосторожности на случай неисполнения (ненадлежащего исполнения) конкретных обязательств, предотвратить или значительно уменьшить риск неблагоприятных последствий»⁴⁵ – и ключевой здесь является фраза «возможность кредитора», означающая именно самозащиту кредитором своего права.

Что касается альтернативного разрешения споров, или, сокращенно, «АРС», то ключевым является термин «альтернативное» – в данном случае это альтернатива и государственному, или судебному, способу защиты права, и самозащите права.

Е.И. Носырева указывает: «Под альтернативным разрешением споров понимается совокупность разнообразных правомерных процедур, не относящихся к традиционному судебному разбирательству. Такое понимание предопределило подход к выявлению соотношения между альтернативной системой и правосудием. Судебная форма защиты гражданских прав оценивается не как единственно возможная, а как одна из процедур, право на применение которой гарантируется конституцией»⁴⁶.

«Во всем мире существует практика применения альтернативных форм разрешения правовых конфликтов (Alternative Dispute Resolution, или ADR). Они выступают как альтернатива по отношению к официальному правосудию, к судебной системе государства. Рост популярности этих процедур в различных сферах гражданско-правовых отношений привели к существованию многообразных форм этих альтернативных процедур» – указывает П. Штепан⁴⁷. Он отмечает, что «анализируя работы американских авторов, можно прийти к выводу, что альтернативное разрешение

⁴⁵ Тарасенко Ю.А. Кредиторы: защита их имущественных прав: учебно-практическое пособие. М.: Юркнига, 2004. С. 37.

⁴⁶ Носырева Е.И. Альтернативное разрешение гражданско-правовых споров в США: дис. ... д-ра юрид. наук. Воронеж, 2001. С. 9.

⁴⁷ Штепан П., вице-президент Санкт-Петербургского Международного коммерческого арбитража, председатель Судебной палаты по спорам в сфере недвижимости и оценки, председатель Совета директоров Консалтинговой группы «ЮРИНФОРМ-ЦЕНТР». Альтернативные способы разрешения споров (Статья написана по заказу Московского офиса Американской ассоциации юристов для программы «Судебные процедуры как способ защиты прав предпринимателей»). URL: «Юридическая Россия». <http://law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1129449>

споров (ADR) как элемент правовой системы США возникло и развивается по двум основным направлениям – в рамках действующей судебной системы (в публичной сфере), и вне ее (в сфере частного правового регулирования). Эти два направления находятся в постоянном взаимодействии и испытывают взаимное влияние. Тем не менее, каждое из них имеет свою специфику. Поэтому представляет интерес рассмотреть классификацию ADR с точки зрения их деления на две основные категории по основанию принадлежности к той или иной сфере правового регулирования: частные и публичные. Следует оговориться, что термин «публичные» в данном аспекте является в определенной мере условным. Он указывает не на правовую природу альтернативных досудебных процедур (они представляют собой соединение частных и публичных элементов), а на их принадлежность к публичной государственной судебной системе. К частным относятся процедуры, применяемые исключительно на основе добровольного волеизъявления сторон, – переговоры, посредничество, арбитраж, мини-суд и т. п. Данные средства являются самостоятельными, независимыми в своем регулировании и существовании от судебной системы. Они характеризуются большей степенью диспозитивности с минимальным вмешательством со стороны государства. Роль последнего сводится к официальному признанию внесудебной системы альтернативного разрешения правовых споров и обеспечению надлежащих условий ее функционирования»⁴⁸.

К числу альтернативных способов обычно относят: ускоренный арбитраж, мини-судебное разбирательство, посредничество и арбитраж, переговоры, переговоры с помощью современных средств связи, третейский суд, примирительные процедуры, согласительные процедуры, добрые услуги, омбудсмен, экспертиза или заключение эксперта, независимая оценка вопросов права или фактов, судебные конференции, инспекция или регулятивный орган, упрощенный суд присяжных. В основном внесудебная практика разрешения коммерческих споров за рубежом осуществляется в трех формах: прямые переговоры сторон конфликта, медиация (посредничество с участием профессионального посредника – медиатора), третейские процедуры⁴⁹.

Так, Председатель Конституционного Суда РФ В.Д. Зорькин прямо относит третейские суды к числу органов альтернативного, в значении

⁴⁸ Штепан П. Альтернативные способы разрешения споров.

⁴⁹ Столетова Д. Альтернативное разрешение коммерческих споров // Кадровик. Кадровый менеджмент. 2007. № 10.

«негосударственного», разрешения споров: «Государство заинтересовано в развитии инициативности общества, в создании и укреплении негосударственных механизмов решения социальных проблем. Третейское судопроизводство относится к числу альтернативных способов разрешения споров. Природа третейских судов носит частный характер, поскольку указанные суды образуются самими участниками гражданско-правовых отношений; государство не участвует в их формировании и деятельности, ограничиваясь установлением общих правил их создания и функционирования. В свою очередь, наличие в правовой системе альтернативных способов разрешения споров является признаком того, что гражданское общество способно к саморегуляции. Поэтому развитие третейского разбирательства связано, прежде всего, с развитием самого гражданского общества и его институтов»⁵⁰.

В целом, к альтернативным способам разрешения споров относят и собственные совместные действия сторон, и действия третьих лиц негосударственной, частной природы, однако общим для всех этих вариантов является то, что не происходит обращения к государству в лице суда, и т.н. «двусторонность» предпринимаемых действий.

Можно согласиться с определением АРС, сделанным в докладе председателя Арбитражного суда Челябинской области В.И. Коротенко на пресс-конференции, посвященной развитию альтернативных способов урегулирования экономических споров «Альтернативное разрешение споров»: «Под альтернативным разрешением споров следует понимать систему взаимосвязанных действий сторон (как правило, на основании их добровольного волеизъявления) и иных лиц, направленных на внесудебное урегулирование или разрешение с использованием примирительных или иных, не запрещенных законом процедур»⁵¹. Не согласимся лишь с оговоркой «как правило, на основании их добровольного волеизъявления» – альтернативное разрешение возникшего правового разногласия всегда происходит на основании обоюдного согласия сторон. Одностороннего волеизъявления достаточно лишь при государственном способе урегулирования спора и в случае самозащиты права.

⁵⁰ Интервью с Председателем Конституционного Суда РФ Часть I. О правосудии, судебной системе и судопроизводстве. URL: <http://www.kadis.ru/columns/column.php?id=67567>

⁵¹ URL: http://www.chelarbitr.ru/SMI_i_sud/Press-konferencii_dlja_SMI/Doklad_Korotenko_V.I._Alternativnoe_razreshenie_sporov_

М.А. Романенко считает, что «альтернативные формы разрешения правовых конфликтов – это совокупность процедур, направленных на разрешение правового конфликта путем достижения взаимоприемлемого результата, не обладающая признаками судебного разбирательства, применяющаяся до, во время или вне судебного процесса»⁵².

Сходное определение предложено Сюкияйнен Э.Л.: «АРС представляет собой внесудебное разрешение правовых споров (вытекающих прежде всего из гражданских правоотношений) с использованием специальных процедур»⁵³.

Что касается отдельных форм АРС, то, в подавляющем большинстве случаев именуя их «способами АРС», называют посредничество (медиацию), переговоры, третейское разбирательство гражданских дел, международный коммерческий арбитраж, мини-процесс и т. д.

Основные различия между данными формами АРС заключаются в используемых при обсуждении конфликта путях преодоления разногласий – в ряде случаев это прямое и непосредственное взаимодействие сторон спора, в иных случаях – опосредованное.

Вопросы для самопроверки

1. Дайте характеристику системы судебных органов России и определите в ней место третейского суда.
2. Раскройте понятия «способ защиты права» и «форма защиты права».
3. Что представляет собой самозащита субъективного гражданского права и каковы ее конкретные формы?
4. Дайте понятие альтернативным способам разрешения споров.

⁵² Романенко М.А.. Альтернативные формы разрешения правовых конфликтов в сфере прав человека и гражданина: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2008. С. 9.

⁵³ URL: <http://www.indem.ru/Proj/SudRef/prav/AltRazrSporov.htm>

ТЕМА 3. ТРЕТЕЙСКОЕ РАЗБИРАТЕЛЬСТВО ГРАЖДАНСКИХ ДЕЛ (АРБИТРАЖ)

Третейское разбирательство (арбитраж) – основная, важнейшая, законодательно урегулированная форма АРС. Рассмотрим основные вопросы, связанные с ее реализацией.

Современный период третейского производства был начат в 1991 г. с принятием Закона РФ «Об арбитражном суде»⁵⁴. В соответствии со ст. 7 этого Закона допускалось, что по соглашению сторон возникший или могущий возникнуть экономический спор, подведомственный арбитражному суду, до принятия к производству арбитражным судом может быть передан на разрешение третейского суда.

Важным политико-юридическим документом, на базе которого было сформулировано отношение к третейским судам и их месту в юрисдикционной системе России, стала Концепция судебной реформы в Российской Федерации. В Концепции судебной реформы, в частности, в качестве позитивного момента отмечался плюрализм деятельности третейских судов и подчеркивалась необходимость создания третейских судов не только для каждого отдельного случая, но и на постоянной основе⁵⁵.

До 2002 года правовое положение третейских судов регламентировалось тремя законодательными актами – Приложением № 3 к Гражданскому процессуальному кодексу РСФСР⁵⁶, Временным положением о третейском суде для разрешения экономических споров, утвержденным Верховным Советом Российской Федерации 24 июня 1992 года⁵⁷, и Законом РФ «О международном коммерческом арбитраже»⁵⁸.

Е.А. Виноградова в свое время отмечала, что «в ходе работы над локальными нормативными актами: положениями о третейских судах, регламентами рассмотрения в них споров и другими, стала очевидной недостаточность имеющихся и выполненных в основном применительно к внешнеторговым третейским судам теоретических разработок, содержащих мало науч-

⁵⁴ Ведомости СНД и ВС РФ. 1991. № 30. Ст. 1013.

⁵⁵ Концепция судебной реформы в Российской Федерации / сост. С. А. Пашин. М., 1992. С. 98–99.

⁵⁶ ВВС РСФСР. 1964. № 24. Ст. 407.

⁵⁷ Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 30. Ст. 1790.

⁵⁸ Там же. 1993. № 32. Ст. 1240.

но обоснованных рекомендаций по определению содержания названных локальных нормативных актов»⁵⁹. Таким образом, к 2002 году существовала объективная потребность согласования двух законодательных актов, регулирующих деятельность внутреннего третейского судопроизводства и международного коммерческого арбитража.

В условиях отсутствия удовлетворительного правового регулирования деятельности третейских судов на федеральном уровне, в регионах (субъектах Федерации) была предпринята попытка урегулировать третейское производство. Следствием этого стало принятие, к примеру, Закона Республики Башкортостан от 14 октября 1994 г. «О третейском суде»⁶⁰. В Саратовской области была сделана попытка принять законопроект «О третейских судах Саратовской области»⁶¹. В юридической литературе обсуждались вопросы о правомочности урегулирования третейского разбирательства на уровне субъектов Федерации, причем, как правило, с благожелательных позиций⁶².

Сегодня законодательное регулирование третейского разбирательства заключается, прежде всего, в действии на территории Российской Федерации специального Федерального Закона «О третейских судах в Российской Федерации», принятого Государственной Думой РФ 21 июня 2002 года и одобренного Советом Федерации РФ 10 июля 2002 года. Таким образом, данный закон – «ровесник» ГПК РФ и АПК РФ. Он регулирует порядок образования и деятельности третейских судов, находящихся на территории Российской Федерации.

⁵⁹ Виноградова Е.А. Правовые основы организации и деятельности третейского суда: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1994. С. 3–4.

⁶⁰ Третейский суд. Законодательство, практика, комментарии / сост. и автор комм. Е.А. Виноградова. М., 1997. С. 71–79.

⁶¹ Зайцев А.И. Проблемы в деятельности третейских судов и пути их преодоления. М., 2003. С. 34–35.

⁶² Кузнецов Н.В. Вправе ли субъекты Российской Федерации принимать закон «О третейском суде субъекта Федерации» // Развитие альтернативных форм разрешения правовых конфликтов: сб. науч. ст. / под ред. М.В. Немыгиной. Ч. 2. Саратов, 2000. С. 30; Лебедев М.Ю. Соотношение федерального законодательства с региональными регламентами постоянно действующих третейских судов // Вестник Саратовской государственной академии права. 2002. № 2 (31). С. 41–42; Пастухов В.Г. Некоторые мысли по поводу конференции в Геленджике // Третейский суд. 1999. № 4–6. С. 28–29; Зайцев А.И. Указ. соч. С. 34–37.

Указанный ФЗ, без сомнений, имеет приоритетное значение в регулировании сферы третейского разбирательства на территории России. Источниками регулирования третейского процесса в Российской Федерации, помимо него, являются еще три нормативных акта: Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже», Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации и Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации⁶³.

Прежде всего необходимо рассмотреть вопрос о правовой природе третейского разбирательства и выработать определение этого понятия.

Как отметил Председатель Верховного Суда РФ В.М. Лебедев, «взаимоотношения государственного суда и третейского» урегулированы законодательством. Третейский суд – это суд, который выбирают себе сами граждане и они же разрешают свои споры в этом суде. Противоречий, антагонизмов между государственным правосудием и третейскими судами нет»⁶⁴.

В целом, все основные позиции, выработанные в процессуальной науке по поводу понимания природы третейского разбирательства гражданских споров, можно свести к некоторой общей мысли.

К.И. Малышев писал о том, что «третейским судом называется суд частный, суд, власть которого основывается на добровольном соглашении спорящих сторон и избранных ими для разрешения спора посредников. Посредниками (или третейскими судьями – *arbitri, viri boni*) могут быть частные лица, которые сами по себе не имеют никакой судебной власти, но в силу компромисса или третейской записи получают право исследовать и решить частный спор между сторонами, и притом решить по совести, окончательно, без права апелляции»⁶⁵.

⁶³ Скворцов О.Ю., Курочкин С.А., Морозов М.Э. Краткий курс лекций по дисциплине «Третейское разбирательство» // Хрестоматия альтернативного разрешения споров: учебно-методические материалы и практические рекомендации. СПб.: Редакция журнала «Третейский суд», 2009. С. 134.

⁶⁴ Интернет-конференция Председателя Верховного Суда Российской Федерации Лебедева Вячеслава Михайловича на тему: «Реформирование процессуального законодательства в Российской Федерации». URL: <http://www.garant.ru/action/conference/10148/>

⁶⁵ См.: Малышев К.И. Гражданское судопроизводство: Лекции, читанные в 1881/82 ак. г. СПб., 1883. С. 781–782.

К. Анненков отмечал, что «третейский суд есть суд лиц частных, избираемых по воле и согласию самих сторон спора, и нельзя, конечно, не признать, что способом установления третейского суда должен являться договор»⁶⁶.

И.Е. Энгельман писал, что «третейский суд по самому названию есть суд третьего лица, избранного сторонами для решения их спора. Власть его основывается не на общем законе, а на договорном начале, на воле частных лиц, которые, распоряжаясь свободно и самостоятельно своими гражданскими правовыми отношениями, имеют полное право предоставить разрешение случающихся споров избранным ими по взаимному соглашению судьям, определяя притом и те нормы, по которым спор должен быть разрешен, и даже тот порядок, в котором должен производиться суд»⁶⁷.

А.В. Цихоцкий указывал: «Третейское разбирательство – не правосудие, а посредничество, основанное на гражданско-правовом договоре об установлении прав»⁶⁸. Все классические доктринальные разработки сохраняют актуальность и сегодня.

В определении Конституционного Суда Российской Федерации от 13 апреля 2000 г. N 45-О «Об отказе в принятии к рассмотрению обращения Независимого арбитражного (третейского) суда при Торгово-промышленной палате Ставропольского края о проверке конституционности ст. 333 Гражданского кодекса Российской Федерации»⁶⁹ указывается: «Как следует из ст. 125 (ч. 4) Конституции Российской Федерации и п. 3 ч. 1 ст. 1 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» в системной связи со ст. 118 (ч. 3) Конституции Российской Федерации, Конституционный Суд Российской Федерации проверяет конституционность закона, примененного или подлежащего применению в конкретном деле, по запросам судов, входящих в судебную систему Российской Федерации, которая устанавливается Конституцией Российской Федерации и феде-

⁶⁶ См.: Анненков К. Опыт комментария к Уставу гражданского судопроизводства. Т. 6: Мировой устав. Мировые сделки. Третейский суд. СПб., 1887. С. 252.

⁶⁷ См.: Энгельман И.Е. Учебник русского гражданского судопроизводства. 2-е изд., исправ. и доп. Юрьев, 1904. С. 405.

⁶⁸ Цихоцкий А.В. Теоретические проблемы эффективности правосудия по гражданским делам. Новосибирск, 1997. С. 66.

⁶⁹ Судебно-арбитражная практика Московского региона // Вопросы правоприменения. 2001. № 6 (8).

ральным конституционным законом. Между тем ни Конституция Российской Федерации, ни Федеральный конституционный закон «О судебной системе Российской Федерации» не относят третейские суды, каковым является Независимый арбитражный (третейский) суд при Торгово-промышленной палате Ставропольского края, к судебной системе».

Именно вследствие указанных причин третейские суды рассматриваются в качестве квазисудебных органов, которые наряду с иными аналогичными учреждениями в той или иной степени реализуют полномочия судебной власти⁷⁰. Это обусловлено тем, что правосудие как особая государственная деятельность имеет определенную специфику, которая не может быть воспринята системой третейских судов⁷¹.

С.А. Курочкин исчерпывающе описывает основные научные концепции по определению правовой природы третейского разбирательства гражданских дел: «В мировой юридической науке исторически сложилось несколько теорий (доктрин, концепций) правовой природы третейского суда. На заре XX в. сформировалась договорная (концессуальная) теория правовой природы арбитража, в рамках которой разбирательство дела в третейском суде рассматривается в качестве обычного гражданско-правового договорного отношения. ... Арбитражное соглашение, по мнению последователей рассматриваемой теории, относится к обычному гражданско-правовому договору и порождает для сторон конкретные гражданско-правовые обязательства, в том числе и обязательство подчиниться решению, вынесенному третейским судом. Стороны, заключая договор об арбитраже, обязуются выполнить все обязанности, которые могут из него вытекать, и, в частности, исполнить арбитражное решение. Арбитражное соглашение и арбитражное решение рассматриваются как две части единого договора - договора об арбитраже. ... В рамках договорной теории сформировались два классических подхода: во-первых, арбитраж и арбитражное решение квалифицируется как особого рода контракт, соглашение, заключенное арбитрами по поручению сторон; и, во-вторых, арбитражное решение – это мировое соглашение. ... С прямо противоположных позиций подхо-

⁷⁰ Абросимова Е.Б. Судебная власть в Российской Федерации: Система и принципы. М., 2002. С. 33.

⁷¹ Курочкин С.А. Теоретико-правовые основы третейского разбирательства в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.15. Екатеринбург, 2004. С. 11. URL: http://www.szepec.ru/index.php?option=com_content&view=article&id=62&Itemid=73&limitstart=2

дят к анализу природы третейского суда представители процессуальной (публично-правовой) теории. Арбитраж, по мнению ее сторонников, является лишь особой формой отправления правосудия. Отправление правосудия есть функция государства, и если последнее разрешает сторонам прибегать к арбитражу и соглашается прекращать в таких случаях деятельность своих судебных учреждений, то это означает, что содержание арбитража заключается в осуществлении публично-правовой функции. Согласно этой теории арбитры, так же как и судьи, неподконтрольны сторонам по договору и независимы от них, а их компетенция, как и компетенция судей государственных судов, согласуется с волей соответствующего суверенного государства, закрепленной в его законодательстве. К процессуальной теории тяготеет и теория о публично-правовом характере третейского договора. ... Решение третейского суда рассматривается как акт, выражающий властное предписание, акт, имеющий такое же юридическое значение, как и судебное решение. ... В рамках процессуальной теории также сформировались два основных направления.

Во-первых, это теория «акта юрисдикции» – судебного решения, содержание которого заключается в том, что перед арбитром стоит задача разрешить спор и вынести по нему решение, рассматриваемое как акт юрисдикции.

Второе направление именуется конструкцией «делегирования» и основано на тезисе о том, что источником полномочий арбитров является право государства, в котором проводится арбитражное разбирательство. ... Очевидно, что выявленные в споре сторонников во многом полярных теорий противоречия являются отражением особенностей арбитража как механизма разрешения правовых споров. Этим обстоятельством во многом было предопределено возникновение новой теории, вобравшей в себя элементы рассмотренных ранее теоретических конструкций, – теории смешанной правовой природы третейского суда (теории особого рода – *sui generis*). ... Сущность теории смешанной природы третейского суда заключается в признании за третейским судом статуса «смешанного института», содержащего элементы договорного порядка по своему генезису и элементы процессуально-правового порядка по своему юрисдикционному характеру. ... Таким образом, подход к определению правовой природы арбитража дифференцируется в зависимости от понимания места третейских судов в системе гражданской юрисдикции, от включения третейских судов в систему органов судебной власти (процессуальная теория) до уравнивания третейского разбирательства с обычной гражданско-правовой сделкой (договорная теория). В этой схеме теория *sui generis* занимает некое

промежуточное положение между договорной теорией, основанной на диспозитивном методе регулирования, и процессуальной теорией, базирующейся на императивном методе регулирования отношений, и, соответственно, реализует императивно-диспозитивный метод»⁷².

По нашему мнению, нельзя согласиться со сторонниками публичной теории в том, что третейское разбирательство – одна из разновидностей государственного способа разрешения частноправовых споров, поскольку закон позволяет сторонам спора таким образом разрешить его. По нашему мнению, определяющим моментом здесь является источник воли, находящий свое правовое воплощение в решении по делу. При государственном урегулировании спора таким источником является само государство, тогда как при использовании той или иной формы АРС, в частности, третейского разбирательства, источником будет частная воля самих спорящих лиц. Нельзя ссылаться также на возможность делегирования государством своей воли частным лицам, так как закон не допускает «передоверие» полномочий по осуществлению правосудия судом каким-либо другим субъектам права.

Поэтому представляется спорной позиция С.А. Курочкина, который считает, что третейское разбирательство определяется как регламентированная нормами третейского права деятельность третейского суда и участвующих в деле лиц по рассмотрению и разрешению переданного по соглашению сторон спора, возникшего из гражданских правоотношений, а третейский суд – как особый негосударственный юрисдикционный орган, уполномоченный государством и сторонами спорного правоотношения рассматривать и разрешать гражданские дела и выносить обязательные решения⁷³; а также мнение Я.Ф. Фархтдинова, который пишет о том, что третейские суды, независимо от форм их организации, являются уполномоченными государством общественными правоприменительными юрисдикционными органами (судами) по разрешению споров гражданско-правового характера, а их деятельность имеет правовой, правоприменительный характер со всеми вытекающими отсюда юридическими последствиями⁷⁴.

⁷² Курочкин С.А. Третейское разбирательство гражданских дел в РФ: Теория и практика. С. 18.

⁷³ Курочкин С.А. Теоретико-правовые основы третейского разбирательства в Российской Федерации. С. 18. URL: <http://www.dissland.com/catalog/143176.html>

⁷⁴ Фархтдинов Я.Ф. Место третейских судов в системе органов по защите нарушенных или оспоренных гражданских прав // Третейский суд. 2001. № 5/6. С. 35.

Еще раз отметим, что государство вовсе не уполномочивало третейские суды разрешать гражданские споры, наличие же законодательного регулирования в этой области свидетельствует лишь о контроле со стороны государства хозяйственной деятельности субъектов с целью недопущения нарушения прав одних лиц в угоду другим лицам. Точно так же можно трактовать и профессиональную деятельность нотариусов – тот факт, что их деятельность жестко регламентирована федеральным законом, не означает осуществления ими функций по защите права, закон предусматривает возможность обжалования их действий в суд в порядке особого гражданского судопроизводства.

Вспомним, что известный российский юрист, занимавшийся исследованиями в области третейского разбирательства, А.И. Вицын писал, что «существо третейского суда вызывает прежде всего вопрос: какие дела могут подлежать его ведению? Существо института дает и ответ на вопрос. Если это суд частного лица, то естественно ожидать, что законодательство не допустит его по делам, которыми ближе всего заинтересовано само государство. Этим исключаются из ведомства третейского суда дела уголовные... Как институт гражданский третейский суд и может ведать только дела чисто гражданские»⁷⁵.

Полагаем, что наиболее правильной, теоретически выдержанной и практически подкрепленной является именно договорная теория третейского разбирательства.

Понятие третейского разбирательства предопределяет сущностные признаки другого понятия – третейский суд⁷⁶.

Теоретически безупречным, на наш взгляд, можно признать определение, данное третейскому суду Е.А. Виноградовой: «Третейский суд - это лица (лицо), избранные сторонами или назначенные ими в определенном порядке, рассматривающие и разрешающие спор, переданный на их рассмотрение по соглашению сторон, в порядке, также определенном этими сторонами,

⁷⁵ Вицын А.И. Третейский суд по русскому праву: историко-догматическое рассуждение // Третейский суд. 1999. № 4–6. С. 98–99.

⁷⁶ Мы сознательно избегаем именовать «третейское разбирательство» «третейским судом» в целях недопущения известной терминологической путаницы, хотя, в силу многовариантности этимологии слова «суд», это возможно, ведь, как известно, суд в русском языке – это и орган, разрешающий спор, и сам процесс урегулирования правового конфликта. – Е.М.

и правомочные вынести решение, имеющее для сторон ту степень обязательности, которая прямо или косвенно определена в их соглашении»⁷⁷.

К.К. Лебедев подчеркивает, что «третейскими называют негосударственные самодетельные суды, избираемые самими участниками правоотношения для разрешения возникшего между ними спора»⁷⁸.

Р.Ф. Каллистратова полагает, что «юрист, раскрывая термин «третейский суд», должен подчеркнуть при исследовании его статуса как постоянно действующего образования, что это негосударственный правоохранительный орган, осуществляющий свою деятельность на основе самоуправления, что решения третейского суда санкционируются государством, потому имеют обязательно-принудительный характер»⁷⁹. Заметим, однако, что не все решения третейского суда санкционируются государством, а лишь те из них, которые были предметом государственной судебной проверки по заявлению одной из сторон конфликта, обязательной, безусловной же «ратификации» решения третейского суда со стороны государства законом не предусмотрено. Те же решения, которые не были предметом обращения в государственный суд, имеют силу обычного гражданско-правового договора и подлежат обязательному исполнению его сторонами.

Прав В.Н. Тарасов, который предлагает следующее определение третейского суда: это «юрисдикционный орган, избранный по соглашению сторон для разрешения конкретного спора, определенных категорий или всех споров гражданско-правового характера, которые возникли или могут возникнуть между ними, с обязательством подчиниться решению этого суда. Суть третейского разбирательства заключается в том, что стороны доверяют окончательное разрешение спора и вынесение решения выбранному ими третьему лицу (лицам)»⁸⁰.

⁷⁷ Виноградова Е.А. Правовые основы организации и деятельности третейского суда. С. 10, 16.

⁷⁸ Коммерческое право: в 2 ч.: учебник / под ред. В.Ф. Попондопуло, В.Ф. Яковлевой. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2002. Ч. 1. С. 605 (автор главы – К.К. Лебедев).

⁷⁹ Каллистратова Р.Ф. Альтернативное судопроизводство для разрешения экономических споров // Судебная система России. М., 2000. С. 239.

⁸⁰ Тарасов В.Н. Третейский процесс: учебное пособие. СПб., 2002. С. 8.

Весьма лаконично, но, тем не менее, справедливо определение, даваемое третейскому суду Б.Д. Завидовым: это «негосударственный орган, рассматривающий гражданско-правовые споры по соглашению спорящих сторон»⁸¹.

В целом, как видно, исследователи едины. Под третейским судом понимается негосударственный орган, целью деятельности которого является разрешение гражданско-правового спора и который избирается самими участниками спорного гражданско-правового отношения. Возражения вызывает лишь тезис о том, что третейский суд уполномочивается на разрешение правового конфликта в том числе и самим государством.

Мы рассматриваем третейское разбирательство гражданских дел как форму частного, досудебного урегулирования правового конфликта, основанную на договоре сторон, предусматривающем будущую их обязанность подчиниться решению третейского суда, реализуемую на основе принципов диспозитивности и самостоятельности участников спора с привлечением третьего независимого лица – третейского судьи – результатом которой является обязательное заключение сторонами спора гражданско-правового договора, условия которого выработаны и сформулированы третейским судьей. С нашей точки зрения третейское разбирательство (которое никак нельзя называть «судопроизводством») есть институт исключительно частного права.

И в науке, и в практике особенно остро стоит вопрос о подведомственности споров третейскому суду.

Прежде всего, ряд ученых вообще отрицает саму возможность применения категории «подведомственность» применительно к третейским судам. Так, например, М.А. Дубровина считает, что понятие «подведомственность споров третейским судам» не вполне подходит для определения относимости споров к ведению арбитража⁸². Автор предлагает использовать термин «допустимость рассмотрения спора третейским судом (арбитражем)»⁸³.

⁸¹ Завидов Б.Д. Комментарий к Федеральному закону «О третейских судах в Российской Федерации». М., 2003. С. 6.

⁸² Дубровина М.А. Подведомственность споров третейскому суду // Вестник Московского университета. Серия «Право». 2001. № 2. С. 79.

⁸³ Там же.

О.Ю. Скворцов также предлагает отказаться от использования категории «подведомственность дела третьейскому суду» и заменить ее понятием «арбитрабельность спора»⁸⁴. При этом он подчеркивает, что арбитрабельность является более узким понятием, чем подведомственность, по сути, одним из элементов подведомственности⁸⁵.

С одной стороны, подобные рассуждения логичны, ведь, исходя из смысла действующего законодательства, понятие подведомственности распространяется лишь на государственные суды (например, формулировка: суды рассматривают и разрешают дела, предусмотренные частями первой и второй настоящей статьи, за исключением экономических споров и других дел, отнесенных федеральным конституционным законом и федеральным законом к ведению арбитражных судов – ч. 2 ст. 22 ГПК РФ). Правда, неясно, почему процитированная норма не учитывает Конституционный Суд РФ, входящий в судебную систему РФ и обладающий собственной юрисдикцией, тем не менее, достаточно ясными представляются два момента: во-первых, подведомственность спора, по мысли законодателя, должна быть обязательно закреплена в рамках закона, и, во-вторых, она касается лишь системы государственных судов.

С другой стороны, процессуальный закон позволяет спорящим лицам по своему соглашению изменить подведомственность дела (ст. 3 ГПК РФ и ст. 4 АПК РФ). Значит, «источником» подведомственности дела может быть не только непосредственно закон, но и соглашение сторон и можно говорить о так называемой «альтернативной» или «договорной» подведомственности. Измененная, но, тем не менее, это именно «подведомственность». Изменение подведомственности по соглашению возможно только тогда, когда это позволяет закон. Оговорка «спор может быть передан на рассмотрение третьейского суда, если иное не установлено федеральным законом» присутствует во всех нормативных актах.

Однако есть достаточные причины для отказа от использования конструкции «подведомственность» применительно к третьейскому разбирательству.

⁸⁴ Скворцов О.Ю. Комментарий к Федеральному Закону «О третейских судах в Российской Федерации». М.: Омега-Л, 2003. С. 21.

⁸⁵ Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: Проблемы. Тенденции. Перспективы. М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 386.

Полагаем, что введением в оборот другого термина (это может быть и «арбитрабельность», и «относимость») снимается, во-первых, проблема «соблазна» сблизить третейские и государственные суды, которая и так усугубляется благодаря положению ст. 11 ГК РФ и присутствием слова «суд» в формулировке «третейский суд», и, во-вторых, окончательно решается проблема определения правовой природы третейского разбирательства, поскольку «подведомственность» – это процессуальный термин, а «относимость» или «арбитрабельность» – материальный.

Условившись, что ряд правовых конфликтов обладают свойством арбитрабельности (воспримем этот термин – Е.М.), нужно признать существование и таких дел, которые этим свойством не обладают и обладать по определению не могут. Значит, необходимо определиться с критериями арбитрабельности. И это другая большая проблема.

Первый путь – это установление в законе исчерпывающего перечня арбитрабельных споров. Такое решение проблемы предлагает, в частности, О.Ю. Скворцов⁸⁶. В качестве примера часто ссылаются на дореволюционный опыт, когда третейскому суду были подведомственны все споры о праве гражданском⁸⁷ (споры, которые «не должны соприкасаться с государственными интересами»), кроме определенных дел, указанных по перечню в той же статье (статья 1368 Устава гражданского судопроизводства⁸⁸).

Уверены, что в свете поразительного многообразия существующих правоотношений и в условиях постоянного совершенствования и реформирования российского законодательства закрепление упомянутого перечня противоречит логике эволюции права и даже технически невозможно. Об этом уже писали многие авторы, и подобный путь (закрепление исчерпывающего перечня арбитрабельных споров) приведет в тупик.

На наш взгляд, единственно возможный и правильный путь заключается в доктринальной разработке и последующем легальном закреплении единого универсального критерия для определения наличия признака арбитрабельности спора. В литературе предлагаются следующие такие критерии.

⁸⁶ Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России. С. 391.

⁸⁷ На это указывает, в частности, Е.В. Слепченко. См.: Слепченко Е.В. Понятие подведомственности споров третейским судам. СПб., 1997.

⁸⁸ Шенинг В.А. О силе решений третейских судов // Журнал Министерства юстиции. 1896. № 3. С. 85.

1. Наличие третейского соглашения. При этом указывают, что в качестве критерия подведомственности дела третейскому суду может выступать лишь наличие действительного, исполнимого третейского соглашения. Недействительные соглашения не порождают правовых последствий, кроме тех, которые связаны с такой недействительностью⁸⁹.

Однако неясно, каким образом вопрос о действительности и исполнимости третейского соглашения может определять надлежащий либо ненадлежащий характер третейского соглашения как критерия арбитрабельности спора, коль скоро он может быть решен лишь в судебном порядке и по заявлению одной из сторон данного соглашения, а в определенных случаях, когда стороны не ставят вопрос о действительности и исполнимости соглашения, может быть и вовсе не решен, а дело, не обладающее арбитрабельностью, по этой причине все же рассмотрено в третейском суде? По нашему мнению, наличие третейского соглашения – это, по сути, следствие арбитрабельности правоотношения, из которого может возникнуть спор, а не его признак.

2. Характер спорного правоотношения. ГК РФ, ГПК РФ, АПК РФ и ФЗ «О третейских судах в РФ» содержат нормы о том, что для рассмотрения в третейский суд может передаваться любой спор, вытекающий из гражданских правоотношений. Исключения из этого правила могут устанавливаться только в рамках федерального закона.

Между тем, следует иметь в виду, что понятие «гражданское правоотношение» требует уточнения. Что следует понимать под гражданским правоотношением? Наиболее распространенная точка зрения – гражданским правоотношением является такое правоотношение, которое реализуется в соответствии с нормами ГК РФ. При этом такие отношения наделяются следующими признаками: равенство субъектов, диспозитивный характер и т.п. Однако действующий Гражданский кодекс содержит ряд положений, которые не соответствуют этим признакам и прямо противоречат ст. 124 ГК РФ, закрепляющей равные правовые статусы публичных и частных субъектов в сфере гражданских правоотношений. Таковы, например, нормы об изъятии земельного участка для государственных и муниципальных нужд. Следовательно, нельзя смешивать два разных понятия – «гражданское правоотношение» (правоотно-

⁸⁹ Курочкин С.А. Подведомственность дел третейским судам // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2002–2003. № 3. С. 326–328.

шение, урегулированное нормами Гражданского кодекса) и «частное правоотношение» (правоотношение, построенное на принципе равенства субъектов). В идеале они должны совпадать, и Гражданский кодекс должен быть кодексом частного права, но на деле это не так. И заключение третейского соглашения допустимо не в гражданских, а именно частных правоотношениях, в которых нет «публичного элемента», государственной, властной заинтересованности.

Однако нельзя согласиться и с таким утверждением: «В настоящее время Российская Федерация, ее субъекты, муниципальные образования, выступая в качестве субъектов гражданско-правовых отношений, не могут быть стороной третейского разбирательства (во «внутренних» третейских судах), поэтому дела с их участием подведомственны государственным судам»⁹⁰.

Дело в том, что государство, реализуя свои изначальные, управленческие функции, действительно, не может становится стороной в споре, рассматриваемом частным лицом (а третейский суд – это суд частного лица). Но в тех случаях, когда оно реализует свой статус частного хозяйствующего субъекта, ничто не мешает ему согласиться с рассмотрением возникшего спора с его участием в третейском суде, ведь реализуемая им правовая «роль» ничем не отличается от роли третейского судьи как частного лица.

Поэтому представляется, что единый, универсальный критерий наличия у правоотношения свойства арбитрабельности – это субъектный состав участников спора.

3. Субъектный состав участников спора. Точнее, критерий реализуемого в рамках спорного правоотношения субъектом правового статуса, который может быть частным или публичным.

Приняв этот критерий как основной, не составит труда определить арбитрабельность любого правоотношения. В частности, легко решается вопрос о возможности рассмотрения третейскими судами споров о признании права собственности на недвижимое имущество. Как известно, ряд ученых и практиков, например М.Э. Морозов⁹¹, считает, что оно возможно, ссылаясь на указания Верховного Суда РФ, а также разъяснения Конституционного Суда РФ, мы же, применив субъектный критерий арбитрабельности дела, зайдем противоположную позицию, поддержанную в свое время Высшим Арбитражным Судом РФ.

⁹⁰ Курочкин С.А. Подведомственность дел третейским судам. С. 326–328.

⁹¹ Морозов М.Э. Подведомственность третейскому суду споров о признании права собственности // Третейский суд. 2002. № 3/4. С. 185–187.

Поскольку третейское разбирательство гражданских дел является одной из форм частного способа урегулирования правовых конфликтов в гражданско-правовой сфере, ему присущи все признаки и свойства АРС.

Говоря о признаках АРС, часто ограничиваются простым указанием на, по сути, договорную природу их основания. Например, М.А. Романенко отмечает: «Международные требования в области альтернативных форм разрешения правовых конфликтов выражаются в следующих положениях: цель любой альтернативной процедуры – урегулирование и разрешение правового конфликта; основа альтернативной процедуры – добровольность применения; во всех альтернативных формах (за исключением переговоров) должно участвовать независимое и нейтральное лицо; все альтернативные формы разрешения правовых конфликтов должны отвечать требованиям относительной формальности, основанной на усмотрении сторон. Альтернативные формы должны основываться на следующих международных принципах: принцип сотрудничества, предполагающий выявление общих интересов сторон, строится на основе взаимных уступок; принцип дифференциации, при котором участники правового конфликта могут использовать альтернативные средства каждое в отдельности, в комбинациях друг с другом либо в определенной последовательности; принцип конфиденциальности, предполагающий негласность любой альтернативной процедуры»⁹². Однако данный перечень не представляется исчерпывающим.

Исследуем признаки третейского разбирательства гражданских дел подробно.

Первым признаком является добровольность применения. Рассмотрение дела в третейском суде возможно лишь при согласии на это обеих спорящих сторон. Это общепризнанное мнение, однако в такой формулировке скрыта определенная неточность.

Дело в том, что по действующему законодательству допускается рассмотрение гражданских дел как в постоянно действующих третейских судах, чья деятельность урегулирована целым пакетом документов и регламентом, так и третейскими судами, созданными для разрешения отдельного, конкретного спора, и прекращающими свое существование после вынесения решения по этому делу. Поэтому если основание обязанности по

⁹² Романенко М.А. Альтернативные формы разрешения правовых конфликтов в сфере прав человека и гражданина: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2008. С. 7.

рассмотрению спора постоянным третейским судом возникает из соответствующих документов, зафиксировавших волеизъявление организации, при которой данный суд создан, то основание подобной обязанности для суда *ad hoc* должно быть закреплено непосредственно в соглашении о передаче спора в третейский суд. Представляется, что в данном случае третейская запись должна быть не двусторонней, а трехсторонней, и заключаться, с одной стороны, между сторонами спора, а с другой – с лицом, избранным ими в качестве третейского судьи. Стороны при этом договариваются о делегировании полномочий на разрешение возникшего или могущего возникнуть в будущем спора третьему лицу, который принимает на себя обязанность принять эти полномочия и вынести свое решение по спору. На наш взгляд, логика такого подхода очевидна, поскольку законодатель установил правило, согласно которому документы, оформляющие создание постоянного действующего третейского суда, должны быть направлены организацией, при которой суд создан, в компетентный суд, находящийся на соответствующей территории. Вероятно, это делается для того, чтобы государственный суд в случае обращения к нему с заявлением и при установлении факта наличия в деле третейской записи, мог проконтролировать возможность реального ее исполнения в целях недопущения нарушения прав граждан и организаций. По аналогии, суд должен иметь такую же возможность и при передаче дела в третейский суд *ad hoc*.

Соглашение о передаче дела в третейский суд иначе называют «третейским соглашением», «третейской записью» или «третейской оговоркой», оно должно быть выражено в письменной форме путем составления и подписания отдельного документа либо включения в текст основного гражданско-правового договора соответствующего пункта.

Достичь согласия и договориться передать правовой спор на рассмотрение третейского суда законодатель в соответствии с принципом диспозитивности позволяет субъектам права начиная с момента заключения основного договора и вплоть до принятия решения по делу судом (арбитражным судом), что явствует из положения ч. 4 ст. 5 ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации»: третейское соглашение в отношении спора, который находится на разрешении в суде общей юрисдикции или арбитражном суде, может быть заключено до принятия решения по спору компетентным судом.

Более того, суд даже заинтересован в заключении сторонами данного соглашения, поскольку в порядке п. 5 ч. 1 ст. 150 ГПК РФ и п. 2 ч. 1 ст. 135 АПК РФ при подготовке дела к судебному разбирательству компетентный суд разъясняет сторонам их право обратиться за разрешением спора в третейский суд и последствия такого действия.

В соответствии с п. 6 ч. 1 ст. 148 АПК РФ арбитражный суд оставляет исковое заявление без рассмотрения, если после его принятия к производству установит, что стороны заключили соглашение о передаче спора на разрешение третейского суда во время судебного разбирательства до принятия судебного акта, которым заканчивается рассмотрение дела по существу, если любая из сторон заявит по этому основанию возражение в отношении рассмотрения дела в арбитражном суде, за исключением случаев, если арбитражный суд установит, что это соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено.

Суд общей юрисдикции оставляет заявление без рассмотрения в случае, если имеется соглашение сторон о передаче данного спора на рассмотрение и разрешение третейского суда и от ответчика до начала рассмотрения дела по существу поступило возражение относительно рассмотрения и разрешения спора в суде (ст. 222 ГПК РФ).

При анализе указанных выше положений, во-первых, создается впечатление, что существо и форма заключенного сторонами соглашения судом не контролируются – для оставления заявления без рассмотрения достаточно лишь факта его наличия и заявления об этом, и, во-вторых, что заключение третейского соглашения во время разбирательства дела возможно лишь в арбитражном суде. В-третьих, встает вопрос об обоснованности применения судом такой меры правового реагирования, как оставления искового заявления без рассмотрения в случае заключения сторонами спора третейской записи. Как известно, оставление искового заявления без рассмотрения не лишает истца права вновь обратиться в арбитражный суд с заявлением в общем порядке после устранения обстоятельств, послуживших основанием для оставления заявления без рассмотрения (ч. 3 ст. 149 АПК РФ). В связи с этим – считается ли «устранением обстоятельств, послуживших основанием для оставления заявления без рассмотрения» исполнение третейской записи? Думается, что нет, так как наличие решения третейского суда по данному спору – это уже основание к отказу в принятии искового заявления по ГПК РФ (ст. 134) и прекращению произ-

водства по делу в арбитражном суде (п. 3 ч. 1 ст. 150 АПК РФ: арбитражный суд прекращает производство по делу, если установит, что имеется принятое по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям решение третейского суда, за исключением случаев, если арбитражный суд отказал в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда). Таким образом, «устранением обстоятельств, послуживших основанием для оставления заявления без рассмотрения» может служить только расторжение третейской записи или признание ее недействительной.

Представляется, что в соответствии с принципом диспозитивности воспользоваться данной правом заключить третейское соглашение можно не только при подготовке дела, но и в процессе судебного разбирательства, но нормы гражданского процессуального закона сформулированы так, что формально это право существует лишь до начала рассмотрения дела по существу. Поэтому в указанной части ГПК РФ нуждается в модификации по аналогии с положением ст. 148 АПК РФ.

При этом в ГПК РФ не названы также последствия заключения сторонами спора третейской записи. В процессе судебного рассмотрения дела «истец вправе изменить основание или предмет иска, увеличить или уменьшить размер исковых требований либо отказаться от иска, ответчик вправе признать иск, стороны могут окончить дело мировым соглашением» (ст. 39 ГПК РФ). Таким образом, можно сделать вывод о том, что заключение сторонами гражданского судопроизводства третейской записи в начатом судебном производстве квалифицируется как заключение мирового соглашения. При условии утверждения его судом производство по делу прекращается.

С другой стороны, согласно ч. 3 ст. 173 ГПК РФ в определении суда должны быть указаны условия утверждаемого судом мирового соглашения сторон, а в силу ч. 2 ст. 140 АПК РФ мировое соглашение должно содержать согласованные сторонами сведения об условиях, о размере и о сроках исполнения обязательств друг перед другом или одной стороной перед другой. При заключении третейского соглашения указанные условия, разумеется, еще не выработаны и стороны не могут их знать. Это наводит на мысль, что понятия «мировое соглашение» и «третейская запись» не тождественны.

Тогда остается открытым вопрос: почему в положениях гражданского процессуального законодательства прямо не закреплено право сторон заключить третейское соглашение и каковы правовые последствия заявления, сделанного сторонами, о намерении совершить или о совершении ими указанного действия?

Можно предположить, что заключение третейской записи влечет отказ от предъявленного иска. Но истец может не заявить ходатайства об отказе от своих требований, а понудить его к этому невозможно.

Итак, возможна ситуация, при которой стороны выражают суду общей юрисдикции, рассматривающему их гражданско-правовой спор, намерение заключить соглашение о передаче дела в третейский суд, или заявляют о том, что уже заключили его, придя в процессе к судебному производству к выводу о большей целесообразности такого решения, нежели о дальнейшем рассмотрении дела в государственном суде.

Каким образом следует поступать в этом случае суду?

В положениях ГПК РФ этот вопрос никак не урегулирован, вероятно, потому, что подобные ситуации не совсем характерны для гражданских дел, однако их нельзя исключить и, по нашему мнению, следовало бы закрепить аналогичную статье 148 АПК РФ норму в тексте ГПК РФ.

Кроме того, ни в АПК РФ, ни в ГПК РФ не указывается на правовые последствия ситуации, при которой стороны заявляют суду о своем намерении передать спор на рассмотрение третейского суда, в то время как суд установит, что это не может быть исполнено по различным причинам (например, дело не может быть рассмотрено в третейском суде в силу закона).

Полагаем, что в данном случае суд не вправе оставить заявление без рассмотрения, ему необходимо отказать в удовлетворении ходатайства о передаче спора в третейский суд путем вынесения мотивированного определения и предложить сторонам либо оформить отказ от иска, разъяснив правовые последствия такого действия и возможность в будущем оспорить решение третейского суда лишь по формальным основаниям, либо продолжить начатое судебное разбирательство. Такое положение явилось бы логическим продолжением правила, согласно которому суд не принимает отказ истца от иска, признание иска ответчиком и не утверждает мировое соглашение сторон, если это противоречит закону или нарушает права и законные интересы других лиц (ч. 2 ст. 39 ГПК РФ), а также требования законодателя, зафиксированное в ст. 3 ФЗ «О третейских судах в Россий-

ской Федерации»: организация, образовавшая постоянно действующий третейский суд, направляет в компетентный суд, осуществляющий судебную власть на той территории, где расположен постоянно действующий третейский суд, копии документов, свидетельствующих об образовании постоянно действующего третейского суда.

Наконец, возникает вопрос о возможности частичного возврата уплаченной сторонами государственной пошлины за рассмотрение дела государственным судом в случае заключения ими третейского соглашения в процессе разбирательства. Полагаем, что было бы правильно возмещать ее в 50% размере, по аналогии со случаем заключения мирового соглашения.

Добровольность в решении вопроса о передаче дела в третейский суд ограничена в том смысле, что в законодательстве закреплена ряд дел, которые не могут быть предметом рассмотрения в третейском суде даже в случае наличия обоюдного согласия на это сторон спора (в третейский суд может по соглашению сторон третейского разбирательства передаваться любой спор, вытекающий из гражданских правоотношений, если иное не установлено федеральным законом – ч.2 ст. 1 ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации»). К таким делам, в частности, относятся: споры, вытекающие из семейных правоотношений, из трудовых отношений, дела о признании недействительными ненормативных актов государственных органов, органов местного самоуправления и иных органов, не соответствующих законам и иным нормативным правовым актам и нарушающих права и законные интересы организаций и граждан. Это понятно, так как в таких социально значимых отношениях нельзя допустить малейшего риска вынесения неправильного решения, кроме того, третейские суды как частные структуры просто не вправе рассматривать споры с участием государства.

Нельзя не отметить, что весьма дискуссионным и неоднозначным представляется вопрос о возможности рассмотрения третейскими судами споров, связанных с определением собственника недвижимого имущества.

Как известно, в свое время Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации отказался от законопроекта, ограничивающего полномочия третейских судов и возможность исполнения решений международных коммерческих арбитражей. На заседании эксперты заявили, что проект противоречит международным обязательствам России. В ответ судьи предложили подготовить концепцию развития законодательства о третейском разбирательстве.

Суть отклоненного законопроекта сводилась к следующему. Проект закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты по вопросу определения полномочий третейских судов и международных коммерческих арбитражей» разработала рабочая группа ВАС. Документ предусматривал изменения в Арбитражный процессуальный и Земельный кодексы, а также в закон о госрегистрации прав на недвижимость. Основная цель – сделать невозможным рассмотрение в третейских судах дел, связанных с недвижимостью, госимуществом и патентными правами. На заседании разработчики законопроекта пояснили, что причиной его подготовки стали проблемы с госрегистрацией прав на недвижимость по решениям третейских судов. Помимо этого, проект был призван исключить злоупотребления, которые возможны в третейских судах⁹³.

Но провал законопроекта не ознаменовал прекращения попыток ограничить третейские суды в праве рассматривать дела, связанные с недвижимым имуществом. По-прежнему высказываются мнения о необходимости предпринять меры в связи с возможными злоупотреблениями арбитражей в сфере разрешения рассматриваемых споров. Так, Т. Нешатаева считает, что через решения третейских судов недвижимость можно передать без ведома собственника⁹⁴.

Практика арбитражных судов пошла по следующему пути.

Президиум ВАС РФ решил дело о правах на недвижимость, регистрируемых на покупателя по решению третейского суда. Самарское ООО «Паруса-С» пыталось через суд обязать регистрационную службу зарегистрировать права на производственные помещения и часть берега Волги, собственником которых компанию признал в 2005 году третейский суд при ТПП Самарской области. Чиновники решение третейского суда отвергли и зарегистрировать право собственности «Парусов-С» отказались. Их насторожило, что авиапредприятие «Авиакор-Персонал», на балансе которого недвижимость находилась ранее, заявления на регистрацию не подавало и, как выяснилось, не заключало с ООО договоров о продаже недвижимости и не зало о решении третейского суда. Арбитражный суд Самарской области, где ООО обжаловало отказ регистраторов, в иске отказал, однако Феде-

⁹³ Плешанова О. Третейские суды не выведут из дел, связанных с недвижимостью, госимуществом и патентными правами // Коммерсантъ. 2006. 20 октября. № 197 (№ 3528).

⁹⁴ Арбитражный суд урезал в правах третейский в делах о недвижимости // Коммерсантъ. 2007. 18 апреля. № 65 (№ 3641).

ральный арбитражный Поволжского округа постановил, что для регистрации права собственности решения третейского суда достаточно. Это постановление было отменено Президиумом ВАС РФ. Таким образом, Президиум ВАС РФ ограничил возможность госрегистрации права собственности на недвижимость на основании решений третейских судов. Теперь для регистрации потребуется еще заявление продавца недвижимости либо исполнительный лист, выданный государственным судом. «Это застарелая проблема, когда через решения третейских судов недвижимость передается без ведома собственника», – отмечает Т. Нешатаева⁹⁵.

Можно привести еще один пример. Так, решением постоянно действующего Третейского суда при ООО «Торговый дом «Форум» от 11.12.2006 по делу № 723/2006 удовлетворен иск ООО «Производственно-коммерческая фирма «Причал» к Щеглову В.М. о признании права собственности на недвижимое имущество: магазин и два вспомогательных строения, расположенное в г. Астрахань. Впоследствии общество передало указанные объекты индивидуальному предпринимателю Кругловой Е.С. по договору купли-продажи. Администрация г. Астрахани, не согласившись с решением третейского суда, обратилась в Арбитражный суд Астраханской области с заявлением о его отмене. В качестве третьих лиц к участию в деле было привлечено Управление Федеральной регистрационной службы по Астраханской области. Определением Арбитражного суда Астраханской области заявление администрации было удовлетворено. Отменяя решение третейского суда, суд первой инстанции исходил из того, что это решение затрагивает вопросы публично-правового характера, которые не могут быть предметом рассмотрения в третейском суде, поскольку вопрос о признании права собственности на недвижимое имущество относится к исключительной компетенции государственных судов. Федеральный арбитражный суд Поволжского округа своим постановлением определение суда первой инстанции оставил без изменения. Индивидуальный предприниматель Круглова Е.С. обратилась с заявлением о пересмотре в порядке надзора названных судебных актов в Высший Арбитражный Суд Российской Федерации и просила их отменить и передать дело на новое рассмотрение, поскольку, по ее мнению, были нарушены ее права как собственника спорной недвижимости. Проверив обоснованность доводов, изложенных в заявлении и выступлении представителей уча-

⁹⁵ Арбитражный суд урезал в правах третейский в делах о недвижимости.

ствующих в деле лиц, Президиум ВАС РФ счел, что оспариваемые судебные акты подлежат оставлению без изменения по следующим основаниям. В силу абзаца шестого пункта 1 статьи 17 Федерального закона от 21.07.1997 № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» государственная регистрация наличия, возникновения, прекращения, перехода, ограничения (обременения) прав на недвижимое имущество и сделок с ним может производиться только на основании вступившего в законную силу судебного акта. В случае рассмотрения споров по сделкам с недвижимым имуществом третейским судом таким актом является судебный акт о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда. Отсутствие выданного судом исполнительного листа для исполнения решения третейского суда о признании права собственности на недвижимость является основанием для отказа в государственной регистрации такого права. В итоге Президиум ВАС РФ по рассматриваемому делу постановил определение Арбитражного суда Астраханской области и постановление Федерального арбитражного суда Поволжского округа оставить без изменения, а заявление индивидуального предпринимателя Кругловой Е.С. оставить без удовлетворения⁹⁶.

Таким образом, законодательных ограничений на рассмотрение третейскими судами споров, связанных с недвижимостью, сегодня не установлено, однако правоприменительная практика такова, что для практической реализации обязанности по госрегистрации прав на недвижимое имущество необходимо обращение в компетентный государственный суд с заявлением о выдаче исполнительного листа на соответствующее решение третейского суда. Следует поддержать мнение М.Э. Морозова о том, что «действительно, компетенция третейского суда ограничена только гражданско-правовыми спорами и формируется волей сторон»⁹⁷.

Однако окончательно вопрос о возможности рассмотрения третейскими судами гражданско-правовых споров по недвижимости был недавно разрешен в Конституционном Суде Российской Федерации.

⁹⁶ См.: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 17373/08 от 12 мая 2009 года. URL: Официальный сайт Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации: <http://www.arbitr.ru/> (информация о движении дела, справочные материалы и др.).

⁹⁷ Морозов М.Э. Правовая природа законодательства, регулирующего третейское судопроизводство. Новосибирск, 2008. С. 74.

31 марта 2011 года по запросу Высшего Арбитражного Суда РФ было Конституционным Судом РФ рассмотрено дело о проверке конституционности п.1 ст. 11 ГК РФ, п. 1 ст. 33 во взаимосвязи со ст. 51 федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)», норм закона РФ «О международном коммерческом арбитраже», федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации», ст. 28 федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним». В результате Конституционный Суд РФ признал законоположения, допускающие рассмотрение третейскими судами гражданско-правовых споров, касающихся недвижимого имущества (в том числе по договорам об ипотеке) не противоречащими Конституции РФ⁹⁸. Такое решение вопроса полагаем, как минимум, спорным, однако не учитывать этот аспект нельзя.

Говоря о третейском соглашении, нельзя не затронуть вопрос о его правовой природе.

В соответствии с положением ст. 2 ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» под третейским соглашением понимается соглашение сторон о передаче спора на разрешение третейского суда. В п. 1 ст. 7 Закона о международном коммерческом арбитраже арбитражное соглашение определяется как соглашение сторон о передаче в арбитраж всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным правоотношением, независимо от того, носило оно договорный характер или нет. Аналогичное определение предложено в Типовом законе о международном торговом арбитраже, принятом Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) от 21 июня 1985 года.

Такие формулировки приводят к мысли о том, что третейское соглашение представляет собой гражданско-правовую сделку, тем более что традиционно в российском правоведении термины «договор» и «соглашение» рассматриваются как синонимы.

⁹⁸ URL: <http://arbitr.ru/press-centr/smi/36065.html>; см. также Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 26 мая 2011 года № 10-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 11 Гражданского кодекса Российской Федерации, пункта 2 статьи 1 Федерального Закона «О третейских судах в Российской Федерации», статьи 28 Федерального Закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», пункта 1 статьи 33 и статьи 51 Федерального Закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)» в связи с запросом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации».

Примечательно, что в одном из своих постановлений Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ признал арбитражное соглашение сторон о передаче дела в третейский суд недействительным, основываясь на положениях ст. 168 ГК РФ («Недействительность сделки, не соответствующей закону или иным правовым актам»)⁹⁹.

С другой стороны, в одном из постановлений Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа отмечалось, что стороны, заключив третейское соглашение, распорядились своим правом на обращение в третейский суд, и на этом основании судом был сделан вывод о процессуальном характере данного соглашения, а также о том, что третейское соглашение не является гражданско-правовой сделкой¹⁰⁰.

Федеральным арбитражным судом Дальневосточного округа обращено внимание на то, что вопрос о действительности третейского соглашения как процессуальной сделки должен быть разрешен арбитражным судом в соответствии с нормами АПК РФ и гражданского законодательства¹⁰¹.

Таким образом, единства в вопросе определения природы третейского соглашения в судебной практике нет.

Нет его и в науке. Так, М.Э. Морозов полагает, что «если рассматривать третейское соглашение как сделку, регулирующую гражданским правом, то необходимо выделить ее квалифицирующие признаки, позволяющие соотнести ее со сделками, известными гражданскому праву»¹⁰². Со своей стороны, полагаем, что такой необходимости нет – как известно, диспозитивное начало гражданского права позволяет гражданам и организациям заключать сделки, как предусмотренные действующим гражданским законодательством, так и не предусмотренные им.

⁹⁹ См. Постановление Президиума ВАС РФ от 10 апреля 2001 года № 3515/00 «Суд признал неподведомственным арбитражному суду спор о расторжении договора купли-продажи акций (сделка приватизации), ссылаясь на арбитражную оговорку, которая противоречит законодательству о приватизации» // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2001. № 8. С. 17.

¹⁰⁰ См. Постановление ФАС Северо-Западного округа от 29 января 2004 года по делу № А42-914/03-9 // СПС КонсультантПлюс. 2011.

¹⁰¹ См.: Постановление ФАС Дальневосточного округа от 20 июля 1999 года по делу № Ф03-А59/99-1/894 // СПС КонсультантПлюс. 2011.

¹⁰² Морозов М.Э. Правовая природа законодательства, регулирующего третейское судопроизводство. С. 67.

По нашему мнению, следует согласиться с мнением Б.И. Пугинского, который полагает, что направленность третейского соглашения определяется стремлением сторон установить круг определенных прав и обязанностей, которые сводятся к праву сторон требовать рассмотрения гражданского спора в третейском суде, однако это право не является по своему характеру имущественным или личным неимущественным, т.е. субъективным гражданским правом. При этом автор все же полагает, что генетически правоотношения, возникающие в результате заключения третейского соглашения, относятся к области частного права, поскольку государство не участвует в оформлении этих правоотношений и не предопределяет поведение их субъектов, как в процессуальных отношениях¹⁰³.

Помимо того, что в законодательстве и доктрине не существует единого и четко выраженного подхода к определению понятия третейского соглашения, законодатель и ученые оперируют одновременно двумя, как минимум, терминами – «третейское (арбитражное) соглашение (договор)» и «третейская (арбитражная) оговорка (или «запись»)». Термин «третейская запись», являющийся несколько архаичным, иногда используется самостоятельно.

Общепринято, что под третейским (арбитражным) договором (соглашением) понимается самостоятельное соглашение между заинтересованными лицами, в соответствии с которым они достигают договоренности о третейском разбирательстве споров, которые могут возникнуть в связи с исполнением или толкованием какого-либо материально-правового договора, заключенного этими же лицами. Арбитражная же (третейская) оговорка – это включенное в текст основного договора, регулирующего материально-правовые отношения сторон, условие о третейском разбирательстве споров, которые могут возникнуть в связи с данным договором в будущем. Под третейской записью понимается текстуально независимое от основного договора соглашение между сторонами о третейском разбирательстве уже возникшего между ними спора¹⁰⁴.

¹⁰³ Пугинский Б.И. Частный договор в научной картине права // Источники российского права: вопросы теории и истории / отв. ред. М.Н. Марченко. М., 2005. С. 104–121.

¹⁰⁴ Лунц Л.А., Марышева Н.И. Международный гражданский процесс // Лунц Л.А. Курс международного частного права: в 3 т. М., 2002. С. 940.

Что касается формы заключения третейского соглашения, то законодатель всегда придавал большое значение этому вопросу. Например, по российскому Уставу гражданского судопроизводства 1864 года удостоверение третейской записи, сделанной в письменной форме, должно было быть осуществлено нотариусом либо мировым судьей (ст. 1374)¹⁰⁵, а в соответствии с ГПК РСФСР 1923 года третейская запись подлежала обязательному нотариальному удостоверению (ст. 199). Согласно же ст. 6 Положения о третейских судах от 16 октября 1924 года третейские записи подлежали обязательному засвидетельствованию в нотариальном порядке, незасвидетельствование третейской записи делало ее недействительной¹⁰⁶.

На сегодняшний день, по общему правилу, к вопросам об арбитражном соглашении применяются общие нормы гражданского права¹⁰⁷, как и на любую сделку, на арбитражное соглашение распространяются все правила признания сделок недействительными¹⁰⁸. Исходя из этого, третейское соглашение должно быть заключено в письменной форме. Наиболее распространенным видом письменного документа является единый документ, подписанный сторонами, но в то же время закон под письменной формой документа рассматривает и обмен письмами, телеграммами, иными средствами связи, который позволяет однозначно установить, что документ исходит от участника сделки. Отметим, что в литературе высказываются рекомендации составлять, тем не менее, единый документ¹⁰⁹, однако в законе не содержится императивного предписания об этом.

Следует обратить внимание на то, что согласно п. 1 ст. 158 ГК РФ под письменной формой сделки имеются в виду как простая письменная форма сделки, так и письменная нотариально удостоверенная форма. Нотариально удостоверенная форма сделок применяется тогда, когда это прямо предусмотрено действующим законодательством. ФЗ «О третейских судах в

¹⁰⁵ Альтернативное разрешение споров / Зайцев А.И. [и др.]. М.: Экзамен, 2007. С. 65.

¹⁰⁶ Брауде И.Л. Третейские суды. Комментарий к главе 12 Гражданского процессуального кодекса и к Положению о третейском суде. М., 1926. (репринт. изд.). М., 2001. С. 19.

¹⁰⁷ Киселева Т.С. Форма и порядок заключения арбитражного соглашения: сравнительно-правовой анализ // Третейский суд. 2002. № 1/2. С. 78.

¹⁰⁸ Кенжебаева А.Т. Арбитражное соглашение как средство реализации конституционного права на судебную защиту. М., 2009. С. 60.

¹⁰⁹ Либшер К. Меморандум: как правильно договариваться о рассмотрении спора в международном коммерческом арбитраже // Третейский суд. 2002. № 3/4. С. 200.

Российской Федерации» ничего не говорит о необходимости нотариального удостоверения третейского соглашения – следовательно, третейское соглашение заключается в простой письменной форме.

Далее, в п. 1 ст. 7 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации», сказано, что третейское соглашение может быть заключено с использованием средств электронной или иной связи, обеспечивающих фиксацию такого соглашения. Зарубежная практика свидетельствует о том, что использование электронных средств связи для заключения третейских соглашений приравнивается к письменной форме. Так, английский Закон об арбитраже 1996 г. придает широкое значение термину «письменное соглашение»¹¹⁰. Под письменной формой заключения соглашения подразумевается любая форма записи, в том числе и электронная. Очевидно, что объективная тенденция стремительного развития современных средств связи обуславливает необходимость урегулирования их использования для заключения соглашений между заинтересованными субъектами¹¹¹.

Традиция признания в нашем государстве за документами в электронной форме юридического значения имеет уже почти десятилетнюю историю. К примеру, информационное письмо Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 19 августа 1994 г. № С1-7/ОП-587 «Об отдельных рекомендациях, принятых на совещаниях по судебно-арбитражной практике»¹¹² содержит следующую рекомендацию арбитражным судам: «в том случае, когда стороны изготовили и подписали договор с помощью электронно-вычислительной техники, в которой использована система цифровой (электронной) подписи, они могут представлять в арбитражный суд доказательства по спору, вытекающему из этого договора, также заверенные цифровой (электронной) подписью. Если же между сторонами возник спор о наличии договора и других документов, подписанных цифровой (электронной) подписью, арбитражный суд должен запросить у сторон выписку из договора, в котором указана процедура порядка согласования разногласий, на какой стороне лежит бремя доказывания тех или иных фактов и достоверности подписи. С учетом этой процедуры арбитражный суд проверяет достоверность представленных сторонами доказательств. При необходимости арбитражный суд вправе назначить экспертизу по

¹¹⁰ Видер В.В. Применение Нью-Йоркской конвенции в Англии. М., 2006. С. 59.

¹¹¹ Там же.

¹¹² Вестник ВАС РФ. 1994. № 10.

спорному вопросу, используя при этом предусмотренную договором процедуру. В случае отсутствия в таком договоре процедуры согласования разногласий и порядка доказывания подлинности договора и других документов, а одна из сторон оспаривает наличие подписанного договора и других документов, арбитражный суд вправе не принимать в качестве доказательств документы, подписанные цифровой (электронной) подписью».

Современное нормативное регулирование этого вопроса базируется на положениях, установленных Федеральным законом от 10 января 2002 г. № 1-ФЗ «Об электронной цифровой подписи»¹¹³. Закон регулирует применение при заключении договоров электронной цифровой подписи как средства защиты информации, передаваемой в процессе совершения сделок. Юридическая сила электронной цифровой подписи признается при наличии в автоматизированной информационной системе программно-технических средств, обеспечивающих идентификацию подписи и соблюдении установленного режима их использования. То есть средством, при помощи которого подтверждается юридическая сила документов, хранимых и передаваемых с помощью автоматизированных информационных и телекоммуникационных систем, является электронная цифровая подпись¹¹⁴.

Таким образом, заключение третейского соглашения путем электронной связи в соответствии с российским законодательством допустимо. Однако для этого должны быть соблюдены определенные условия. В частности, стороны должны достичь специального соглашения о тех требованиях, которые предъявляются к электронной процедуре заключения такого договора, а также к электронным документам. Чрезвычайно важную функцию выполняет электронная подпись, которая представляет собой реквизит электронного документа, который, в свою очередь, выполняет двойную функцию: во-первых, предназначен для защиты данного электронного документа от подделки, а во-вторых (и это главное), является основанием для возникновения правоотношений между сторонами. При этом электронная подпись, как отмечает специалисты, выполняет следующие функции:

¹¹³ Федеральный закон от 10.01.2002 № 1-ФЗ (ред. от 08.11.2007) «Об электронной цифровой подписи»// СЗ РФ. 2002. № 2. Ст. 127.

¹¹⁴ Наумов В.Б. Право и Интернет: Очерки теории и практики. М., 2008. С. 226–227.

- указывает, кем подписан электронный документ или сообщение;
- гарантирует, что электронный документ подписан уполномоченным лицом;
- обеспечивает подлинность и неизменность подписанного документа;
- обозначает выражение воли стороны по сделке;
- символизирует необходимую письменную форму сделки, заключенной посредством электронной связи¹¹⁵.

Традиционно последствия несоблюдения формы соглашения свидетельствуют о недействительности такого соглашения. Несоблюдение формы соглашения является основанием для предъявления иска о признании такого соглашения недействительным. Соответственно, недействительность соглашения не влечет каких-либо юридических последствий.

Практика рекомендации формулировок третейских соглашений основана на многолетних традициях и опыте указанных коммерческих арбитражей. При разработке стандартных типов третейских соглашений учитывается и практика государственных судов, в том числе и практика признания недействительными третейских соглашений. Как правило, в соответствующих рекомендациях по формулированию третейской оговорки указывается на необходимость точного указания наименования третейского суда со ссылкой на то, что нарушение этого требования может привести к отказу третейским судом в приеме искового заявления. Это правило является весьма важным для практики заключения третейских соглашений, поскольку ориентирует заинтересованные стороны на четкость формулировок, при помощи которых достигается необходимый правовой эффект. К примеру, Третейский суд при Санкт-Петербургской торгово-промышленной палате рекомендует следующую примерную третейскую оговорку: «Все споры, возникшие в ходе исполнения настоящего договора (контракта) или в связи с ним либо вытекающие из него, подлежат окончательному разрешению в Третейском суде при Санкт-Петербургской торгово-промышленной палате в соответствии с регламентом указанного суда»¹¹⁶. Эта формулировка, будучи рекомендательной, включена в качестве преамбулы в регла-

¹¹⁵ Соловьяненко Н. Правовое регулирование электронной торговли и электронной подписи: (Международный опыт и российская практика) // *Хозяйство и право*. 2009. № 1. С. 35.

¹¹⁶ Мусин В.А. Третейский суд при Санкт-Петербургской торгово-промышленной палате. М., 2008. С. 166.

мент указанного суда¹¹⁷. В то же время Третейский суд при Санкт-Петербургской торгово-промышленной палате не подходит строго формально к формулировке третейского соглашения, зафиксированной сторонами непосредственно в договоре. В соответствии со ст. 1 регламента, если в третейской оговорке (соглашении) в названии «Третейский суд при Санкт-Петербургской торгово-промышленной палате» вместо слов «Третейский суд» используются синонимы указанных слов, заимствованные из иностранных языков, либо иные синонимы, то в этом случае Третейский суд вправе принять дело к своему производству¹¹⁸.

Важным представляется также вопрос о содержании и существенных условиях третейского соглашения.

Согласно ч. 1 ст. 432 Гражданского кодекса РФ договор считается заключенным, если между сторонами в требуемой для подлежащих случаев форме достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора. Возникает вопрос: каковы существенные условия третейского соглашения?

Единственным существенным условием третейского соглашения считается его предмет. А.П. Вершинин отмечает, что «предмет третейского соглашения состоит в действиях, связанных с рассмотрением и разрешением споров участников гражданских правоотношений третейским судом: выбор сторонами вида третейского суда, времени и места проведения третейского разбирательства, определение самой процедуры третейского разбирательства и материального права, подлежащего применению третейскими судьями»¹¹⁹.

В.А. Гавриленко считает, что, хотя в соответствии с ч. 3 ст. 7 ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» в качестве неотъемлемой части третейского соглашения рассматриваются правила постоянно действующего третейского суда, данная правовая норма носит диспозитивный характер, то есть стороны могут предусмотреть в третейском соглашении иные правила третейского разбирательства, в содержание третейского соглашения могут быть включены и иные условия, позволяющие упростить и ускорить процедуру рассмотрения спора, и целесообразно решить в третейском соглашении во-

¹¹⁷ Регламент третейского суда при Санкт-Петербургской Торгово-промышленной палате (с изменениями и дополнениями на 22 октября 2002 г.) // Третейский суд. 2002. № 5/6. С. 143.

¹¹⁸ Там же. С. 144.

¹¹⁹ Вершинин А.П. Арбитражное соглашение // Третейский суд при Санкт-Петербургской торгово-промышленной палате / под ред. В.А. Мусина. СПб., 2001. С. 9.

просы об ознакомлении сторон с правилами постоянно действующего третейского суда, о составе третейского суда, о необходимости ведения протокола в заседании и о возможности оспаривания решения третейского суда¹²⁰.

Между тем, что касается предмета третейского соглашения, то, на наш взгляд, в него, помимо наименования третейского суда и правил самого разбирательства и разрешения спора, в обязательном порядке должно быть включено также четкое указание на то, какие конкретно споры будут рассмотрены соответственно данному соглашению. Законодатель также настаивает на необходимости конкретизации сторонами третейского соглашения тех материальных правоотношений, по поводу которых может возникнуть спор, передаваемый на разрешение третейского суда (п. 2 ст. 5 Закона о третейских судах).

Следует отметить, что по поводу целесообразности введения этой нормы в литературе высказывались и противоположные суждения. Так, например, М.А. Попов полагает, что «такая норма ставит под сомнение полномочия третейских судов при биржах и различных ассоциациях, поскольку регламенты таких организаций, как правило, предусматривают передачу всех споров между их участниками в специализированные третейские суды»¹²¹.

Однако третейское соглашение, в котором не содержится указание на конкретные материальные правоотношения, признается недействительным. Это, в свою очередь, препятствует реализации положений вышеуказанных регламентов, которые предписывают участникам этих добровольных объединений принимать на себя обязательства передавать разрешение всех гипотетических споров, которые могут возникнуть между участниками этих объединений, на разрешение третейского суда, созданного такой организацией. По мнению М.А. Попова, подобного рода нормы необоснованно ограничивают сферу применения арбитражного соглашения и дают ответчику основания для оспаривания компетенции третейского суда¹²².

Тем не менее представляется, что указание на спор, подлежащий рассмотрению и разрешению в третейском суде – одна из неотъемлемых составляющих предмета третейского соглашения. Как справедливо указывал

¹²⁰ Гавриленко В.А. Юридические свойства третейского соглашения // Налог (газета). 2008. № 34. С. 13.

¹²¹ Попов М.А. Теоретические и практические проблемы российской модели регулирования деятельности третейских судов. СПб., 2002. С. 19.

¹²² Там же. С. 20.

И.Л. Брауде, «для организации третейского суда необходимо соглашение спорящих сторон, конкретизирующее возникший между ними спор. Соглашение не может касаться споров, определенных родовыми признаками. Недействительно поэтому условие договора, предусматривающее рассмотрение споров, могущих возникнуть в связи с этим договором. Недействительно и соглашение о разборе третейским судом споров, могущих возникнуть в связи с толкованием какого-либо определенного пункта договора. Соглашение возможно лишь в отношении конкретного спора, уже возникшего между сторонами. Будущие споры, хотя бы они и были конкретизированы (например, спор о скидке за излишнюю влажность поставляемого зерна), не могут быть передаваемы на разрешение третейского суда»¹²³.

Современные авторы указывают на то, что «необходимость указания в арбитражном соглашении конкретных правоотношений, которые могут быть предметом разбирательства в третейском суде, связана с обеспечением процессуальных гарантий защиты гражданских прав. Например, попытка передать в третейский суд любые споры между сторонами или споры все «вообще» может быть квалифицирована как «отказ от обращения в суд», который согласно закону недействителен»¹²⁴. С этой позицией можно согласиться.

В литературе также отмечают, что в третейское соглашение, помимо основных, могут быть включены также так называемые случайные условия. К ним относят: место проведения третейского суда, поскольку место создавшей суд организации и место третейского разбирательства – далеко не всегда совпадающие понятия, условие о языке третейского разбирательства, о количестве судей, особенностях самого третейского разбирательства, указание на допустимость или недопустимость обжалования третейского решения. Случайными эти условия называют потому, что они могут быть включены в третейское соглашение по договоренности сторон, однако их отсутствие не лишает его юридического значения¹²⁵.

Итак, определенным предмет третейского соглашения можно считать только в случае, если указано полное наименование конкретного третей-

¹²³ Брауде И.Л. Третейские суды. Комментарий к главе XXII Гражданского процессуального кодекса и Положению о третейском суде. С. 13–14.

¹²⁴ Вершинин А.П. Арбитражное соглашение. С. 12.

¹²⁵ Николокин С. Содержание соглашения об арбитраже (третейском соглашении) // Арбитражный и гражданский процесс. 2009. № 7. С. 21.

ского суда и указано, какие споры (все или какие-то определенные) стороны обязуются передать на рассмотрение третейского суда. В противном случае третейское соглашение не будет считаться заключенным.

В литературе те третейские соглашения, которые содержат существенные пороки, влекущие их недействительность, иногда именуют патологическими арбитражными (третейскими) оговорками¹²⁶. В исследованиях, посвященных третейскому разбирательству, имеют место попытки классификации причин, вызывающих недействительность арбитражных оговорок (третейских соглашений). Так, А.В. Попова пишет о том, что патология арбитражных оговорок может быть результатом их:

- неопределенности, например, когда арбитражная оговорка не позволяет точно определить наименование коммерческого арбитража;
- неполноты, если имеет место недостаточно полное определение порядка назначения арбитров или процедуры рассмотрения дела арбитражем;
- утраты силы, если, например, стороны установили жесткие временные рамки для определенных действий и соответствующие сроки уже истекли¹²⁷.

В. Хвалей при классификации оснований недействительности арбитражных соглашений пишет о том, что соглашение может быть признано недействительным, если оно:

- было заключено с пороком воли (под влиянием обмана, заблуждения, насилия и т.д.);
- было совершено лицом, не обладающим необходимой правоспособностью или дееспособностью;
- было совершено без соблюдения установленной законом формы;
- не содержит в себе все существенные условия, установленные для арбитражного соглашения, в том числе не содержит явно выраженного намерения передать спор на разрешение арбитража;
- противоречит императивным нормам применимого законодательства об арбитраже;
- заключено по вопросам, которые не могут являться предметом третейского разбирательства¹²⁸.

¹²⁶ Брунцева Е.В. Международный коммерческий арбитраж. СПб., 2009. С. 141

¹²⁷ Попова А.В. Проблема патологических арбитражных оговорок во внешнеэкономических контрактах // Правоведение. 2003. № 1 (3). С. 125.

¹²⁸ Хвалей В. Как убить арбитражное соглашение. М., 2008. С. 47–48.

Таким образом, в основе приведенных классификаций недействительности третейских соглашений находится та классификация недействительности сделок, которая выработана в теории гражданского права. Сюда же следует отнести те специальные основания недействительности, которые обусловлены процессуальным аспектом третейского соглашения. В связи с этим С.А. Курочкин отмечает: «Гражданское законодательство содержит условия действительности арбитражного соглашения, производные от связи субъектов (сторон арбитражного соглашения) с основным спорным материальным правоотношением, их способности своими действиями создавать для себя права и обязанности, меры свободы в формировании своей воли и свободы в ее изъяслении (в части, касающейся передачи спора на рассмотрение иного юрисдикционного органа – третейского суда). Процессуальное законодательство определяет круг споров, которые могут быть рассмотрены третейскими судами путем формирования перечня дел, находящихся в исключительной подведомственности государственных судов»¹²⁹.

Итак, гражданско-правовые подходы к недействительности третейского соглашения предопределяют, что таковое является недействительным, если не соблюдены требования о допустимости спора как предмета третейского разбирательства, о его форме и содержании, о право-, дееспособности (правосубъектности) сторон, заключивших третейское соглашение, о добровольности их волеизъявления, о его соответствии их внутренней воле.

Примером может послужить следующее известное дело¹³⁰. В споре *Smal Ltd v. Goldroyce Garment Ltd*, который рассматривался судом Гонконга, было установлено, что истец договорился с ответчиком о приобретении товаров и направил ему заказ с просьбой подписать и вернуть обратно. Заказ содержал арбитражную оговорку. Однако представители фирмы *Goldroyce Garment Ltd* не подписали и не выслали обратно проект договора. При этом заказанные товары были отгружены в соответствии с заказом. Товар был оплачен согласно условиям проекта договора. Таким образом, договор был заключен путем совершения действий, которые были направлены на исполнение договора. После возникновения между сторонами спора встал вопрос: было ли заключено арбитражное соглашение? Суд сделал вывод о том, что ар-

¹²⁹ Курочкин С.А. Третейское разбирательство гражданских дел в Российской Федерации: теория и практика. С. 156.

¹³⁰ Киселсва Т.С. Форма и порядок заключения арбитражного соглашения: сравнительно-правовой анализ. М., 2010. С. 82–83.

битражное соглашение не может быть заключено путем совершения конклюдентных действий, направленных на исполнение основного договора.

В целом требования к форме третейского соглашения традиционно рассматриваются как одно из условий его действительности. Так, например, еще в XIX в. в российской правоприменительной практике с соблюдением формы связывалась действительность третейской записи. К примеру, согласно разъяснениям Кассационного департамента Правительствующего Сената «третейская запись, не удовлетворяющая установленной законом форме, а равно и последовавшее на основании такой записи решение «медиаторов», необязательна для участвовавших в ней лиц»¹³¹.

Современная практика применения российского законодательства исходит из того, что третейское соглашение следует рассматривать как недействительное, если сторонами при его заключении не соблюдены требования о допустимости споров как предмета третейского разбирательства, о его форме и содержании (т.е. те условия, которые предусмотрены непосредственно в Законе о третейских судах), о право-, дееспособности (правосубъектности) сторон, заключивших третейское соглашение, о добровольности их волеизъявления, о соответствии их волеизъявления его внешнему проявлению (т.е. такие условия, которые хотя прямо и не предусмотрены Законом о третейских судах, но обязательность которых диктуется общегражданским законодательством).

Так, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ, принимая Постановление № 5278/95, указал, что в соглашении о передаче спора третейскому суду должны получить отражение сведения о том, какому конкретно постоянно действующему третейскому суду будет поручено третейское разбирательство, либо о том, что стороны самостоятельно создадут третейский суд для рассмотрения конкретного спора в установленном порядке¹³². Поскольку стороны не предоставили доказательств того, что ими был согласован третейский суд в качестве органа, компетентного рассматривать споры между ними, или принятия мер по созданию такого суда, то нет оснований считать, что сторонами достигнуто соглашение о передаче дела третейскому суду.

¹³¹ Гордон В. Устав гражданского судопроизводства с позднейшими узаконениями, законодательными мотивами и разъяснениями Правительствующего сената (репринт. изд. 1896 г.). СПб., 2001. С. 1374.

¹³² Вестник ВАС РФ. 1996. № 5.

Однако практика российских государственных арбитражных судов по рассматриваемому вопросу не отличается полным единообразием. Однако если российские государственные суды иногда и принимают к рассмотрению иски об оспаривании арбитражных соглашений (т.е. соглашений о передаче споров на рассмотрение международному коммерческому арбитражу), то в случае с исками об оспаривании третейских соглашений (т.е. соглашений о передаче споров на рассмотрение внутренних третейских судов) дела обстоят намного лучше. В большинстве случаев российские суды отказываются принимать к рассмотрению заявления, основным предметом которых выступает признание заключенного между сторонами третейского соглашения недействительным.

Так, в одном из своих Постановлений ФАС Волго-Вятского округа отказался рассматривать вопрос о действительности третейского соглашения ввиду того, что «третейский суд самостоятельно решает вопрос о наличии или об отсутствии у него компетенции рассматривать переданный на его разрешение спор, в том числе в случаях, когда одна из сторон возражает против третейского разбирательства по мотиву отсутствия или недействительности третейского соглашения»¹³³. Схожим образом по данной проблеме высказался и Арбитражный суд Свердловской области, указавший в своем недавнем решении буквально следующее: «Исходя из системного толкования положений действующего законодательства и главы 30 АПК РФ следует, что вопрос о соответствии третейского соглашения ФЗ «О третейских судах» может разрешаться арбитражным судом только при рассмотрении дел об оспаривании решений третейских судов и самостоятельным требованием указанный вопрос быть не может»¹³⁴. Представляется, что такой подход нельзя считать правильным, поскольку наличие третейского соглашения является препятствующим доступу к государственному правосудию фактом.

В силу статьи 167 Гражданского кодекса Российской Федерации, недействительная сделка не влечет юридических последствий, за исключением тех, которые связаны с ее недействительностью и недействительна с момента ее совершения.

¹³³ Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 21 марта 2007 г. по делу № А31-10343/2005-8 // СПС «КонсультантПлюс». 2011.

¹³⁴ Решение Арбитражного суда Свердловской области от 20 апреля 2007 г. по делу № А60-2497/07-С3 // СПС «КонсультантПлюс». 2011.

Как правило, последствия несоблюдения формы третейского соглашения свидетельствуют о недействительности такого соглашения, а именно это является основанием для предъявления иска о признании такого соглашения недействительным. Соответственно, недействительность соглашения не влечет каких-либо юридических последствий.¹³⁵

Второй признак третейского разбирательства – самостоятельное регулирование сторонами спора процедуры разрешения правового конфликта.

Следует признать справедливым и обоснованным следующее мнение: «То обстоятельство, что третейские суды не входят в судебную систему, влечет целый ряд практических правовых последствий, связанных с применением отдельных правовых институтов, обеспечивающих стабильность правосудия в государстве. На третейские суды не распространяется в обязательном порядке действие нормативных правовых актов, которыми регламентируется процедура деятельности государственных судов. На третейских судей не распространяется иммунитет, который установлен в отношении государственных судей, хотя некоторые формы защиты третейских судей законодатель предусмотрел (имеется в виду норма, согласно которой третейский судья не может быть допрошен в качестве свидетеля о сведениях, ставших ему известными во время третейского разбирательства, – п.2 ст. 22 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации»)»¹³⁶.

В Российской Федерации могут образовываться постоянно действующие третейские суды и третейские суды для разрешения конкретного спора (ч. 1 ст. 3 ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации»).

Постоянно действующие третейские суды образуются торговыми палатами, биржами, общественными объединениями предпринимателей и потребителей, иными организациями – юридическими лицами, созданными в соответствии с законодательством Российской Федерации, и их объединениями (ассоциациями, союзами) и действуют при этих организациях –

¹³⁵ Николожкин С.В. Международный коммерческий арбитраж. М.: Юстицинформ, 2009. С. 47.

¹³⁶ Скворцов О.Ю., Курочкин С.А., Морозов М.Э. Краткий курс лекций по дисциплине «Третейское разбирательство» // Хрестоматия альтернативного разрешения споров: учебно-методические материалы и практические рекомендации. СПб.: Редакция журнала «Третейский суд», 2009. С. 135.

юридических лицах. Постоянно действующие третейские суды не могут быть образованы при федеральных органах государственной власти, органах государственной власти субъектов Российской Федерации и органах местного самоуправления. Постоянно действующий третейский суд считается образованным, когда организация – юридическое лицо:

- приняла решение об образовании постоянно действующего третейского суда;
- утвердила положение о постоянно действующем третейском суде;
- утвердила список третейских судей, который может иметь обязательный или рекомендательный характер для сторон.

Организация – юридическое лицо, образовавшая постоянно действующий третейский суд, направляет в компетентный суд, осуществляющий судебную власть на той территории, где расположен постоянно действующий третейский суд, копии документов, свидетельствующих об образовании постоянно действующего третейского суда (ст. 3 ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации»).

Порядок образования третейского суда для разрешения конкретного спора определяется по соглашению сторон. Однако установлены определенные ограничения – так, воля сторон при этом не должна противоречить следующим правилам: третейским судьей избирается (назначается) физическое лицо, способное обеспечить беспристрастное разрешение спора, прямо или косвенно не заинтересованное в исходе дела, являющееся независимым от сторон и давшее согласие на исполнение обязанностей третейского судьи. Третейский судья, разрешающий спор единолично, должен иметь высшее юридическое образование. В случае коллегиального разрешения спора высшее юридическое образование должен иметь председатель состава третейского суда. Третейским судьей не может быть физическое лицо, не обладающее полной дееспособностью либо состоящее под опекой или попечительством. Третейским судьей не может быть физическое лицо, имеющее судимость либо привлеченное к уголовной ответственности. Стороны могут определить число третейских судей, которое должно быть нечетным. Третейскому судье может быть заявлен отвод. Полномочия третейского судьи могут быть прекращены по соглашению сторон, в связи с самоотводом третейского судьи или отводом третейского судьи, а также в случае смерти третейского судьи. Полномочия третейского судьи прекращаются после принятия решения по конкретному делу.

В случае прекращения полномочий третейского судьи другой третейский судья избирается (назначается) в соответствии с правилами, которые применялись при избрании (назначении) заменяемого третейского судьи¹³⁷.

Отметим, что принцип самостоятельного определения сторонами спора правил третейского разбирательства в полной мере действует и в случае обращения к постоянно действующему суду, и в случае выбора второго варианта, то есть создания третейского суда для рассмотрения конкретного спора. Именно в возможности выбора между этими двумя вариантами заключается самостоятельность сторон.

Ограничения же связаны, как видно, с необходимостью на государственном уровне контролировать законность и правопорядок при реализации гражданами и организациями своих гражданско-правовых правомочий, не допуская ущемления прав одних лиц другими под эгидой диспозитивных начал гражданского законодательства. Это вполне нормально, такое же ограничение прописано в первых статьях Гражданского кодекса РФ – «граждане свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора» (ч.2 ст. 1 ГК РФ).

Важным представляется и то, что в третейском разбирательстве в определенных случаях могут участвовать третьи лица¹³⁸.

Полагаем, что в случае участия в третейском разбирательстве третьих лиц, заявляющих самостоятельные требования относительно предмета спора, необходимо определить основания такого участия, поскольку без их наличия юридическая сила вынесенного третейским судом решения на этих лиц распространяться не будет. Единственным таким основанием по причине договорной природы основного третейского соглашения будет являться заключенное между обеими сторонами первоначального спора и третьим лицом гражданско-правовое

¹³⁷ См.: ст. 8 (ч. 1,2,4,5), 9 (ч. 1), 11, 13 (ч.1, 2), 14 ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации».

¹³⁸ См., например: Трещева Е.А. К вопросу о соотношении понятий сторон и иных участников процесса в третейском и арбитражном суде // Народовластие и право в условиях формирования гражданского общества: материалы международной научной конференции / отв. ред. А.И. Хорошильцев, А.В. Самойлов. Курск: Изд-во РОСИ, 2006. С. 158–161; Ее же. Участники процесса в третейском и арбитражном судах // Право и власть: сб. ст. по материалам междунар. науч. конф. Курск: Изд-во РОСИ, 2007. С. 169–173.

соглашение. В.А. Мусин справедливо отмечает, что «если истец и ответчик связаны третейским соглашением, то третье лицо, заявляющее самостоятельные требования относительно предмета спора, участником этого соглашения не является, и потому юрисдикция третейского суда на него распространяться не может. Вот почему вступление третьего лица, заявляющего самостоятельные требования относительно предмета спора, в дело, рассматриваемое третейским судом, возможно не иначе, как с согласия истца и ответчика, благодаря чему третье лицо присоединяется к третейскому соглашению в качестве его участника, подчиняясь тем самым юрисдикции третейского суда. (Неслучайно Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (МКАС) предусматривает, что «вступление в арбитражное разбирательство третьего лица допускается только с согласия спорящих сторон. Для привлечения к разбирательству третьего лица, помимо согласия сторон, требуется также согласие и привлекаемого третьего лица. Заявление ходатайства о привлечении третьего лица допускается только до истечения срока представления отзыва на исковое заявление. Согласие о привлечении третьего лица должно быть выражено в письменной форме» (§ 28). Аналогичное правило содержится в статье 36 Регламента третейского суда для разрешения экономических споров при Торгово-промышленной палате Российской Федерации. Приведенная формулировка не уточняет, какие именно третьи лица - заявляющие самостоятельные требования относительно предмета спора или не заявляющие таких требований - имеются в виду. Есть поэтому основания полагать, что ее смыслом охватываются третьи лица обеих разновидностей»¹³⁹.

Однако третье лицо с самостоятельными требованиями на предмет спора может быть не определено на момент заключения основной третейской записи, оно может «объявиться» в момент активного рассмотрения дела третейским судом, следовательно, вступление в третейский процесс третьих лиц оформляется соглашением, которое может быть заключено как до обращения к третейскому суду, так и в самом заседании третейского суда.

¹³⁹ Мусин В.А. Третьи лица в третейском суде // Арбитражные споры. 2008. № 3.

Но важно решить следующий вопрос. В ситуации рассмотрения двустороннего спора третейским судом шансы на вынесение благоприятного для них решения у спорящих субъектов соотносятся как 50/50. В случае появления третьего претендента на спорное право (третьего лица с самостоятельными требованиями относительно предмета спора) они, соответственно, уменьшаются. Поэтому очевидно, что в силу этой, а также других возможных причин стороны третейского соглашения могут не согласиться на вступление в третейское разбирательство третьего лица с самостоятельными требованиями и отказаться заключать с ним соглашение. Об этом же пишет В.А.Мусин: «Если же со стороны истца и ответчика (либо хотя бы одного из них) последует возражение против вступления в дело третьего лица, заявляющего самостоятельные требования относительно предмета спора (а тем самым и против распространения на данное лицо действия третейского соглашения), его участие в деле исключено, ибо третье лицо не может своим односторонним волеизъявлением присоединиться к третейскому соглашению, как и третейский суд, даже если он и считал бы это в сложившейся ситуации целесообразным и, более того, необходимым не в состоянии своей властью расширить субъектный состав третейского соглашения. В этом вопросе полномочия государственного и третейского судов существенно различны. Государственный суд (как общей юрисдикции, так и арбитражный), получив ходатайство третьего лица, заявляющего самостоятельные требования относительно предмета спора, о вступлении в дело, разумеется, запрашивает других участвующих в деле лиц об их отношении к этому ходатайству, но может вынести определение о вступлении упомянутого лица в дело и вопреки возражениям остальных участников процесса. Между тем третейский суд в силу изложенных выше причин такими полномочиями не располагает»¹⁴⁰. Однако очевидно, что указанное третье лицо нельзя лишить права на обращение в государственный суд, однако тут и возникает проблема – как следует поступить суду, если при принятии искового заявления или же на этапе судебного разбирательства выяснится, что спорное право одновременно является предметом третейского разбирательства по спору между другими лицами?

¹⁴⁰ Мусин В.А. Третьи лица в третейском суде.

В данном случае, разумеется, отсутствуют основания как для отказа в принятии искового заявления, так и для его возвращения или оставления без движения. Также нельзя оставить заявление без рассмотрения. Вероятно, дело нужно рассматривать по существу, но в таком случае будет сведения «на нет» сама сущность права на рассмотрение спора в третейском суде, в третейском разбирательстве не будет смысла.

На наш взгляд, подобная ситуация могла бы быть разрешена, если бы у суда существовала обязанность приостановить производство по делу в связи с невозможностью его рассмотрения до принятия решения третейским судом. Однако на сегодняшний день в соответствии с положениями ст. 215 ГПК РФ и ст. ст. 143 и 144 АПК РФ суд может приостановить производство по делу лишь в случаях, когда его рассмотрение невозможно до разрешения другого дела, рассматриваемого в гражданском, административном или уголовном производстве (ГПК РФ, АПК РФ) или при рассмотрении международным судом, судом иностранного государства другого дела, решение по которому может иметь значение для рассмотрения данного дела (АПК РФ). При этом важно, что именно государственный суд должен приостановить производство, а не третейский, поскольку этого требует диспозитивное начало гражданского оборота.

Итак, предлагаем дополнить соответствующие статьи ГПК РФ и АПК РФ следующим положением: «суд обязан приостановить производство по делу в случае, если третейским судом рассматривается дело, решение по которому может иметь значение для рассмотрения данного дела».

В.А.Мусин ставит несколько другую проблему и пишет: «Составу третейского суда следует обратить внимание сторон третейского разбирательства на то, что рассмотрение дела без участия третьего лица, заявляющего самостоятельные требования относительно предмета спора, может обернуться вынесением решения, затрагивающего права лица, не привлеченного к участию в деле. Данное обстоятельство является безусловным основанием для отмены решения государственного суда, как арбитражного (часть 4 пункта 4 статьи 270, часть 4 пункта 4 статьи 288 АПК РФ), так и общей юрисдикции (часть 2, пункт 4, статьи 364 ГПК РФ). Что же касается третейских судов, то законодательные нормы, регламентирующие как их деятельность, так и порядок обращения их решений к принудительному исполнению, *expressis verbis* допускают оспаривание третейских решений или представление возражений против выдачи исполнительных листов

лишь сторонами рассмотренного третейским судом дела (статьи 40, 42, 46 Закона «О третейских судах в Российской Федерации», статьи 34, 36 Закона «О международном коммерческом арбитраже», статьи 233, 235, 239 АПК РФ, статьи 417, 418, 421, 426 ГПК РФ). О наличии таких возможностей у других, не участвовавших в третейском разбирательстве лиц, чьи права оказались затронуты решением третейского суда, в законе прямо не упомянуто. Данное обстоятельство послужило основой для высказанной в литературе точки зрения о том, что указанные лица подобными возможностями не располагают... Однако юрисдикционная практика, хотя и не без некоторых колебаний, пошла по иному пути, допускающему использование общего процессуального института о правах третьих лиц в виде аналогии закона применительно к оспариванию решений третейских судов. ... Скорее всего, третье лицо вообще не будет упомянуто в решении третейского суда, вынесенного против истца или ответчика. Вместе с тем если это лицо считает себя, например, обладателем права собственности на имущество, присужденное истцу или ответчику, то оно, разумеется, легитимировано на судебную защиту своего права, тогда как возражения истца и/или ответчика против участия такого лица в деле лишают его возможности получить защиту своего (пусть предполагаемого) права в третейском судопроизводстве, где рассматривается вопрос о юридической судьбе соответствующего имущества. Подобная ситуация вполне может быть квалифицирована как несовместимая с основополагающими принципами российского права, а значит – и с публичным порядком Российской Федерации. Вот почему решение третейского суда в таком случае оказывается под угрозой его отмены или отказа в его принудительном исполнении»¹⁴¹. С данным мнением следует согласиться.

Ученые также в основном обходят стороной вопрос о том, ведется ли в процессе третейского разбирательства дела протокол заседания. Исходя из того, что третейское решение может стать предметом судебного разбирательства в компетентном государственном суде, причем в основном по так называемым «процессуальным» основаниям, обязательность ведения протокола представляется несомненной. К заявлению об отмене решения третейского суда прилагаются, помимо прочих, документы, представляемые в обоснование требования об отмене решения третейского суда (п. 3 ч. 3

¹⁴¹ Мусин В.А. Третьи лица в третейском суде.

ст. 419 ГПК РФ и п. 3 ч. 3 ст. 231 АПК РФ). Думается, что одним из таких документов как раз следует считать протокол заседания в третейском суде и было бы целесообразно специально урегулировать этот вопрос в законе.

Третий признак третейского разбирательства – результатом третейского разбирательства гражданских споров является гражданско-правовое соглашение.

Надо сказать, что правовая природа решения третейского суда также вызывает многочисленные споры. Например, М.Э. Морозов считает, что это «вынесенный в особом санкционированном государством порядке правоприменительный акт, обязательный для сторон третейского судопроизводства, могущий быть обеспеченным принудительной силой государства и содержащий признание существования или отсутствия между сторонами определенного правоотношения»¹⁴².

С одной стороны, решение третейского суда обладает, несомненно, свойством обязательности. На первый взгляд, эта обязательность даже более строгая, чем обязательность решения государственного суда – ведь последнее подвергается всесторонней проверке в случае его обжалования (вышестоящая судебная инстанция проверяет законность и обоснованность решения нижестоящего суда), в то время как решение третейского суда может быть отменено лишь по основанию несоответствия его закону – процессуальному, если при рассмотрении дела были нарушены диспозитивность, состязательность, равноправие сторон или принцип независимости третейского суда, и материального – если третейское решение нарушает основополагающие начала российского права.

Однако эта обязательность имеет другой, принципиально отличный от источника обязательности судебного решения, источник – волю самих спорящих сторон, а не закон.

На общую договорную, частно-правовую природу решения третейского суда прямо указывает используемая в тексте статьи закона формула «стороны, заключившие третейское соглашение, принимают на себя обязанность добровольно исполнять решение третейского суда» (ст. 31 ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации»). Следовательно, третейская запись – это гражданско-правовой договор, в соответствии с которым

¹⁴² Морозов М.Э. Правовая природа законодательства, регулирующего третейское судопроизводство. С. 83.

стороны обязуются исполнить соглашение, условия которого им будут продиктованы третьим лицом – третейским судом. Стоит сравнить, например, с положением ч. 1 ст. 182 АПК РФ: «решение арбитражного суда приводится в исполнение после вступления его в законную силу, за исключением случаев немедленного исполнения», определяющим публично-правовую природу судебного решения.

В этой связи хотим обратить внимание на следующее положение, закрепленное в тексте ст. 40 ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации», которое прямо противоречит, во-первых, Конституции РФ и, во-вторых, упомянутой нами выше норме ст. 31 того же ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации», а также самому духу отечественной правовой системы. Закон устанавливает, что если в третейском соглашении не предусмотрено, что решение третейского суда является окончательным, то оно может быть оспорено участвующей в деле стороной путем подачи заявления об отмене решения в компетентный суд в течение трех месяцев со дня получения стороной, подавшей заявление, решения третейского суда.

Но при этом не следует забывать о недопустимости лишения лица права на судебную защиту, в федеральном законодательстве в порядке подкрепления конституционной нормы закреплено правило о недействительности отказа от права на обращение в суд. Право использовать средства АРС отнюдь не означает отказ от права на судебную защиту. Это значит, что третейский суд не вправе указывать в решении на его окончательность даже при том, что в тексте третейской записи может содержаться взаимное согласие сторон правоотношения на окончательность решения третейского суда и невозможность его обжалования в государственном суде.

Решение третейского суда, как всякий правовой договор, может быть обжаловано в суд любой из сторон, и недопустимо лишать стороны этого права. Поэтому, даже если в тексте полученного сторонами спора решения третейского суда сказано, что оно окончательное и обжалованию не подлежит, этот пункт в силу положения ч. 2 ст. 3 ГПК РФ следует считать ничтожным¹⁴³ и его наличие ни в коем случае не должно рассматриваться судами как правопрепятствующее обращению к суду обстоятельство.

¹⁴³ Сделка недействительна по основаниям, установленным настоящим Кодексом, в силу признания ее таковой судом (оспоримая сделка) либо независимо от такого признания (ничтожная сделка) – ч. 1 ст. 166 ГК РФ.

Причем гражданское процессуальное и арбитражное процессуальное законодательство не дублирует такое «противоестественное» с правовой точки зрения положение, например, в ч.ч. 1, 2 ст. 418 ГПК РФ четко сказано: решение третейского суда, принятое на территории Российской Федерации, может быть оспорено сторонами третейского разбирательства путем подачи заявления об отмене решения третейского суда. Заявление об отмене решения третейского суда подается в районный суд, на территории которого принято решение третейского суда, в срок, не превышающий трех месяцев со дня получения оспариваемого решения стороной, обратившейся с заявлением, если иное не предусмотрено международным договором Российской Федерации, федеральным законом. АПК РФ закрепил аналогичное правило - оспаривание в арбитражном суде решений третейских судов по спорам, возникающим из гражданских правоотношений при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности, может быть осуществлено лицами, участвующими в третейском разбирательстве, путем подачи заявления в арбитражный суд об отмене решения третейского суда. Заявление об отмене решения третейского суда подается в арбитражный суд субъекта Российской Федерации, на территории которого принято решение третейского суда, в срок, не превышающий трех месяцев со дня получения оспариваемого решения стороной, обратившейся с заявлением, если иное не установлено международным договором Российской Федерации или федеральным законом (ч.ч. 2 и 3 ст. 230 АПК РФ). Кроме того, условие об окончательности решения третейского суда нигде в тексте процессуальных законов не фигурирует в качестве того или иного правопрепятствующего процессуального основания.

В свете всего сказанного, считаем, что необходимо исключить из текста ст. 40 ФЗ «О третейском суде в Российской Федерации» слова «если в третейском соглашении не предусмотрено, что решение третейского суда является окончательным», а саму эту формулировку в установленном порядке признать неконституционной.

Для лучшего уяснения правил, которые характеризуют третейское разбирательство гражданских дел, необходимо еще раз обратиться к принципам третейского производства, так как именно принципы как основополагающие начала определяют характер и саму процедуру урегулирования спора в третейском суде.

Обратимся к общеправовой классификации принципов, разработанной в свое время В.М. Семеновым. В.М. Семенов по сфере действия принципов подразделяет все правовые принципы на четыре уровня¹⁴⁴:

1) общеправовые принципы. В той или иной форме они отражены во всех отраслях права, влияют на формирование и дальнейшее развитие отраслей;

2) межотраслевые принципы. Они закреплены в нормах и институтах ряда отраслей права, в основном с одинаковым содержанием ввиду тесной связи этих отраслей между собой;

3) отраслевые принципы, присущие только одной отрасли права;

4) принципы отдельных институтов, свойственные группе норм той или иной отрасли права и межотраслевому объединению норм (комплексному институту).

Такое классическое деление принципов было воспринято и в теории третейского разбирательства.

Так, В.Н. Тарасовым несколько своеобразно было осуществлено деление принципов третейского процессуального права на:

– общеправовые принципы;

– межотраслевые принципы (к которым, по его мнению, относятся принципы независимости, законности, процессуального равенства граждан и организаций, состязательности и диспозитивности);

– собственно третейские процессуальные (функциональные) принципы (в рамках этой группы рассматриваются принципы добровольности обращения в третейский суд, автономности третейского соглашения, безотзывности третейского соглашения, назначения третейского судьи сторонами, простоты и оперативности процедуры, конфиденциальности третейского разбирательства, «компетенции-компетенции», окончательности третейского решения)¹⁴⁵.

Таким образом, к третейским процессуальным принципам В.Н. Тарасов относит принципы, которые, строго говоря, по своей природе не являются «чисто» процессуальными. В частности, принципы автономности третейского соглашения и добровольности обращения к третейскому суду (добровольности заключения арбитражного соглашения) по своему харак-

¹⁴⁴ Семенов В.М. Конституционные принципы гражданского судопроизводства. М., 1982. С. 30–31.

¹⁴⁵ Тарасов В.Н. Третейский процесс: учебное пособие. С. 10–18.

теру являются также материально-правовыми и связаны не только с процессуальной деятельностью в третейском суде, а с деятельностью сторон по исполнению третейского соглашения.

Легально принципы третейского разбирательства закрепляет ст. 18 ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации». Законодатель указывает: третейское разбирательство осуществляется на основе принципов законности, конфиденциальности, независимости и беспристрастности третейских судей, диспозитивности, состязательности и равноправия сторон.

Отдельного внимания заслуживает принцип конфиденциальности третейского разбирательства.

Ю.С. Поваров верно отмечает, что «конфиденциальность третейского разбирательства обеспечивается прежде всего через возложение на третейского судью обязанности пассивного типа – не разглашать сведения, ставшие ему известными в ходе третейского разбирательства, без согласия сторон или их правопреемников. Таким образом, вопрос о раскрытии указанной информации отдан на усмотрение сторон (их правопреемников), причем из Закона вытекает (и редакционно, и по смыслу) необходимость получения согласия обеих сторон. Общепринятым стало выделение в литературе двух сторон (аспектов) принципа конфиденциальности: негласность (непубличность) самого разбирательства и сохранение в тайне информации, получаемой в ходе реализации третейской процедуры. ...Закон обходит молчанием аспект последствий неисполнения третейскими судьями обязанности по неразглашению информации. В литературе данная проблема является предметом дискуссии»¹⁴⁶. Далее автор делает вывод, который можно принять: «Принимая во внимание противоправный характер раскрытия третейскими судьями информации без согласия сторон (их правопреемников) и возможность наступления отрицательных имущественных и репутационных последствий судейского неправомерного поведения, более убедительным видится взгляд, сообразно которому отсутствие санкций в исследуемом Законе не мешает сторонам прибегнуть к защите своих прав с использованием гражданско-правовых конструкций возмещения убытков и компенсации нематериального вреда»¹⁴⁷. Полагаем, что также посредством применения гражданско-правовых мер по охране нарушенного права можно призвать к ответу и в

¹⁴⁶ Поваров Ю.С. Вопросы конфиденциальности третейского разбирательства // Арбитражный и гражданский процесс. 2010. № 10.

¹⁴⁷ Там же.

случае нарушения требования конфиденциальности одной из сторон правового конфликта. Ю.С. Поваров также отмечает и проблему отсутствия в действующем процессуальном законодательстве норм о свидетельском иммунитете третейского судьи¹⁴⁸.

Отметим, что, помимо этого, требование конфиденциальности третейского разбирательства ставится под угрозу и по той причине, что производство об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов по ним в государственных судах проходит в обычном, гласном порядке. Разумеется, информация, полагаемая сторонами как конфиденциальная и являвшаяся предметом рассмотрения в третейском суде, при данных обстоятельствах становится общедоступной. Поэтому целесообразно установить, что разбирательство данных категорий дел в судах должно осуществляться при закрытых дверях.

Что касается конкретных правил третейского производства, то постоянно действующий третейский суд осуществляет третейское разбирательство в соответствии с правилами постоянно действующего третейского суда, если стороны не договорились о применении других правил третейского разбирательства. Третейский суд для разрешения конкретного спора осуществляет разбирательство в соответствии с правилами, согласованными сторонами (ч.ч. 1 и 2 ст. 19 ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации»).

В третейском суде для разрешения конкретного спора стороны могут по своему усмотрению договориться о месте третейского разбирательства. Если стороны не договорились об ином, то место третейского разбирательства определяется третейским судом для разрешения конкретного спора с учетом всех обстоятельств дела, включая фактор удобства для сторон. В постоянно действующем третейском суде место третейского разбирательства определяется в соответствии с правилами постоянно действующего третейского суда. Если в правилах постоянно действующего третейского суда нет указания на место третейского разбирательства либо порядок его определения, то место третейского разбирательства определяется составом третейского суда с учетом всех обстоятельств дела, включая фактор удобства для сторон (ст. 20 ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации»).

¹⁴⁸ См.: Поваров Ю.С. Вопросы конфиденциальности третейского разбирательства.

Если стороны не договорились об ином, то третейское разбирательство ведется на русском языке (ч. 1 ст. 21 ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации»).

Если стороны не договорились об ином, то в заседании третейского суда ведется протокол (ст. 30 ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации»).

Истец излагает свои требования в исковом заявлении, которое в письменной форме передается в третейский суд. Копия искового заявления передается ответчику.

В исковом заявлении должны быть указаны:

- дата искового заявления;
- наименования и места нахождения организаций, являющихся сторонами третейского разбирательства; фамилии, имена, отчества, даты и места рождения, места жительства и места работы граждан-предпринимателей и граждан, являющихся сторонами третейского разбирательства;
- обоснование компетенции третейского суда;
- требования истца;
- обстоятельства, на которых истец основывает свои требования;
- доказательства, подтверждающие основания исковых требований;
- цена иска;
- перечень прилагаемых к исковому заявлению документов и иных материалов.

Исковое заявление должно быть подписано истцом или его представителем. В случае, если исковое заявление подписано представителем истца, к исковому заявлению должны быть приложены доверенность или иной документ, удостоверяющий полномочия представителя.

Правилами третейского разбирательства могут быть предусмотрены дополнительные требования к содержанию искового заявления.

Ответчик вправе представить истцу и в третейский суд отзыв на исковое заявление, изложив в нем свои возражения против иска. Отзыв на исковое заявление представляется истцу и в третейский суд в порядке и сроки, которые предусмотрены правилами третейского разбирательства. Если правилами третейского разбирательства срок представления отзыва на исковое заявление не определен, то указанный отзыв представляется до первого заседания третейского суда.

В ходе третейского разбирательства сторона вправе изменить или дополнить свои исковые требования или возражения против иска (ст. 23 ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации»).

В третейских судах допускается предъявление встречного иска, а также применения обеспечительных мер, проведение экспертизы (ст. ст. 24, 25 и 29 ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации»).

Как видно, правила третейского производства копируют гражданскую и арбитражную процессуальные формы, что связано, видимо, с высокой степенью доверия законодателя к последней.

При вынесении решения третейским судом также предусмотрены такие общие процессуальные механизмы, как, например, вынесение дополнительного решения (ст. 34 ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации»), разъяснение решения (ст. 34), исправление описок, опечаток, арифметических ошибок (ст. 36).

Решение третейского суда является обязательным для сторон третейского разбирательства и должно быть исполнено. Но эта обязательность того же правового порядка, что обязательность любого договора, заключенного в соответствии с требованиями российского законодательства, то есть такое свойство, которое может быть в определенных случаях опровергнуто в суде.

Отдельного внимания заслуживает вопрос о преюдиции вступившего в законную силу решения третейского суда.

Преюдициальность не всегда признается в качестве свойства законной силы арбитражного решения. Некоторые ученые отрицают для государственных судов обязанность признавать факты, установленные вступившим в законную силу решением третейского суда и указывают на необходимость доказывать эти факты вновь при рассмотрении дела в государственном или третейском суде между теми же сторонами, по тому же основанию и о том же предмете¹⁴⁹.

По мнению С.Н. Лебедева, арбитражное решение, пока оно не экзекватурировано, рассматривается как частный акт, положения которого понимаются как истинные лишь пока не будет доказано обратное, иначе говоря, за арбитражным решением признается значение не бесспорного доказательства, а опровержимой презумпции¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Попов М.А. Проблема преюдиции решений и тождественности исков применительно к третейским судам // Третейский суд. 2001. № 2. С. 37–38.

¹⁵⁰ Лебедев С.Н. Международный торговый арбитраж. М., 1965. С. 22.

При разработке Закона о третейских судах и ныне действующего процессуального законодательства некоторыми учеными ставился вопрос о придании решению третейского суда свойства преюдициальности¹⁵¹. Так, М.А. Дубровина полагает, что вступившему в законную силу решению третейского суда присуще свойство преюдициальности¹⁵². В свое время Н.И. Масленникова отмечала, что наличие у судебного решения свойства преюдициальности обусловлено, с одной стороны, истинностью выводов суда о фактах и правоотношениях и нецелесообразностью их новой проверки, если нет сомнений в законности и обоснованности постановленного судом решения, с другой – невозможностью вторичного возбуждения и разбирательства в суде дела, тождественного уже рассмотренному. Основу преюдициальности решения создает само разбирательство дела по существу.

Однако действующее гражданское процессуальное законодательство не поддерживает эту позицию. В законах не упоминается о решении третейского суда как об основании освобождения от доказывания (ст. 69 АПК РФ, ст. 61 ГПК РФ). Кроме этого, в судебной практике доминирующей также является тенденция непризнания преюдициальной силы за решениями третейских судов¹⁵³, хотя, например, в одном из постановлений Федерального арбитражного суда Московского округа было отмечено, что решение третейского суда по вопросам признания третейского соглашения недействительным или незаключенным носит преюдициальный характер¹⁵⁴.

По нашему мнению, применительно к вступившим в законную силу решениям третейских судов речь о преюдиции вообще не должна идти, поскольку преюдициальность – это свойство решения именно государственного суда, как это следует из положений ст. 61 ГПК РФ и ст. 69 АПК РФ. Рассматривая решение третейского суда как гражданско-правовой договор, мы исходим из того, что, вступив в законную силу («устояв» при оспаривании в государственном компетентном суде или не будучи оспоренным вообще), решение третейского суда конституирует факты, которые им установлены, в качестве фактов, признанных сторонами, и в этом

¹⁵¹ Дубровина М.А. Международный коммерческий арбитраж в Швейцарии. С. 23.

¹⁵² Там же.

¹⁵³ См., например, Постановление ФАС Северо-Западного округа от 15 мая 2002 года по делу № А56-1393/02.

¹⁵⁴ См.: Постановление ФАС Московского округа от 22 августа 2000 года по делу № КГ-А41/3640-00.

смысле следует руководствоваться положениями не ст. 69, а ст. 70 АПК РФ, в тексте которой, среди прочего, прямо зафиксировано: признание стороной обстоятельств, на которых другая сторона основывает свои требования или возражения, освобождает другую сторону от необходимости доказывания таких обстоятельств; факт признания сторонами обстоятельств заносится арбитражным судом в протокол судебного заседания и удостоверяется подписями сторон; признание, изложенное в письменной форме, приобщается к материалам дела (ч. 3 ст. 70 АПК РФ). Таким образом, проблема преюдициальности решения третейского суда разрешается при условии принятия и осознания его гражданско-правовой природы.

В случае неисполнения третейского решения лицо, в пользу которого оно вынесено, вправе обратиться в компетентный государственный суд (суд общей юрисдикции или арбитражный суд) с требованием о выдаче исполнительного листа. Это производится по правилам Главы 47 ГПК РФ и § 2 Главы 30 АПК РФ. При этом суд может отказать в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, но строго по основаниям, указанным в законе (ст. 426 ГПК РФ и ст. 239 АПК РФ). Это те же формальные основания, по которым решение третейского суда может быть отменено. Таким образом, можно говорить о том, что вынесенное третейским судом решение в любом случае – и при активном его оспаривании стороной, против которой оно вынесено, и при простом его неисполнении ею – подвергается исследованию и проверке судом на предмет его соответствия тем требованиям, которые закреплены законом как обязательные для третейского суда, рассматривающего гражданское дело.

Вопрос об оспаривании решения третейского суда требует специального внимания.

На страницах настоящей работы мы его уже затрагивали, в частности, указывали на явную неконституционность нормы ст. 40 Закона о третейских судах в РФ.

Обжалование решений третейских судов в силу отсутствия у них качеств окончательности и непререкаемости возможно в порядке применения государственной защиты права.

На особенный, частный, непубличный, характер итогового решения третейского суда указывает уже тот факт, что оно может быть не «обжаловано», а «оспорено».

Прежде всего надо отметить, что правом на обращение в государственный компетентный суд с заявлением об оспаривании решения третейского суда законодатель наделил лиц, участвующих в третейском разбирательстве (ч. 2 ст. 230 АПК РФ, ч. 2 ст. 418 ГПК РФ).

Заявление подается в зависимости от предметной направленности частно-правового спора, рассмотренного третейским судом либо в суд общей юрисдикции (в трехмесячный срок с момента получения оспариваемого решения стороной, обращающейся с заявлением, районный суд, на территории которого принято решение третейского суда – ст. 418 ГПК РФ), либо в арбитражный суд субъекта РФ (в трехмесячный срок с момента получения оспариваемого решения заявителем – ст. 230 АПК РФ).

Е.А. Трещева отмечает, что в АПК РФ «законодатель широко использует термин «стороны третейского разбирательства»¹⁵⁵. По ее мнению, следует учитывать, что в делах, связанных с третейским разбирательством споров, в том числе с их оспариванием, государственный суд не рассматривает спор о праве, и по этой причине в арбитражном процессе в делах указанной категории нет сторон. Она полагает, что поскольку в действующем АПК РФ не определен круг участников процесса по делам, связанным с третейским разбирательством и нечетко урегулированы их права и обязанности¹⁵⁶, этот пробел в законодательстве следует восполнить путем включения в подразделы 1 и 2 главы 30 АПК РФ специальных норм, указывающих на возможных участников данного вида производства¹⁵⁷. Следует согласиться с тем, что «такими участниками (лицами, участвующими в деле, то есть заинтересованными в исходе дела) являются заявители и заинтересованные лица. ... Заинтересованными лицами могут быть: вторая сторона третейского разбирательства; третьи лица, если они участвовали в разбирательстве дела третейским судом»¹⁵⁸, а также с тем, что необходимо «обеспечение интересов всех заинтересованных лиц»¹⁵⁹.

Весьма важно прояснить следующий вопрос. Какова роль третейского судьи, вынесшего оспариваемое в государственный суд решение?

¹⁵⁵ Трещева Е.А. Субъекты арбитражного процесса. Часть 2. Самара, 2007. С. 311–312.

¹⁵⁶ Там же. С. 312.

¹⁵⁷ Там же.

¹⁵⁸ Там же. С. 312–313.

¹⁵⁹ Там же.

Следуя букве процессуального закона, третейский судья, разрешивший спор, в суд не приглашается - при подготовке дела к судебному разбирательству по ходатайству обеих сторон третейского разбирательства судья может лишь истребовать из третейского суда материалы дела, решение по которому оспаривается в районном суде, по правилам, предусмотренным для истребования доказательств (ч. 2 ст. 420 ГПК РФ; ч. 2 ст. 232 АПК РФ).

Однако неясно, как следует поступить в том случае, если из представленных документов нельзя сделать однозначные выводы, и суду необходимо получить объяснения третейского судьи?

Представляется, что в таких случаях было бы целесообразно вызывать в судебное заседание третейских судей, закрепив за ними статус «заинтересованных лиц».

Основаниями для отмены решения третейского суда являются:

1. Сторона, подавшая заявление об отмене решения третейского суда, представит доказательства того, что:

- третейское соглашение является недействительным по основаниям, предусмотренным настоящим Федеральным законом или иным федеральным законом;
- решение третейского суда вынесено по спору, не предусмотренному третейским соглашением или не подпадающему под его условия, либо содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы третейского соглашения. Если постановления третейского суда по вопросам, которые охватываются третейским соглашением, могут быть отделены от постановлений по вопросам, которые не охватываются таким соглашением, то может быть отменена только та часть решения третейского суда, которая содержит постановления по вопросам, не охватываемым третейским соглашением;
- состав третейского суда или третейское разбирательство не соответствовали положениям статей 8, 10, 11 или 19 настоящего Федерального закона;
- сторона, против которой принято решение третейского суда, не была должным образом уведомлена об избрании (назначении) третейских судей или о времени и месте заседания третейского суда либо по другим причинам не могла представить третейскому суду свои объяснения;

2. Компетентный суд установит, что:

- спор, рассмотренный третейским судом, в соответствии с федеральным законом не может быть предметом третейского разбирательства;
- решение третейского суда нарушает основополагающие принципы российского права (ст. 42 ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации»).

Каковы же правовые последствия отмены государственным судом решения третейского суда?

Ст. 43 ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» закрепила следующие последствия отмены решения третейского суда.

В случае отмены решения третейского суда компетентным судом любая из сторон вправе в соответствии с третейским соглашением обратиться в третейский суд. Однако в случае, если решение третейского суда отменено полностью или частично вследствие недействительности третейского соглашения или потому, что решение принято по спору, не предусмотренному третейским соглашением или не подпадающему под его условия, либо содержит постановления по вопросам, не охватываемым третейским соглашением, соответствующий спор дальнейшему рассмотрению в третейском суде не подлежит. Данная позиция представляется совершенно разумной. Она продублирована в положении ч.ч. 3 и 4 ст.422 ГПК РФ: отмена решения третейского суда не препятствует сторонам третейского разбирательства повторно обратиться в третейский суд, если возможность обращения в третейский суд не утрачена, или в суд по правилам, предусмотренным настоящим Кодексом. В случае, если решение третейского суда отменено судом полностью или в части вследствие недействительности третейского соглашения либо решение было принято по спору, не предусмотренному третейским соглашением, либо не подпадает под его условия, либо содержит постановления по вопросам, не охватываемым третейским соглашением, стороны третейского разбирательства могут обратиться за разрешением такого спора в суд по общим правилам; а также ч. 3 и 4 ст. 234 АПК РФ: отмена решения третейского суда не препятствует сторонам третейского разбирательства повторно обратиться в третейский суд, если возможность обращения в третейский суд не утрачена, или в арбитражный суд по общим правилам. В случае, если решение третейского суда отменено арбитражным судом полностью либо в части вследствие недействительности соглашения о третейском разбирательстве, или оно было

принято по спору, не предусмотренному третейским соглашением, или не подпадает под его условия, или содержит постановления по вопросам, не охватываемым соглашением о третейском разбирательстве, стороны третейского разбирательства могут обратиться за разрешением такого спора в арбитражный суд по общим правилам¹⁶⁰. При этом представляется, что было бы правильно официально закрепить положение, в соответствии с которым в случае повторного рассмотрения спора третейский суд обязан не допустить нарушений, повлекших уже однажды отмену его решения. В случае наделения третейского суда статусом «заинтересованного лица» в деле об оспаривании вынесенного им решения это обуславливало бы его необходимость учесть допущенные нарушения.

Вопросы для самопроверки

1. Что является существенными условиями третейского соглашения и каков порядок его заключения?
2. Раскройте проблему подведомственности гражданско-правовых споров третейским судам.
3. Какие третейские суды могут создаваться на территории Российской Федерации, опишите порядок их образования и правовой статус.
4. Чем процедура рассмотрения спора в третейском суде отличается от рассмотрения дела государственным судом?
5. Дайте характеристику решения третейского суда и разъясните порядок его оспаривания.

¹⁶⁰ URL: СПС «Консультант Плюс»: <http://www.consultant.ru/popular/apkrf/>

ТЕМА 4. МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ КАК РАЗНОВИДНОСТЬ ТРЕТЕЙСКОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

Рассмотрение гражданского дела в рамках международного коммерческого арбитража – еще одна из форм АРС, направленная на урегулирование конфликта с участием иностранных лиц и разновидность третейского разбирательства, что прямо закреплено в специальном законе: установленные правила применяются при рассмотрении арбитражным судом заявлений об оспаривании решений третейских судов и международных коммерческих арбитражей, принятых на территории Российской Федерации (третейские суды) – ч. 1 ст. 230 АПК РФ. Это прежде всего означает, что в отношении международного коммерческого арбитража применимы все положения, касающиеся правового статуса третейских судов, оснований и характера их деятельности и природы их решений.

С самого зарождения цивилизации люди занимались международной торговлей, даже если профессия торговца и не является самой древней в мире. Ассирийцы торговали с древними египтянами; китайцы – с народами Индии, Греции и Рима. И уже в то время они часто занимались разрешением торговых споров¹⁶¹.

Поскольку в международной торговле неизбежно участвовал, по меньшей мере, один иностранец и ксенофобия не является феноменом современности, одна из сторон, зачастую, не доверяла судам другой стороны. Кроме того, судьи и суды были зачастую перегружены разрешением внутренних споров (в том смысле, что они рассматривали споры, возникшие между гражданами одного и того же государства). Все это привело к практике назначения сторонами, участвующими в споре, уважаемых людей, которые действовали в качестве арбитров, разрешающих спор между ними¹⁶².

Таким образом, если третейские суды призваны рассматривать главным образом имущественные споры между гражданами и организациями Российской правовой принадлежности, или так называемые «внутренние», внутригосударственные имущественные споры, то международный коммерческий арбитраж является специализированной формой третейского

¹⁶¹ Хьюлитт-Джеймс Марк и Гоулд Николас. Международный коммерческий арбитраж: практическое пособие. Алматы: ТОО «Аян Эдет», 1999. С. 1.

¹⁶² Там же.

разбирательства гражданских дел, но специализация проходит не только по признаку характера споров, то есть предметной юрисдикции, но и по субъектному критерию – в порядке коммерческого арбитража разбираются споры с участием иностранного элемента, причем этот элемент может быть выражен не только явно, но и косвенным образом – в частности, в случае, когда одной из сторон спора является организация с иностранными инвестициями, то есть иностранными элементами своего правового статуса. В преамбуле закона сказано, что он исходит из признания полезности арбитража (третейского суда) как широко применяемого метода разрешения споров, возникающих в сфере международной торговли, и необходимости комплексного урегулирования международного коммерческого арбитража в законодательном порядке.

Международный коммерческий арбитраж, являющийся разновидностью третейского суда, представляет собой в современных условиях основной способ разрешения споров, возникающих между предприятиями при осуществлении ими внешнеэкономической деятельности, а также международных инвестиционных споров, одной из сторон которых является государство, где осуществляются иностранные инвестиции¹⁶³.

Н.Ю. Ерпылева отмечает, что «международный коммерческий арбитраж превратился к настоящему времени в широко известный и часто используемый инструмент урегулирования внешнеэкономических споров гражданско-правового характера наряду с судебной процедурой»¹⁶⁴.

М. Хьюлитт-Джеймс и Н. Гоулд пишут: «Основное юридическое значение «международного» характера арбитража заключается в том, что определенные страны, такие, как Франция, Италия и Швейцария, применяют отличные правовые режимы к «международным» арбитражам по сравнению с теми, которые они применяют по отношению к внутренним арбитражам. ... Если арбитраж подпадает под категорию «международный», следует иметь в виду тот факт, что к нему могут быть применены специ-

¹⁶³ Комаров А.С., Мусин В.А. Модельная программа курса «Международный коммерческий арбитраж» // Хрестоматия альтернативного разрешения споров: учебно-методические материалы и практические рекомендации. СПб.: Редакция журнала «Третейский суд», 2009. С. 254.

¹⁶⁴ Ерпылева Н.Ю. Международный коммерческий арбитраж в международном частном праве: проблемы и перспективы современного развития // Право и политика. 2004. № 4. URL: <http://www.lawmix.ru/comm/3130/>

альные правила правовой системы (отличающиеся в большей или меньшей мере от тех, которые применяются к внутренним арбитражам) той страны, где предполагается проведение арбитражного разбирательства»¹⁶⁵.

Что касается правового значения термина «коммерческий», то, оно, равно как и значение категории «экономический», в Российском национальном законодательстве не определено. Справедливости ради отметим, что точно такая же ситуация сложилась в правовых системах многих иностранных государств. Полагаем, что в данном случае речь идет все же именно о торговых отношениях. В Типовом законе о Международном коммерческом арбитраже (ЮНСИТРАЛ) предусматривается, что должно «быть дано широкое толкование с тем, чтобы охватить все споры, возникающие из отношений, носящих коммерческий характер, в независимости от того, оформлены они в виде договора или нет» (См. ст. 1). «Коммерческий характер» спора приобретает важное значение, когда предпринята попытка исполнить арбитражное соглашение или исполнение и признание арбитражного решения должно быть осуществлено в соответствии с положениями Нью-Йоркской Конвенции 1958 года о Признании и Исполнении Иностраных Арбитражных Решений. Многие страны используют оговорки, допускаемые Конвенцией, и им необходимо только применять положения Конвенции к спорам, которые рассматриваются их собственной внутренней системой права как коммерческие. Это ясно свидетельствует о том, что, как и в случае с термином «международный», не существует общепринятого определения термина «коммерческий»¹⁶⁶.

С точки зрения большинства ученых коммерческая деятельность – это разновидность предпринимательства. Эта позиция подтверждается и нормами действующего российского законодательства – в частности, тем фактом, что решения международных коммерческих арбитражей оспариваются в порядке арбитражного судопроизводства.

Следует, таким образом, согласиться с мнением Н.Ю. Ерпылевой: «Сущность арбитража заключается в том, что он имеет третейскую природу, т.е. формируется на основании соглашения между спорящими сторонами, при их непосредственном участии и под их контролем. В этом смысле можно утверждать, что арбитраж является институтом, полностью про-

¹⁶⁵ Хьюлитт-Джеймс М. и Гоулд Н. Международный коммерческий арбитраж. С. 10.

¹⁶⁶ Там же. С. 11.

типоволожным институту государственных судов, которые представляют собой органы судебной системы какого-либо государства. Международный коммерческий арбитраж создается для разрешения особой категории споров, а именно споров, носящих коммерческий характер, т.е. вытекающих из гражданско-правовых и, главным образом, торговых сделок, а также включающих в себя «иностранный элемент» в той или иной форме»¹⁶⁷.

Правовое регулирование данной отрасли составляет Федеральный Закон «О международном коммерческом арбитраже» от 7 июля 1993 года. Он был принят на основе типового закона о международном коммерческом арбитраже, который был разработан Комиссией по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) 1985 г.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Ерпылева Н.Ю. Международный коммерческий арбитраж...

¹⁶⁸ «21 июня 1985 г. на 18-й ежегодной сессии Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) был принят Типовой Закон о международном коммерческом арбитраже. Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 40/72 от 11 декабря того же года он был рекомендован для учета всеми государствами при разработке или совершенствовании национального законодательства в соответствующей сфере, имея в качестве основной цели достижение большей унификации в данной сфере. ... Положения Типового Закона были восприняты в законодательстве уже нескольких десятков государств, причем во многих из них принимались законы общего характера, т.е. распространяющиеся как на сферу международного, так и внутреннего арбитража. ... Для ратификации Типового Закона в российскую правовую систему в начале 90-х годов прошлого столетия сложились весьма благоприятные нормативные и иные предпосылки, имея прежде всего в виду отсутствие комплексного регулирования института международного коммерческого арбитража. Принятое в 1992 г. Временное положение о третейском суде для разрешения экономических споров практически было ориентировано на регулирование третейского разбирательства "внутренних" споров. Актуальность принятия в нашей стране закона на базе Типового аргументированно обосновывалась ведущими отечественными специалистами еще до распада СССР. ... Российский Закон, как и Типовой, в основном исходит из принципа территориальности. Он применяется к арбитражу, если место его проведения находится на территории России. ... В качестве базового критерия "международности" в Типовом Законе использован традиционный критерий ЮНСИТРАЛ, а именно: местонахождение коммерческих предприятий (places of business) сторон в разных государствах (ст.1. п. 3а). Этот же критерий является основным в российском Законе, предусматривающем, что к юрисдикции международного коммерческого арбитража относятся гражданско-правовые споры, возникающие при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей (ст.1.2)». См.: Костин А.А. Типовой Закон ЮНСИТРАЛ и Российский Закон о международном коммерческом арбитраже: сравнительно-правовой анализ // Актуальные вопросы международного коммерческого арбитража: К 70-летию Международного ком-

Закон Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже» регулирует именно метод (процедуру), применяемый при разрешении споров в области международной торговли. Он не описывает порядок создания на территории России постоянно действующих арбитражных учреждений (постоянно действующих третейских судов)¹⁶⁹.

В Международный коммерческий арбитраж могут по соглашению сторон передаваться:

- споры из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающие при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей, а также
- споры предприятий с иностранными инвестициями и международных объединений и организаций, созданных на территории Российской Федерации, между собой, споры между их участниками, а равно их споры с другими субъектами права Российской Федерации (ч. 2 ст. 1 ФЗ «О международном коммерческом арбитраже»).

По аналогии с «внутренним» третейским разбирательством, международная практика знает два типа арбитража по делам, возникающим из сделок внутренней или внешней торговли: а) арбитраж институционный, постоянно действующий и б) изолированный арбитраж, который создается ad hoc для рассмотрения спора по данному конкретному правоотношению; после того как спор по делу рассмотрен и решение вынесено, третейский суд (арбитраж) прекращает существование.

Изолированный третейский суд создается сторонами специально для рассмотрения данного конкретного спора. Стороны сами определяют порядок создания третейского суда и правила рассмотрения в нем дела. После вынесения решения по делу такой суд прекращает свое существование. Он получил также название третейского суда ad hoc (буквально – «для этого», т. е. для рассмотрения данного дела). В отличие от третейских судов ad hoc, постоянно действующие третейские суды создаются при различных организациях и ассоциациях, при торгово-промышленных и торговых па-

мерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации: сб. / отв. ред. А.С. Комаров. М.: Спарк, 2002. URL: http://www.vneshmarket.ru/content/document_r_AF2E499D-CFC5-4B73-B0F7-555CF20AC10B.html

¹⁶⁹ Мусин В.А. Журнал «Третейский суд» отвечает на вопросы читателей. URL: <http://www.arbitrage.spb.ru/answers/1.html>

латах. Характерным для постоянно действующих арбитражей является то, что каждый из них имеет положение (или устав), свои правила производства дел, список арбитров, из которых стороны выбирают арбитров.

Впервые постоянно действующий арбитражный орган, призванный рассматривать внешнеторговые споры, – Внешнеторговая арбитражная комиссия – был создан в Москве в 1932 году. Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации в настоящее время успешно продолжает эту деятельность¹⁷⁰.

В РФ имеются два старейших институционных третейских суда, работающих в сфере международного коммерческого арбитража. Это – Международный коммерческий арбитражный суд (МКАС), созданный в 1932 г., (бывшая ВТАК) и Морская арбитражная комиссия (МАК), созданная в 1930 г., при Торгово-промышленной палате Российской Федерации. Оба эти арбитража подчинены Закону Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже» 1993 г.

Рассматривая теоретические концепции понимания правовой природы международного коммерческого арбитража, можно говорить об их полном заимствовании из теории третейского разбирательства, что объясняется, конечно, самим фактом видовой принадлежности данной формы АРС третейскому разбирательству.

Так, выделяют договорную теорию происхождения международного коммерческого арбитража; процессуальную концепцию; смешанную концепцию.

Для целей понимания сущности международного коммерческого арбитража следует взять за основу всех рассуждений следующие факты, нашедшие закрепление в действующем законодательстве и теоретические положения, разработанные доктринально.

Во-первых, международный коммерческий арбитраж – это разновидность, или одна из форм третейского разбирательства гражданских дел, являющегося, в свою очередь, одной из форм АРС. Следовательно, международный коммерческий арбитраж есть «внешняя» форма третейского (арбитражного) разбирательства.

¹⁷⁰ Интернет-интервью с А.С. Комаровым, председателем Международного коммерческого арбитражного суда: «Международный коммерческий арбитраж в России: актуальные вопросы практики разрешения споров». URL: <http://www.consultant.ru/law/interview/komarov.html>

Во-вторых, как и «внутреннее» третейское разбирательство, международный коммерческий арбитраж рассматривает гражданские споры лишь при условии наличия гражданско-правового соглашения. Как справедливо отметил А.С. Комаров, арбитраж (третейский суд) – это есть частный суд. Частная юрисдикция предусматривает добровольное подчинение. В арбитраж, в отличие от государственного суда, никого нельзя вызвать принудительно¹⁷¹. М.А. Рожкова также отмечает, что «возможность (способность) арбитража разрешать юридическое дело закреплена в правовых нормах, но право и обязанность, но право и обязанность разрешить конкретное дело вытекает непосредственно из арбитражного соглашения. Именно арбитражное соглашение наделяет частных лиц компетенцией рассматривать юридическое дело (частнопредметный спор) и выносить по результатам его рассмотрения решение, обязательное для спорящих сторон»¹⁷².

Следует остановиться на следующем моменте. В ч.1 ст. 8 ФЗ «О международном коммерческом арбитраже» закреплено: суд, в который подан иск по вопросу, являющемуся предметом арбитражного соглашения, должен, если любая из сторон попросит об этом не позднее представления своего первого заявления по существу спора, прекратить производство и направить стороны в арбитраж, если не найдет что это соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено. Между тем, заключение сторонами спора, переданного на рассмотрение в арбитражный¹⁷³ суд, соглашения о передаче дела в третейский суд в процессе судебного разбирательства является, как мы уже рассмотрели выше, основанием для оставления судом искового заявления без рассмотрения (см. п. 6 ч. 1 ст. 148 АПК РФ). Учитывая то, что международный коммерческий арбитраж есть «внешняя» разновидность третейского разбирательства, применение в отношении него иного процессуального правила представляется нелогичным. Кроме того, прекращение производства по делу влечет за собой невозможность повторного

¹⁷¹ Интернет-интервью с А.С. Комаровым...

¹⁷² Рожкова М.А. К вопросу о месте института третейского разбирательства в системе российского права // Третейский суд. 2009. № 5 (65). С. 61.

¹⁷³ Мы уже писали, что ГПК РФ почему-то не регулирует правила поведения суда в случае заключения сторонами третейского соглашения в процессе рассмотрения дела. – Е.М.

обращения в суд с тождественным требованием, то есть является право-препятствующим юридическим фактом. Мы неоднократно указывали, что сама по себе третейская запись (соглашение, арбитражная оговорка и т.п.) не является и не может рассматриваться в качестве альтернативы государственному урегулированию спора и в качестве препятствия к судебной защите, а представляет собой лишь условие, отсрочивающие возможность реализации права на обращение в суд на определенное время. Третейские суды не вершат и не могут вершить правосудие, так как правосудие – это вид государственной деятельности, а третейские суды, равно как и международный коммерческий арбитраж, не входят в систему государственных органов РФ. Поэтому нельзя принять точку зрения М.И. Клеандрова: «Полное право на существование имеет и иное, широкое понимание смысла правосудия, при котором его осуществляют не только государственные суды, но и легальные квазисудебные органы (лишь бы они не выходили за пределы своих полномочий), и во вне- и досудебных формах»¹⁷⁴. Сама этимология термина «правосудие» означает «правый суд», то есть «правильный» суд. Признать же суд «правым» может только государство, ибо только государство способно в принудительном порядке обеспечить реализацию решения. Частный же суд может быть и «неправым», так как избирается самими сторонами. Следовательно, правосудие – прерогатива государства, все остальное – просто «суд». Согласимся с М.А. Рожковой: «Не являясь государственным судом, арбитраж не вправе исполнять функцию государственной (судебной) власти – осуществлять правосудие, вынося решение от имени Российской Федерации. Поэтому встречающиеся в литературе утверждения о том, что арбитраж отправляет (осуществляет) правосудие, в корне неверны»¹⁷⁵. Поэтому еще раз отметим, что ни одна из форм АРС не может подменять собой разбирательство дела в государственном суде.

Не случайно в законе установлено, что основанием прекращения производства по делу является лишь наличие ставшего обязательным для сторон, принятого по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям решение третейского суда (ст. 220

¹⁷⁴ Клеандров М.И. Экономическое правосудие в России: прошлое, настоящее, будущее. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 146.

¹⁷⁵ Рожкова М.А. К вопросу о месте института третейского разбирательства в системе российского права. С. 61.

ГПК РФ, п.3 ч. 1 ст. 150 АПК РФ), то есть в качестве правопрепятствующего основания рассматривается лишь ситуация, когда суд легитимировал решение третейского суда. Поэтому заключение сторонами спора, являющегося предметом судебного разбирательства, соглашения о передаче дела на рассмотрение международного коммерческого арбитража в процессе судебного разбирательства должно быть закреплено в соответствующих нормах ГПК РФ и АПК РФ в качестве основания для оставления заявления без рассмотрения, а формулировку ч. 1 ст. 8 ФЗ «О международном коммерческом арбитраже» следует изложить следующим образом: «суд, в который подан иск по вопросу, являющемуся предметом арбитражного соглашения, должен, если любая из сторон попросит об этом не позднее представления своего первого заявления по существу спора, оставить заявление без рассмотрения и направить стороны в арбитраж, если не найдет что это соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено».

В-третьих, процедура разбирательства дела в международном коммерческом арбитраже регулируется сторонами спора самостоятельно. По аналогии с третейским разбирательством, сфера международного коммерческого арбитража есть форма частноправовых процедурных правоотношений¹⁷⁶.

В-четвертых, решение международного коммерческого арбитража представляет собой частноправовое соглашение, которое в дальнейшем, как и любой гражданский договор, может быть обжаловано в суд одной из его сторон. Сущностные особенности любого арбитражного решения могут быть сведены к следующим: 1) являются обязательными только для спорящих сторон; 2) предполагают добровольное исполнение, но при его отсутствии могут быть принудительно приведены в исполнение только при выдаче государственным судом исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения; 3) по общему правилу могут быть оспорены в компетентный государственный суд¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Об этом правильно говорит М.А. Рожкова. См.: Рожкова М.А. К вопросу о месте института третейского разбирательства в системе российского права. С. 61.

¹⁷⁷ Там же. С. 64.

В-пятых, оспаривание решения международного коммерческого арбитража производится по правилам обжалования третейского решения.

Таким образом, международный коммерческий арбитраж – это разновидность третейского разбирательства гражданских споров, и к нему применимы все принципы третейского разбирательства.

Вопросы для самопроверки

1. Раскройте смысл терминов «международный», «коммерческий», «арбитраж».
2. Дайте характеристику правовому регулированию деятельности международного коммерческого арбитража в России.
3. Какие виды международного коммерческого арбитража допускаются в соответствии с действующим законодательством? Назовите центры международного коммерческого арбитража в России.

ТЕМА 5. МЕДИАЦИЯ (ПОСРЕДНИЧЕСТВО) КАК ФОРМА АРС

Следующая форма самозащиты субъективного гражданского права – посредничество (медиация).

Наиболее точное и развернутое определение медиации сделано Е.И.Носыревой. Она пишет: «Посредничество представляет собой усовершенствованную форму переговоров, а его правовая природа определяется особой ролью посредника. Правильное понимание сути посредничества позволяет избежать ошибок на практике, когда стороны воспринимают посредника либо как своего адвоката, либо как арбитра или судью, а посредник пытается превратить процедуру в состязательный процесс или недооценивает роли сторон в ведении переговоров»¹⁷⁸.

В.В.Лисицын отмечает, что «в настоящее время медиация в России – это внесудебный способ урегулирования споров с участием третьей нейтральной стороны – медиатора. Медиатор – это прошедший соответствующую теоретическую подготовку специалист, который, по обоюдному согласию сторон коммерческого конфликта, привлекается для урегулирования такового во внесудебном порядке. Медиатор не выносит никакого решения по конфликтному делу. Он помогает участникам спора в поиске путей эффективного выхода из конфликтной ситуации, в нахождении того компромисса, который бы устроил всех»¹⁷⁹.

Медиация – самый молодой из институтов АРС¹⁸⁰. «Медиация» происходит от латинского «mediare» – посредничать, то есть выступать в роли лица, при участии которого ведутся переговоры¹⁸¹. Соответственно, посредничество – это и есть медиация.

¹⁷⁸ Носырева Е.И. Методические и теоретические основы преподавания курса «Посредничество (медиация)» // Хрестоматия альтернативного разрешения споров: учебно-методические материалы и практические рекомендации. СПб., 2009. С. 389.

¹⁷⁹ Лисицын В.В. Медиация: примирительное урегулирование коммерческих споров в России (прошлое и настоящее, зарубежный опыт). М.: Радуница, 2010. С. 92–93.

¹⁸⁰ См. Архипов В.В. Медиация – предмет изучения теоретико-правовых дисциплин // Хрестоматия альтернативного разрешения споров: учебно-методические материалы и практические рекомендации. СПб., 2009. С. 395.

¹⁸¹ Калашникова С.И. Проблемы определения понятия медиации как альтернативного способа урегулирования споров // Развитие процессуального законодательства: к пятилетию действия АПК РФ, ГПК РФ и Федерального закона РФ «О третейских судах в Российской Федерации»: сб. ст. Вып. 4. Воронеж: Издательство Воронежского государственного университета, 2008. С. 566.

Ф. Отахонов отмечает: «Понятия медиации и посредничества являются синонимами. Легального определения медиации (посредничества) наше законодательство не содержит»¹⁸². Несколько забегаая вперед, отметим, что далеко не любое посредничество есть медиация.

12 декабря 2006 года в Государственную Думу Федерального Собрания РФ депутатами Государственной Думы П.В. Крашенинниковым, В.Н. Плигиным, В.С. Груздевым был представлен проект Федерального Закона «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)». Принят он не был.

Измененный проект Федерального закона, регламентирующего права и обязанности посредника, 14.11.2008 г. был повторно внесен в Государственную Думу¹⁸³.

Наконец, проект федерального закона № 341071-5 был внесен в Государственную Думу 11 марта 2010 г Президентом РФ Дмитрием Медведевым.

7 июля 2010 года Госдума поддержала его в третьем чтении. Закон был одобрен Советом Федерации 14 июля 2010 года, направлен Президенту РФ.

26 июля 2010 г Президент РФ Дмитрий Медведев подписал Федеральный закон «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)». Он вступил в силу с 1 января 2011 года. Одновременно Президент подписал закон о внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием закона о медиации: в Арбитражный процессуальный кодекс, Гражданский кодекс, Гражданский процессуальный кодекс, Федеральные законы «О третейских судах в Российской Федерации» и «О рекламе». Как сказано в справке Государственно-правового управления, закон «направлен на создание правовых условий для развития в Российской Федерации альтернативных (неюрисдикционных) способов урегулирования споров при участии независимых лиц – медиаторов, осуществляющих свою деятельность в том числе, профессионально, а также в целях снижения нагрузки на судебную систе-

¹⁸² Отахонов Ф. Медиация – плюсы и минусы посредничества // «Вопросы совершенствования законодательства о юридических лицах». 3–4 июня 2009 г., «Обязательственное право – вопросы теории и практики применения». 27 октября 2009 г., «Международный коммерческий арбитраж в контексте судебно-правовой реформы». 28 октября 2009 г.: материалы международных научно-практических конференций. Ташкент: 2010. С. 253.

¹⁸³ Лисицын В.В. Медиация: примирительное урегулирование... С. 99.

му Российской Федерации»¹⁸⁴. Как отметила президент Центра медиации и права Ц. А. Шамликашвили в интервью ИА «Гарант»: «С принятием Закона следует поздравить и все наше общество. Это действительно веха в развитии правовой системы. Я искренне надеюсь, что медиация со временем станет частью нашей культуры и принесет много пользы как каждому отдельному гражданину, так и обществу в целом»¹⁸⁵.

Медиация – сегодня это очень актуальная тема в современной процессуальной науке, так что многие ученые высказались по вопросу определения этого понятия.

«Большую роль в муссировании данной темы играют различные организации, активно продвигающие курсы обучения будущих медиаторов. Обучение достаточно дорогое, соблазн заняться чем-то новым и, вероятно, перспективным велик: в настоящее время желающих стать посредниками немало, тем более что эта работа не кажется слишком трудной» - считают В.А. Панкратов и К. Позинская¹⁸⁶.

И.В. Решетникова рассматривает медиацию как форму примирения сторон, в ходе которой нейтральное лицо, избранное добровольно сторонами (исходя из его компетенции и авторитета), проводит переговоры¹⁸⁷.

В.Ф. Яковлев указывал, что «медиация представляет собой деятельность специалиста по урегулированию споров в рамках переговоров спорящих сторон в целях заключения между ними мирового соглашения»¹⁸⁸.

Сразу отметим недопустимую, на наш взгляд, терминологическую неточность в рассуждениях – результатом медиации является гражданское правовое соглашение, а никак не мировое. «Мировое соглашение» – это процессуальный термин, гражданско-правовое соглашение тогда ста-

¹⁸⁴ Закон о медиации подписан Президентом РФ. URL: «Центр медиации и права». <http://www.mediacia.com/newsout.php?id=81>

¹⁸⁵ Там же.

¹⁸⁶ Панкратов В.А., Позинская К. Медиация – альтернативный способ разрешения споров // Вестник Брянского государственного университета. Сер. «История. Литературоведение. Право. Языкознание». 2008. № 2. С. 127.

¹⁸⁷ Решетникова И.В. Право встречного движения. Посредничество и российский арбитражный процесс // Медиация и право. Посредничество и примирение. 2007. № 2(4). С. 53.

¹⁸⁸ Яковлев В.Ф. Закон свободного применения // Медиация и право. Посредничество и примирение. 2006. № 1. С. 13.

новится мировым соглашением, когда оно утверждено судом. Медиация же как форма АРС не предусматривает судебного контроля.

Ц.А. Шамликашвили определяет медиацию как форму участия нейтрального лица – медиатора (посредника) в процедуре разрешения спора¹⁸⁹. Мы бы дополнили – «в процедуре несудебного разрешения спора».

«Медиация – внесудебный способ урегулирования спора между сторонами при участии и под руководством третьего нейтрального лица – посредника, не наделенного правом вынесения обязательного для сторон решения. ... Медиация – это процесс, в котором стороны встречаются с совместно избранным, беспристрастным, нейтральным специалистом-медиатором (посредником), который помогает им вести переговоры, с целью выработки взаимоприемлемого жизнеспособного решения в условиях существующих между ними различий интересов», – отмечают В.А. Панкратов и К. Позинская¹⁹⁰.

А.Ю. Коннов посредничество рассматривает как переговоры при участии независимого третьего лица с целью разрешения возникшего спора¹⁹¹.

На вопрос, что же такое медиация, О.В. Аллахвердова, директор Центра разрешения конфликтов, член экспертно-методического совета Коллегии посредников по проведению примирительных процедур при ТПП РФ, отвечает так: «Медиацию часто называют королевой переговоров! Медиация – это особые переговоры, к которым прибегают стороны, когда по каким-либо причинам не могут договориться сами. Тогда они приглашают посредника, или медиатора. ... Медиация – это переговоры с участием третьей, нейтральной стороны, которая является заинтересованной лишь в том, чтобы стороны разрешили свой спор (конфликт) максимально выгодно для обеих (всех) сторон. Медиация опирается ... на ведение переговоров в русле сотрудничества и ориентацию на результат «выигрыш-выигрыш»¹⁹².

¹⁸⁹ Шамликашвили Ц.А. Основы медиации как процедуры разрешения споров // Медиация и право. Посредничество и примирение. Приложение. 2007. № 2(4). С. 1.

¹⁹⁰ Панкратов В.А., Позинская К. Указ. соч. С. 127.

¹⁹¹ Коннов А.Ю. Понятие, классификация и основные виды альтернативных способов разрешения споров // Журнал российского права. 2004. № 12.

¹⁹² Аллахвердова О.В. Школа посредничества (медиации) // Хрестоматия альтернативного разрешения споров: учебно-методические материалы и практические рекомендации. СПб.: Редакция журнала «Третейский суд», 2009. С. 399.

Ф. Отахонов отмечает: «Медиация – это процедура урегулирования спора путем вступления сторон в добровольные переговоры в присутствии нейтрального лица – медиатора (посредника), с целью достижения взаимопонимания и составления соглашения, разрешающего спорную ситуацию»¹⁹³.

Приведенных цитат достаточно для того, чтобы понять – так или иначе, все исследователи отмечают тот факт, что медиация есть по сути своей разновидность переговоров.

А это – определение медиации, содержащееся в Регламенте по проведению примирительной процедуры с участием посредника, утвержденном приказом ТПП РФ от 12 мая 2006 года № 32 с изменением, утв. приказом ТПП РФ от 30 декабря 2008 года № 72: примирительная процедура с участием посредника (далее – примирительная процедура) является альтернативным (внесудебным) способом разрешения конфликтов, разногласий и споров, возникших в сфере коммерческих отношений, направленным на выработку взаимовыгодных или взаимоприемлемых условий их разрешения и добровольное заключение сторонами соглашения в соответствии с выработанными условиями¹⁹⁴. Здесь, как видно, переговоры прямо не упоминаются, но подразумеваются, как и в тексте ст. 1 проекта ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)», где медиация определена как альтернативная процедура урегулирования споров с участием в качестве посредника независимого лица – медиатора.

Однако попробуем рассуждать. Как стороны, не обращаясь к суду, могут совместными усилиями разрешить свой спор?

Человечеству известен только один приемлемый в рамках цивилизованного общества способ – обмен мнениями, убеждение друг друга, то есть переговоры.

Как следует проводить переговоры? Вариантов всего два. Можно на прямую, в личной беседе, а можно привлечь кого-то еще, некое третье лицо, которое поможет, рассуждая здраво и со знанием дела, увидеть сильные и слабые стороны своих аргументов и аргументов «противника».

Итак, мы решили пойти по второму пути и призвать посредника. Кто им станет?

¹⁹³ Отахонов Ф. Медиация – плюсы и минусы посредничества. С. 254.

¹⁹⁴ URL: http://www.tpprf-arb.ru/kp_reg.php

Безусловно, нам нужно незаинтересованное в деле лицо, это первое требование. Далее, посредник должен быть специалистом в тех вопросах, о которых возник спор. Наконец, правовой статус самого посредника должен позволять ему быть посредником (а мы знаем такие «запрещающие» статусы, например, статус судьи).

Хорошо, когда есть подобная кандидатура. Однако часто подбор ее представляет известную сложность. Но спрос, как известно, порождает предложение – и вот формируется особая социальная прослойка людей, которые готовы предоставить свои услуги посредника всем в том нуждающимся.

Но суть процедуры от этого не меняется. По-прежнему речь идет о переговорах – это единственно возможный «инструмент» для выработки компромисса. По-прежнему результатом этой деятельности должно стать некое соглашение, которое заключается исключительно самими спорящими сторонами (хотя и не исключается, что этого не произойдет и результат будет «нулевым»). Не вызывает сомнений правовая природа этого соглашения – обычный гражданско-правовой договор. Поэтому медиация – это переговоры сторон.

Если бы медиатор имел какое-то влияние на существо конечного соглашения, если бы его роль в самом переговорном процессе можно было назвать правовой, то это объяснило бы сам факт выделения медиации в качестве самостоятельной формы АРС. Однако вся деятельность посредника носит сугубо социальный характер – стороны могут прислушиваться к его словам и мнению, а могут – нет, он может оказать определенное влияние на мнение спорящих, а может не оказать, в любом случае выявить продуктивность его деятельности официальными средствами невозможно.

Отличие посредничества от переговоров, подчеркнутое Е.И. Носыревой, отмечающей, что «посредничество необходимо отличать от других способов урегулирования конфликтов. В частности, от переговоров и арбитража (третейского суда)»¹⁹⁵, не так очевидно, на наш взгляд, как отличие, например, третейского разбирательства от производства в государственном суде.

Относительно арбитража (третейского суда) можно сказать следующее. Действительно, сущность третейского разбирательства спора рази-

¹⁹⁵ Носырева Е.И. Методические и теоретические основы преподавания курса «Посредничество (медиация)» // Хрестоматия альтернативного разрешения споров: учебно-методические материалы и практические рекомендации. СПб., 2009. С. 388.

тельно отличается от существа переговоров и медиации. Третейское разбирательство характеризуется той ролью, которую в разрешении спора играет третейский суд. Он, если можно так выразиться, «глубоко специализированный посредник», а его деятельность подробно урегулирована нормами законодательства. Кроме этого, если стороны правового конфликта в одностороннем порядке в любой момент могут прекратить процедуру медиации, то заключив третейское соглашение они неизбежно получают обязательное для себя решение соответствующего третейского суда, если только обе не пожелают выйти из третейского разбирательства.

Возвращаясь к нашим простейшим рассуждениям о способе выбора посредника, отметим, что ему можно придать двойкий статус – сделать таким «вспомогательным» при разрешении спора второстепенным элементом, который ничего не решает сам, или же наделить своеобразной властью – пусть обе стороны выскажутся, представят свои обоснования и доказательства, а затем посредник сам выберет за них наиболее правильный исход дела, а стороны обязуются исполнить его. В первом случае мы имеем классическую медиацию, во втором – так сказать, «игровой, постановочный судебный процесс», который, в отличие от настоящего судебного разбирательства выносит не судебное решение по делу, а просто – решение. Такой процесс именуется «третейским разбирательством». Главное – и в том, и в другом случае стороны как результат получают документ, содержащий совокупность их прав и обязанностей по отношению друг к другу, квалифицировать этот документ следует как гражданско-правовой договор. Однако отличие медиации от третейского разбирательства очевидно – по роли привлеченного в спор третьего лица.

Гораздо сложнее обосновать различие медиации и переговоров.

Е.И. Носырева отмечает, что «специфика посредничества характеризуется следующими основными чертами: посредничество представляет собой переговорный процесс; активная роль в посредничестве принадлежит сторонам, которые ведут переговоры с целью достижения взаимовыгодного соглашения; посредник не является представителем сторон; посредник содействует сторонам в ведении переговоров и достижении соглашения по спору; посредник не исследует доказательства; посредник не вправе принуждать стороны к достижению соглашения;

посредник не вправе выносить обязательное для сторон решение по спору»¹⁹⁶. Медиация, таким образом, – это такие же переговоры.

Выявление истинной правовой природы и сущности медиации невозможно без определения понятия «посредничество».

То, что медиатор – это посредник, закреплено в самом названии Федерального Закона «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)».

Так как посредничество – это не процессуальная деятельность, следовательно, оно урегулировано в нормах материального права. Кроме того, посредничество в правовом смысле должно быть соответствующим образом оформлено, его основания необходимо легальным образом закрепить. Это возможно в рамках гражданско-правового договора.

Посредничество – это институт гражданского права¹⁹⁷, основы его урегулированы в положениях ГК РФ и, поскольку нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны ему соответствовать (ч. 2 ст. 3 ГК РФ), очевидно, что медиация должна иметь ту же правовую природу, что и посредничество, и пониматься как одна из его разновидностей, либо подвид одного из видов, которых, как известно, пять – договор комиссии (Глава 51 ГК РФ), договор поручения (Глава 49 ГК РФ), агентский договор (Глава 52 ГК РФ), коммерческое посредничество (ч. 2 ст. 182 ГК РФ) и, наконец, по мнению ряда ученых¹⁹⁸, институт представительства (Глава 10 ГК РФ).

¹⁹⁶ Носырева Е.И. Методические и теоретические основы преподавания курса «Посредничество (медиация)». С. 388–389.

¹⁹⁷ А. Егоров правильно указывает, что «Посредничество следует понимать как категорию науки гражданского права. Сущность категории посредничества состоит в самостоятельной деятельности лица, выступающего в чужих интересах, в виде подготовки и заключения договора для заинтересованного лица или в виде оказания содействия при заключении такого договора». См.: Егоров А.В. Понятие посредничества в гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 9.

¹⁹⁸ Есть мнение, что, возникнув как бы «от одного корня», посредничество породило различные правовые институты, в том числе представительство как универсальную правовую форму посредничества. См.: Энгельс Ф. Соч. Т. 21. С.160, 166. К юридическим формам, которые может принимать посредничество в экономическом смысле, относил прямое представительство и В.А. Рясенцев. См.: Рясенцев В.А. Представительство в советском гражданском праве: дис. ... д-ра юрид. наук. Т. 1. М., 1948. С. 53. В противовес этому Е.Л. Невзгодина справедливо полагает, что «от простого посредничества предста-

Легальное общее понятие посредничества на сегодняшний день отсутствует. Оно может быть выработано только путем анализа существенных признаков отдельных, урегулированных законом, его видов. В науке попытки осуществить такой анализ неоднократно предпринимались, результатом чего стали следующие доктринальные разработки.

Посредничество в широком смысле традиционно понималось как любая торговая деятельность¹⁹⁹. И.Н. Галушина пишет: «Посредничество как явление древнего быта было распространено повсеместно. С помощью третьих лиц, как правило, родовых старейшин происходил имевший обрядовую форму обмен между племенами. С возникновением государства и права обмен с участием третьих лиц опосредуется правом. Посредничество как экономическое явление находит отражение во многих правовых инсти-

тельство отличается прежде всего тем, что представитель путем собственного волеизъявления совершает сделку вместо представляемого, посредники же не устраняют личной деятельности тех, кому они оказывают содействие... Их действия сами по себе не вызывают установления правоотношения между двумя контрагентами. Последние порождают его собственными действиями, направленными на эту цель. Соответственно, простой посредник не имеет полномочия и действует от собственного имени в силу своей правоспособности. Отличие простого посредничества от представительства заключается также в том, что посредник, в отличие от представителя, отстаивает интересы не одного, а сразу обоих контрагентов в равной степени и защищает одновременно общественные интересы». См.: Невзгодина Е.Л. Представительство по советскому гражданскому праву. Томск: Издательство Томского университета, 1980. С. 68.

¹⁹⁹ А. Егоров исследует экономический аспект посредничества и указывает: «Самый общий характер имеет понимание, которое вкладывает в посредничество повседневное словопотребление – термин «посредничество» означает содействие, помощь в налаживании определенных связей, общения между кем-либо, содействие соглашению, сделке между сторонами. ...С не меньшей степенью общности, согласно другому пониманию, вся торговля признается посредничеством как деятельность по продвижению товара от его изготовителя к потребителю. На этой основе базировалось дореволюционное понимание торговли. Определяя предмет торгового права, Г.Ф. Шершеневич рассматривал торговый оборот как посредничество со спекулятивной целью. Равно как в основе классификации торговых сделок лежало экономическое понятие посредничества (посредничество в обращении товаров, в обращении труда, посредничество – содействие торговле). Посредником при обращении товаров, как наиболее существенной части торгового оборота, является любое лицо, находящееся между производителем и потребителем. Посредническую деятельность исключительно по приобретению и сбыту А.Ф. Федоров называл торговлей в узком смысле слова». См.: Егоров А. Посредничество в законодательстве и доктрине гражданского права // Юрист. 2001. № 12. С. 18–23.

тутах, однако представительство и посредничество как правовые категории появляются в писаном праве лишь с развитием имущественного оборота, усложнением и разнообразием экономических отношений. ... Нами выделено четыре направления в понимании посредничества: понимание посредничества в широком экономическом смысле, в узком экономическом смысле, в широком юридическом смысле и в узком юридическом смысле»²⁰⁰.

«Применительно к правовой науке о посредничестве принято говорить двояко. С одной стороны, традиционно под посредничеством понимается совершение фактических действий, направленных на выявление потенциально контрагента, согласование с ним всех необходимых условий сделки и сведение сторон для непосредственного заключения сделки. Эти действия совершаются посредником на основании агентского договора или самостоятельного маклерского договора (в отдельных правовых системах, где маклерский договор урегулирован как самостоятельный договорный тип). С другой стороны, под посреднической деятельностью понимается деятельность поверенного, комиссионера, агента, а также часто доверительного управляющего. То есть деятельность, непосредственно, как правило, без какого-либо вмешательства со стороны получателя услуг приводящая к правовому результату для последнего (установлению обязательственного отношения, переносу права собственности на имущество и т. п.)», – указывает А. Егоров²⁰¹.

Посредничество понимается, во-первых, как «простое посредничество», при котором действия посредника сами по себе не вызывают установления правоотношения между двумя контрагентами. Последние порождают его собственными действиями, направленными на эту цель²⁰². Соответственно, посредника определяют следующим образом: «Коммерческий или иной посредник, выступая от собственного имени, содействует заключению сделки путем поиска лиц, заинтересованных в ее заключении, сбора и выдачи информации об условиях ее совершения,

²⁰⁰ Галушина И. Н. Понятия представительства и посредничества в гражданском праве: сравнительно-правовой аспект // Журнал российского права. 2006. № 2.

²⁰¹ Егоров А. Посредничество в законодательстве и доктрине гражданского права. С. 18–23.

²⁰² Там же.

но никаких юридических действий, непосредственно создающих права и обязанности для других лиц, не совершает»²⁰³.

Во-вторых, в категорию посредничество включают совершение юридических действий, в противовес фактическим действиям посредника в собственном смысле слова, оформленную различными договорными типами²⁰⁴.

Уже упомянутые попытки проанализировать существо основных видов посредничества привели, в частности, к такому результату: А.В. Егоров считает, что «признаками посредничества являются:

I. осуществление деятельности на основе обязательственного отношения между двумя сторонами, посредником и заинтересованным лицом;

II. выступление посредника в интересе и за счет другого лица (заинтересованного лица);

III. универсальный характер посредничества, его применимость как в коммерческом, так и в некоммерческом обороте;

IV. возможность существования только на стадии заключения, изменения или прекращения исключительно двусторонней или многосторонней сделки (договора);

V. самостоятельность посредника при осуществлении своих функций»²⁰⁵.

Для того чтобы критически оценить это мнение, обратимся к действующему законодательству.

По договору поручения одна сторона (поверенный) обязуется совершить от имени и за счет другой стороны (доверителя) определенные юридические действия. Права и обязанности по сделке, совершенной поверенным, возникают непосредственно у доверителя (ч. 1 ст. 971 ГК РФ).

По договору комиссии одна сторона (комиссионер) обязуется по поручению другой стороны (комитента) за вознаграждение совершить одну или несколько сделок от своего имени, но за счет комитента. По сделке, совершенной комиссионером с третьим лицом, приобретает права и становится обязанным комиссионер, хотя бы комитент и был назван в сделке

²⁰³ Гражданское право: в 2 т.: учебник. Т. 1 / отв. ред. проф. Е.А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Издательство «БЕК», 1998. С. 398.

²⁰⁴ Егоров А. Посредничество в законодательстве и доктрине гражданского права. С. 18–23.

²⁰⁵ Егоров А.В. Понятие посредничества в гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 10.

или вступил с третьим лицом в непосредственные отношения по исполнению сделки (ч. 1 ст. 990 ГК РФ).

По агентскому договору одна сторона (агент) обязуется за вознаграждение совершать по поручению другой стороны (принципала) юридические и иные действия от своего имени, но за счет принципала либо от имени и за счет принципала. По сделке, совершенной агентом с третьим лицом от своего имени и за счет принципала, приобретает права и становится обязанным агент, хотя бы принципал и был назван в сделке или вступил с третьим лицом в непосредственные отношения по исполнению сделки (ч. 1 ст. 1005 ГК РФ).

Сделка, совершенная одним лицом (представителем) от имени другого лица (представляемого) в силу полномочия, основанного на доверенности, указании закона либо акте уполномоченного на то государственного органа или органа местного самоуправления, непосредственно создает, изменяет и прекращает гражданские права и обязанности представляемого. Полномочие может также явствовать из обстановки, в которой действует представитель (продавец в розничной торговле, кассир и т.п.) (ч. 1 ст. 182 ГК РФ).

В ч. 2 ст. 182 ГК РФ закреплено: не являются представителями лица, действующие хотя и в чужих интересах, но от собственного имени (коммерческие посредники, конкурсные управляющие при банкротстве, душеприказчики при наследовании и т.п.), а также лица, уполномоченные на вступление в переговоры относительно возможных в будущем сделок.

Итак, посредничество по ГК РФ подразумевает в первую очередь совершение посредником особого вида юридически значимых действий – сделок (сделками признаются действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей ст. 153 ГК РФ).

Во-вторых, права и обязанности по сделке, совершенной посредником, возникают либо у той стороны, интересы которой представляет посредник, либо непосредственно у самого посредника.

Третий легальный признак посредничества – это действие посредника в интересах только одной стороны совершаемой сделки, с которой посредник заключает соответствующий гражданско-правовой договор, то есть посредничество – это двустороннее правоотношение, связывающее посредника и то лицо, в чьих интересах он действует.

Четвертый признак – основанием любого вида посредничества является гражданско-правовой договор.

Поскольку закон не конкретизирует требования к правовой фигуре посредника, используя категории «сторона» и «лицо», в качестве пятого признака посредничества можно назвать тот факт, что посредником может быть как физическое, так и юридическое лицо.

В-шестых, результатом любой посреднической деятельности является совершение гражданско-правовой сделки, которая связывает взаимными правами и обязанностями либо контрагента и то лицо, в чьих интересах действует посредник, либо контрагента и непосредственно самого посредника.

Наконец, посредничество может осуществляться на возмездной или безвозмездной основе.

Медиация, согласно ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» – это:

1. процедура (понимаемая иначе как правоотношение) – п. 2 ст. 2 ФЗ;
2. осуществляемая силами сторон правового конфликта, или спора (то есть правоотношение медиации – это двустороннее правоотношение, и все юридически значимые действия совершаются непосредственно сторонами) с привлечением независимого физического лица в целях оказания сторонам содействия – п. 2 ст. 2 ФЗ;
3. на основании заключаемого сторонами спора соглашения – п. п. 5, 6 ст. 2, ч. 1 ст. 7, ст. 8 ФЗ;
4. на возмездной или безвозмездной основе – ч. 1 ст. 10 ФЗ;
5. результатом которой является медиативное соглашение, представляющее собой гражданско-правовую сделку, направленную на установление, изменение или прекращение прав и обязанностей непосредственно сторон спора – ч. 4 ст. 12 ФЗ.

Таким образом, медиатор в процессе осуществления деятельности по урегулированию правового конфликта является независимым, незаинтересованным в материально-правовом смысле лицом и самостоятельно, ни от своего имени, ни от имени сторон не совершает никаких сделок. Вероятно, в процессе урегулирования спора он дает сторонам практические советы, правовые и экономические консультации, делает прогнозы состояния правовой и финансовой систем государства и проч. Его задачи считаются выполненными как в случае заключения сторонами медиативного соглашения, так и в случае недостижения ими компромисса.

Все это означает, что легальная формулировка «лица, уполномоченные на вступление в переговоры относительно возможных в будущем

сделок», содержащаяся в тексте ч. 2 ст. 182 ГК РФ подразумевает именно медиацию, и принятый ФЗ на первый, поверхностный взгляд, по формальным признакам не противоречит Кодексу, хотя бы в силу того, что сам ГК РФ просто не раскрывает природу указанных в ч. 2 ст. 182 лиц. Также следует признать, что используемый законодателем термин «процесс медиации» представляет собой именно переговоры.

Следует согласиться с А.В. Егоровым в том, что «деятельность, отвечающая признакам посредничества, может оформляться разнообразными институтами гражданского права, включая непоименованные договоры, и не имеет строгой привязки к соответствующим правовым институтам. Лицо, которое оказывает услуги на основе типично посреднического обязательства, не является при любых условиях и с необходимостью посредником, а только в тех случаях, когда налицо все признаки посредничества как категории науки гражданского права»²⁰⁶.

При таком удовлетворительном положении вещей, при котором принятый закон о медиации, как мы увидели, не противоречит нормам ГК РФ и, в общем-то, действительно должен способствовать развитию альтернативного урегулирования споров, формируя новые возможности в привлечении в процесс разрешения конфликтов содействующих сторонам лиц, нельзя обойти вниманием и весьма существенный, на наш взгляд, недостаток нового закона. Наличие в новом законе именно этого недостатка позволяет говорить о его несоответствии Гражданскому кодексу.

Речь идет о положении п. 5 ст. 2 ФЗ, где сказано: соглашение о применении процедуры медиации – соглашение сторон, заключенное в письменной форме до возникновения спора или споров (медиативная оговорка) либо после его или их возникновения, об урегулировании с применением процедуры медиации спора или споров, которые возникли или могут возникнуть между сторонами в связи с каким-либо конкретным правоотношением; и ст. 8 Закона, в соответствии с которым соглашение о проведении процедуры медиации заключается в письменной форме и должно содержать сведения:

- 1) о предмете спора;
- 2) о медиаторе, медиаторах или об организации, осуществляющей деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации;

²⁰⁶ Егоров А.В. Понятие посредничества в гражданском праве. С. 10.

- 3) о порядке проведения процедуры медиации;
- 4) об условиях участия сторон в расходах, связанных с проведением процедуры медиации;
- 5) о сроках проведения процедуры медиации.

При этом медиатор (медиаторы) – это независимое физическое лицо, независимые физические лица, привлекаемые сторонами в качестве посредников в урегулировании спора для содействия в выработке сторонами решения по существу спора (п. 3 ст. 2 ЗФ).

Ключевыми здесь являются два момента – во-первых, соглашение о медиации определяется как двусторонний договор, и, во-вторых, медиатор «привлекается сторонами».

Очевидно, что процесс «привлечения» медиатора должен быть надлежащим образом оформлен, и оформлен, разумеется, путем заключения обеими сторонами непосредственно с ним гражданско-правового соглашения, что, как мы определили, конституирует сам институт посредничества, в котором посредника и договаривающихся лиц связывают договорные отношения.

Представленная в законе о медиации ситуация была бы допустимой, если бы планировалось создание некой государственной структуры, организующей медиативные процессы, в компетенцию которой входило бы предоставлять посреднические услуги всем, кто заключил со своим контрагентом соглашение об этом (по типу деятельности постоянных третейских судов), однако медиатором может быть любое физическое лицо, чье участие в решении конфликта будет предпочтительно его сторонам. Исходя из этого, стороны возникшего частно-правового спора могут заключить между собой соглашение об участии в его урегулировании какого-либо третьего лица, которое не давало своего согласия на это, и потребовать от него консультаций, содействия и проч.

Надо сказать, что подобным недостатком «страдает» и законодательство о третейских судах в РФ – так, например, третейское соглашение традиционно рассматривается также как двустороннее, что еще «терпимо», пока речь идет о постоянно действующих третейских судах, но абсолютно не допустимо в ситуации формирования суда *ad hoc*. Кстати, на эту проблему уже указывал А.И. Зайцев, отмечая, что «ни в рассматриваемой статье, ни в Законе в целом не содержится указаний на то, каким именно образом должно фиксироваться данное согласие, а также кто и каким образом должен его удостоверить. Если речь идет о кандидатуре из рекоменда-

тельного списка третейских судей постоянно действующего третейского суда – то достаточно ли его единовременного согласия при включении в данный список, будет ли оно автоматически распространяться на все случаи рассмотрения им в качестве третейского судьи дел в данном третейском суде или же он должен (как и кандидат в третейские судьи третейского суда *ad hoc*) давать согласие по каждому делу? Мы считаем, что подобное согласие кандидата в третейские судьи должно быть выражено в простой письменной форме в каждом конкретном случае при избрании (назначении) гражданина третейским судьей и фиксироваться в материалах дела, в рассмотрении которого он впоследствии участвовал. Можно допустить, что в постоянно действующем третейском суде при избрании (назначении) третейского судьи из рекомендательного списка третейских судей данного третейского суда дополнительного письменного согласия от претендента можно и не требовать, т.к. он в свое время давал согласие на включение в этот список. Однако, сам по себе факт согласия на включение в список третейских судей постоянно действующего третейского суда на наш взгляд не может толковаться расширительно и не должен лишать подобного кандидата в третейские судьи возможности отказаться от выполнения обязанностей третейского судьи по конкретному делу»²⁰⁷.

В силу указанных причин, полагаем, что принятый закон о медиации, а также законодательство о третейских судах нуждаются в серьезной доработке в части определения требований к третейскому соглашению и соглашению о применении процедуры медиации, которое должно быть в обязательном порядке трехсторонним, либо к кандидатуре медиаторов, которые должны проходить специальную профессиональную подготовку, состоять при специальных организациях медиаторов или действовать самостоятельно, но обязательно на профессиональной основе (так, как это предусмотрено законодательством об адвокатской деятельности, например). В части же 1 ст. 15 закона недвусмысленно сказано: деятельность медиатора может осуществляться как на профессиональной, так и на непрофессиональной основе.

В.В.Лисицын в числе недостатков Закона отмечает и тот факт, что сам термин «посредник» является неудачным. Он пишет: «Дело в том, что в сознании предпринимателей-участников коммерческого конфликта посред-

²⁰⁷ Зайцев А.И. Законодательные ограничения права быть третейским судьей // Юрист. 2008. № 12.

ник – это тот же представитель делового мира, бизнес которого строится на комиссионных, получаемых у сторон спора. На это несовершенство законодательной терминологии совершенно обоснованно обращают внимание специалисты в рассматриваемой области. ... На наш взгляд, более оправданным является применение термина «медиатор»²⁰⁸. Учитывая изложенные выше принципиальные различия между «классическими» видами посредничества, закрепленными в ГК РФ, и медиацией, с данным мнением считаем возможным согласиться.

Говоря о преимуществах использования процедуры посредничества, часто отмечают конфиденциальность.

Е.И. Носырева, например, замечает, что «она утрачивает свою привлекательность, если одна из сторон заинтересована в привлечении внимания общественности к возникшему конфликту»²⁰⁹.

Отметим, что конфиденциальность вполне может быть обеспечена и в рамках государственного судопроизводства – в соответствии с нормой ст. 11 ГПК РФ лицо может ходатайствовать к суду о проведении закрытого судебного заседания или исследования отдельных доказательств в режиме закрытого процесса. Хотя, конечно, статус государственного органа не позволит суду удовлетворять ходатайства подобного рода без веских к тому оснований.

Гораздо более важным является то, что принятый закон, хотя и нуждается в дальнейшей доработке, тем не менее делает первый и серьезный шаг на пути создания для всех субъектов частно-правовых отношений условий для внесудебного урегулирования споров. Сегодня многие участники гражданского оборота, желая придти к компромиссу со своими контрагентами, просто не могут сделать это самостоятельно, своими силами и вынуждены обращаться в суд. Формирование «касты» медиаторов должно существенно снизить число дел, попадающих в суды, и предоставить субъектам гражданского права реальную возможность для преодоления конфликтов.

Нужно безусловно согласиться с высказанным Президентом Российской Федерации Д.А. Медведевым мнением: «Необходимо – и мы об этом

²⁰⁸ Лисицын В.В. Медиация: примирительное урегулирование коммерческих споров в России... С. 99–100.

²⁰⁹ Носырева Е.И. Методические и теоретические основы преподавания курса «Посредничество (медиация)». С. 391.

договаривались с коллегами во время предыдущих встреч – совершенствовать систему внесудебного и досудебного порядка урегулирования споров: прежде всего, конечно, гражданских, коммерческих, семейных, трудовых. Такие возможности даёт закон об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника, так называемой процедуре медиации. Институт медиации впервые вводится в нашей стране и направлен на формирование новой культуры разрешения споров. Снижение нагрузки на суды станет возможным, если будут укреплены специальные процедуры и, конечно, институты досудебного и внесудебного урегулирования административных споров. Такие процедуры должны быть простыми, понятными и открытыми для заявителей. Споров таких у нас предостаточно»²¹⁰.

Таким образом, сегодня медиации заслуженно придают огромное значение в теории и практике.

Как указывается в преамбуле нового закона, 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 оборота²¹¹.

Разработчиками законопроекта отмечалось, что предлагаемый законопроект будет применяться 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, а также к отношениям по урегулированию споров, возникающих из трудовых, семейных и иных отношений, если иное не вытекает из федерального закона и существа соответствующих отношений²¹².

В Пояснительной записке к законопроекту было указано: как свидетельствует опыт других государств по успешному применению посредничества, для более эффективного развития этого института необходимо законодательное закрепление целого ряда вопросов и установление опреде-

²¹⁰ Д. Медведев о формировании новой культуры разрешения споров. «Институт медиации направлен на формирование новой культуры разрешения споров». URL: «Центр медиации и права». <http://www.mediacia.com/newsout.php?id=82>

²¹¹ URL: http://www.tpprf-arb.ru/kp_zak.php

²¹² Там же.

ленных гарантий от злоупотреблений в этой сфере. В частности, требуется регламентация следующих положений: вид споров, которые могут быть переданы для урегулирования посреднику в соответствии с данным законом; основные принципы, на которых строится процедура; требования, предъявляемые к посреднику; гарантии независимости и беспристрастности посредника; обеспечение конфиденциальности процедуры; последствия применения процедуры посредничества; юридическая сила соглашения, достигнутого сторонами в ходе посредничества и др. Вышеперечисленные вопросы свидетельствуют о необходимости их единообразного регулирования на федеральном уровне. Они также должны быть взаимосвязаны с действующим процессуальным и иным законодательством²¹³.

Что касается категорий гражданско-правовых споров, которые могут разрешаться посредством АРС, то в действующем российском материальном и процессуальном законодательстве достаточно четко и емко урегулирован такой правовой институт, как подведомственность гражданских дел суду общей юрисдикции и арбитражному суду, а также установлено правило, согласно которому в частном порядке могут разрешаться такие гражданские дела, по которым достигнута соответствующая договоренность (сделана оговорка, третейская запись и т.д.), а также четко закреплены те категории споров, которые не могут разрешаться в частном порядке, несмотря на имеющуюся договоренность обеих сторон спора (Статья 5 ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации»): Передача спора на разрешение третейского суда. 1. Спор может быть передан на разрешение третейского суда при наличии заключенного между сторонами третейского соглашения. 2. Третейское соглашение может быть заключено сторонами в отношении всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между сторонами в связи с каким-либо конкретным правоотношением. 3. Третейское соглашение о разрешении спора по договору, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом (договор присоединения), действительно, если такое соглашение заключено после возникновения оснований для предъявления иска. 4. Третейское соглашение в отношении спора, который находится на разрешении в суде общей юрисдик-

²¹³ URL: http://www.tpprf-arb.ru/kp_zak.php

ции или арбитражном суде, может быть заключено до принятия решения по спору компетентным судом»²¹⁴).

Этот вопрос все же решен и в рамках нового закона: здесь регулируются отношения, связанные с применением процедуры медиации к спорам, возникающим из гражданских правоотношений, в том числе в связи с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности, а также спорам, возникающим из трудовых правоотношений и семейных правоотношений. Если споры возникли из иных, не указанных в части 2 настоящей статьи, отношений, действие настоящего Федерального закона распространяется на отношения, связанные с урегулированием таких споров путем применения процедуры медиации только в случаях, предусмотренных федеральными законами. Процедура медиации может применяться после возникновения споров, рассматриваемых в порядке гражданского судопроизводства и судопроизводства в арбитражных судах. Процедура медиации не применяется к коллективным трудовым спорам, а также спорам, возникающим из отношений, указанных в части 2 настоящей статьи, в случае, если такие споры затрагивают или могут затронуть права и законные интересы третьих лиц, не участвующих в процедуре медиации, или публичные интересы. 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 (ч. 2–6 ст. 1 ФЗ).

Относительно необходимости определения принципов «частного правосудия» можно сказать следующее: как было отмечено в Пояснительной записке к законопроекту, посредничество основано на добровольном волеизъявлении сторон. Большинство его положений носят диспозитивный характер. Стороны в любой момент вправе отказаться от процедуры посредничества²¹⁵. Следовательно, принципами частного урегулирования гражданско-правового спора вполне могут и должны служить общие принципы гражданского права.

Что касается конфиденциальности как базового принципа любой формы АРС, то данное условие вполне может быть гарантировано включением в текст соглашения о мирном урегулировании споров соответствующего пункта.

²¹⁴ ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» от 24.07.2002. № 102-ФЗ.

URL: <http://www.arbitrage.spb.ru/zakon/102-fz.html>

²¹⁵ URL: http://www.tpprf-arb.ru/kp_zak.php

Требования же, предъявляемые к кандидатуре посредника, в условиях законодательно допустимой непрофессиональной посреднической деятельности, как представляется, должны определять только сами участники спора.

Закон о медиации также установил, что деятельность медиатора не является предпринимательской деятельностью (ч. 3 ст. 15 ФЗ).

Понятие предпринимательской деятельности раскрывается через систему ее признаков в тексте ч. 1 ст. 2 ГК РФ: предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке.

В том случае, если лицо будет оказывать медиаторские услуги на непрофессиональной, но постоянной основе, такая деятельность будет подпадать под действие нормы ч. 1 ст. 171 УК РФ – осуществление предпринимательской деятельности без регистрации или с нарушением правил регистрации. Поэтому узаконение профессиональной медиаторской деятельности как единственно возможной, на наш взгляд, необходимо.

Итогом процедуры медиации будет гражданско-правовое соглашение, и юридическая сила данного акта будет идентичной юридической силе любого другого гражданского договора, о чем мы уже говорили выше. В этой связи серьезные возражения вызывают следующие слова В.Ф. Яковлева: «Что делает посредник? Посредник помогает сторонам, во-первых, наладить переговоры, во-вторых, провести их нормально, помогая им своим опытом, умением, правильной позицией. И самое главное, он помогает им закончить, по возможности, спор соглашением, которое имеет силу закона и подлежит обязательному исполнению»²¹⁶. Как известно, никакое частно-правовое соглашение не может иметь силу закона, причем далее автор противоречит сам себе, указывая, что в соглашении, достигнутом сторонами посредством процедуры медиации, закреплена только воля самих этих сторон: «Стороны уже не могут от него «открутиться», потому что в нем выражена воля обеих сторон»²¹⁷. Полагаем, что в данном случае допущено смешение понятий «закон»

²¹⁶ Об альтернативных методах разрешения споров и их значении в условиях гражданского общества: интернет-интервью с В.Ф. Яковлевым, Советником Президента РФ, доктором юрид. наук, проф. права и президентом Научно-методического центра медиации и права Ц.А. Шамликашвили. URL: <http://www.consultant.ru/law/interview/yakovlev3.html>

²¹⁷ Там же.

и «исполнимость». Между тем термин «закон» относится к характеристикам правовой природы акта, а «исполнимость» есть свойство акта, которое относится не только к законам, но и к частным правовым соглашениям. Важно понимать, что непосредственно договорные гражданско-правовые взаимоотношения сторон, в рамках которых возможно применение альтернативных способов урегулирования конфликтов, допускают в ряде случаев по воле и с согласия их участников возможность изменения условий этих отношений в дальнейшем путем применения примирительных процедур (организуемых самими сторонами или избранным ими для этих целей третьим незаинтересованным лицом), и именно поэтому третейская оговорка или медиативная оговорка являются частью основного договора и гражданско-правовым соглашением. И оговорка, и само медиативное соглашение должны быть исполнены сторонами в обязательном порядке, однако это вовсе не означает, что они приравнены к закону, поскольку закон распространяется на неопределенный круг лиц, а медиативное соглашение, как и решение третейского суда, имеет правовое значение только для сторон спора. Поэтому не допускается передача дел публично-правового характера третейскому суду, в частности, в третейский суд нельзя обратиться по вопросам признания права собственности на объекты недвижимого имущества. Поэтому же в ч. 5 ст. 1 Закона о медиации закреплено: процедура медиации не применяется к коллективным трудовым спорам, а также спорам, возникающим из отношений, указанных в части 2 настоящей статьи, в случае, если такие споры затрагивают или могут затронуть права и законные интересы третьих лиц, не участвующих в процедуре медиации, или публичные интересы.

В заключение необходимо отметить, что принятие закона о медиации в 2010 году не стало, вопреки расхожему мнению, «революцией» в отечественной правовой системе. Как справедливо отмечает В.В. Лисицын, «фактически являясь одним из пионеров медиации, о чем, к сожалению, не знают многие современные исследователи этой проблемы, Россия располагает богатым и интересным для современного законодателя опытом примирительного урегулирования»²¹⁸. Еще 1 июня 2001 г. ТПП РФ был утвержден Согласительный регламент МКАС при ТПП РФ, в котором согласительная процедура или посредничество определяется как мирное урегу-

²¹⁸ Лисицын В.В. Медиация: примирительное урегулирование коммерческих споров в России... С. 18.

лирование спора сторонами при содействии нейтрального лица (посредника). Посредник не уполномочен принимать решение за стороны. Он помогает найти приемлемый для них вариант урегулирования спора путем ознакомления с представленными сторонами письменными материалами, заслушивания сторон, выдвижения предложений по возможному разрешению разногласий и т.п. Таким образом, решение, если оно будет достигнуто, принимают сами стороны, но при содействии посредника²¹⁹.

Переходя к рассмотрению существа других правовых институтов, позиционируемых в качестве форм АРС, нельзя не остановиться на таком явлении, как «мировое соглашение».

Вопросы для самопроверки

1. Дайте определения понятия «медиация».
2. Осветите проблему соотношения понятий «посредничество» и «медиация», а также соответствия законодательного регулирования медиации нормам ГК РФ.
3. Какие споры могут быть урегулированы посредством применения процедуры медиации?
4. В каких случаях обязанности медиатора считаются исполненными? Какова правовая природа медиативного соглашения?

²¹⁹ Подробнее см.: Зыкин И.С. Мирное урегулирование споров под эгидой Международного коммерческого арбитражного суда // Актуальные вопросы международного коммерческого арбитража: К 70-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации: сб. ст. / отв. ред. А.С. Комаров. М.: Спарк, 2002. 140 с.

ТЕМА 6. МИРОВОЕ СОГЛАШЕНИЕ: ПРОБЛЕМЫ ПОНИМАНИЯ ПРАВОВОЙ ПРИРОДЫ

Зачастую и ученые, и практики допускают смешение двух совершенно разных понятий – «соглашение» и «мировое соглашение». Это заблуждение нашло свое продолжение в ряде научных работ последних лет. Так, В.Ф. Яковлев, выступая в интернет-конференции, которая называлась «Досудебное урегулирование споров и урегулирование споров на ранней стадии судопроизводства», среди прочего отметил: «В нашем Арбитражном процессуальном кодексе есть такая стадия – подготовительная. На этой стадии суд выясняет у сторон, а не намерены ли они провести переговоры, но уже в рамках судебного разбирательства. Не намерены ли они закончить дело миром. Не нуждаются ли они в содействии суда в этом – в проведении таких переговоров и в попытке заключить мировое соглашение. Если да – суд не только имеет право, но и обязан оказать сторонам всестороннее содействие. Следовательно, можно заключить мировое соглашение уже и в суде на ранней стадии, до судебного заседания и до вынесения судебного решения»²²⁰. Из смысла данной цитаты видно, что, по мысли автора, мировое соглашение может быть заключено как в суде, так и вне его, на допроцессуальном этапе. Такой подход вызывает возражения в связи с тем, что мировое соглашение – процессуальный институт.

Иногда пишут так: «В современном процессуальном законодательстве России наблюдается тенденция к расширению возможности мирного урегулирования спора и заключения мирового соглашения после прохождения примирительной процедуры, тем самым, действующее законодательство не исключает возможности обращения к институту посредничества и примирения. ... Мировое соглашение, заключенное сторонами вне суда, может быть утверждено в суде, или заверено у но-

²²⁰ Интернет-конференция Председателя Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации В.Ф. Яковлева «Досудебное урегулирование споров и урегулирование споров на ранней стадии судопроизводства». URL: Информационно-правовой портал «Гарант»: <http://www.garant.ru/action/conference/10136/>

тариуса по желанию сторон, если оно не противоречит закону, а также не нарушает права и другие интересы сторон»²²¹.

Высказано также мнение о том, что термины «примирительные процедуры» и «альтернативное разрешение споров» можно рассматривать как идентичные, причем в качестве примирительных процедур рассматриваются те же меры по примирению сторон спора, которые должен принять арбитражный суд в соответствии с положением ч.1 ст.138 АПК РФ²²². С данным тезисом трудно согласиться по следующим причинам.

Разрешение дела в арбитражном суде означает реализацию права на судебную защиту, т.е. государственный способ урегулирования конфликта. Поэтому уже на этом этапе не может идти речи об аналогии данного способа разрешения спора с частным. Примирение сторон в арбитражном суде, осуществляемое непосредственно судьей, не может рассматриваться как частное урегулирование конфликта.

В определенный момент, на определенной стадии или этапе судебного разбирательства стороны могут прийти к выводу о необходимости все же самостоятельно разрешить возникший спор. В таком случае они, действуя вне рамок судебного процесса, могут использовать такие формы АРС как переговоры, медиация и т.д. Итогом этой переговорной деятельности станет мировое соглашение, которое подлежит утверждению арбитражным судом. Но сам арбитражный суд не может выступать в роли посредника, некоего третьего, незаинтересованного в споре частного лица, независимого эксперта просто потому, что изначально правовой статус суда не позволяет этого.

Ч.1 ст.3 ФЗ «О статусе судей в Российской Федерации» прямо закрепляет: судья не вправе быть третейским судьей, арбитром.

Ч.2 ст.8 Федерального Закона «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» правильно закрепила – медиаторами не могут быть лица, замещающие государственные должности Российской Федерации, государственные должности субъектов Российской Федерации, должности государственной граждан-

²²¹ Леннуар Н.Н. Альтернативное разрешение споров: переговоры и медиация: учебно-методическое пособие. СПб.: Изд-во Санкт-Петербургского института права имени Принца П.Г. Ольденбургского, 2004. С. 28–29.

²²² Макарова Е.А. Примирительные процедуры (классификация, перспективы развития в России) // Третейский суд. 2009. № 5 (65). С. 157.

ской службы, должности муниципальной службы, если иное не предусмотрено федеральными законами.

Интересно, что рассматривая понятия «примирительные процедуры в суде» и «альтернативное разрешение споров» как идентичные, далее говорят о том, что «по нашему мнению, примирительные процедуры можно определить как процедуры, выбранные или установленные участниками спора, направленные на урегулирование правовых конфликтов, осуществляемые без привлечения органа, выносящего властное предписание, и не противоречащие действующему законодательству»²²³.

Из данного высказывания можно сделать вывод о том, что, осуществляя примирительные процедуры, арбитражный суд и конкретно судья действует не в своем правовом статусе судьи, а в статусе частного лица, а раз так, то данную процедуру вообще нельзя признать судебной процедурой. Полагаем, что следует согласиться с мнением, высказанным В.М.Шерстюком и М.К. Юковым: «Судья, проводящий урегулирование спора, не может давать сторонам конкретных консультаций и рекомендаций по содержанию мирового соглашения, которое они могли бы принять по результатам достигнутого ими урегулирования спора, и оказывать помощь в составлении текста мирового соглашения, который в связи с этим подготавливается сторонами»²²⁴.

Хотелось бы отметить, что та новелла, которая содержится в тексте ст. 138 АПК РФ (арбитражный суд принимает меры для примирения сторон, содействует им в урегулировании спора) вообще, на наш взгляд, является не слишком удачной.

Во-первых, при обращении в арбитражный суд, как и в суд общей юрисдикции, заявитель оплачивает государственную пошлину с тем, чтобы в какой-то мере возместить государству издержки, связанные с рассмотрением его спора. При заключении сторонами мирового соглашения в соответствии с положением п.3 ч.7 ст.141 АПК РФ истцу возвращают из федерального бюджета половину уплаченной им государственной пошлины, за исключением случаев, если мировое соглашение заключено в процессе исполнения судебного акта арбитражного суда.

²²³ Макарова Е.А. Указ. соч.

²²⁴ Комментарий к АПК РФ / под ред. В.Ф. Яковлева, М.К. Юкова. М., 2003. С. 394.

Не останавливаясь на том, что, по нашему мнению, заключить мировое соглашение в процессе исполнения вступившего в законную силу судебного решения вообще значит опровергнуть такое свойство судебного решения как неопровержимость и саму законность решения, отметим лишь, что арбитражный суд, несомненно, затратил при рассмотрении спора, при проведении примирительных процедур определенные материальные и процессуальные ресурсы, которые необходимо восполнить и непонятны причины, по которым половина уплаченной государственной пошлины при этом возвращается истцу.

Во-вторых, в главе 15 АПК РФ, которая посвящена примирительным процедурам и так и называется – «Примирительные процедуры. Мировое соглашение» фактически говорится только о мировом соглашении, которое, как мы уже указывали выше, есть не разновидность примирительных процедур, а их конечный результат.

Кроме того, это результат согласования воли и совместных действий самих сторон, а не арбитражного суда, который лишь утверждает мировое соглашение. Следовательно, главу 15 АПК РФ следовало бы назвать «Мировое соглашение», это более объективно отражало бы ее содержание.

В-третьих, в оправдание законодателя можно сказать, что в целом закрепить какие-либо конкретные виды примирительных процедур, которые мог бы проводить арбитражный суд, невозможно.

Во-первых, в силу положения п.7 ч.3 ст.3 ФЗ «О статусе судей в Российской Федерации», в соответствии с которым судья не вправе допускать публичные высказывания по вопросу, который является предметом рассмотрения в суде, до вступления в законную силу судебного акта по этому вопросу; во-вторых, в силу п. 7 ч. 1 ст. 21 АПК РФ – судья не может участвовать в рассмотрении дела и подлежит отводу, если он делал публичные заявления или давал оценку по существу рассматриваемого дела.

При этом не совсем понятно, как можно, например, способствуя мирному урегулированию спора и выполняя для этой цели функции медиатора, эксперта не делать каких-то заявлений, не давать оценку представленным доказательствам.

По нашему мнению, для достижения, несомненно, гуманной цели «разгрузить» суды общей юрисдикции, арбитражные суды следовало бы вообще исключить из процессуального законодательства нормы о применении сторон силами суда, т.к. в первую очередь это противоречит общему

правовому смыслу способов защиты права, а во вторую – ни в коей мере не «разгружает» суды, т.к. принятие мер к примирению спорящих сторон – это тоже процессуальная деятельность. Вместо этого было бы целесообразно внести соответствующие изменения и дополнения в текст закона и закрепить обязательное досудебное урегулирование спора, а не только тогда, когда это предусмотрено федеральным законодательством или договором. Судья, принимая исковое заявление и возбуждая производство по делу, должен убедиться в том, что до момента обращения к суду за правовой помощью в разрешении конфликта каждая из сторон приняла достаточные меры для частного урегулирования спора.

Председатель Высшего Арбитражного Суда РФ А. Иванов отмечал, что на сегодняшний момент необходимо принятие законопроекта о примирительных процедурах с участием посредника, причем он совершенно правильно, по нашему мнению, рассматривал примирительные процедуры не в качестве составляющей судебной деятельности, а именно как самостоятельную, досудебную деятельность самих сторон – «...медиация – это что-то вроде примирения. Конечно, не все смогут договориться, но люди хотя бы получают шанс. Нынешние законопроекты не предусматривают обязательной медиации. Однако, в программе развития судебной системы заложена идея создания специального административного органа, который бы рассматривал споры гражданина и государства до суда» – сказал А. Иванов²²⁵.

А это – мнение, высказанное в свое время В.Ф. Яковлевым, бывшим Председателем ВАС РФ: «Я думаю, что нам надо овладеть методикой использования примирительной процедуры в судах с тем, чтобы предприниматели выходили из зала судебного заседания не врагами, а людьми, которые готовы и дальше сотрудничать в деловом отношении»²²⁶.

Е.И. Носырева указывает на возможность применения судами отдельных форм АРС: «Альтернативное разрешение споров как элемент правовой системы возникло и развивается по двум основным направлениям: в рамках действующей судебной системы и вне ее. Это обстоя-

²²⁵ Интернет-интервью с А.А. Ивановым, Председателем ВАС РФ: «Итоги работы и перспективы развития системы арбитражного судопроизводства в Российской Федерации». URL: // <http://www.consultant.ru/law/interview/ivanov1.html>

²²⁶ Интернет-конференция Председателя Конституционного Суда Российской Федерации Баглая Марата Викторовича «К 10-летию Конституции Российской Федерации: защита конституционных прав и свобод граждан». Обзор публикаций СМИ. URL: http://www.garweb.ru/conf/ks/20030129/smi/msg.asp?id_msg127817.htm

тельство дает основание для первоначальной классификации альтернативных процедур урегулирования споров на две основные категории по основанию их принадлежности к той или иной сфере»²²⁷.

Недавно в том же ключе высказался и Председатель Высшего Арбитражного Суда РФ А.А. Иванов: «Важным направлением развития досудебного регулирования я считаю эксперимент по судебному посредничеству, который мы предлагаем ввести в наших судах, поскольку тот закон, который принят, носит характер внесудебного посредничества, регулирует внесудебное посредничество. Наша же идея состоит в том, чтобы провести в виде эксперимента судебное посредничество при помощи сотрудника аппарата суда, который занимается, например, обобщением судебной практики и не ведёт конкретных дел, с тем чтобы помочь сторонам понять практику суда и прийти к выводу о том, может быть, им стоит договориться без обращения в суд. Потому что очень часто люди идут в суд просто потому, что не знают практики конкретного суда. Если эта практика им будет разъяснена, то, возможно, они придут к мировому соглашению. Во многих странах такая система судебного посредничества функционирует. Но у нас, конечно, особенности есть, и национальный менталитет будет вызывать различные подозрения в беспристрастности таких судебных посредников. Но именно поэтому мы предлагаем это провести в виде эксперимента, посмотреть, как это будет работать»²²⁸. На наш взгляд, приведенные соображения логичны и вполне отвечают сформулированному Е.И. Носыревой выводу о «наличии двух этапов в развитии альтернативного разрешения споров в США. Первый этап характеризуется экспериментальным внедрением отдельных альтернативных форм разрешения споров в отдельных штатах или регионах. Второй этап связан с институализацией альтернативных процедур, с их широким применением в юридической практике большинства штатов, с законодательным и судебным регулированием на федеральном уровне»²²⁹.

²²⁷ Носырева Е.И. Альтернативное разрешение гражданско-правовых споров в США. дис. ... д-ра юрид. наук. Воронеж, 2001. С. 12.

²²⁸ Д. Медведев о формировании новой культуры разрешения споров: «Институт медиации направлен на формирование новой культуры разрешения споров». URL: «Центр медиации и права». <http://www.mediacia.com/newsout.php?id=82>

²²⁹ Носырева Е.И. Альтернативное разрешение гражданско-правовых споров... С. 11.

В.В.Лисицын пишет: «Думается, что при надлежащем правовом регулировании в составе арбитражных судов целесообразно создать коллегия медиаторов, сформированную из наиболее опытных судей, в том числе находящихся в отставке. Освободив их от рассмотрения судебных дел, следует вменить им в обязанность вести подготовку дел к слушаниям с обязательным применением примирительных процедур. Такой подход создаст альтернативу и позволит сторонам спора сделать осознанный выбор в пользу негосударственной (добровольной и платной) или государственной (обязательной и бесплатной) медиации»²³⁰.

Однако, по нашему мнению, введение дополнительной должности медиаторов в судах не позволит избежать возможных недоразумений в свете того, что суды при этом будут осуществлять несвойственные им функции – в частности, вести переговоры с будущими истцами и ответчиками. Правосудие – вот предметная компетенция суда как государственного органа. Думается, что примирительные функции вообще не должны быть свойственны судебным органам, целью деятельности которых является разрешение спора и, в конечном счете, защита права, в то время как его урегулирование в любом случае полностью исключает ее достижение.

Практические работники суда и адвокатуры часто отмечают, что в подавляющем большинстве случаев стороны относятся к требованию соблюсти досудебное урегулирование спора формально.

Действительно, если лицо однозначно решило обратиться в суд и в официальной форме добиваться защиты своего нарушенного или оспариваемого права, достаточно сложно «заставить» его решать свою проблему мирным путем, и представляется, что полностью избежать таких ситуаций не удастся. В конце концов, это конституционное право каждого – выбрать способ защиты своего права. Однако представляется, что корни такого явления находятся в сфере правосознания граждан и современного правового состоянии российского общества. Ц.А. Шамликашвили надеется, что «почувствовав те преимущества, которые дает медиация, российские граждане (так же, как граждане других стран, где медиация уже востребо-

²³⁰ Лисицын В.В. Медиация: примирительное урегулирование коммерческих споров в России... С. 101.

вана), безусловно, будут обращаться к ней как к инструменту, максимально отвечающему их собственным интересам»²³¹.

Г.В.Севастьянов приводит следующие данные: третейскими судами в настоящее время рассматривается не более 0,2 % всех гражданско-правовых споров²³².

Мы тоже рассматриваем этот момент как негативный, однако полагаем, что это свидетельствует о необходимости просвещения граждан относительно всех преимуществ несудебного урегулирования споров, о легальном закреплении таких предпочтений в нормах действующего законодательства (введении в ФЗ так называемых «норм-стимуляторов»).

При этом низкий уровень доверия граждан к решению третейского суда, соглашению, достигнутому при проведении частных примирительных процедур, например, медиации, свидетельствует также и о таком же низком уровне доверия к соблюдению противоположной стороной условий гражданского договора в целом. И это уже проблема правовой ситуации в нашей стране.

Таким образом, нельзя, говоря об альтернативном способе защиты субъективных гражданских прав (досудебном урегулировании спора в широком смысле), АРС, использовать такую правовую категорию как «мировое соглашение». Итогом любой деятельности АРС будет «соглашение», имеющее гражданско-правовой характер и являющееся по своей сути цивилистическим договором.

Термин «мировое соглашение» – это процессуальная категория, обозначающая определенное правовое качество гражданско-правового соглашения, заключенного сторонами спора при возбужденном между ними гражданском (арбитражном) судопроизводстве и утвержденного судом (арбитражным судом).

²³¹ Интернет-интервью с Ц.А. Шамликашвили, президентом Научно-методического центра медиации и права: «Медиация – новый институт в условиях российской правовой культуры». URL: <http://www.consultant.ru/law/interview/shamlikashvili2.html>

²³² Севастьянов Г.В. О повышении доверия к способам альтернативного разрешения споров и роли концепции частного процессуального права // Развитие процессуального законодательства: к пятилетию действия АПК РФ, ГПК РФ и Федерального Закона «О третейских судах в Российской Федерации». Вып. 4. Воронеж: Издательство Воронежского государственного университета. 2008. С. 490.

Использование категории «мировое соглашение» допустимо лишь в контексте рассуждений о государственном способе защиты субъективного гражданского права. Мировое соглашение, утвержденное судом, приобретает особые черты, сближающие его природу с природой судебного решения – обязательность (оно не может быть обжаловано) и исполнимость (на основании мирового соглашения суд выдает исполнительный лист). Следовательно, мировое соглашение как процессуальная категория не входит в состав основных форм АРС.

Вопросы для самопроверки

1. Дайте определение понятию «мировое соглашение».
2. Каково соотношение понятий «мировое соглашение», «примирительные процедуры» и «альтернативное разрешение споров»?
3. Судебное посредничество: раскройте его смысл, плюсы и минусы.

ТЕМА 7. ДОСУДЕБНЫЙ ПОРЯДОК УРЕГУЛИРОВАНИЯ СПОРА

В качестве еще одной формы АРС называют досудебный порядок урегулирования спора.

Прежде всего надо сказать, что само понятие «досудебный порядок урегулирования спора» используется в нескольких значениях.

Во-первых, под досудебным урегулированием спора понимают непосредственно претензионный порядок. Так, Л. Куликова смешивает эти понятия и позиционирует их в качестве синонимов: «Доказательством соблюдения истцом досудебного (претензионного) порядка урегулирования спора с ответчиком служит копия претензии и документ, подтверждающий направление ее ответчику. При этом независимо от того, была ли получена претензия ответчиком, претензионный порядок считается соблюденным»²³³.

Во-вторых, досудебный порядок понимают в широком смысле – как любую форму внесудебного урегулирования спора. М.Е. Медникова считает, например, что «частноправовые виды досудебного урегулирования применяются в сфере гражданских правоотношений и включают в себя; претензионный и иной досудебный порядок. При этом в качестве «иногo» порядка урегулирования может рассматриваться любая процедура, предусмотренная сторонами в качестве обязательного условия урегулирования спора до обращения в суд. В настоящее время рассмотрение таких «иных» видов досудебного урегулирования не может рассматриваться в качестве условия реализации права на обращение в суд в виду невозможности доказывания соблюдения такой процедуры с позиции процессуального законодательства»²³⁴.

По мнению В.Ф. Яковлева, «надо различать обязательный предварительный порядок урегулирования споров и необязательный, т.е. добровольный. Иногда стороны могут ввести эту предварительную досудебную процедуру своим соглашением, договором. Они могут договориться о том, что никто из них не обращается в суд до тех пор, пока до конца не использованы возможности переговорного процесса. Если заключено такое соглашение, то тогда этот порядок - для сторон добровольный - для суда ста-

²³³ Куликова Л. Досудебный (претензионный) порядок урегулирования споров // Хозяйство и право. 1996. № 8.

²³⁴ Медникова М.Е. Досудебное урегулирование споров в сфере экономической деятельности: проблемы теории и судебной практики. : автореф. дис. .. канд. юрид. наук. Саратов, 2006. С. 11.

новится обязательным. Что касается обязательного досудебного урегулирования, он у нас существовал до 1995г., я имею в виду в Арбитражном кодексе 1992 г. Позже, принимая новые кодексы, мы от него отказались. И сейчас его почти нет, за исключением некоторых случаев, установленных законом. Например, споры с перевозчиком - железной дорогой - подлежат предварительному досудебному, так называемому претензионному, урегулированию, когда одна сторона предъявляет претензии к другой стороне. Что такое претензии? Это тоже переговоры. Фактически это означает, что одна сторона недовольна нарушением договора другой стороной. И пишет ей претензию. Другая же сторона должна на претензию ответить. Такой порядок запросов и ответов и есть претензионный порядок, это и есть переговоры в письменном виде. И если этот порядок не соблюден, то суд не рассматривает заявление до тех пор, пока стороны не выполнят требования закона по поводу применения претензионного порядка. Является ли этот обязательный предварительный порядок барьером, и вообще тем, что противоречит Конституции? Нет, конечно. Во-первых, это не барьер, это шаг к разрешению спора, во многих случаях весьма эффективный. И плюсы этого способа я уже постарался показать. Во-вторых, Конституция в ст.ст. 46 и 47 гарантирует каждому судебную защиту. Разве здесь нет судебной защиты? Конечно же есть. Только есть еще и предварительная процедура. Но если стороны урегулировали спор, значит необходимость в судебной защите отпадает. Если же не урегулировали - спор переносится в суд. Следовательно, судебная защита и судебный порядок присутствуют. Конституция действует в полной мере. Все страны мира, которые мы относим к числу правовых государств, имеют аналогичный досудебный порядок, но при этом и возможность обращения в суд везде сохранена. Особенно ярко это проявляется в сфере отношений граждан - государство»²³⁵.

В статье О. Коршуновой «Право на защиту в системе основных прав человека» автор, ссылаясь на мнения Т.Б. Шубиной и В.П. Грибанова, пишет: «В специальной литературе выделяют такие формы защиты прав человека, как судебная и внесудебная: «Под судебной формой защиты следует понимать рассмотрение споров, дел о защите нарушенных или возможных быть нарушенными правах и законных интересах физических и юридических лиц в любом суде Российской Федерации. Под внесудебной

²³⁵ Медникова М.Е. Досудебное урегулирование споров...

формой защиты прав и законных интересов следует признать порядок рассмотрения жалоб, заявлений, обращений административными органами, органами прокуратуры, Уполномоченным по правам человека, общественными объединениями, а также нотариальная форма»²³⁶. К перечисленным формам внесудебной защиты следует отнести и самозащиту²³⁷ «²³⁸.

Категорически не соглашаясь с подобным подходом, заметим, что функцией по разрешению гражданских споров, а следовательно, по защите права, наделены исключительно судебные органы, реализующие в рамках своей компетенции правосудие как особый вид государственной деятельности, нотариальные же органы, Уполномоченный по правам человека, общественные объединения, прокуратура, административные органы и проч. реализуют правоохранительные функции, суть которых заключается в поддержании правопорядка, охране существующего правового строя, реагировании на нарушения в сфере законности. Например, прокурор, выявивший факты нарушения субъективных прав гражданина, который в силу преклонного возраста и других уважительных причин не в состоянии самостоятельно бороться с такими нарушениями, обращается в суд в порядке ст. 45 ГПК РФ за защитой его прав, при этом самостоятельно разрешить правовой конфликт он не имеет права.

Возвращаясь к вопросу о соотношении понятий «досудебный порядок урегулирования споров» и «претензионный порядок», отметим следующее.

«Под претензионным или иным досудебным порядком урегулирования спора понимается одна из форм защиты гражданских прав, которая заключается в попытке урегулирования спорных вопросов непосредственно между предполагаемыми кредитором и должником по обязательству до передачи дела в арбитражный суд или иной компетентный суд. ... Порядок претензионного урегулирования споров состоит в следующем: предполагаемый кредитор (будущий истец) направляет (предъявляет) предполагаемому должнику (будущему ответчику) требование (чаще всего оформляемое в виде претензии) об исполнении лежащей на нем материально-правовой обязанности и

²³⁶ Шубина Т.Б. Теоретические проблемы защиты права: дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 1997. С. 148.

²³⁷ См.: Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. М., 1970. С. 168.

²³⁸ Коршунова О. Право на защиту в системе основных прав человека. С. 9. URL: http://www.law-n-life.ru/arch/113_Korshunova.doc

ждет ответа в срок, установленный законом или соглашением сторон. Предполагаемый должник вправе (а иногда и обязан) дать ответ на претензию в установленный срок. По истечении указанного срока и неисполнении обязательства должником указанный порядок считается соблюденным. ... Досудебный порядок урегулирования споров обязателен в двух случаях: когда он предусмотрен федеральным законом и когда он предусмотрен договором между сторонами спора» - пишет А.Ф. Воронов²³⁹.

М.А. Рожкова верно указывает: «Совершение такого действия свидетельствует о том, что управомоченное лицо (субъект защиты) намерено защитить свое нарушенное субъективное гражданское право, требует прекратить нарушение, восстановить нарушенное право, возместить вред и пр. ... Предъявление субъектом защиты требования к нарушителю об определенном поведении (материально-правового требования) может повлечь за собой прекращение последним нарушения права, восстановление положения, существовавшего до нарушения прав, возмещение убытков и т.д. Если материально-правовое требование субъекта защиты (управомоченного лица) будет удовлетворено нарушителем добровольно, спор о праве гражданском не возникнет. ... При этом следует иметь в виду, что если в ответ на материально-правовое требование субъекта защиты нарушитель признал факт совершения им противоправного действия (бездействия) и принял на себя обязанность в разумный (конкретный) срок устранить последствия этого нарушения, но субъект защиты, надлежащим образом извещенный об этом, заявил исковое требование в суд до истечения этого срока, то поведение субъекта защиты в этом случае будет иметь признаки злоупотребления правом (ст. 10 ГК РФ). Безусловно, ни о каком злоупотреблении правом субъектом защиты не может быть и речи, если нарушитель, признав факт совершения им нарушения и приняв на себя обязанность устранить последствия этого нарушения, не приступает своевременно к исполнению этой обязанности. ... Претензионный порядок устанавливается специально соглашением сторон или следует из обычаев делового оборота и лишь в некоторых случаях прямо предусматривается законодательством (например, положения об обязательности претензионного порядка урегулирования споров сохранены в ст. 797 ГК РФ). Установление претензион-

²³⁹ Воронов А.Ф. Претензионный или иной досудебный порядок урегулирования спора в арбитражном процессе. URL: <http://www.lawmix.ru/comm/3567/>

ного порядка предполагает непереносное обращение субъекта защиты к нарушителю с материально-правовым требованием, и лишь после предъявления такого требования субъект защиты приобретает право на обращение с иском в суд, то есть возможность использования судебной защиты поставлена в зависимость от соблюдения указанного досудебного (претензионного) порядка»²⁴⁰.

Со своей стороны отметим, что в том случае, если в установленный законом или соглашением срок от обязанной и не исполняющей свои обязательства стороны поступит заявление о принятии им на себя обязательства исполнить лежащие на ней обязанности в конкретно определенный разумный срок (который целесообразно заранее определять в основном договоре в превентивных целях), то обращение к суду до истечения этого срока должно повлечь за собой не только признание такого действия злоупотреблением правом, но и возвращение искового заявления вместе со всеми материалами по причине отсутствия факта нарушения права, либо, в случае обнаружения данного обстоятельства после возбуждения производства по делу, оставление заявления без рассмотрения. Иначе трудно определить цель установления претензионного порядка – очевидно, что это некая «фора» для должника и возможность в случае затруднений исполнить свои обязанности с небольшой отсрочкой. Кроме того, следует иметь в виду и то обстоятельство, что случае, если спор возник вследствие нарушения лицом, участвующим в деле, претензионного или иного досудебного порядка урегулирования спора, предусмотренного федеральным законом или договором, в том числе нарушения срока представления ответа на претензию, оставления претензии без ответа, арбитражный суд относит на это лицо судебные расходы независимо от результатов рассмотрения дела (ч. 1 ст. 111 АПК РФ).

«В юридической литературе отмечается, что урегулирование спора в претензионном или ином досудебном порядке по своей сути является мировым соглашением путем признания должником (обязанным лицом) обоснованности требований кредитора (управомоченного лица) и их добровольного исполнения, это один из способов примирения. Данное утверждение представляется справедливым, если предъявленная претензия или

²⁴⁰ Рожкова М.А. Понятие спора о праве гражданском // Журнал российского права. 2005. № 4.

иное требование полностью удовлетворены ее получателем. Для ситуаций же, когда претензия или иное требование признаются не в полном объеме и за ними все-таки следует обращение в суд заинтересованной стороны, досудебное урегулирование в части непризнанных требований имеет несколько иное значение. В этом случае досудебное урегулирование призвано уточнить характер и объем требований, а также проверить доказательственную базу иска или иного требования, направляемого в суд» - пишет А. Космачевский²⁴¹.

«Обращение к примирительным процедурам основывается на взаимной добровольности сторон (исключение составляет обязательное соблюдение претензионного порядка урегулирования споров в случаях, предусмотренных законом)», – полагает Ю.С. Колясникова²⁴².

Анализируя приведенные точки зрения, отметим, что досудебный (в смысле допроцессуальный) характер претензионного порядка урегулирования спора никем не оспаривается.

Это ясно видно из следующих положений норм процессуального законодательства: судья возвращает исковое заявление в случае, если истцом не соблюден установленный федеральным законом для данной категории споров или предусмотренный договором сторон досудебный порядок урегулирования спора либо истец не представил документы, подтверждающие соблюдение досудебного порядка урегулирования спора с ответчиком, если это предусмотрено федеральным законом для данной категории споров или договором (п.1 ч.1 ст. 135 ГПК РФ); к исковому заявлению прилагаются документы, подтверждающие соблюдение истцом претензионного или иного досудебного порядка, если он предусмотрен федеральным законом или договором (ч. 7 ст. 126 АПК РФ), арбитражный суд, установив при рассмотрении вопроса о принятии искового заявления к производству, что оно подано с нарушением требований, установленных статьями 125 и 126 настоящего Кодекса, выносит определение об оставлении заявления без движения (ч.1 ст. 128 АПК РФ), арбитражный суд возвращает исковое заявление, если при рассмотрении вопроса о принятии заявления установит,

²⁴¹ Космачевский А. Организация работы по претензиям. Роль портового агента // ЮФ «Ремеди», Санкт-Петербург, Россия. Третья Международная Ежегодная Конференция «Практика морского бизнеса: делимся опытом». Одесса 2007. С. 2.

²⁴² Колясникова Ю.С. Примирительные процедуры в арбитражном процессе. : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2009. С. 13.

что не устранены обстоятельства, послужившие основаниями для оставления искового заявления без движения в срок, установленный в определении суда (п.4 ч. 1 ст. 129 АПК РФ).

Законодатель правильно закрепил такое положение вещей – досудебный порядок, о котором говорится в тексте процессуальных законов, ни в коем случае не может препятствовать безусловному конституционному праву на обращение в суд за защитой, но может отсрочить его.

Поэтому несоблюдение досудебного, или претензионного порядка урегулирования спора, не может стать основанием к отказу в принятии искового заявления судом, ибо правовыми последствиями такого процессуального действия будет невозможность вторично обратиться к суду с тем же требованием.

Вместе с тем, несоблюдение досудебного порядка закреплено в качестве одного из оснований к возвращению искового заявления, то есть досудебный порядок выступает в качестве условия надлежащего возбуждения гражданского дела в суде, как общем, так и арбитражном.

При этом обратим внимание на то, что суды не должны возвращать исковое заявление по мотиву несоблюдения заявителем претензионного порядка в тех случаях, когда заявлено требование о признании договора, содержащего условие о соблюдении досудебного порядка урегулирования спора, незаключенным или недействительным. В этих случаях заявитель требует освободить его от всех обязанностей, наложенных на него противной стороной на основании оспариваемого договора, в том числе речь идет и о признании недействительным пункта о досудебном порядке. Значит, заявитель по таким делам не обязан соблюдать досудебный порядок, так как, возможно, такой обязанности не закреплено за ним в материальных, досудебных правоотношениях; допустить обратное означало бы обязать лицо сначала исполнить договор, а затем уже обращаться суду за его оспариванием – понятно, что какой-либо смысл защищать право в таком случае вообще пропадает. В каком-то смысле претензионный порядок урегулирования спора – это составляющая основного материального правоотношения, реализуемого посредством исполнения договора. А.Ф. Воронов неслучайно отмечает, что «иногда достаточно трудно отличить обязательный досудебный порядок от обязательного обращения в какой-либо орган до суда или от некоего «предупреждения» и «предложения», которое является лишь обстоятельством материально-правового характера, входящим в ос-

нование иска и предмет доказывания по делу»²⁴³. Поэтому считаем, что в процессуальное законодательство следует внести соответствующие дополнения, а высшим судебным органам РФ – разъяснить нижестоящим судам смысл данного процессуального ограничения.

Далее следует поставить вопрос о субъектах, чьей обязанностью является соблюдение претензионного порядка урегулирования спора.

Л. Куликова считает, что «право на обращение в арбитражный суд без соблюдения досудебного (претензионного) порядка урегулирования споров имеют прокурор, государственные органы, органы местного самоуправления»²⁴⁴. Однако в ст. 52 АПК РФ четко указывается: прокурор, участвующий в деле, пользуется правами и несет обязанности истца.

Исключение в части необходимости соблюдать претензионный порядок сделано лишь для третьих лиц: в соответствии с положением ч.2 ст. 50 АПК РФ третьи лица, заявляющие самостоятельные требования относительно предмета спора, пользуются правами и несут обязанности истца, за исключением обязанности соблюдения претензионного или иного досудебного порядка урегулирования спора, если это предусмотрено федеральным законом для данной категории споров или договором.

Что касается прокурора и государственных органов, то, как говорится в ст. 4 АПК РФ, обращение в арбитражный суд осуществляется в форме искового заявления по экономическим спорам и иным делам, возникающим из гражданских правоотношений, и если для определенной категории споров федеральным законом установлен претензионный или иной досудебный порядок урегулирования либо он предусмотрен договором, спор передается на разрешение арбитражного суда после соблюдения такого порядка.

Таким образом, нужно признать, что от обязанности соблюдать претензионный порядок процессуальным законом буквально освобождены только третьи лица с самостоятельными требованиями на предмет спора и, по всей видимости, стороны при замене ненадлежащей стороны, как об этом говорит, например, А.Ф. Воронов²⁴⁵. Кроме того, представляется, что

²⁴³ Воронов А.Ф. Претензионный или иной досудебный порядок урегулирования спора в арбитражном процессе. URL:<http://www.lawmix.ru/comm/3567/>

²⁴⁴ Куликова Л. Досудебный (претензионный) порядок урегулирования споров // Хозяйство и право. 1996. № 8.

²⁴⁵ Воронов А.Ф. Претензионный или иной досудебный порядок урегулирования спора в арбитражном процессе. URL: <http://www.lawmix.ru/comm/3567/>

правом внести в договор пункт о необходимости соблюдения претензионный порядок в случае возникновения разногласий обладают не только частные лица, но и субъекты публичной правовой природы.

Надо сказать, что не только претензионный (досудебный) порядок в конкретном смысле – оговоримся сразу – вообще, весь спектр форм альтернативного способа защиты гражданского права является, по своей правовой сути, только условием надлежащего возбуждения гражданского дела судом или досудебным в широком смысле порядком, а отнюдь не предпосылкой права на обращение в суд – разумеется, в тех случаях, когда это предусмотрено законом или договором²⁴⁶.

²⁴⁶Мы говорим «разумеется», так как авторы некоторых научных публикаций «развенчивают» идею о том, что понятие «досудебный порядок, или урегулирование» включает в себе не только собственно обязательное претензионное регулирование или действия по реализации третейской или иной записи, но и все прочие действия, как правового, так и неправового характера, осуществляемые сторонами спора до момента обращения к суду. В частности, Р.Ю. Банников в своей статье указывает на то, что «в последнее время в юридической литературе все чаще появляются публикации ... авторы которых необоснованно расширяют понятие досудебного урегулирования, мотивируя это тем, что термин «досудебный порядок урегулирования споров» указывает лишь на период разрешения правового конфликта – до суда, и не более того. Следовательно, по логике этих ученых, досудебным урегулированием споров можно назвать любые меры, влекущие разрешение правового конфликта». См. Банников Р.Ю. Общая характеристика досудебного порядка урегулирования споров // Развитие процессуального законодательства: к пятилетию действия АПК РФ, ГПК РФ и Федерального закона РФ «О третейских судах в Российской Федерации». Вып. 4. Воронеж: Издательство Воронежского государственного университета, 2008. С. 549. При этом весьма досадно, что автор публикации не дает ссылок на имена этих авторов и выходные данные их публикаций. Однако позволим себе заметить, что, как представляется, не имеет особого смысла специально оговариваться в том, что досудебный порядок, разумеется, обязательен только тогда, когда предусмотрен законом или договором, а все прочие действия не могут являться основаниями для предъявления иска в суд, так как существует четкое законодательное регулирование по этому вопросу в нормах ГПК РФ и АПК РФ. А термин «досудебное», действительно, указывает на период рассмотрения спора и, что более важно, на субъектный состав участников «разбирательства», который предопределяет правовые свойства достигнутого по результатам урегулирования соглашения. Поэтому вывод автора о том, что «все, происходящее до судебного процесса, но не являющееся обязательным условием предъявления иск в суд, относится к области материального права и не может называться досудебным урегулированием. Досудебный порядок урегулирования споров можно считать установленным только тогда, когда он в силу закона или договора является обязательным до предъявления иска в суд и несоблюдение его влечет неблагоприятные последствия: возвращение ... или оставление искового заявления без движения ... или оставление без рассмотрения ... Именно воз-

Если даже обратиться к третейскому разбирательству как наиболее высоко организованной и урегулированной форме альтернативной защиты права, то и оно – по сути, досудебный порядок урегулирования спора. Потому, что до момента приобретения решением третейского суда силы судебного решения лицо не утрачивает своего права на судебную защиту, а сам факт надления третейского решения свойствами судебного решения напрямую связан и зависит от признания решения третейского суда аналогом судебного решения непосредственно судом. Признать же решение третейского суда аналогом решения государственного суда возможно, так как определяющим здесь является соблюдение третейским судом при вынесении решения принципов гражданской (арбитражной) процессуальной формы; материально-правовое содержание решения третейского суда не является объектом судебного анализа в силу действия принципа формальной истины в гражданском (арбитражном) судопроизводствах, надления сторон судебного спора рядом распорядительных прав, позволяющих соглашаться с тем или иным требованием противоположной стороны, обходясь при этом без контроля суда за «выгодностью» или «невыгодностью» таких действий, а также цивилистического принципа свободы договора. Поэтому, если третейский суд при рассмотрении гражданского спора действовал в рамках установленной процессуальным законодательством формы, то такое решение третейского суда может быть приравнено к решению государственного суда и именно поэтому на такое решение государственным судом выдается исполнительный лист.

В целях подкрепления нашего мнения о том, что все формы АРС – суть досудебный порядок укажем на то, что законодатель, по всей видимости, солидарен с нами – он достаточно четко в своих нормах приравнивает по смыслу претензионный порядок урегулирования споров и третейскую запись (сама формулировка – «претензионный или иной досудебный порядок урегулирования спора с ответчиком») – как первое, так и второе является основанием для оставления искового заявления без движения, возвращения искового заявления, оставления искового заявления без рассмотрения.

возможность наступления данных последствий играет ключевую роль» (См.: Банников Р.Ю. Указ. соч. С. 550) – нельзя считать новаторским. Кроме этого, юридическая наука вообще склонна говорить именно о тех фактах, которые являются правовыми – то есть порождают определенные правовые же последствия. – Е.М.

При этом отметим, что такое основание для прекращения производства по делу как «дело не подлежит рассмотрению в порядке гражданского судопроизводства в арбитражном суде» не означает, что оно должно, в соответствии с тем или иным обязательством, быть рассмотрено в третейском суде, речь здесь не идет о третейской записи – потому, что наличие третейской оговорки не препятствует праву на судебную защиту, ибо можно оспорить и само условие об обязательном обращении к третейскому суду, и само решение третейского суда как обычный гражданско-правовой договор.

Таким образом, очевидно, что законодатель термином «досудебное урегулирование спора» обозначает не только собственно претензионный порядок, но и все прочие формы АРС.

Итак, претензионный порядок урегулирования спора, или досудебное урегулирование в узком смысле – это еще одна из форм АРС. Иначе ее можно определить как «переговоры».

До принятия АПК РФ 1995 года соблюдение досудебного (претензионного) порядка урегулирования спора было во всех случаях обязательным условием (предпосылкой) права на обращение к арбитражному суду за защитой своего субъективного права.

На сегодняшний день необходимость соблюдения претензионного порядка может быть наложена на лицо в двух случаях: если это прямо предусмотрено в нормах федерального законодательства и если это предусмотрено договором, причем спор возник не из требования признания данного договора недействительным либо незаключенным.

Хорошо это или плохо?

С одной стороны, плохо, так как, безусловно, претензионный порядок способствует известной «разгрузке» судебной системы.

С другой стороны, нельзя заставить субъектов спорного материального правоотношения «сесть за стол переговоров», если они намерены конфликтовать. Если установить, как это было раньше, обязательность претензионного порядка, то иные стороны правового конфликта выполняют это требование сугубо формально – хотя, и формальный обмен письмами может при благоприятных внешних обстоятельствах послужить толчком к примирению.

Доказательствами надлежащего соблюдения претензионного порядка урегулирования спора могут быть следующие документы: письма-требования об исполнении обязательства с указанием сроков исполнения и предъявления ответных претензий, а также намерения требователя обратиться в суд,

инные документы, содержащие все необходимые для легитимации сторон реквизиты, по существу спора.

Законодательство не содержит какого-либо перечня таких документов, не предъявляет специальных требований к их форме и содержанию. Поэтому целесообразно определять это в рамках договора, устанавливающего претензионный порядок урегулирования возможного спора. Опираясь при этом вполне возможно на утратившее сегодня силу Постановление Пленума ВС РФ от 24 июня 1992 года № 3116-1 «Об утверждении Положения о претензионном порядке урегулирования споров», которое, тем не менее, содержало весьма четкий перечень обязательных реквизитов претензии (четко поименованные кредитор и должник, реквизиты договора, являющегося основанием возникновения соответствующей обязанности, обстоятельства, породившие необходимость исполнить обязанность, четко изложенное требование кредитора, ссылки на законы, последствия отказа исполнить свои обязанности и проч.).

Вопросы для самопроверки

1. Раскройте понятия «досудебный порядок урегулирования спора» и «претензионный порядок урегулирования спора».
2. В каких случаях необходимо соблюдение претензионного порядка урегулирования спора?
3. Назовите субъектов, чьей обязанностью является соблюдение претензионного порядка урегулирования спора.

СПИСОК РЕКОМЕНДУЕМОЙ ЛИТЕРАТУРЫ

НОРМАТИВНО-ПРАВОВЫЕ АКТЫ ПО КУРСУ «АЛЬТЕРНАТИВНОЕ РАЗРЕШЕНИЕ СПОРОВ»

1. Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 29 декабря 1958 г.) // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1993. №8.
2. Типовой закон ЮНИСИТРАЛ о посредничестве. URL: http://www.tpprg-arb.ru/kp_brosh.php
3. Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993 года // Российская газета. 1993. 25 декабря.
4. Ч. 1 Гражданского кодекса Российской Федерации от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст.3301; Ч. 2 Гражданского кодекса Российской Федерации от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 5. Ст. 410; Ч.3 Гражданского кодекса Российской Федерации от 26 ноября 2001 г. № 146-ФЗ // СЗ РФ. 2001. № 49. Ст. 4552.
5. Федеральный закон от 24 июля 2002 г. №102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3019.
6. Федеральный закон от 26 октября 2002 г. №127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190.
7. Федеральный закон от 29 июля 2004 г. №98-ФЗ «О коммерческой тайне» // СЗ РФ. 2004. №3 2. Ст. 3283.
8. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 № 95-ФЗ.
9. Закон РФ от 7 июля 1993 г. №5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» // Ведомости съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1993. № 32. Ст. 1240.
10. ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ // Российская газета. 2010. 30 июля. Федеральный выпуск № 5247 (168).
11. Указ Президента РФ от 6 марта 1997г. №188 «Об утверждении перечня сведений конфиденциального характера» // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1997. № 5.
12. Приказ МАП РФ от 18 ноября 1999 г. № 448 «Об утверждении Положения о Третейском суде при Министерстве Российской Федерации по антимонопольной политике и поддержке предпринимательства (МАП России)» // Бюллетень Министерства юстиции РФ. 2000. № 2.

13. Регламент Третейского суда для разрешения экономических споров при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (утв. постановлением Президиума ТПП РФ от 23 октября 1992 г. № 80-9) (в ред. от 18 января 1995 г.) // Закон. 1996. № 7.

14. Постановление КС РФ от 26 мая 2011 г. № 10-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 11 Гражданского кодекса Российской Федерации, пункта 2 статьи 1 Федерального закона "О третейских судах в Российской Федерации", статьи 28 Федерального закона "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним", пункта 1 статьи 33 и статьи 51 Федерального закона "Об ипотеке (залоге недвижимости)" в связи с запросом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации». URL : Legis.ru

СПЕЦИАЛЬНАЯ ЛИТЕРАТУРА

1. Абросимова Е.Б. Судебная власть в Российской Федерации: Система и принципы. М., 2002.

2. Аллахвердова О.В. Школа посредничества (медиации) // Хрестоматия альтернативного разрешения споров: учебно-методические материалы и практические рекомендации. СПб.: Редакция журнала «Третейский суд», 2009.

3. Алябьева В.Ф. Третейский суд – альтернативная форма разрешения спора // Современные проблемы публично-правового и частно-правового регулирования: теория и практика: материалы международной научно-практической конференции. Ч. 2. Уфа, 2005.

4. Анненков К. Опыт комментария к Уставу гражданского судопроизводства. Т. 6: Мировой устав. Мировые сделки. Третейский суд. СПб., 1887.

5. Арабули Д.Д. Самозащита как форма защиты гражданских прав в ГК РФ // Актуальные проблемы науки и практики в современном мире: межрегиональной научно-практической конференции молодых ученых (заочн.) URL: http://www.conf.muh.ru/080901/thesis_Arabuli_01.htm

6. Архипов В.В. Медиация – предмет изучения теоретико-правовых дисциплин // Хрестоматия альтернативного разрешения споров: учебно-методические материалы и практические рекомендации. СПб., 2009.

7. Банников Р.Ю. Общая характеристика досудебного порядка урегулирования споров // Развитие процессуального законодательства: к пятилетию действия АПК РФ, ГПК РФ и Федерального закона РФ «О третейских судах в Российской Федерации». Вып. 4. Воронеж: Издательство Воронежского государственного университета, 2008.

8. Басин Ю.Г. Основы гражданского законодательства о защите субъективных прав. Саратов, 1971.

9. Богданова Е.Е. Формы и способы защиты гражданских прав и интересов. // Журнал российского права. 2003. № 6.
10. Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. М.: Издание Бр. Башмаковых, 1917.
11. Вербловский Г. Третейский суд // Журнал гражданского и уголовного права. 1888. Февраль. Кн. 2.
12. Виноградова Е.А. Альтернативное разрешение споров // Вестник ВАС РФ. 1997. № 8.
13. Виноградова Е.А. Вопросы третейского разбирательства в пакете законопроектов о судебной реформе // Третейский суд. 2001. № 3/4.
14. Виноградова Е.А. К вопросу о так называемом «статусе» постоянно действующего третейского суда // Хозяйство и право. 1994. № 5.
15. Виноградова Е.А. О работе над законопроектом Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации» // Третейский суд. 2002. № 3/4.
16. Виноградова Е.А. О судебно-арбитражной практике рассмотрения исков о расторжении соглашений о передаче споров на рассмотрение третейских судов // Третейский суд. 2000. № 6.
17. Виноградова Е.А. От согласования правовых основ третейского разбирательства к их единообразному применению // Третейский суд. 2003. № 3 (27). С. 66.
18. Виноградова Е.А. Правовые основы организации и деятельности третейского суда: автореф. дис. ... канд. наук. М., 1994.
19. Виноградова Е.А. Семинар по теме: «Третейский суд как альтернативная форма разрешения споров, возникающих в сфере предпринимательской деятельности» // Третейский суд. 2004. № 3 (33).
20. Виноградова Е.А. Третейский суд. Законодательство, практика, комментарии. М., 1997.
21. Вицын А.И. Третейский суд по русскому праву. Историко-догматическое рассуждение. М., 1856.
22. Вицын А.И. Третейский суд по русскому праву: историко-догматическое рассуждение // Третейский суд. 1999. № 4–6.
23. Волков А.Ф. Торговые третейские суды. СПб., 1913.
24. Воронов А.Ф. Претензионный или иной досудебный порядок урегулирования спора в арбитражном процессе. URL: <http://www.lawmix.ru/comm/3567/>
25. Галушина И. Н. Понятия представительства и посредничества в гражданском праве: сравнительно-правовой аспект // Журнал российского права. 2006. № 2.
26. Гончаров Е.И. Самозащита гражданских прав и свобод человека и гражданина: Конституционно-правовой аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2006.

27. Горбачева С.В. Самозащита прав по российскому законодательству: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2005.
28. Гражданское право: в 2 т.: учебник Т. 1 / отв. ред. проф. Е.А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Издательство «БЕК», 1998.
29. Гражданское право: учебник. Ч. 1. изд. 2-е, перераб. и доп. / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М.: Теис, 1996.
30. Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. 2-е изд., стереотип. М.: Статут, 2001. (Классика российской цивилистики.)
31. Давыденко Д.Л. Медиация как примирительная процедура в коммерческих спорах: сущность, принципы, применимость // Хозяйство и право. 2005. № 5.
32. Егоров А. Посредничество в законодательстве и доктрине гражданского права // Юрист. 2001. № 12.
33. Егоров А.В. Понятие посредничества в гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М. 2002.
34. Ерпылева Н.Ю. Международный коммерческий арбитраж в международном частном праве: проблемы и перспективы современного развития // Право и политика. 2004. № 4.
35. Живихина И.Б. Гражданско-правовые проблемы охраны и защиты права собственности: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2007.
36. Завидов Б.Д. Комментарий к Федеральному закону «О третейских судах в Российской Федерации». М., 2003.
37. Завидов Б.Д., Гусев О.Б. Защита гражданских прав по законодательству России // Арбитражный и гражданский процесс. 2000. № 1.
38. Зайцев А.И. Законодательные требования к кандидатурам третейских судей // Право и политика. 2001. № 9.
39. Зайцев А.И. К вопросу определения понятия «третейский суд» // Современные проблемы публично-правового и частно-правового регулирования: теория и практика: материалы международной научно-практической конференции. Ч. 1. Уфа, 2005.
40. Зайцев А.И. Нормативные основания для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда // Правовая политика и правовая жизнь. Саратов; М., 2004. № 2.
41. Зайцев А.И. Основания для отмены решения третейского суда по действующему ГПК РФ // АПК и ГПК РФ 2002 г.: сравнительный анализ и актуальные проблемы правоприменения: материалы Всероссийской научно-практической конференции. Москва, 2–4 апреля 2003 г. М., 2004.
42. Зайцев А.И. Понятие третейского суда // Право и суд в современном мире. Вып. 3. Казань, 2005.
43. Зайцев А.И. Правовая сущность процедуры урегулирования споров в третейском суде и ее соотношение с гражданским процессом // Актуальные про-

блемы гражданского права, гражданского и арбитражного процесса: в 2 ч. Ч. 2: Гражданский и арбитражный процесс: материалы научн. конф. Воронеж, 15–16 марта 2002 г. / под ред. Е.И. Носыревой, Т.Н. Сафроновой. Воронеж, 2002.

44. Зайцев А.И. Преимущества третейского судопроизводства // Постоянно действующий третейский суд при Волжской торгово-промышленной палате. Волжский, 2002.

45. Зайцев А.И. Становление и развитие третейского суда в России // Вестник СГАП. 2000. № 1.

46. Закон о медиации подписан Президентом РФ. URL: Центр медиации и права. <http://www.mediacia.com/newsout.php?id=81>

47. Звекон В.П. Международное частное право: курс лекций. Гл. 21: Международный коммерческий арбитраж. М., 2004.

48. Институт медиации направлен на формирование новой культуры разрешения споров. URL: Центр медиации и права: <http://www.mediacia.com/newsout.php?id=82>

49. Интервью с Председателем Конституционного Суда РФ. Ч. I: О правосудии, судебной системе и судопроизводстве. URL: <http://www.kadis.ru/columns/column.php?id=67567>

50. Интернет-интервью с А.А. Ивановым, Председателем ВАС РФ: «Итоги работы и перспективы развития системы арбитражного судопроизводства в Российской Федерации». URL: <http://www.consultant.ru/law/interview/ivanov1.html>

51. Интернет-интервью с А.С. Комаровым, Председателем Международного коммерческого арбитражного суда: «Международный коммерческий арбитраж в России: актуальные вопросы практики разрешения споров». URL: <http://www.consultant.ru/law/interview/komarov.html>

52. Интернет-интервью с В.Ф. Яковлевым, Советником Президента РФ, доктором юридических наук, профессором права, и Ц.А. Шамликашвили, президентом Научно-методического центра медиации и права: «Об альтернативных методах разрешения споров и их значении в условиях гражданского общества». URL: <http://www.consultant.ru/law/interview/yakovlev3.html>

53. Интернет-интервью с Ц.А. Шамликашвили, президентом Научно-методического центра медиации и права: «Медиация – новый институт в условиях российской правовой культуры». URL: <http://www.consultant.ru/law/interview/shamlikashvili2.html>

54. Интернет-конференция Председателя Конституционного Суда Российской Федерации Баглая Марата Викторовича «К 10-летию Конституции Российской Федерации: защита конституционных прав и свобод граждан». Обзор публикаций СМИ. URL: http://www.garweb.ru/conf/ks/20030129/smi/msg.asp?id_msg127817.htm

55. Интернет-конференция Председателя Верховного Суда Российской Федерации Лебедева Вячеслава Михайловича на тему: «Реформирование процессуального законодательства в Российской Федерации». URL: <http://www.garant.ru/action/conference/10148/>

56. Интернет-конференция Председателя Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации В.Ф. Яковлева «Досудебное урегулирование споров и урегулирование споров на ранней стадии судопроизводства» // Информационно-правовой портал «Гарант». URL: <http://www.garant.ru/action/conference/10136/>
57. В.А. Мусин отвечает на вопросы читателей // Третейский суд. URL: <http://www.arbitrage.spb.ru/answers/1.html>
58. Калашникова С.И. Проблемы определения понятия медиации как альтернативного способа урегулирования споров // Развитие процессуального законодательства: к пятилетию действия АПК РФ, ГПК РФ и Федерального закона РФ «О третейских судах в Российской Федерации». Вып. 4. Воронеж: Издательство Воронежского государственного университета, 2008.
59. Каллистратова Р.Ф. Альтернативное судопроизводство для разрешения экономических споров // Судебная система России. М., 2000.
60. Кательников М.Г. Конституционное право на судебную защиту (на примере практики Конституционного Суда Российской Федерации): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2006.
61. Клеандров М.И. Очерки российского судоустройства: Проблемы настоящего и будущего. Новосибирск, 1998.
62. Клеандров М.И. Третейские суды по разрешению экономических споров. М., 2000.
63. Клеандров М.И. Экономическое правосудие в России: прошлое, настоящее, будущее. М.: Волтерс Клувер, 2006.
64. Колясникова Ю.С. Примирительные процедуры в арбитражном процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2009.
65. Комаров А.С. основополагающие принципы третейского суда // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2001. № 4.
66. Комаров А.С., Мусин В.А. Модельная программа курса «Международный коммерческий арбитраж» // Хрестоматия альтернативного разрешения споров: учебно-методические материалы и практические рекомендации. СПб.: Редакция журнала «Третейский суд», 2009.
67. Коммерческое право: в 2 ч.: учебник / под ред. В.Ф. Попондопуло, В.Ф. Яковлевой. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2002. Ч. 1.
68. Коннов А.Ю. Понятие, классификация и основные виды альтернативных способов разрешения споров // Журнал российского права. 2004. № 12.
69. Концепция судебной реформы в Российской Федерации / сост. С.А. Пашин. М., 1992.
70. Коршунова О. Право на защиту в системе основных прав человека. С. 9. URL: http://www.law-n-life.ru/arch/113_Korshunova.doc

71. Космачевский А. Организация работы по претензиям. Роль портового агента // Третья Международная Ежегодная Конференция «Практика морского бизнеса: делимся опытом». ЮФ «Ремеди». СПб.; Одесса, 2007.
72. Костин А.А. Типовой Закон ЮНСИТРАЛ и Российский Закон о международном коммерческом арбитраже: сравнительно-правовой анализ // Актуальные вопросы международного коммерческого арбитража: к 70-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / отв.ред. А.С.Комаров. М.: Спарк, 2002.
73. Кузбагаров А.Н. Примирение сторон по конфликтам частного-правового характера. СПб., 2010.
74. Кузнецов Н.В. Вправе ли субъекты Российской Федерации принимать закон «О третейском суде субъекта Федерации» // Развитие альтернативных форм разрешения правовых конфликтов: сб. научн. ст. / под ред. М.В. Немытиной. Ч. 2. Саратов, 2000. С. 30.
75. Кузьмина М.Н. Альтернативные формы разрешения правовых конфликтов. Ставрополь, 2001.
76. Куликова Л. Досудебный (претензионный) порядок урегулирования споров // Хозяйство и право. 1996. № 8.
77. Курочкин С.А. Теоретико-правовые основы третейского разбирательства в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2004.
78. Курочкин С.А. Третейское разбирательство гражданских дел в РФ: Теория и практика. URL: http://www.szepc.ru/index.php?option=com_content&view=article&id=62&Itemid=73&limitstart=2
79. Лазарев В.В. Общая теория права: курс лекций / под ред. проф. В.К. Бабаева. Нижний Новгород, 1993.
80. Лебедев М.Ю. Соотношение федерального законодательства с региональными регламентами постоянно действующих третейских судов // Вестник Саратовской государственной академии права. 2002. № 2 (31).
81. Левин С.М. О толковании решения третейского суда // Право. 1912. № 41.
82. Лисицын В.В. Медиация – способ разрешения коммерческих споров в Российской Федерации: краткий курс лекций. М., 2009.
83. Лисицын В.В. Медиация: примирительное урегулирование коммерческих споров в России (прошлое и настоящее, зарубежный опыт). М.: Радунца, 2010.
84. Лондонский международный третейский суд (London Court of International Arbitration – LCIA) // Вестник высшего арбитражного суда РФ. 1993. № 11.
85. Макарова Е.А. Примирительные процедуры (классификация, перспективы развития в России) // Третейский суд. 2009. № 5 (65).
86. Максименко А.В. Третейская форма разрешения коммерческих споров в Российской Федерации. Саратов. 2003.

87. Малышев К.И. Гражданское судопроизводство: Лекции, читанные в 1881/82 ак. г. СПб., 1883.
88. Хьюлитт-Джеймс Марк и Гоулд Николас. Международный коммерческий арбитраж: практическое пособие / пер. с англ. и науч. ред. В.А. Смирнов. Алматы: ТОО «Аян Эдет», 1999.
89. Медникова М.Е. Досудебное урегулирование споров в сфере экономической деятельности: проблемы теории и судебной практики: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2006.
90. Мейер Д.И. Русское гражданское право (в 2 ч.). по исправ. и доп. 8-му изд., 1902. изд. 3-е, исправ. М.: Статут, 2003. (Классика российской цивилистики.)
91. Меркурьев В.В. Теоретические и методологические проблемы уголовно-правового обеспечения права человека на гражданскую самозащиту: дис. ... д-ра юрид. наук. Рязань, 2006.
92. Минаков А.И. Арбитражные соглашения и практика рассмотрения внешнеэкономических споров. М., 1985.
93. Миронов В.И. Трудовое право России: учебник. М., 2005.
94. Михайлова Е.В. Способы и формы защиты прав граждан в России. М.: Городец, 2010.
95. Морозов М.Э. Процессуальные вопросы третейского разбирательства в России. URL: <http://www.yurclub.ru/docs/arbitration/article6.html>
96. Морозов М.Э. Процессуальные вопросы третейского разбирательства в России // Российская юстиция. 1999. № 7.
97. Морозов М.Э. Правовая природа законодательства, регулирующего третейское судопроизводство. Новосибирск, 2008.
98. Морозов М.Э., Шилов М.Г. Правовые основы третейского разбирательства. Новосибирск, 2002.
99. Мулов П.А. Об узаконенном третейском суде // Юридический вестник. 1862. № 25.
100. Мягких А.И. Договорные санкции в гражданском праве // Гражданское право. 2009. № 1.
101. Невзгодина Е. Л. Представительство по советскому гражданскому праву. Томск: Издательство Томского университета, 1980.
102. Негосударственные процедуры урегулирования споров: учебно-метод. пособие / Зайцев А.И., Мелихов В.М., Глухова Т.В. [и др.]. Волгоград, 2005.
103. Никифоров В.А. Третейские суды и АРС: история и современное состояние. Орел, 2001.
104. Носырева Е.И. Альтернативное разрешение гражданско-правовых споров в США: дис. ... д-ра юрид. наук. Воронеж, 2001.

105. Носырева Е.И. Альтернативное разрешение гражданско-правовых споров в США. Воронеж, 1999.

106. Носырева Е.И. Альтернативное разрешение споров в США. М., 2005.

107. Носырева Е.И. Методические и теоретические основы преподавания курса «Посредничество (медиация)» // Хрестоматия альтернативного разрешения споров: учебно-методические материалы и практические рекомендации. СПб., 2009.

108. Носырева Е.И. Правовая природа процедуры «посредничество–арбитраж» и ее значение для разрешения международных коммерческих споров // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса / под ред. В.В. Яркова. 2006. № 5. СПб., 2007.

109. Отахонов Ф. Медиация – плюсы и минусы посредничества // Материалы международных научно-практических конференций «Вопросы совершенствования законодательства о юридических лицах» 3–4 июня 2009 г. «Обязательственное право – вопросы теории и практики применения» 27 октября 2009 г. «Международный коммерческий арбитраж в контексте судебно-правовой реформы» 28 октября 2009 г. Ташкент, 2010.

110. Панкратов В.А., Позинская К. Медиация – альтернативный способ разрешения споров // Вестник Брянского государственного университета. Сер.: История. 2008. №2.

111. Пастухов В.Г. Некоторые мысли по поводу конференции в Геленджике // Третейский суд. 1999. № 4–6.

112. Поздняков В.С. Международный коммерческий арбитраж в Российской Федерации. Закон. Регламент. Комментарий. М., 1996.

113. Попов М.А. Актуальные проблемы рассмотрения дел третейским судом [Препринт]. СПб., 2001.

114. Регламенты международных арбитражных судов / сост. Л.Н. Орлов, И.М. Павлов. М., 2001.

115. Решетникова И.В. Право встречного движения. Посредничество и российский арбитражный процесс // Медиация и право. Посредничество и примирение. 2007. № 2(4).

116. Рожкова М.А. К вопросу о месте института третейского разбирательства в системе российского права // Третейский суд. 2009. № 5 (65).

117. Рожкова М.А. Понятие спора о праве гражданском // Журнал российского права. 2005. № 4.

118. Романенко М.И. Альтернативные формы разрешения правовых конфликтов в сфере прав человека и гражданина: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2008.

119. Свердлык Г.А., Страунинг Э.Л. Защита и самозащита гражданских прав: учебное пособие. М.: Лекс-книга, 2002.

120. Севастьянов Г.В. Законопроект о посредничестве (медиации) в его поэтапном и диалектическом развитии // Третейский суд. 2006. № 6.
121. Севастьянов Г.В. О повышении доверия к способам альтернативного разрешения споров и роли концепции частного процессуального права // Развитие процессуального законодательства: к пятилетию действия АПК РФ, ГПК РФ и Федерального Закона «О третейских судах в Российской Федерации». Вып. 4. Воронеж: Издательство Воронежского государственного университета, 2008.
122. Севастьянов Г.В. Теоретические основы альтернативного разрешения споров: концепция частного процессуального права // Хрестоматия альтернативного разрешения споров: учебно-методические материалы и практические рекомендации. СПб.: Редакция журнала «Третейский суд», 2009.
123. Семенов В.М. Конституционные принципы гражданского судопроизводства. М., 1969.
124. Скворцов О.Ю. Диспозитивное начало в сфере третейского судопроизводства // Арбитражный и гражданский процесс. 2004. № 6.
125. Скворцов О.Ю. О конфиденциальности как принципе третейского судопроизводства // Арбитражный и гражданский процесс. 2004. № 10.
126. Скворцов О.Ю. Рассмотрение третейскими судами споров о правах на недвижимость. URL: http://juristmoscow.ru/adv_rek/716/
127. Скворцов О.Ю., Курочкин С.А., Морозов М.Э. Краткий курс лекций по дисциплине «Третейское разбирательство» // Хрестоматия альтернативного разрешения споров: учебно-методические материалы и практические рекомендации. СПб.: Редакция журнала «Третейский суд», 2009.
128. Советское гражданское право: в 2 т.: учебник. Т. 1 / под ред. О.А. Красавчикова. 3-е изд., исправ. и доп. М.: Высшая школа, 1985.
129. Современные проблемы практики международного коммерческого арбитража: сб. материалов по курсу «Международный коммерческий арбитраж» / сост. А.С. Комаров. М., 2002.
130. Столетова Д. Альтернативное разрешение коммерческих споров // Кадровик. Кадровый менеджмент. 2007. № 10.
131. Стоякин Г.Я. Меры защиты в советском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1973.
132. Страунинг Э.Л. Самозащита гражданских прав: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999.
133. Судебно-арбитражная практика Московского региона // Вопросы правоприменения. 2001. № 6 (8).
134. Суханов Е.А. Разрешение споров третейскими судами (материалы практики). М., 1998.

135. Тарасенко Ю.А. Кредиторы: защита их имущественных прав: учебно-практическое пособие. М.: Юркнига, 2004.
136. Тарасов В.Н. Третейский процесс: учебное пособие. СПб., 2002.
137. Третейский суд. Законодательство, практика, комментарии / сост. и автор комм. Е.А. Виноградова. М., 1997.
138. Трещева Е.А. К вопросу о соотношении понятий сторон и иных участников процесса в третейском и арбитражном суде // Народовластие и право в условиях формирования гражданского общества: материалы международной научной конференции / отв. ред. А.И. Хорошильцев, А.В. Самойлов. Курск: Изд-во РОСИ, 2006.
139. Трещева Е.А. Субъекты арбитражного процесса. Часть 1, 2. Самара: Издательство «Самарский университет», 2007.
140. Трещева Е.А. Участники процесса в третейском и арбитражном судах // Право и власть: сб. статей по материалам международной научной конференции. Курск: Изд-во РОСИ, 2007.
141. Тужилова-Орданская Е.М. Теоретические проблемы защиты прав на недвижимость в гражданском праве России: автореферат дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2007.
142. Фархтдинов Я.Ф. Место третейских судов в системе органов по защите нарушенных или оспоренных гражданских прав // Третейский суд. 2001. № 5/6.
143. Хвостов В.М. Общая теория права. Элементарный очерк (по изданию 1911 г.). СПб., 1914.
144. Цихоцкий А.В. Теоретические проблемы эффективности правосудия по гражданским делам. Новосибирск, 1997.
145. Шамликашвили Ц.А. Основы медиации как процедуры разрешения споров // Медиация и право. Посредничество и примирение. Приложение. 2007. № 2(4).
146. Шилов М.Г., Морозов М.Э. Комментарий к Закону о третейских судах. М.: Норма, 2004.
147. Шубина Т.Б. Теоретические проблемы защиты права: дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 1997.
148. Энгельман И.Е. Учебник русского гражданского судопроизводства. 2-е изд., исправ. и доп. Юрьев, 1904.
149. Эрделевский А.М. Самозащита прав (документ подготовлен специально для публикации в системах «КонсультантПлюс», опубликован 12.09.2001 г. URL: <http://www.lawmix.ru/comm/6104/>)
150. Яковлев В.Ф. Закон свободного применения // Медиация и право. Посредничество и примирение. 2006. № 1.
151. Ярков В.В. Обзор практики Третейских судов ПАУФОР и НАУФОР // Юридическая практика. Информационный бюллетень Центра права специального юридического факультета СПбГУ. 1999. № 3.

ПРОГРАММА КУРСА «АЛЬТЕРНАТИВНОЕ РАЗРЕШЕНИЕ СПОРОВ»

Раздел 1. Общие положения

Тема 1. Понятие, предмет и система курса

Понятие и предмет Альтернативного разрешения споров.

Предмет учебного курса «Альтернативное разрешение споров». Цели, задачи, система и источники учебного курса «Альтернативное разрешение споров».

Тема 2. Понятие и характеристика способов и форм защиты нарушенного или оспариваемого субъективного гражданского права. Частные и государственные способы разрешения гражданских споров

Понятие и правовая природа субъективного гражданского права. Виды прав граждан в РФ. Право частное и публичное. Объективное и субъективное право. Понятие и правовые признаки спора, возникающего из гражданских правоотношений. Способы и формы защиты нарушенного или оспариваемого субъективного гражданского права. Частные и государственные способы разрешения гражданских споров. Понятие правосудия как особого вида государственной деятельности. Суд как орган государственной власти, наделенный специальной компетенцией, суд в системе иных органов государственной власти, судебная система РФ. Правовые последствия обращения за судебной защитой, предпосылки права на обращение в суд. Способы (виды) альтернативного разрешения споров (АРС). Преимущества и недостатки частного правосудия.

Раздел 2. Понятие и правовая природа третейского разбирательства гражданских дел

Тема 3. Третейское разбирательство как способ частного урегулирования возникшего правового конфликта. История становления и развития института третейского разбирательства гражданских дел за рубежом и в России.

Подведомственность гражданских дел третейскому суду. Третейские суды в зарубежных странах: история возникновения и развития, современное состояние. Третейские суды в России с древнейших времен до 1917 г. Третейские суды в России в советский период. Третейские суды в современной России.

Тема 4. Правовая природа третейского разбирательства гражданских дел

Предпосылки права на обращение к третейскому суду. Третейская оговорка: сущность третейской оговорки, порядок заключения. Конституционное право каждого на судебную защиту и третейская оговорка. Предмет деятельности третейского суда. Субъектный состав и правовая природа правоотношений, возникающих между участниками третейского разбирательства и третейским судом. Метод регулирования указанных правоотношений. Правовой статус третейского суда. Источники третейского разбирательства гражданских дел. Сущность и правовая природа решения третейского суда, общие черты и отличия решений суда общей юрисдикции, арбитражного суда и третейского суда.

Тема 5. Принципы и правила рассмотрения гражданских дел третейскими судами

Система и классификация принципов третейского разбирательства гражданских дел. Принципы общего правового характера, принципы межотраслевого характера, специальные принципы третейского разбирательства, принципы отдельных институтов. Процедурный порядок разрешения спора третейским судом и вынесения решения по делу. Правовой статус участников третейского производства. Особенности доказывания в третейском суде. Процессуальные документы, оформляющие разбирательство гражданского спора в третейском суде. Сроки рассмотрения гражданских дел третейским судом. Расходы в связи с третейским разбирательством правового конфликта.

Тема 6. Обжалование решений третейского суда. Выдача исполнительных листов на решения третейского суда

Момент вступления решения третейского суда в законную силу, правовые последствия вступления решения третейского суда в законную силу. Порядок и правила обжалования решений третейского суда. Выдача исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейского суда.

Раздел 3. Разрешение правовых конфликтов посредством отдельных форм АРС

Тема 7. Международный коммерческий арбитраж: основные положения, процедура разрешения споров в международном коммерческом арбитраже

Понятие международного коммерческого арбитража. Подведомственность гражданских споров международному арбитражу. Основные центры международного арбитража в России и за рубежом. Международные источники регулирования коммерческого арбитража. Предпосылки и условия возбуждения производства по делу, процедура разрешения споров в международном арбитраже, вынесение и содержание арбитражного решения. Оспаривание решений международного арбитража. Признание и исполнение решений международного арбитража.

Тема 8. Посредничество (медиация)

Понятие, основные черты и виды посредничества по Гражданскому кодексу РФ. Место медиации в системе видов посредничества. Правовая квалификация ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» и его место в системе действующего законодательства. Международно-правовое регулирование посредничества. Порядок обращения к посреднику, выбор посредника, требования, предъявляемые федеральным законом к кандидатуре посредника. Принципы проведения процедуры посредничества. Переговоры как основа процедуры посредничества. Соглашение сторон об урегулировании спора. Исполнение соглашения об урегулировании спора. Оспаривание соглашения об урегулировании спора.

Тема 9. Мирное соглашение. Досудебное урегулирование споров

Понятие мирного соглашения, особенности его публично-правовой природы и проблемы отграничения от смежных понятий. Соотношение категорий «досудебное урегулирование спора», «претензионный порядок урегулирования спора», «альтернативное разрешение спора». Понятие претензионного порядка урегулирования спора: случаи, когда его соблюдение необходимо, субъекты, обязанные соблюсти претензионный порядок урегулирования спора и правовые последствия несоблюдения данной обязанности. Судебное посредничество.

ПЛАНЫ СЕМИНАРСКИХ ЗАНЯТИЙ

Тема 1. Понятие, специфика и способы защиты нарушенного или оспариваемого субъективного гражданского права – 4 часа

1. Понятие субъективного гражданского права, виды гражданских прав.
2. Понятие и признаки правового спора.
3. Способы защиты субъективных гражданских прав: частные и государственные.
4. Понятие, правовой статус и компетенция государственного суда. Характеристика судебной системы в РФ.
5. Правосудие как особый вид государственной деятельности.
6. Преимущества и недостатки частных способов урегулирования конфликтов.

Рекомендуемая литература

1. Кузьмина М.Н. Альтернативные формы разрешения правовых конфликтов. Ставрополь, 2001.
2. Носырева Е.И. Альтернативное разрешение споров в США. М., 2005.
3. Негосударственные процедуры урегулирования споров: учебно-методическое пособие / Зайцев А.И., Мелихов В.М., Глухова Т.В. [и др.]. Волгоград, 2005.
4. Никифоров В.А. Третейские суды и АРС: история и современное состояние. Орел, 2001.
5. Зайцев А.И. Преимущества третейского судопроизводства // Постоянно действующий третейский суд при Волжской торгово-промышленной палате. Волжский, 2002.

Тема 2. История становления и развития института третейского разбирательства гражданских дел за рубежом и в России – 2 часа

1. Третейские суды в зарубежных странах: история возникновения и развития, современное состояние.
2. Третейские суды в России с древнейших времен до 1917 года.
3. Третейские суды в России в советский период.
4. Третейские суды в современной России.

Рекомендуемая литература

1. Васильковский Е.В. Учебник гражданского процесса. М.: Издание Бр. Башмаковых, 1917.
2. Вицын А.И. Третейский суд по русскому праву. Историко-догматическое рассуждение. М., 1856.
3. Никифоров В.А. Третейские суды и АРС: история и современное состояние. Орел, 2001.
4. Зайцев А.И. Становление и развитие третейского суда в России // Вестник СГАП. 2000. № 1.

Тема 3. Право на обращение в третейский суд – 2 часа

1. Предпосылки и условия права на обращение в третейский суд. Подведомственность дел третейскому суду.
2. Правовая природа третейской оговорки и порядок ее совершения.
3. Характер правоотношений, складывающихся между участниками третейского разбирательства гражданского дела и третейским судом.
4. Правовой статус третейского суда.
5. Метод регулирования правоотношений, возникающих в ходе третейского разбирательства гражданского дела.
6. Правовые акты, регулирующие вопросы деятельности третейского суда и порядок рассмотрения им гражданских споров.

Тема 4. Процессуальный порядок рассмотрения гражданских дел третейским судом – 4 часа

1. Понятие, система и классификация принципов третейского производства.
2. Конфиденциальность третейского процесса.
3. Требования к кандидатурам третейских судей. Отводы.
4. Документы, оформляющие третейское разбирательство, требования, предъявляемые законом к форме и содержанию документов, сопровождающих третейское производство по гражданскому делу. Иск.
5. Правила извещения участников третейского разбирательства о времени и месте рассмотрения дела.
6. Правовой статус участников третейского разбирательства гражданского дела.

7. Особенности процесса доказывания в третейских судах. Роль третейского суда в доказывании. Виды доказательств по делу.
8. Решение третейского суда и порядок его вынесения. Момент вступления решения третейского суда в законную силу, обжалование решения третейского суда.
9. Правовые последствия неисполнения либо ненадлежащего исполнения требований, предъявляемых законом к порядку третейского разбирательства.

Рекомендуемая литература

1. Максименко А.В. Третейская форма разрешения коммерческих споров в Российской Федерации. Саратов. 2003.
2. Минаков А.И. Арбитражные соглашения и практика рассмотрения внешнеэкономических споров. М., 1985.
3. Морозов М.Э., Шилов М.Г. Правовые основы третейского разбирательства. Новосибирск, 2002.
4. Суханов Е.А. Разрешение споров третейскими судами (материалы практики). М., 1998.
5. Тарасов В.Н. Третейский процесс: учебное пособие. СПб., 2002.
6. Алябьева В.Ф. Третейский суд – альтернативная форма разрешения спора // Современные проблемы публично-правового и частно-правового регулирования: теория и практика (Материалы международной научно-практической конференции). Ч. 2. Уфа, 2005.
7. Виноградова Е.А. К вопросу о так называемом «статусе» постоянно действующего третейского суда // Хозяйство и право. 1994. № 5.
8. Виноградова Е.А. Третейский суд. Законодательство, практика, комментарии. М., 1997.
9. Виноградова Е.А. Семинар по теме: «Третейский суд как альтернативная форма разрешения споров, возникающих в сфере предпринимательской деятельности» // Третейский суд. 2004. № 3 (33).
10. Виноградова Е.А. Правовые основы организации и деятельности третейского суда: автореф. дис. ... канд. наук. М., 1994.
11. Виноградова Е.А. От согласования правовых основ третейского разбирательства к их единообразному применению // Третейский суд. 2003. № 3 (27). С. 66.
12. Морозов М.Э. Процессуальные вопросы третейского разбирательства в России // Российская юстиция. 1999. №7.

13. Скворцов О.Ю. Диспозитивное начало в сфере третейского судопроизводства // Арбитражный и гражданский процесс. 2004. № 6.

14. Скворцов О.Ю. О конфиденциальности как принципе третейского судопроизводства // Арбитражный и гражданский процесс. 2004. №10.

15. Шилов М.Г., Морозов М.Э. Комментарий к Закону о третейских судах. М.: Норма, 2004.

16. Зайцев А.И. К вопросу определения понятия «третейский суд» // Современные проблемы публично-правового и частно-правового регулирования: теория и практика (Материалы международной научно-практической конференции). Ч. 1. Уфа, 2005.

17. Зайцев А.И. Законодательные требования к кандидатурам третейских судей // Право и политика. Международный научный журнал. 2001. № 9.

18. Зайцев А.И. Правовая сущность процедуры урегулирования споров в третейском суде и ее соотношение с гражданским процессом // Актуальные проблемы гражданского права. Гражданского и арбитражного процесса: в 2 ч. Ч. 2: Гражданский и арбитражный процесс: материалы научн. конф. Воронеж, 15–16 марта 2002 г. / под ред. Е.И. Носыревой, Т.Н. Сафроновой. Воронеж, 2002.

19. Трещева Е.А. Субъекты арбитражного процесса. Ч. 2. Самара: Издательство «Самарский университет», 2007.

20. Ярков В.В. Обзор практики Третейских судов ПАУФОР и НАУФОР // Юридическая практика: информационный бюллетень Центра права специального юридического факультета СПбГУ. 1999. № 3.

21. Комаров А.С. Основополагающие принципы третейского суда // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. - 2001г. - №4.

22. Лондонский международный третейский суд (London Court of International Arbitration – LCIA) // Вестник высшего арбитражного суда РФ. 1993. № 11.

Тема 5. Обжалование решения третейского суда. Порядок выдачи исполнительного листа на решение третейского суда – 2 часа

1. Законная сила решения третейского суда.
2. Обжалование решения третейского суда: сроки, подведомственность, подсудность, основания, правовые последствия.
3. Выдача исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда: сроки, подведомственность, подсудность, основания, правовые последствия.

Рекомендуемая литература

1. Зайцев А.И. Основания для отмены решения третейского суда по действующему ГПК РФ / АПК и ГПК РФ 2002 г.: сравнительный анализ и актуальные проблемы правоприменения (Материалы Всероссийской научно-практической конференции. Москва, 2–4 апреля 2003 г.). М., 2004.

Тема 6. Международный коммерческий арбитраж – 2 часа

1. Понятие международного коммерческого арбитража.
2. Основные центры международного арбитража в России и за рубежом.
3. Правовое регулирование деятельности международного арбитража.
4. Основания передачи спора на рассмотрение международного арбитража, процедура разрешения спора в рамках международного арбитража, порядок вынесения решения и его правовая сущность.
5. Оспаривание решения международного коммерческого арбитража.
6. Признание и приведение в исполнение решений международного арбитража.

Рекомендуемая литература

1. Звеков В.П. Международное частное право: курс лекций. Гл. 21: Международный коммерческий арбитраж. М., 2004.
2. Современные проблемы практики международного коммерческого арбитража: сб. материалов по курсу «Международный коммерческий арбитраж» / сост. А.С. Комаров. М., 2002.
3. Регламенты международных арбитражных судов / сост. Л.Н. Орлов, И.М. Павлов. М., 2001.
4. Поздняков В.С. Международный коммерческий арбитраж в Российской Федерации. Закон. Регламент. Комментарий. М., 1996.

Тема 7. Посредничество (медиация) – 2 часа

1. Понятие, основные черты и виды посредничества.
2. Порядок обращения к посреднику, выбор посредника, требования, предъявляемые федеральным законом к кандидатуре посредника.
3. Международно-правовое регулирование посредничества.
4. Принципы проведения процедуры посредничества.
5. Переговоры как основа процедуры посредничества.

6. Соглашение сторон об урегулировании спора. Исполнение соглашения об урегулировании спора.
7. Оспаривание соглашения об урегулировании спора.

Рекомендуемая литература

1. Давыденко Д.Л. Медиация как примирительная процедура в коммерческих спорах: сущность, принципы, применимость // *Хозяйство и право*. 2005. № 5.
2. Лисицын В.В. Медиация – способ разрешения коммерческих споров в Российской Федерации: краткий курс лекций. М., 2009.
3. Носырева Е.И. Правовая природа процедуры «посредничество–арбитраж» и ее значение для разрешения международных коммерческих споров // *Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса* / под ред. В.В. Яркова. 2006. № 5. СПб., 2007.
4. Севастьянов Г.В. Законопроект о посредничестве (медиации) в его поэтапном и диалектическом развитии // *Третейский суд*. 2006. № 6.

Тема 8. Мировое соглашение. Досудебный порядок урегулирования спора – 2 часа

1. Понятие и правовая природа мирового соглашения, порядок и последствия его заключения.
2. Понятие досудебного порядка урегулирования спора.
3. Понятие претензионного порядка урегулирования спора.
4. Обязанность соблюдения претензионного порядка: случаи, субъекты, правовые последствия несоблюдения.
5. Судебное посредничество: понятия, «за» и «против».

Рекомендуемая литература

1. Макарова Е.А. Примирительные процедуры (классификация, перспективы развития в России) // *Третейский суд*. 2009. № 5 (65).
2. Носырева Е.И. Альтернативное разрешение гражданско-правовых споров в США: дис. ... д-ра юрид. наук. Воронеж, 2001.
3. Куликова Л. Досудебный (претензионный) порядок урегулирования споров // *Хозяйство и право*. 1996. № 8.
4. Медникова М.Е. Досудебное урегулирование споров в сфере экономической деятельности: проблемы теории и судебной практики: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2006.

5. Воронов А.Ф. Претензионный или иной досудебный порядок урегулирования спора в арбитражном процессе. URL: <http://www.lawmix.ru/comm/3567/>

6. Рожкова М.А. Понятие спора о праве гражданском // Журнал российского права. 2005. № 4.

ПРАКТИЧЕСКИЕ ЗАДАНИЯ

1. В тексте заключенного между ООО «Инфотранс» и ОАО «Энергопромаш» договора поставки сроком на один год фигурирует следующий пункт: в случае возникновения каких-либо разногласий, связанных с исполнением условий настоящего Соглашения, Стороны по настоящему Договору решили обратиться в Третейский суд при Торгово-Промышленной Палате Самарской области. Спустя два года после заключения указанного договора ООО «Инфотранс» обратилось с иском к ОАО «Энергопромаш» в арбитражный суд Самарской области. Исковое заявление было оставлено судьей без движения по мотиву того, что заявителем не был соблюден претензионный порядок урегулирования спора. Представитель ответчика требовал отказать в принятии искового заявления в виду совершенной сторонами третейской оговорки. Истец же настаивал на своем безусловном конституционном праве на обращение в суд за судебной защитой своих прав, ссылаясь на положения Закона о недействительности отказа от обращения к суду. Как должен поступить арбитражный суд в данном случае? Оцените и прокомментируйте ситуацию.

2. Арбитражным судом Самарской области было отменено решение третейского суда. Каким образом субъекты гражданско-правового спора могут урегулировать конфликт? Каковы последствия отмены решения третейского суда?

3. Стороны арбитражного судопроизводства в процессе рассмотрения арбитражным судом своего спора решили заключить мировое соглашение. Они ходатайствовали перед судом об оказании им содействия в выработке условий соглашения. Как следует поступить арбитражному суду? Мотивируйте.

4. ОАО «Стройдом» и ЗАО «Земельное дело» решили для урегулирования своих правовых разногласий провести переговоры с участием посредника. В качестве посредника был определен юристконсульт Администрации од-

ного из муниципальных районов области. Оцените ситуацию и укажите пути реализации данной формы АРС.

5. Господин Обермайер, гражданин Германии, занимающийся предпринимательской деятельностью у себя на родине, прибыв по делам на территорию РФ, в г. Самара, заключил с ЗАО «Интерросресурс» договор энергоснабжения объекта незавершенного строительства, находящегося в г. Самара, действуя как арендатор данного объекта. В указанном соглашении была определена подведомственность споров из данного договора – Арбитражный институт при Торговой палате г. Стокгольма. В процессе исполнения данного договора у сторон возникли разногласия касательно сроков и размера оплаты оказываемых услуг. ЗАО обратилось в арбитражный суд Самарской области с иском о расторжении договора в виду нарушения контрагентом его условий, а также о признании третейской оговорки недействительной. Проанализируйте ситуацию и дайте свое заключение.

ТЕМАТИКА РЕФЕРАТОВ, ТВОРЧЕСКИХ ПРОЕКТОВ, ЭССЕ

1. Понятие и признаки гражданско-правового спора.
2. Правовая природа субъективного гражданского права.
3. Судебная система в РФ.
4. Правосудие в РФ.
5. Способы защиты нарушенных или оспариваемых субъективных гражданских прав.
6. Преимущества и недостатки частных способов урегулирования гражданско-правовых конфликтов.
7. Частные способы защиты нарушенных или оспариваемых субъективных гражданских прав.
8. История становления и развития системы третейских судов в России.
9. Предпосылки и условия права на обращение к третейскому суду.
10. Правовая природа третейской оговорки и порядок ее заключения.
11. Подведомственность гражданских дел третейскому суду. Категории дел, по которым обращение к третейскому суду невозможно.
12. Виды третейских судов в РФ, порядок их создания.
13. Требования к кандидатуре третейского судьи.
14. Расходы в третейском производстве.
15. Принципы третейского разбирательства гражданских дел: понятие, система, классификация.
16. Принцип конфиденциальности в третейском процессе.
17. Диспозитивное начало третейского производства по гражданскому делу.
18. Процессуальные особенности рассмотрения гражданских споров третейским судом, соотношение с гражданской процессуальной и арбитражной процессуальной формами.
19. Особенности доказывания в третейском суде, роль третейского судьи в доказывании по делу.
20. Законодательно закрепленные требования к порядку рассмотрения гражданских дел третейскими судами, последствия их нарушения.
21. Правовой статус участников третейского разбирательства по гражданскому делу.
22. Сроки рассмотрения гражданских дел третейскими судами.

23. Нормативные правовые акты, регулирующие деятельность третейских судов по разрешению гражданско-правовых споров.
24. Документы, оформляющие третейское разбирательство, требования, предъявляемые законом к форме и содержанию документов, сопровождающих третейское производство по гражданскому делу. Иск.
25. Правила извещения участников третейского разбирательства о времени и месте рассмотрения дела.
26. Решение третейского суда, его правовая природа и порядок его вынесения. Момент вступления решения третейского суда в законную силу, обжалование решения третейского суда.
27. Метод регулирования правоотношений, возникающих в ходе третейского разбирательства гражданского дела.
28. Законная сила решения третейского суда.
29. Обжалование решения третейского суда: сроки, подведомственность, подсудность, основания, правовые последствия.
30. Выдача исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда: сроки, подведомственность, подсудность, основания, правовые последствия.
31. Понятие, виды, значение медиации.
32. Деятельность посредника, требования, предъявляемые федеральным законом к кандидатуре посредника, порядок обращения к посреднику.
33. Международно-правовое регулирование посредничества.
34. Принципы и порядок проведения процедуры посредничества.
35. Переговоры как основа процедуры посредничества.
36. Исполнение и оспаривание соглашения об урегулировании спора.
37. Понятие, правовая природа и принципы международного коммерческого арбитража.
38. Основные центры международного арбитража в России и за рубежом.
39. Источники регулирования коммерческого арбитража.
40. Оспаривание решения международного арбитража.
41. Признание и приведение в исполнение решений международного арбитража.
42. Правовые последствия отмены решения третейского суда, решения международного коммерческого арбитража.

ТЕМЫ КУРСОВЫХ И ДИПЛОМНЫХ РАБОТ

1. Третейское разбирательство гражданских дел.
2. Частные способы урегулирования гражданско-правовых конфликтов в России.
3. Обжалование решения третейского суда.
4. Выдача исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда.
5. Правовой статус третейского суда в РФ.
6. Принципы и процессуальный порядок рассмотрения гражданских дел третейским судом.
7. Подведомственность гражданских дел третейскому суду и правовые последствия ее несоблюдения.
8. Право на обращение за судебной защитой и право на обращение к третейскому суду.
9. Процессуальные особенности рассмотрения гражданских дел третейскими судами: сравнительный анализ.
10. Правовая природа, законная сила, свойства и порядок обжалования решения третейского суда в РФ.
11. Посредничество как форма разрешения гражданско-правовых споров.
12. Примирительные процедуры урегулирования споров в предпринимательской деятельности.
13. Понятие и способы защиты субъективных гражданских прав.
14. Альтернативное разрешение гражданско-правовых споров.
15. Международный коммерческий арбитраж в России.

Учебное издание

Михайлова Екатерина Владимировна

АЛЬТЕРНАТИВНОЕ РАЗРЕШЕНИЕ СПОРОВ

Учебное пособие

Публикуется в авторской редакции
Титульное редактирование *Т. А. Мурзиновой*
Компьютерная верстка, макет *Т. А. Мурзиновой*

Подписано в печать 10.10.2011. Формат 60x84/16. Бумага офсетная. Печать оперативная.
Усл.-печ. л. 10,23; уч.-изд. 11. Гарнитура «Times New Roman».
Тираж 500 экз. Первый завод – 100 экз. Заказ № 2073
Изд-во «Самарский университет», 443011, г. Самара, ул. Акад. Павлова, 1.
Тел. 8 (846) 334-54-23
Отпечатано на УОП СамГУ