



СИБИРСКИЙ ТРЕТЕЙСКИЙ СУД

A close-up photograph of a wooden gavel resting on a book. The gavel is positioned diagonally across the frame, with its head in the upper right and its handle extending towards the lower left. The book's cover is visible, showing a textured, reddish-brown material. The lighting is warm and dramatic, highlighting the wood grain of the gavel and the texture of the book.

**ПРАВОВЫЕ
ОСНОВЫ ТРЕТЕЙСКОГО
РАЗБИРАТЕЛЬСТВА**

М.Э. МОРОЗОВ

М.Г. ШИЛОВ

ОГЛАВЛЕНИЕ

ВВЕДЕНИЕ	5
РАЗВИТИЕ ТРЕТЕЙСКИХ СУДОВ В РОССИИ	7
ТРЕТЕЙСКИЕ СУДЫ И СУДЕБНАЯ СИСТЕМА РФ	14
ПРИНЦИПЫ ТРЕТЕЙСКОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА	18
ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ТРЕТЕЙСКОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА ..	21
ТРЕТЕЙСКОЕ СОГЛАШЕНИЕ	25
ПОДВЕДОМСТВЕННОСТЬ И ПОДСУДНОСТЬ	33
УЧАСТНИКИ ТРЕТЕЙСКОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА	39
ТРЕТЕЙСКИЙ СБОР И РАСХОДЫ СТОРОН	43
ТРЕТЕЙСКИЕ СУДЬИ. СОСТАВ СУДА	47
ПОРЯДОК РАССМОТРЕНИЯ ДЕЛ В ТРЕТЕЙСКОМ СУДЕ	55
РЕШЕНИЕ ТРЕТЕЙСКОГО СУДА	66
ПРИНУДИТЕЛЬНОЕ ИСПОЛНЕНИЕ РЕШЕНИЯ. ОСПАРИВАНИЕ РЕШЕНИЯ ТРЕТЕЙСКОГО СУДА	71

ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ ТРЕТЕЙСКОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

АВТОРЫ:

МОРОЗОВ М.Э. Председатель "Сибирского третейского суда", преподаватель гражданского права НГУ.

"Введение", "Развитие третейских судов в России", "Третейские суды и судебная система РФ", "Подведомственность и подсудность", "Участники третейского разбирательства", "Третейский сбор и расходы сторон", "Порядок рассмотрения дел в третейском суде", "Решение третейского суда".

ШИЛОВ М.Г. Заместитель председателя "Сибирского третейского суда", преподаватель арбитражного процесса НГУ.

"Правовая природа третейского разбирательства", "Третейские судьи. Состав суда", "Принудительное исполнение решения. Оспаривание решения третейского суда".

Глава *"Третейское соглашение"* написана авторами совместно.

Авторы выражают признательность доктору юридических наук профессору Гальперину Л.Б., декану МГУ доктору юридических наук профессору Суханову Е.А., доктору юридических наук председателю арбитражного суда Тюменской области Клеандрову М.И., заместителю председателя арбитражного суда Новосибирской области Кругликовой О.А., старшему научному сотруднику ИГП РАН кандидату юридических наук Виноградовой Е.А., главному редактору журнала "Третейский суд" Севастьянову Г. В., Председателю РКАС при ТПП г. Армавира Поганцеву И.В., Председателю "Центра Содействия Альтернативному Разрешению Споров" (г. Краснодар) Трусову М.В. Общение с этими людьми, а также их научные работы, судебная практика, помогли авторам сформировать свое мнение по многим вопросам третейского разбирательства, что в конечном итоге и привело к написанию этой книги.

ВВЕДЕНИЕ

Справедливое и законное разрешение споров является гарантией реализации прав предпринимателей, а значит, и стабильности экономической и социальной ситуации в государстве. Общие интересы частных лиц и государства в соблюдении этих прав вынуждают их искать наиболее эффективные способы защиты прав. Любое государство предоставляет право на судебную защиту в государственном суде. Однако хозяйствующие субъекты не всегда удовлетворены этим способом разрешения спора, а потому, нередко, разрешают свой спор с помощью так называемых альтернативных методов разрешения споров (АМРС), не прибегая к помощи государства.

Если обратиться к причинам, по которым предприниматели обращаются к негосударственным способам защиты, следует отметить, что в России и за рубежом они существенно отличаются.

В зарубежных странах этих причин несколько. Во-первых, поддержка государства. Например, в Канаде АМРС получили свое развитие в виду того, что государство законодательно закрепило необходимость обращения к посреднику до разрешения спора в суде (что-то слегка напоминающее претензионный порядок). Во-вторых, во многих зарубежных странах институт посредничества имеет многовековую историю и этот способ урегулирования споров является давно привычным, а потому достаточно прочно закрепившимся в деловом обороте.

В третьих, не самую последнюю роль играет и такой фактор как нежелание бизнесменов "выносить сор из избы". Ведь совершенно очевидно, что судебный процесс, где компанию обвиняют в нарушении своих обязательств, неизбежно нанесет удар по ее деловой репутации, что вполне может отразиться на рынке ее акций, отношении партнеров по бизнесу, условий кредитования и т.д.

АМРС позволяют снять конфликт интересов сторон, максимально конфиденциально, не нанося ущерба сторонам. Ну и, наконец, есть такое немаловажное обстоятельство как менталитет западного предпринимателя. Дело в том, что в роли арбитров или посредников, обычно выступают люди обладающие высочайшим авторитетом и профессионализмом в своей сфере. Соответственно принятое ими решение воспринимается как абсолютно законный и непререкаемый вердикт, который признается всеми, включая стороны. Соответственно, неисполнение вынесенного решения или непризнание его проигравшей стороной, может навсегда поставить "крест" на ее дальнейшем развитии, поскольку остальные участники делового оборота могут посчитать ее ненадежным партнером. За счет этого, третейское разбирательство, как правило, завершается добровольным исполнением решения сторонами, без обращения за его принудительным исполнением, что значительно повышает эффективность этого способа урегулирования спора. Именно эти обстоятельства обусловили эффективность АМРС во многих, так называемых "цивилизованных" странах.

Все это привело к развитию в этих странах АМРС вообще и третейского разбирательства в частности. Не секрет, что почти все вышеперечисленные обстоятельства в России или совершенно отсутствуют или развиты в весьма слабой степени. Неисполнение решения суда и многочисленные судебные процессы не только не испортят деловую репутацию кого бы то ни было, но и напротив, в глазах многих будут свидетельствовать о "предприимчивости" и так называемой "крутости" данного бизнесмена. Часто у спорящих сторон отсутствует и привычка договариваться, вместо того, чтобы судиться. Кроме того, авторитет третейского суда, да и государственных судов, в глазах многих отнюдь не является непререкаемым.

Между тем, в последние годы и в России третейское разбирательство растет достаточно серьезными темпами. Причины, вызвавшие этот рост, будут подробно исследованы ниже.

Мировой опыт свидетельствует о высочайшей эффективности негосударственной формы разрешения споров, поэтому предприниматели зачастую предпочитают обращаться в негосударственные суды, которые не входят в государственную судебную систему. Например, только в США около 80% всех экономических споров в предпринимательской сфере рассматриваются при помощи негосударственных арбитражей и посредников.

В современных условиях ведения бизнеса неизбежно возникает конфликт интересов его участников. Причем, с развитием электронных технологий, скорость развития отношения сторон порождает новые проблемы и требования к скорости в защите предпринимателями своих прав.

Развитие предпринимательства и создание условий эффективного бизнеса является важнейшей задачей каждого государства.

Все способы альтернативного разрешения конфликтов объединяет договорная основа создания и деятельности, а также единая цель – достижение компромисса, мирное урегулирование спора и сохранение партнерских отношений сторон, вместо наказания виновного, как это происходит в государственных судах. Эти способы весьма разнообразны, но условно их можно разделить на несколько групп:

- Арбитраж с обязательным для сторон решением ("классический третейский суд") - это процедура разрешения спора независимым, нейтральным лицом (арбитром), избранным сторонами и выносящий обязательное для сторон решение.
- Рекомендательный Арбитраж - это процедура разрешения спора нейтральным лицом (арбитром), избранным сторонами, но его решение носит лишь рекомендательный характер и используется сторонами как экспертное заключение при разрешении спора с помощью других способов урегулирования. При этом стороны могут давать свои предложения арбитру о сумме денежных средств, которую каждый из них считает справедливой.
- Посредничество (медиация) - способ мирного урегулирования спора между сторонами с участием посредника, который призван содействовать выработке приемлемого решения конфликта путем предложения своего варианта или формулирования такого решения. Осуществляется при предварительном взаимном согласии спорящих сторон.

В российской практике пока наибольшее распространение получили именно постоянно действующие третейские суды. Видимо, этому способствует их наибольшая правовая регламентация и отсутствие привычки разрешения споров иными способами. Хотя стоит отметить, что в последний год методы медиации получили некоторое развитие. В основном этот процесс идет на энтузиазме отдельных специалистов и консалтинговых фирм, а также благодаря поддержке западных фондов предоставляющих соответствующие гранды.

Поскольку, недостаточные знания о третейском разбирательстве и его процедурах, являются одной из причин тормозящих развитие третейских судов в России, а специальной литературы посвященной третейскому разбирательству явно недостаточно, авторы и решили написать эту книгу, в которой аккумулирован их почти десятилетний опыт участия в третейском разбирательстве.

Учитывая, что правовое регулирование третейского разбирательства в настоящее время находится в стадии становления, авторы старались делать минимальное количество ссылок на действующее законодательство, поскольку основополагающие принципы третейского разбирательства не изменятся и с принятием закона "О третейских судах в Российской Федерации".

Данная книга предназначена в первую очередь для юристов интересующихся третейским разбирательством.

РАЗВИТИЕ ТРЕТЕЙСКИХ СУДОВ В РОССИИ

Третейские суды известны с древних времен, и существовали еще до создания государственных судов. На Руси наиболее распространенной была форма договорного разрешения споров при посредничестве третейского суда, как суда авторитетного и уважаемого сторонами третьего лица. Древнейшим историческим памятником института третейского суда на Руси является Договорная грамота великого князя Дмитрия Донского с князем Серпуховским, из текста которой следует, что главным назначением третейского суда на Руси было не столько строгое следование букве закона, сколько прекращение самой вражды и распри.

Первым шагом в урегулировании споров по третейскому договору обыкновенно являлись переговоры бояр, и если они не приходили к единогласному мнению, то они избирали себе третьего судью, который должен был быть "не из чужих, а из нашей Отчизны", им мог быть митрополит, князь и др. Нежелание избрать третьего давало основание для вынесения решения против уклоняющейся стороны.

В Соборном уложении решение третейского суда впервые было приравнено к решению суда государственного. Третейский суд относился к числу особых судов, дело в которых начиналось лишь по искам частных лиц.

Середина XIX века, была богата учреждениями так называемых "узаконенных" третейских судов, обращение в которые было предписано правительством.

В 1831 г. было утверждено Положение о третейском суде, в соответствии с которым, третейских суд предназначался для разбора споров между членами товарищества и вообще споров по делам акционерных компаний, как между самими акционерами, так и между компаниями и лицами посторонними.

Советское государство, проводя коренное реформирование судебной системы, не отвергло возможность договорного урегулирования споров. Так декретом "О суде" №1 от 24.11.1917г. было предусмотрено, что граждане имеют право передавать свои споры о праве гражданском на рассмотрение третейского суда. В период НЭПа институт третейского суда успешно использовался частными предпринимателями.

В начале 30-х годов третейские суды в России получили новое развитие: были образованы два постоянно действующих третейских суда: Морская арбитражная комиссия (МАК), ныне состоящая при Торгово-промышленной палате Российской Федерации, и Внешнеторговая арбитражная комиссия (ВТАК), переименованная в Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП Российской Федерации (МКАС). Создание ВТАК было связано с необходимостью освобождения советских хозяйственных и торговых организаций от рассмотрения почти всех дел за границей.

В отношении же внутренних споров, возникавших между советскими организациями, государственная монополия в отношении собственности, основанная на жесткой договорной и плановой дисциплине, приводила к тому, что потребность использования альтернативных форм разрешения споров попросту не возникала.

В 1959 году постановлением Совета Министров СССР "Об улучшении работы государственного арбитража" была предоставлена возможность разрешения хозяйственных споров между юридическими лицами в третейском суде, образуемом для рассмотрения конкретного спора. Однако виду незначительности экономического оборота за рамками государственной собственности арбитражи по-прежнему оставались лишь номинальной возможностью. С 1975 года было законодательно признано право передачи хозяйственных споров на рассмотрение третейского суда в соответствии с «Положением о третейском суде для разрешения хозяйственных споров между объединениями, предприятиями, организациями и учреждениями». Но все эти меры привели лишь к созданию в отдельных отраслях промышленности ведомственных арбитражей. Становление полноценных третейских судов было еще впереди.

С переходом к рыночной экономике к участию в хозяйственном обороте были допущены не только государственные предприятия, но и другие организации, что предопределило уже не декларативную, а фактическую потребность в возможности выбора формы защиты права.

Активный процесс создания третейских судов был связан, с приходом на рынок частного капитала бирж, банков, риэлтерских и страховых компаний. Все это поставило в повестку дня вопрос об образовании постоянно действующих третейских судов, компетентных в разрешении споров в данной сфере. Рост и становление третейских судов шел, прежде всего, за счет разрешающих споры лишь определенного круга обращающихся в них лиц (решают лишь "свои" споры). В основном это относится к банковской и биржевой сфере. В частности был создан Третейский суд Ассоциации Российских Банков (АРБ). Третейский суд при Межбанковском финансовом доме для разрешения споров, связанных со спецификой межбанковской деятельности.

Широкое распространение в своей сфере получили третейские суды, созданные в фондовой сфере. Постоянно действующий третейский суд существует при Московской фондовой бирже (МФБ), при Ассоциации Фондовых Институтов (АФИ), при Национальной фондовой Ассоциации (НФА), при "Национальной ассоциации участников фондового рынка" (НАУФОР) и т.д.

Также известны специализированные третейские суды при Профессиональной Ассоциации Регистраторов, Третейский суд Трансфер-Агентов и Дипозитариев (ПАРТАД), при Ассоциации «Правовая помощь», при Международном клубе связистов, при Зерновом союзе, при Алмазной Палате России, при АНО «Коллегия юристов нефтегазового комплекса».

Большой толчок развитию третейских судов был дан принятием в 1992 году "Временного положения о разрешении этих споров третейским судом". Именно этот документ дал необходимую правовую базу для становления третейских судов. И вскоре, после того как дорога была проложена "специализированными судами", началась волна создания "универсальных" третейских судов.

За это время было создано множество таких судов. Как правило, они возникали при каких-либо крупных организациях, создающих третейские суды в целях упрощения постоянного процесса разрешения споров, в которые они вовлечены. Но их значительная часть была создана юридическими фирмами.

История имеет примеры создания целых сетей третейских судов. Так, наиболее известным является проект по созданию третейских судов для разрешения экономических споров в аграрной сфере. Это было вызвано тем, что при осуществлении в России правовой реформы по созданию института частной собственности сельские жители получили в собственность земельные доли и имущественные паи. Но при реализации собственниками своих прав на землю и имущество сразу же возникло очень много вопросов. Самые спорные вопросы - выделение имущественного пая и выделение конкретного земельного участка в счет земельной доли. При обращении собственников в администрацию сельскохозяйственных предприятий на такие вопросы ответ один: денег нет, имущество дадим неликвидное, землю выделим в строго определенном месте. Следующие инстанции - государственные чиновники районного управления сельского хозяйства и районной администрации, специалисты районного комитета по земельным ресурсам и землеустройству, которые тоже эти вопросы не решают, ссылаясь на дефицит времени, занятость другими важными делами. Вынесение государственным судом решений по таким делам зачастую затягивается на месяцы, а то и годы, зависая в судебной волоките, забирая средства и силы, принося моральные страдания. Выход из этой ситуации нашелся в виде специализированного третейского суда.

Решением данной проблемы занялся ЮгАгроФонд. Наиболее рациональным подходом к урегулированию конфликтов в аграрной сфере стало принятие решения о

создании при ЮгАгроФонде альтернативной формы судопроизводства - Третейского арбитражного суда. Развитие этого проекта привело к формированию третейских судов во многих районах и развитой сети третейских судов в Волгоградской и Ростовской области.

В таких ситуациях третейские суды будут крайне необходимы, так как смогут снять социальную напряженность на селе, а заодно разгрузить деятельность государственных судов. Перспективность работы третейских судов обеспечивается и тем, что в последнее время аграрии осознали важность и необходимость применения в своих отношениях закона. Хотя применительно к данной ситуации стоит отметить, что ввиду того, что данная группа споров связана с участием физических лиц, то постоянно действующий третейский суд не может его рассматривать. Поэтому пытливым российским ум нашел выход и из данной ситуации. В районах создавался постоянно действующий третейский суд, который фактически служил базой для формирования судов «ad hoc» в каждом конкретном случае, которые и рассматривали споры в аграрной сфере.

Другой успешный проект реализован ТПП в Краснодарском крае, здесь был создан универсальный межрегиональный третейский суд в г. Армавире, имеющий несколько офисов в разных районах Краснодарского края и других субъектах федерации Северного Кавказа, что позволило приблизить место рассмотрения к спорящим сторонам.

Каковы причины развития третейского разбирательства на Западе мы уже рассмотрели и констатировали, что в России наблюдается рост, как количества самих третейских судов, так и количества рассматриваемых ими дел. Теперь рассмотрим вероятные причины такого развития третейского разбирательства в России и внимательно посмотрим на те группы организаций, которые прибегают к такому способу защиты своих прав.

Прежде всего, стоит отметить, что интерес к третейскому разбирательству изначально был вызван теми особенностями, которыми обладает постоянно действующий третейский суд. Так, суммируя опыт различных третейских судов, для большинства из них можно выделить следующие преимущества третейского разбирательства по сравнению с обычной судебной процедурой:

ПЕРВОЕ. Существенно меньший срок с момента подачи искового заявления до момента выдачи исполнительного листа на принудительное исполнение решения. При обращении в третейский суд этот срок составляет в среднем 40-50 дней, в то время как в арбитражном суде 90-100 дней, а с учетом апелляционного и кассационного обжалования этот срок может увеличиться до 130-160 дней.

ВТОРОЕ. Гарантия исполнения решения третейского суда. Этот вопрос в наибольшей степени беспокоит предпринимателей при принятии решения о передаче споров на рассмотрение третейского суда. Однако, следует пояснить, что проблема исполнения решения третейского суда точно такая же как и при обращении в арбитражный суд. Дело в том, что в случае неисполнения ответчиком решения третейского суда, арбитражный суд выдает исполнительный лист на его принудительное исполнение, точно такой же, как и на свое собственное. Таким образом, с точки зрения гарантии исполнения, решение третейского суда практически не отличается от решения арбитражного суда, но при этом имеет некоторые уже описанные преимущества. Вероятность невыдачи исполнительного листа, существует, но практика судов свидетельствует, что эти случаи крайне редки, и связаны, конечно, с дефектами самого решения, а вовсе не с предвзятым отношением к третейским судам вообще.

ТРЕТЬЕ. Размер третейского сбора, особенно при крупных исках, как правило, ниже, чем госпошлина в арбитражном суде, следовательно, стороны экономят не только время, но и деньги. При этом в некоторых случаях часть сбора может быть возвращена, что еще больше увеличивает финансовую привлекательность такого способа разрешения споров.

ЧЕТВЕРТОЕ. Зачастую есть возможность предоставления отсрочки в уплате третейского сбора, что особенно важно для истца находящегося в тяжелом финансовом

положении или для организаций которым необходимо подать одновременно большое количество исков, что приводит к изъятию из оборота значительных денежных средств.

ПЯТОЕ. Для стороны находящейся в том же субъекте Федерации, что и третейский суд и имеющих деловых партнеров в других регионах, очень важным моментом является то, что дело будет рассматриваться именно в месте нахождения третейского суда, а не по месту нахождения ответчика. Значит, истец избегает значительных накладных расходов на командировки и экономит время.

ШЕСТОЕ. Третейская оговорка является как бы дополнительной гарантией обоюдного исполнения обязательств, поскольку сокращенный срок рассмотрения спора стимулирует стороны к пунктуальности, поскольку ответственность в случае нарушения договора, не через 3,5 месяца, а через 1,5-2.

СЕДЬМОЕ. Возможность выбора сторонами арбитра. Данное положение приобретает свои преимущества, особенно когда рассматриваемый спор, находится в какой либо сфере требующей специальных познаний и высокой квалификации именно в этой области, например деятельность на рынке ценных бумаг, межбанковских взаимоотношений и т.д. В список арбитров третейского суда, как правило, включены специалисты обладающие практическими навыками работы в самых разных областях права.

ВОСЬМОЕ. Возможность исполнения решения третейского суда на территории другого государства, что особенно важно для участников внешнеэкономических связей. Исполнить решение третейского суда за пределами России намного легче, чем решение государственного суда. Поскольку, приведение в исполнение решения третейских судов регулирует Нью-Йоркская конвенция "О признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений", которую ратифицировали более 100 стран, включая страны бывшего СССР, а в случае с государственным судом необходимо наличие двустороннего договора о правовой помощи между странами, которые Россия заключила далеко не со всеми государствами.

ДЕВЯТОЕ. Возможность мирного урегулирования спора, ведь арбитражный и третейский суды преследуют разные цели. Если целью арбитражного суда можно назвать определение и наказание виновного, то цель третейского суда - достижение сторонами мирового соглашения, что и закреплено в Регламенте и зачастую партнерам действительно удается достичь компромисса и сохранить нормальные деловые отношения.

Образно говоря, обращение в арбитражный суд можно сравнить с юридической войной, в то время как рассмотрение спора третейским судом - скорее переговорами с участием посредника. Именно за счет этого существуют третейские суды в большинстве зарубежных стран, где считается, что обращение в третейский суд хуже, чем переговоры, но лучше чем судебный процесс.

Проведенные в 1997г. "Сибирским третейским судом" маркетинговые исследования показали, что для различных групп привлекательность указанных выше преимуществ совершенно неравнозначна. Так для организаций бюджетных или со стабильной нехваткой оборотных средств, решающим фактором является более низкий размер третейского сбора, а остальные преимущества скорее факультативны. А для коммерческих структур (особенно торговых) на первое место выходит скорость рассмотрения спора. Время нахождения организации на рынке и ее социальный статус также оказывает значительное влияние на выбор. Так, организации, не обладающие сильными лоббистскими позициями, и знакомствами с судьями государственного арбитражного суда гораздо более склонны к включению третейской оговорки. А для лиц ведущих дела вне своего региона, выбор третейского суда в значительной мере способствует, что местом рассмотрения спора станет их город, а не место нахождения ответчика, что существенно снижает накладные расходы на судебное разбирательство.

Проведенное исследование выявило и наиболее типичные ответы о причинах не включения в договор третейской оговорки. Основной причиной была не информированность руководителей и даже юристов, о такой возможности решения спора. И, тем более, они не представляли себе никаких положительных особенностей третейского разбирательства. Однако были и другие причины, например нежелание, верить свою судьбу неизвестной структуре, длительные связи с арбитражным судом. И, наконец, просто сложившийся стереотип, нежелание что-либо менять в системе, которая хоть и не самым эффективным образом, но все-таки работает. Хотя исследование проведенное двумя годами позже показало, что информированность о третейском разбирательстве возросла, но почти неизвестна информация о конкретных третейских судах, что не позволяет сделать вывод об их компетентности, а следовательно и принять решение о включении в договор соответствующей третейской оговорки.

Таким образом, следует констатировать, что круг организаций прибегающих к третейскому разбирательству неоднороден и как показывает опыт работы третейских судов, помимо вышеизложенных мотивов есть не менее значимые которые не афишируются, но несомненно имеются в виду. Как выясняется, цель включения в договор третейской оговорки также не всегда очевидна. Помимо очевидной и наиболее распространенной цели разрешения спора и возвращения дебиторской задолженности, многие организации используют преимущества третейского суда и для достижения иных целей, например, легализации передачи имущества от одной организации другой. Иногда оформление такой сделки просто договором не всегда уместно в виду внимания к ней контролирующих органов, акционеров, кредиторов и т. д. Совсем иное дело, если внешне все будет выглядеть как принудительное, (через суд) взыскание имущества.

Зачастую единственная цель третейского разбирательства всего лишь официальное закрепление существующих договоренностей, то есть фактически именно утверждение мирового соглашения. Этот способ притягателен для сторон тем, что в отличие от фиксации этих же соглашений обычной сделкой, в последнем случае ей придается большая юридическая сила и возможность более быстрого реагирования в случае нарушения условий достигнутого соглашения (получение исполнительного листа без повторного судебного разбирательства).

Еще более прозаическая цель получения решения третейского суда необходимость уменьшить прибыль организации (а следовательно и налоги), поскольку решение о взыскании, или мировое соглашение это присуждение (признания) штрафа уменьшающего прибыль. Оспорить эти обстоятельства при наличии решения суда налоговым органам практически невозможно. Хотя часто споры об убытках и штрафах преследуют цель не только налоговую, но гражданско-правовую, а именно фиксация убытков для дальнейшего регрессного иска. При наличии решения суда по обстоятельствам возникновения и размеру убытков гораздо легче обосновать их реальность в дальнейшем судебном процессе в том числе и в государственном суде.

Еще одна цель такого разбирательства не столько получение долга, а списание безнадежного долга для "вычищения" баланса. В этом случае третейский суд позволяет в более короткий срок получить исполнительный лист на взыскание, и, тем самым, существенно уменьшить срок списания долга как безнадежного с отнесением на финансовый результат.

В последнее время появилась такая категория дел как иски о признании права собственности. По поводу этой категории дел необходимо заметить, что, как и в предыдущих категориях дел, здесь зачастую нет реального спора, но по всем формальным признакам (в силу действующего законодательства), третейский суд компетентен его решить.

Такие цели, безусловно, не декларируются организациями их преследующими, хотя при наличии некоторой судебной практике о них можно догадаться. При этом стоит отметить, что получение таким способом именно судебного решения является вполне

легитимным. Более того, как раз когда стороны стремятся к достижению таких целей они гораздо тщательнее готовятся к процессу чем обычно и их исковые требования, доказательства, позиция сторон в процессе как правило безупречны с правовой точки зрения, а решение суда зачастую заранее predetermined именно такой позицией самих сторон, а потому и не вызывает вопросов у судей.

Но на развитие третейских судов в значительной мере влияют не только их преимущества, но и определенные субъективные, психологические факторы. Так не секрет, что судьи третейских судов более доступны для общения, обстановка самого судебного заседания комфортнее (в том числе психологически), чем в государственном суде. Немаловажным фактором, послужившим толчком к использованию третейской оговорки юристами является их личное знакомство с арбитрами третейских судов, что само по себе делает судебный процесс менее напряженным.

По мнению одного из известнейших специалистов в области третейского разбирательства Е.А. Виноградовой, "в ближайшее время произойдет уточнение компетенции и процессуальных правил, постоянно действующих третейских судов, таким образом, что большая их часть вполне определенно заявит о себе как о специализированных в рассмотрении споров по конкретным областям экономики. Что касается третейских судов открытого типа общей компетенции, то есть рассматривающих любые гражданско-правовые споры, которые могут быть предметом третейского разбирательства по действующему законодательству, то, вполне вероятно, после определенного периода "естественного отбора" их число сократится за счет того, что стороны будут обращаться лишь в наиболее авторитетные третейские суды, обеспечивающие высокое качество выносимых решений".

Таким образом, за прошедшее время практически во всех субъектах Федерации заявлено о создании третейских судов. Во многих регионах их число исчисляется десятками. При этом необходимо все же заметить, что подавляющее большинство третейских судов существует только на бумаге, годами не рассматривая ни одного дела. Наиболее развитую сеть третейских судов на сегодня создала ТПП. В ее составе созданы третейские суды в более чем 40 регионах России, большинство из которых реально работают, то есть, рассматривают споры.

Исходя из существующего положения вещей, можно сделать вывод, что в основном процесс создания третейских судов завершен. Создание новых третейских судов сегодня происходит нечасто, а часть созданных вообще прекратили свое существование. В значительной степени на сегодня этот процесс идет только благодаря личным усилиям отдельных личностей, которые являются убежденными приверженцами именно такого способа разрешения споров. Сейчас идет фаза естественного отбора, в которой на рынке останутся наиболее авторитетные третейские суды, которые были созданы не с целью ежеминутной выгоды, а в расчете на долгую деятельность. Стоит отметить, что в последние годы, как юристы, так и предприниматели получили больше информации о третейском разбирательстве, и доверие к этой форме с их стороны стало заметно возрастать. Многие предприниматели включают в сделки третейскую оговорку вполне осознанно, полностью владея знаниями о специфике третейского разбирательства.

При этом нельзя не заметить, что известны и примеры когда доверие к этой форме разрешения спора, едва ли не сознательно подрывается. Некоторые коммерческие структуры, осознав всю прелесть владения подконтрольным судом, срочно создали свои третейские суды, с исключительной целью защитить свои интересы в спорах с другими организациями. Совершенно очевидно, что при этом, ни о какой объективности и беспристрастности выносимых решений не могло быть и речи. И такие прецеденты, безусловно, подрывают в глазах предпринимателей саму идею третейского разбирательства.

Тем не менее, вполне возможна вторая волна, создания третейских судов, которая начнется с принятием закона "О третейских судах в Российской Федерации". Исходя из концепции данного закона изложенной в проекте, можно сделать уверенный вывод, что сфера третейского законодательства резко расширится, а третейское разбирательство обретет, наконец, необходимое законодательное урегулирование. Скорее всего, произойдет упрощение (формализация) процедуры выдачи исполнительного листа на решение третейского суда.

Как и любая сфера деятельности, на которую замкнуты интересы многих организаций, она неизбежно привлечет внимание бизнес-структур, которые будут рассматривать третейское разбирательство просто как потенциальный бизнес, который может не только принести доход, но и обеспечить усиление влияния на предпринимателей, в связи с возможностью влияния на своих контрагентов через лоббирование своих интересов в третейском суде.

При этом стоит отметить, что основное вложение денег в создание третейского суда, это вовсе не дорогостоящее оборудование, а расходы на "раскрутку" имени, выгоды третейского разбирательства для спорящих сторон и повышения уровня доверия к данной структуре. В целом эта задача эта вовсе не новая и не такая уж и сложная, как кажется на первый взгляд. Подходы к ее решению схожи с предвыборными технологиями, где избирателя нужно убедить, что данный кандидат это лицо которому можно доверять, и который справится с возложенными на него задачами. Это вызывает серьезную озабоченность, поскольку на сегодня в большинстве регионов третейские суды не являются обще признанными и авторитетными и не обладают сколько-нибудь серьезными финансовыми средствами, которые позволили бы им устоять в конкурентной борьбе, когда на этом поле появятся большие деньги.

Тем большая ответственность ложится на лиц, занимающихся разработкой законодательства о третейских судах. Очевидно, что в законодательном порядке может и должен быть поставлен заслон любой возможности нарушения закона с помощью подконтрольных третейских судов.

ТРЕТЕЙСКИЕ СУДЫ И СУДЕБНАЯ СИСТЕМА РФ

Для решения вопроса о соотношении судебной системы и третейских судов необходимо определиться с самим понятием третейского суда.

В литературе третейские суды довольно часто называют арбитражами, что вызывает определенную путаницу в понимании статуса третейских судов, тем более что ныне действующие арбитражные суды в недавнем прошлом назывались государственными арбитражами. В тоже время в литературе, посвященной внешнеторговому арбитражу, термин "арбитраж" используется в качестве синонима используемого в русском языке термина "третейский суд". Так, например, Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже в ст. 2 устанавливает, что "арбитраж" означает любой арбитраж, независимо от того, осуществляется ли он постоянным арбитражным учреждением или нет. Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже под "арбитражем" понимает разбирательство споров как арбитрами, назначенными по каждому отдельному делу, так и постоянными арбитражными органами.

Попытку разобраться с терминологией делает Закон РФ "О Международном коммерческом арбитраже". В ст. 2 которого указано, что термин "арбитраж" означает любой арбитраж (третейский суд) независимо от того, образуется ли он специально для рассмотрения отдельного дела или осуществляется постоянно действующим арбитражным учреждением. В то же время "третейский суд" означает единоличного арбитра или коллегия арбитров. Дополнительную неясность вносит существование "биржевых арбитражных комиссий", деятельность и статус которых, регулируется локальными актами бирж. По своей сути, биржевые арбитражные комиссии, чаще всего являются постоянно действующими третейскими судами. Правда, при условии, что их компетенция основана на соглашении сторон, и они наделены учредителем правом вынесения окончательного решения, подлежащего принудительному исполнению в порядке, предусмотренном действующим законодательством для исполнения решений третейских судов.

В соответствии с российским законодательством "постоянно действующий третейский суд" - негосударственный орган, которому по соглашению сторон поручена организация третейского разбирательства конкретного спора (ч.4. ст.2 Временного положения), подведомственного арбитражным судам, в соответствии с Временным положением, АПК РФ, а также межгосударственными соглашениями и международными договорами.

В соответствии со ст. 118 Конституции правосудие в РФ осуществляется только судом посредством конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства. При этом Конституция и предусмотренный ею Закон РФ "О судебной системе" предусматривают включение в судебную систему конституционного суда, федеральных судов общей юрисдикции, арбитражных судов. Таким образом, законодательство однозначно определяет состав субъектов, в чьи полномочия входит отправление правосудия: рассмотрение споров и вынесение в связи с этим обязательных для сторон государственно-властных предписаний. Как видно из вышесказанного, третейские суды не входят в судебную систему РФ и не вправе вторгаться в область исключительной компетенции государственных судов.

Гражданским законодательством предусмотрена возможность участия третейских судов в разрешении конфликтов между субъектами гражданских правоотношений. Ст. 11 ГК РФ прямо предусматривает, что "защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляет в соответствии с подведомственностью дел, установленной процессуальным законодательством, суд, арбитражный суд или третейский суд (далее - суд)". Следовательно, третейские и государственные суды, несмотря на все различия, в равной степени признаются инструментами защиты гражданских прав, выполняя в данном случае одну и ту же функцию. Как будет показано

ниже, это обстоятельство позволяет объяснить закрепление в АПК РФ и ГПК РСФСР правила о прекращении судом производства по делу или оставлении иска без рассмотрения в случаях, когда третейский суд уже рассматривает данный спор или вынес решение по нему, когда имеется соглашение лиц, участвующих в деле, о передаче данного спора на разрешение третейского суда и возможность обращения к третейскому суду не утрачена.

Невозможность осуществления правосудия от имени государства, тем не менее, не является препятствием для рассмотрения спора третейским судом.

Третейский суд следует считать особым судебным органом, разрешающим спор между сторонами и выносящим свое заключение по спору в виде решения, которое влечет установленные законом последствия:

- сторона, в пользу которой вынесено решение, вправе обратиться в суд для принудительного исполнения решения;
- орган судебной власти (арбитражный суд), осуществляя правосудие, уже не пересматривает решение по существу, а лишь контролирует соблюдение требований предъявляемых к нему законом.

Вывод, о том, что третейское разбирательство не является правосудием, сделан только исходя из действующего *на данный момент* законодательства. Если же попытаться разобраться в сути данного явления, то такой вывод уже не будет так очевиден. Поскольку, такой орган как третейский суд вполне органично вписывается в систему органов осуществляющих правозащитную деятельность, то и его деятельность вполне можно признать правосудием, хотя и не от имени государства, но в порядке им предусмотренном.

Двойственное правовое положение третейских судов приводит и к другим последствиям. Так, на третейских судей не распространяются гарантии и полномочия, государственных судей (несменяемость, неприкосновенность, материальные гарантии деятельности). Это не дает третейскому суду права требовать от организаций и граждан исполнения его поручений и запросов, например, по предоставлению сведений, составляющих коммерческую тайну или информации, которую государственные органы и организации не вправе сообщать кому-либо без согласия лиц, которых эта информация касается. Что касается общедоступной информации, то в соответствии главой 3 Закона "Об информации, информатизации и защите информации" государственные органы по требованию третейского суда обязаны ее предоставить как, впрочем, и по требованию любого другого лица.

Таким образом, являясь органом, осуществляющим судебную защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав, третейский суд не осуществляет правосудие и не входит в судебную систему России. Этот вывод нашел закрепление в определении Конституционного суда об отказе в принятии к рассмотрению обращения Независимого арбитражного (третейского) суда при ТТП Ставропольского края, о проверке Конституционности ст. 333 ГК РФ от 13.04.2000г. Свой отказ в принятии заявления, КС мотивировал именно тем, что третейские суды не входят в судебную систему России.

Постоянно действующие третейские суды тесно взаимодействуют с арбитражными судами. В действующем законодательстве предусмотрено два аспекта взаимодействия этих судов.

Первым, и наиболее важным, является деятельность арбитражных судов по выдаче исполнительных листов на решения третейских судов.

Другой аспект, также имеющий большое практическое значение, связан с применением норм арбитражного процессуального законодательства, закрепляющих так называемый принцип "безотзывности" соглашения о третейском суде. Согласно этому принципу, в случае заключения сторонами соглашения о передаче спора в третейский суд, такой спор не может быть предметом рассмотрения в арбитражном суде, если такое

третейское соглашение не будет расторгнуто самими сторонами. На практике это означает, что судья арбитражного суда оставляет иск без рассмотрения, "если имеется соглашение лих, участвующих в деле, о передаче данного спора на разрешение третейского суда и возможность обращения к третейскому суду не утрачена и если ответчик, возражающий против рассмотрения дела в арбитражном суде, не позднее своего первого заявления по существу спора заявит ходатайство о передаче спора на разрешение третейского суда".

В литературе ставится вопрос о правовом статусе третейских судов и их организационно правовой форме. Может ли третейский суд быть юридическим лицом, а если может, то коммерческой или некоммерческой организацией? Определение статуса третейского суда необходимо для его дальнейшего законодательного регулирования, а также для того, чтобы лучше понять его правовое положение.

Речь в данном случае, безусловно, идет о постоянно действующих третейских судах, так как в случае, когда мы имеем дело с третейским судом "ad hoc", то под третейским судом понимается его состав - одно или несколько физических лиц, третейских судей. Понятно, что физические лица не могут обладать статусом юридического лица.

Вопрос о правовом статусе третейского суда заключается, прежде всего, в том, может ли постоянно действующий третейский суд по российскому законодательству быть самостоятельной организацией, пользующейся правами юридического лица, или он всегда должен существовать при ком-то.

Большое количество постоянно действующих третейских судов образовано в качестве подразделений организаций их учредителей. Такая возможность предусматривается в российском законодательстве. Например, часть 4 ст. 2 "Временного положения", устанавливает, что постоянно действующие третейские суды могут создаваться торговыми палатами, иными органами, биржами, объединениями, а также предприятиями, учреждениями, организациями. В некоторых случаях, предусмотрена обязанность организаций создавать третейские суды. В частности, п. 2.2 Положения "О саморегулируемых организациях (СРО) профессиональных участников рынка ценных бумаг", утвержденного Постановлением ФКЦБ РФ № 24 от 01.07.97 г. вменяет в обязанность этим СРО "создавать третейские суды, рассматривающие споры между членами само регулируемой организации или заключать соответствующие договоры с постоянно действующими третейскими судами".

Временное положение не определяет статус третейского суда и устанавливает, что статус третейского суда, созданного при различных предприятиях, учреждениях, организациях определяется предприятием-учредителем самостоятельно. Между тем, нет на сегодняшний момент и запрета на существование третейского суда в качестве юридического лица. Во всяком случае, нет такого основания к воспрепятствованию деятельности третейского суда как его организация в виде самостоятельного юридического лица. И действительно, на сегодня многие третейские суды являются именно юридическими лицами, созданными как некоммерческие организации.

Сегодня наиболее распространенной формой существования постоянно действующего третейского суда является третейский суд в виде структурного подразделения какой-либо организации, в связи с чем, существуют противники возможности существования постоянно действующего третейского суда в качестве самостоятельного юридического лица¹, полагающие, что постоянно действующий третейский суд не может быть создан в виде юридического лица, поскольку Временное положение не предусматривает обязательной процедуры государственной регистрации при создании третейского суда. Организации, создавшие третейский суд должны только уведомлять об этом компетентный государственный суд. Между тем, необходимо

¹ Е. Скородумов "Третейские суды, налоги и страховые взносы" // Хозяйство и право. Приложение к №9, 1999г.

учитывать, что нормы ГК РФ о государственной регистрации юридических лиц появились значительно позже, чем Временное положение, в связи с чем, данный вопрос вполне мог остаться за рамками Временного положения.

В подтверждение этой позиции приводится также и довод о невозможности выступления постоянно действующего третейского суда, в качестве истца или ответчика в суде, что является необходимым признаком юридических лиц в РФ. Возразить этому можно, упомянув, что в данном случае термин "суд" обозначает государственный орган, осуществляющий правосудие, коим не является третейский суд, в то время как гражданское законодательство упоминает "суд" в качестве органа, осуществляющего защиту нарушенных гражданских прав, одним из которых является и третейский суд. К тому же, государственные органы как юридические лица, вправе участвовать в гражданских и иных правоотношениях, и, следовательно, защищать свои права в суде².

Самостоятельность третейского суда подтверждает и то, что стороны уплачивают третейский сбор именно в пользу постоянно действующего третейского суда или организации, создавшей его, и в случае излишней уплаты или необходимости возврата сумм третейского сбора, третейский суд вполне может выступать в качестве ответчика, только если он сам является юридическим лицом, а не организационным подразделением другого юридического лица.

Временное положение не предусматривает возможности создания третейского суда непосредственно физическими лицами. Однако, ничто не мешает им учредить юридическое лицо, которое и создаст третейский суд. На сегодня установлен уведомительный порядок образования третейского суда, указывающий на обязанность только направления документов в арбитражный суд. Таким образом, закон не требует никаких согласований и разрешений от государственных органов на образование третейского суда. Естественно, что нет и никакого лицензирования этой деятельности.

Нельзя обойти молчанием такой вопрос как последствия не извещения компетентного суда о создании третейского суда. Нарушение этого правила должно приводить к отказу в выдаче исполнительного листа по причине невозможности определения государственным судом правильности формирования состава третейских судей вынесших решение и соответствия решения процессуальным правилам, установленным в данном третейском суде.

Можно сказать также, что моментом создания (образования) третейского суда является выполнение организацией, создающей суд, обязанности по уведомлению арбитражного суда. Именно с этого момента он приобретает право на рассмотрение споров. Во всяком случае, извещение компетентного суда о создании постоянно действующего третейского суда в любом случае должно предшествовать рассмотрению спора. Хочется обратить также внимание, что если третейский суд и организация его создавшая находятся в разных субъектах федерации, то необходимо извещать арбитражный суд по месту нахождения третейского суда, а не по месту нахождения организации его создавшей.

Место расположения третейского суда (нахождения его секретариата), может также отличаться от места третейского разбирательства. В этом случае уведомлять необходимо арбитражный суд по месту нахождения секретариата третейского суда, а не места рассмотрения спора.

² наглядным примером является деятельность налоговых инспекций, комитетов по управлению имуществом и т.п.

ПРИНЦИПЫ ТРЕТЕЙСКОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

Вопрос о принципах третейского разбирательства возникает не столь часто. Тем не менее, ответ на этот вопрос иногда необходим, чтобы определить были ли нарушены правила третейского разбирательства в процессе рассмотрения спора. Ведь, в отличие от принципов государственного судопроизводства принципы третейского разбирательства в основном не нашли отражения в законодательстве.

Хотя, например, "Временное положение о третейском суде для разрешения экономических споров" и "Положение о третейском суде" (Приложение № 3 к ГПК РФ) содержат указание на то, что третейский суд вправе руководствоваться процессуальными нормами закрепленными соответственно в АПК РФ и ГПК РФ, однако, это именно право, а вовсе не обязанность третейского суда. Ведь порядок третейского разбирательства стороны вправе определять самостоятельно.

Общеизвестно, что, например, арбитражный суд руководствуется следующими принципами: **независимости судей; равенства перед законом и судом; диспозитивности; состязательности и равноправия; гласности; непосредственности судебного разбирательства; непрерывности.**

Возникает вопрос, насколько применение этих принципов соответствует сути третейского разбирательства?

Очевидно, что некоторые принципы государственного судопроизводства являются одновременно и принципами третейского разбирательства. Так, в силу ст. 9 «Временного положения», разрешение споров в третейском суде осуществляется на началах равенства сторон, при этом каждой стороне должны быть предоставлены равные возможности для изложения своей позиции и защиты своих прав. То есть, принципы состязательности, равноправия сторон, закреплены законодательно.

Принцип *диспозитивности* - это возможность участвующих в деле лиц, и в первую очередь сторон, распоряжаться своими материальными и процессуальными правами. Нормы права, раскрывающие действие этого принципа, направлены на регулирование порядка возбуждения дела, рассмотрения его и окончания, включая исполнение решений арбитражного суда в зависимости от воли стороны. Диспозитивность арбитражного процесса предопределяется наличием одноименного принципа в материальных правоотношениях, являющихся объектом судебного рассмотрения и разрешения. Так в ст.1 ГК РФ провозглашено, что граждане (физические лица) и юридические лица приобретают и осуществляют 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.

Так истец может отказаться от иска, изменить предмет или основания иска, стороны могут заключить мировое соглашение и т.д., т.е. закон предоставляет сторонам самостоятельно решать, как и какими средствами осуществлять принадлежащие им права. Свобода действий сторон, но в рамках закона, определяет и сущность судебного процесса.

Судебный процесс по конкретному спору возникает только по заявлению заинтересованных лиц, обратившихся за защитой своих нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов. Из вышесказанного следует, что данный принцип органично вписывается в правила третейского разбирательства, хотя и не закреплен во Временном положении.

Принцип *равенства* перед законом и судом, хотя и не закреплен в специальных нормативных актах регулирующих деятельность третейских судов, тем не менее, обязателен к применению, поскольку вытекает из ст. 19 Конституции России.

Принцип *независимости* судей, также прямо не закреплен во «Временном положении». Тем не менее, представляется, что применение этого принципа в третейском

разбирательстве необходимо даже в большей степени, чем в арбитражных судах и/или судах общей юрисдикции. Ведь, зависимые судьи (например - состоящие в трудовых отношениях с одной из сторон), подвергающиеся постороннему воздействию вряд ли смогут принять законное и обоснованное решение. Таким образом, не включение этого принципа в нормативные акты, регулирующие деятельность третейских судов является недоработкой законодателя, которая, видимо, будет исправлена с принятием закона «О третейских судах в Российской Федерации».

Необходимость применения принципа непосредственности судопроизводства, при разрешении спора третейскими судами очевидна. Поскольку стороны третейского разбирательства доверили рассмотрение спора именно этому суду (этим судьям), никакие иные лица не имеют ни малейших правовых оснований для его рассмотрения. Передача полномочий другим лицам или возложение на иных лиц обязанностей по разрешению спора абсолютно несовместима с правовой природой третейского разбирательства

Принцип *неизменности* состава суда не закреплен законодательно, но также обязателен для третейского судопроизводства, поскольку его нарушение входит в прямое противоречие с правовой природой третейского разбирательства.

Иная ситуация с другими принципами судопроизводства, которые также не нашли своего законодательного закрепления. Это касается применения принципа *гласности* или напротив альтернативного ему принципа - *конфиденциальности* третейского разбирательства. Третейские суды и стороны вправе самостоятельно решать вопрос о гласности, либо конфиденциальности разрешения спора. При этом, часть из них по аналогии с арбитражными судами делают заседания открытыми, а другая часть, напротив, закрытыми.

Представляется, что вторая позиция в большей степени соответствует правовой природе третейского разбирательства. Ведь, заключая третейское соглашение, стороны, тем самым, поручают третейскому суду разрешить их спор в специальном порядке, предусмотренном соглашением сторон (правилами постоянно действующего третейского суда) вплоть до полного исключения правил установленных в государственных судах. Зачастую, заключение третейского соглашения свидетельствует о желании сторон урегулировать спор в конфиденциальном порядке, без оглашения их взаимоотношений. То есть, по сути, до момента обращения в арбитражный суд за получением исполнительного листа происходит урегулирование противоречий с привлечением посредника, которым в данном случае является третейский суд. Исходя из этого, можно сделать вывод о том, что принцип гласности во всех случаях не является принципом третейского разбирательства.

В то же время конфиденциальность также не является закрепленным принципом третейского разбирательства. Ведь процедура рассмотрения спора регулируется либо сторонами, либо третейским судом. Соответственно, возведение конфиденциальности в принцип, необоснованно нарушило бы право сторон самостоятельно определять открытым или закрытым должно быть рассмотрение их спора.

Следующий принцип, применение которого в третейском разбирательстве вызывает сомнение, это принцип непрерывности судебного разбирательства. Применение этого принципа предусматривает рассмотрение дела при неизменном составе суда и невозможности рассматривать другие дела до принятия решения. Как видно из определения данного принципа он фактически состоит из двух принципов неизменности состава и собственно непрерывности.

Принцип неизменности состава суда в третейском разбирательстве, несомненно, присутствует. Ведь, в третейских судах действует принцип выборности судей, а нарушение состава третейского суда влечет отказ в выдаче исполнительного листа. Поэтому заменить избранного стороной судью без ее согласия практически невозможно, за исключением случаев отвода судьи. Даже, если судья не непосредственно избран

сторонами, а, например, назначен судом, то его замена все равно возможна лишь в случае прекращения полномочий по его просьбе или по соглашению сторон.

Интересно, что «Временное положение» предусматривает всего 2 случая прекращения полномочий и совершенно игнорирует иные случаи, например, фактическую и/или юридическую невозможность исполнять обязанности третейского судьи, принятый судом отвод или самоотвод судьи. Соответственно, разрешая эти вопросы, суд должен руководствоваться своими правилами третейского разбирательства или применить процессуальные нормы АПК РФ в порядке аналогии закона. Таким образом, принцип неизменности судебного состава в третейском разбирательстве присутствует.

Что касается принципа непрерывности, то поскольку никаких требований по его применению по отношению к третейскому суду действующее законодательство не предусматривает, постольку третейский суд вправе не руководствоваться этим принципом. Ведь, рассматривая спор, суд должен руководствоваться правилами разбирательства согласованными самими сторонами, которым важно именно разрешить спор по существу. Ведь единственное, что требуется от третейского суда - это вынести решение соответствующее действующему законодательству.

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ТРЕТЕЙСКОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

Во всех случаях, когда приходится решать вопрос о том, какие нормы права применить к тому или иному правоотношению, приходится решать вопрос, какой характер носит данное правоотношение. Относительно третейского соглашения, это, прежде всего, касается его правовой природы. Как правило, высказывается три точки зрения по этому поводу. Третейское соглашение носит гражданско-правовой характер и основано на нормах материального права (материальная природа); носит исключительно процессуальный характер и регулируется процессуальными нормами (процессуальная природа); относится к смешанному типу и включает в себя элементы как процессуального, так и материально-правового характера (материально-процессуальная природа).

Мнение сторонников процессуальной природы третейского соглашения основано на том, что оно, несомненно, устанавливает порядок разрешения спора, сторонами заключившими его. В связи с этим, такое соглашение является процессуальным, и, следовательно, регулирование отношений сторон производится исключительно с помощью норм процессуального права. Сторонники этой точки зрения, ссылаются на то, что третейское соглашение имеет свой "процессуальный предмет" и, будучи по природе процессуальным соглашением, требует, прежде всего, применения к нему процессуальных норм содержащихся в АПК РФ, и специальных норм содержащихся в законодательстве о третейском разбирательстве³.

Поскольку, по своей направленности, третейское соглашение регулирует именно процессуальные права и обязанности сторон, и никак не затрагивает их материальные права и обязанности, то и считать его гражданско-правовой сделкой вряд ли возможно. В данном случае, не имеет никакого значения, то обстоятельство, что в своем подавляющем большинстве третейское соглашение содержится именно в гражданско-правовых сделках. Исходя из изложенного, распространять на третейскую оговорку гражданско-правовые нормы не представляется возможным.

Мнение сторонников гражданско-правовой (материальной) природы третейского соглашения основано, например, на таких рассуждениях. Передача третейскому суду права на разрешение спора между сторонами, рассматривается как своеобразная форма заключения гражданско-правового договора, который не предусмотрен ГК РФ. Действительно, в соответствии со ст. 421 ГК РФ стороны вправе заключить договор, не предусмотренный законом или, в котором содержатся элементы различных договоров. А ст. 162 ГК РФ позволяет сторонам в случае отсутствия письменного договора доказывать факт его заключения другими документами и доказательствами. Поскольку, документов, подтверждающих проведение разбирательства, как правило, накапливается множество, взаимоотношение сторон и третейского суда можно рассматривать как договорные.

Механизм заключения договора в этом случае выглядит следующим образом. Заключая третейское соглашение, стороны принимают на себя обязательства подчиниться правилам соответствующего третейского суда в случае принятия им спора на рассмотрение. Создание, постоянно действующего третейского суда, например, и уведомление о его создании в государственный суд является, по сути, публичной офертой, а отношения суда и сторон регулируются нормами о договоре присоединения, где в роли условий договора выступают требования изложенные в Регламенте третейского суда. Заключить такой договор можно, к примеру, путем включения в договор третейской оговорки. Третейский суд, после этого не вправе отказаться от рассмотрения спора, не

³ Вершинин А. "Арбитражное соглашение: выбор формы защиты гражданских прав", // Хозяйство и Право, №9/1999г.

возместив понесенные сторонами убытки⁴. Обязанностью суда в этом случае является вынесение законного решения, а не удовлетворение требований истца.

Третейское соглашение сторонниками материально-правовой природы рассматривается примерно также, как и условия договора о порядке приемки продукции по количеству и качеству, а принятое третейским судом решение - как некое подобие акта, установленной договором комиссии, о нарушении условий договора по качеству. Разумеется с особенностями, установленными действующим законодательством, регулирующим третейское разбирательство. Тем более что третейский суд признан равноправным органом по защите нарушенных или оспоренных прав с государственными судами именно гражданским кодексом РФ, гражданско-правовыми спорами (причем с изъятиями) ограничена его компетенция.

Критика основана на том, что сторонникам этой точки зрения неизбежно придется согласиться с выводом, что третейский суд и участники процесса являются равноправными субъектами данного правоотношения, а, заключая соглашение о третейском разбирательстве, стороны регулируют имущественные отношения. Между тем, правовое положение третейского суда по отношению к сторонам процесса, по мнению противников материально-правовой природы третейского соглашения, явно базируется не на принципах равенства. Так, суд вправе давать сторонам обязательные указания, выносить обязательные решения, устанавливать взаимные права и обязанности и т.д. И, наоборот, никаких подобных прав в отношении третейского суда у участников процесса не возникает.

Представляется, что, во всяком случае, последний аргумент также не бесспорен. Так, стороны вправе заключить третейское соглашение или не заключить (третейский суд здесь лишен возможности влиять на процесс), вправе определять процедуру рассмотрения спора и назначения арбитров (во всяком случае, в части не урегулированной правилами постоянно-действующего третейского суда), а также могут прийти к соглашению о прекращении разбирательства. Во всех этих случаях такое согласованное решение сторон обязательно для третейского суда, и, напротив, стороны свободны в определении этих обязанностей третейского суда.

Гораздо сложнее опровергнуть тот факт, что гражданско-правовыми сделками (а значит и договорами) признаются действия направленные на установление, изменение и прекращение именно гражданско-правовых отношений (что, к слову говоря, не ограничивается лишь имущественными отношениями). Согласно ст. 2 ГК РФ, например, помимо имущественных отношений, гражданское законодательство определяет также правовое положение участников гражданского оборота, порядок осуществления прав собственности, регулирует договорные обязательства. И, если возражать против гражданско-правовой природы третейского соглашения на этом основании, то его противникам следует признать, что ни порядок заключения договоров, ни порядок приемки продукции по количеству, качеству и/или ассортименту не регулируются гражданским правом, поскольку направлены исключительно на урегулирование процедурных вопросов.

Наконец, сторонники материально-процессуальной природы третейского соглашения полагают, что оно регулирует процессуальные вопросы, но, часть норм материального права действует и в отношении третейского соглашения. Это, прежде всего, нормы, устанавливающие общие правила о право и дееспособности субъектов права, органах управления юридических лиц и т.д., объеме их полномочий. То есть это те материально-правовые нормы, которые определяют правовое положение лиц заключающих третейское соглашение. Что же касается регулирования правил заключения третейского соглашения, его расторжения, его действительности или заключенности,

⁴ ст. 21 Временного положения не предусматривает прекращения производства в связи с отказом самого третейского суда рассмотреть дело, представляется, однако, что правилами суда может быть установлено такое право.

правовых последствий его заключения – то все это должно регулироваться нормами процессуального права. Тем не менее, довольно распространено и мнение о том, что на третейское соглашение распространяются также нормы гражданского права касающиеся действительности и заключенности сделок.

То есть, по мнению сторонников материально-процессуальной природы третейского соглашения, третейское соглашение является процессуальной сделкой, а применение к ней норм материального права носит ограниченный характер. Слабость этой точки зрения заключается в том, что выбор объема подлежащих применению норм материального права основан лишь на рассуждениях целесообразности и здравого смысла, а не на каких-либо нормах права.

Если коснуться такого вопроса как правовая природа взаимоотношений сторон третейского разбирательства и суда, достаточно широко распространено мнение (особенно среди налоговых органов), что третейский суд оказывает услуги сторонам по рассмотрению спора между ними. Соответственно, необходимо платить налоги, как и при обычной коммерческой деятельности. Что касается предмета регулирования, то, вступая во взаимоотношения с третейским судом, воля сторон направлена на регулирование не имущественных, а процессуальных отношений. Таким образом, с точки зрения предмета правового регулирования такие отношения не являются гражданско-правовыми.

Другая точка зрения на правовое положение третейского суда базируется на совершенно иных подходах⁵: Здесь, прежде всего, рассматривается вопрос, является ли деятельность третейского суда коммерческой и можно ли ее рассматривать как разновидность договора на оказание услуг. Действительно ст. 779 ГК РФ предусматривает, что по договору возмездного оказания услуг исполнитель обязуется по заданию заказчика оказать услугу, а заказчик – оплатить оказанную услугу в сроки и в порядке, предусмотренном в договоре, таким образом, гражданские правоотношения в данном случае возникают на основе соответствующего договора. Такой договор помимо характера услуги, срока ее исполнения, порядка оплаты, объема и качества услуги может устанавливать и иные требования. При этом заказчик имеет право в любое время отказаться от услуги при условии оплаты исполнителю фактически понесенных затрат, а исполнитель может отказаться от исполнения обязательства при условии полного возмещения убытков заказчику.

Но ведь такая услуга, безусловно, является предпринимательской деятельностью, которая позволяет извлекать определенный доход, а значит, заниматься ею могут только коммерческие организации или предприниматели на основе соответствующего договора, в то время как третейский суд такую деятельность не осуществляет. Обращаясь в третейский суд, стороны не заключают договор на предмет рассмотрения спора между ними, но руководствуются процессуальными нормами закрепленными в Регламентах и Временном положении. Никто из них не обладает правами, предоставленными ГК РФ сторонам по договору о возмездном оказании услуг. Если одна из сторон уклоняется от рассмотрения спора, заседание суда состоится при условии надлежащего уведомления сторон о времени и месте рассмотрения спора. Заказчик по договору о возмездном оказании услуг заранее знает, каким должен быть результат исполнения договора, поскольку сам определяет его в предмете договора, истец же в третейском разбирательстве не знает, каким будет решение суда. Здесь хочется отметить, что при подаче иска цель истца вовсе не рассмотрение спора, а именно удовлетворение его исковых требований изложенных в иске. Истец всегда просит не только рассмотреть дело по существу, но и удовлетворить его требования.

Таким образом, деятельность третейского суда даже с формальных позиций нельзя отнести к оказанию услуг. Нельзя ее квалифицировать и как предпринимательскую,

⁵ Е. Скородумов "Третейские суды, налоги и страховые взносы" // Хозяйство и право. Приложение к №9, 1999г.

поскольку она является судебной, и поэтому полученные третейским судом средства не подлежат обложению налогами как полученные от коммерческой деятельности.⁶

Даже систематическое оказание каких-либо услуг еще не является основанием для признания такой деятельности предпринимательской, поскольку в соответствии со ст. 2 ГК РФ предпринимательской признается "самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли". Что касается учета средств поступающих суду от сторон третейского разбирательства, то здесь есть некоторое отличие, базирующееся на организационной форме, в которой существует суд. Если постоянно действующий третейский суд существует в форме некоммерческой организации, то ни о каком получении прибыли говорить не приходится, поскольку все доходы от деятельности организации должны направляться на уставные цели, а не распределяться между учредителями. Если же третейский суд – всего лишь организационное подразделение другого юридического лица, в том числе и коммерческой организации, то суммы третейских сборов, превышающие расходы, связанные с рассмотрением спора, должны учитываться на равных основаниях с доходами от других видов деятельности.

Основанием для получения третейского сбора судом, несмотря на отсутствие договора о рассмотрении спора в виде письменного документа, между сторонами и третейским судом являются правила третейского разбирательства, на которых основаны взаимные обязательства. Так, истец обязан уплатить третейский сбор и в случае отсрочки уплаты сбора при подаче иска и в случае отказа в удовлетворении иска обязан внести соответствующие части суммы третейского сбора, исходя из распределения, приведенного в решении суда. В противном случае третейский суд вправе обратиться в арбитражный суд с соответствующим иском, представив в обоснование такого иска документы, свидетельствующие об исполнении им обязанности по рассмотрению спора.

Таким образом, подводя итог всему вышесказанному можно сделать вывод, что попытки регулирования отношений сторон третейского разбирательства и третейского суда в рамках договора оказания услуг, или к какому-либо иному гражданско-правовому договору предусмотренному ГК РФ – несостоятельны. Попытки такого регулирования бесперспективны ввиду того, что данные отношения все-таки в значительной степени носят характер процессуальных, а значит, вообще не могут быть урегулированы исключительно гражданско-правовыми методами. Применение к этим отношениям норм гражданского права должно носить очень ограниченный характер.

⁶ Эти доводы привел ВАС РФ, отказав ГНИ №10 Центрального округа г. Москвы в принесении протеста на постановление апелляционной инстанции Арбитражного суда г. Москвы по делу №12-30 от 26.06.95г., в котором ГНИ требовало взыскания сумм налогов, начисленных в связи с уплатой третейского сбора и выплатой гонораров арбитрам.

ТРЕТЕЙСКОЕ СОГЛАШЕНИЕ

Третейская оговорка (третейское соглашение, третейская запись) - это **соглашение сторон о том, что все споры, группа споров или конкретный спор, которые уже возникли или могут возникнуть между ними в будущем, будут переданы ими на рассмотрение третейского суда.** Когда такое соглашение включается сторонами в договор, его обычно принято именовать "третейская оговорка".

Это определение является классическим и оно в том или ином виде включается в законодательные акты, регулирующие деятельность третейских судов. Учитывая, что третейский суд наделяется правами по разрешению спора и вынесению решения, из смысла этой нормы следует, что стороны должны не двусмысленно указать, на разрешение какого именно третейского суда передается спор. В противном случае, абсолютно невозможно определить, компетентен ли каждый конкретный третейский суд, рассматривать возникший спор. В этом случае третейскую оговорку следует считать незаключенной.⁷

Необходимо отметить, что в литературе существуют самые различные взгляды на эту проблему. Однако, исключив рассмотрение споров с участием иностранных юридических лиц, которые подведомственны международному коммерческому арбитражу и имеют другое правовое регулирование, можно выделить два подхода:

1) Третейское соглашение является не заключенным, поскольку стороны не пришли к соглашению по вопросу, какой именно третейский суд будет рассматривать их спор, в то время как это условие является существенным. Эту концепцию поддерживают и авторы.

2) Третейское соглашение является заключенным, а конкретный третейский суд определяется истцом при подаче иска.

Учитывая, что второй подход основан не на российском законодательстве, а опирается на различные международные правила передачи споров на разрешение третейских судов, представляется, что он не может быть применим при внутреннем рассмотрении споров, даже по аналогии закона.

Таким образом, если проанализировать вышесказанное, существует три требования к третейскому соглашению, несоблюдение которых влечет ее незаключенность:

1) Должен быть согласован круг споров подлежащих передаче на разрешение третейского суда;

2) Должен быть согласован третейский суд, на разрешение которого передается спор (или споры);

3) Третейское соглашение должно быть заключено в письменной форме.

Иных случаев незаключенности третейской оговорки действующее законодательство не предусматривает. Следует рассмотреть также случаи незаключенности третейской оговорки и договора в целом. Любопытно, что не соблюдение письменной формы третейской влечет именно ее незаключенность, а не недействительность и/или запрещение ссылаться на свидетельские показания как для большинства гражданско-правовых сделок. Это специальное положение отражает специфику третейской оговорки, поскольку, в отличие от последствий недействительности гражданско-правовых сделок, по ней в принципе невозможна реституция, что в значительной степени "обессмысливает" понятие недействительности третейской оговорки.

Исходя из принципа «автономности» третейской оговорки (третейская оговорка это по существу своеобразный договор в договоре), возможны три варианта незаключенности третейской оговорки и остальной части договора:

1) третейская оговорка является заключенной, а договор нет;

⁷ Постановление Президиума ВАС России от 27.02.96 г. № 5278/95.

- 2) третейская оговорка является не заключенной, хотя договор заключен;
- 3) третейская оговорка и договор являются не заключенными.

В каких случаях третейская оговорка является не заключенной? Поскольку, она по своей правовой природе, также является своеобразным процессуальным договором, на нее распространяются требования о необходимости достижения соглашения по всем существенным условиям договора. К таковым всегда относится предмет договора. Учитывая, что предмет договора это то, на что направлена заключаемая сделка, применительно к третейскому соглашению его предметом является круг споров, которые стороны передают на разрешение третейского суда. Следовательно, если круг споров передаваемых на разрешение третейского суда не определен, третейское соглашение не может считаться заключенным, даже если стороны пришли к соглашению относительно третейского суда, в котором они хотят рассмотреть дело. Например, если одна из сторон предлагает передать на разрешение «Сибирского третейского суда» **спор о размере причитающейся ей неустойки** по договору, а другая, соглашаясь с предложенным третейским судом, готова передать на его разрешение только **все споры** по данному договору, очевидно, что в этом случае третейское соглашение следует считать не заключенным.

Круг гражданско-правовых споров, которые могут быть переданы на разрешение третейского суда это:

- конкретный спор,
- определенная категория споров,
- или все споры,

которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с каким-либо правоотношением независимо от того, носило ли оно договорный характер. То есть, третейский суд рассматривает споры, вытекающие не только из договорных правоотношений, но и тогда, когда стороны спора не связаны условиями договора (причинение вреда имуществу, неосновательное обогащение, действие в чужом интересе без поручения и др.), однако они заключили третейское соглашение.

Достаточно часто возникает проблема не отсутствия у третейского суда компетенции вообще, а спор о ее объеме. Если случай полного отсутствия компетенции достаточно очевиден, то случаи превышения компетенции напротив весьма сложны.

Здесь возможны такие случаи:

1) Третейское соглашение по договору достигнуто сторонами, но не охватывает всех заявленных истцом требований. Например, в случае, если имеется соглашение о передаче в третейский суд спора о взыскании задолженности, требование о взыскании неустойки будет выходить за пределы компетенции соответствующего третейского суда, и поэтому не может рассматриваться им.

2) Договорные обязательства исполнены в больших объемах, чем предусмотрено договором, например, работы продолжаются после исполнения объемов предусмотренных договором подряда. Если третейская оговорка регулирует отношения сторон "по договору", в тексте которого она содержится, следует, руководствуясь ст. 408 ГК РФ, признать обязательства по этому договору прекращенными исполнением. Поэтому обязательства, возникшие в результате излишних поставок (выполнения работ), не охватываются данным договором, соответственно и не охватываются действием третейского соглашения о рассмотрении споров "по договору". В результате, третейский суд также должен признать себя не компетентным рассматривать спор в этой части, если отсутствует надлежащее третейское соглашение.

Необходимо отметить, что никаким нормативным актом не запрещено формулировать третейскую оговорку следующим образом: "все споры между участниками настоящего договора подлежат рассмотрению в N-м третейском суде". В данном случае, третейское соглашение не ограничивает свое действие рамками того

договора, в котором оно содержится, поэтому третейскому суду для решения вопроса о конкретном круге споров, на которые распространяет свое действие такое третейское соглашение, необходимо прибегнуть к его толкованию как одного из условий гражданско-правового договора. В соответствии со ст.431 ГК РФ при толковании договора в первую очередь необходимо исходить из буквального значения слов и выражений самой третейской оговорки. В приведенном примере буквальное толкование позволяет легко уяснить смысл третейской оговорки: третейская оговорка охватывает споры не только по договору, в котором она содержится, но и любые иные споры между теми же сторонами, за исключением споров, по которым стороны избрали иной порядок разрешения споров. Хотя, вполне понятна и точка зрения, применяющая ограничительное толкование такой оговорки, лишь спорами по тому договору, в котором она содержится.

Существует мнение, в соответствии с которым, попытка передать в третейский суд любые споры между сторонами или "все споры" квалифицируется как отказ от обращения в государственный суд, то есть как ограничение собственной правоспособности, которое в соответствии со ст. 22 ГК РФ и ст. 4 АПК РФ 1995г. является недействительным⁸. Однако такая позиция не учитывает, что третейское соглашение вовсе не означает невозможность обращения лица в суд. Так, в случае отсутствия возражений со стороны ответчика до первого заявления по существу спора, арбитражный суд вправе рассмотреть спор даже при наличии третейского соглашения. Также в судебном порядке могут рассматриваться споры с участием лица, заключившего третейское соглашение, если его оппонентом не является другая сторона третейского соглашения, или, если спор, основан на административных отношениях, не подведомственных третейскому суду. Кроме того, передача даже "всех споров" в третейский суд это не отказ от обращения в государственный суд, а установление внесудебного (в смысле правосудия от имени государства) и/или досудебного порядка разрешения спора. Процессуальные нормы предписывающие прекращать производство по делу при наличии решения третейского суда констатируют при этом лишь то, что неразрешенного спора между сторонами нет. Он разрешен в установленном ими порядке, также как ничто не мешало им расторгнуть договор во внесудебном порядке или прекратить обязательство отступным. Отличие в данном случае заключается лишь в том, что вердикт по гражданско-правовому спору стороны доверили третьим лицам, что никоим образом не противоречит принципам гражданского права.

Как разновидность несогласования конкретного третейского суда на разрешение которого передается спор можно рассмотреть такой случай. Например, вместо "Сибирского третейского суда" (г. Новосибирск), в договоре имеется ссылка на не существующий "Новосибирский третейский суд".

Поскольку, действующее законодательство специально не регулирует вопрос как толковать пороки третейских оговорок, третейские суды самостоятельно вносят в свои регламенты и положения условия о возможности рассмотрения спора, если третейская оговорка использует допустимые синонимы, при этом оценка возможности рассмотрения такого спора производится арбитрами по "первому впечатлению".

Если ни одна из сторон не выдвигает претензии относительно существования или действительности третейской оговорки, и если третейский суд убеждается по первому впечатлению в существовании такой оговорки, он может, не предвешая вопроса о допустимости или обоснованности претензий, принять дело к производству⁹. Тем не менее, в конечном счете, юридическое значение соглашения оценивается не на основе синонимов и "первого впечатления", а на основе действующих правовых норм, устанавливающих правила толкования. Соответственно ответ на вопрос возможно ли

⁸ Вершинин А. "Арбитражное соглашение: выбор формы защиты гражданских прав" // Хозяйство и Право, №9/1999г.

⁹ Ст. 1 Регламента Третейского суда при ТПП г. Санкт-Петербурга.

третейскому суду рассмотреть спор при том или ином дефекте третейской оговорки можно дать только рассматривая каждый конкретный случай с учетом всех обстоятельств дела и поведения сторон.

Следующий вопрос, который хотелось бы затронуть - это степень "автономности" третейской оговорки, то есть ее независимости от других условий договора, в котором она содержится. На первый взгляд, этот вопрос исчерпывающе решен законодательством, которое устанавливает, что признание не действительным договора не влечет недействительности содержащейся в нем третейской оговорки. То есть, третейская оговорка рассматривается как соглашение сторон не зависящее от других условий договора. Ведь, в отличие от иных условий договора регулирующих в основном материально-правовые отношения сторон, третейское соглашение это прежде всего соглашение по процедурным (процессуальным) вопросам.

Однако это вовсе не означает, что третейская оговорка никогда не разделяет юридическую судьбу договора, в котором она содержится. Ведь законом установлены различные основания недействительности сделок, в том числе и такие, на основании которых третейская оговорка может быть признана недействительной при сохранении действительности других условий договора, недействительной вместе с договором, действительной, несмотря на недействительность остальной части договора.

Если сгруппировать случаи недействительности третейского соглашения, то их все можно разбить на три группы:

1) Недействительность в силу установленной законом ничтожности, в связи с отсутствием дееспособности совершившего ее лица;

2) Недействительность в силу лишения лица заключившего сделку права передачи спора в третейский суд;

3) Недействительность в силу ее ничтожности по общим основаниям (ст. 168 ГК).

Например, по основаниям установленным ст. 174 ГК РФ (при отсутствии у лица подписавшего третейское соглашение права на передачу дела в третейский суд) третейское соглашение может быть признано недействительным при действительности договора. Отдельно необходимо отметить случай ничтожности третейской оговорки по общим основаниям (ст. 168 ГК). В этом случае также возможна недействительность третейской оговорки при действительности договора в целом.

В качестве примера можно привести случай, заключения соглашения о рассмотрении спора о банкротстве. Поскольку эти споры отнесены к исключительной компетенции арбитражного суда и не могут быть переданы на разрешение третейского суда, то соглашение о передаче такого спора на разрешение третейского суда в соответствии со ст. 168 ГК как противоречащее закону ничтожно.

В случаях мнимой сделки, сделки совершенной недееспособным, малолетним (ст. ст. 170-172 ГК РФ) третейская оговорка, содержащаяся в договоре, недействительна (ничтожна) вместе с договором.

В большинстве иных случаев, например недействительности сделок по основаниям предусмотренным ст. ст. 173 – 179 ГК РФ, третейскую оговорку видимо следует признать действительной, несмотря на недействительность договора. Такое последствие вытекает из того, что вышеперечисленные статьи ГК содержат основания признания недействительными оспоримых сделок. А, в силу ст. 166 ГК РФ, пока спор о признании ее недействительной не рассмотрен судом, она действительна.

Соответственно именно третейский суд должен рассмотреть иск о признании недействительной третейской оговорки. Тот же вывод следует из действующего законодательства, где установлено, что третейский суд самостоятельно решает вопрос действительности третейского соглашения. При этом, если предметом иска будет признание недействительным именно третейского соглашения, третейский суд удовлетворив иск, тем самым вынужден будет признать свою некомпетентность рассматривать любой спор по данному договору.

Последствия недействительности или незаключенности третейской оговорки всегда одни – третейский суд должен признать себя некомпетентным рассматривать спор, после чего он может быть передан на разрешение государственного суда в соответствии с действующими правилами подведомственности и подсудности

В судебной практике уже не раз поднимался вопрос о том, может ли данный спор быть разрешен арбитражным судом. То есть, может ли сторона ставить этот вопрос не перед третейским судом, а, например, перед арбитражным судом обратившись с иском о признании третейской оговорки недействительной или поставить вопрос о ее расторжении по каким либо причинам.

На этот счет существуют различные мнения. В наиболее яркой форме эта проблема получила свое разрешение при рассмотрении дела рассмотренного в арбитражном суде Краснодарского края. В арбитражный суд был предъявлен иск о расторжении третейской оговорки содержащейся в договоре. Первая инстанция в иске отказала, апелляционная иск удовлетворила, а кассационная инстанция оставила в силе постановление апелляционной инстанции. Не имеет смысла вдаваться в конкретные мотивы, послужившие основанием для принятия такого судебного решения, поскольку следует поставить вопрос - правомерно ли вообще рассмотрение арбитражным судом такого спора. С учетом вышесказанного на этот вопрос следует ответить отрицательно. Достаточно аргументированную критику принятого постановления апелляционной инстанции изложил Е.А. Суханов в журнале «Третейский суд» № 5 за 2000г.

Он в частности указывает, что третейское соглашение не порождает никаких гражданских-материальных, а не процессуальных - прав и обязанностей сторон, в результате чего, его рассмотрение в качестве "гражданско-правовой сделки" неправомерно. Кроме того, даже, если его рассмотреть в качестве гражданско-правовой сделки, оснований для ее расторжения предусмотренных законом все равно нет.

К вышеизложенному следует добавить, что в силу ст. 22 АПК РФ 1995г., этот спор не может быть рассмотрен в арбитражном суде уже в силу того, что эта категория споров не подведомственна арбитражному суду. Это связано с тем, что третейское соглашение не является гражданско-правовой сделкой в чистом виде (а включается в договор лишь для удобства). Не указана данная категория споров как подведомственная арбитражному суду ни в АПК РФ 1995г., ни в других законодательных актах. Аналогичным образом, к слову говоря, нельзя расторгнуть в судебном порядке соглашение об изменении договорной подсудности спора тому или иному арбитражному суду содержащееся в договоре по той же причине (неподведомственности такого спора).

В практике нередко возникает вопрос, что происходит с третейским соглашением при отказе арбитражного суда в выдаче исполнительного листа, без направления дела на новое рассмотрение в третейский суд?

Если отказ вызван отсутствием третейского соглашения, ответ понятен. А если отказ вызван всего лишь несоблюдением процедурных норм (уведомления ответчика, назначения арбитров) или даже "невозможностью ответчика по уважительным причинам представить свои объяснения", несмотря на соблюдение третейским судом всех правил уведомления?

Учитывая, что действующее законодательство не устанавливает последствий такого отказа, кроме права истца обратиться в арбитражный суд с теми же исковыми требованиями, третейский суд видимо вправе вновь рассмотреть дело и вынести решение. Ведь тот факт, что дело не направляется арбитражным судом на новое рассмотрение, не влечет недействительность третейского соглашения, которая к тому же, как правило, охватывает куда больший круг споров чем предъявленный иск. Законодательство не устанавливает какого-либо предела действия третейской оговорки, поэтому ее действие может быть прекращено лишь по воле самих сторон. И, лишь в случае, если истец

реализовал свое право на обращение в арбитражный суд с тем же иском, третейское соглашение видимо следует считать прекращенным в части данного спора.

Существует также мнение, согласно которому, в случае отказа арбитражного суда в выдаче исполнительного листа третейская оговорка прекращает свое действие, а спор может быть рассмотрено только арбитражным судом. Основанием к такому выводу служит рассуждение о том, что право на рассмотрение спора третейским судом уже было реализовано и, именно поэтому, третейское соглашение утратило силу исполнением. Между тем, этот аргумент не кажется убедительным ввиду того, что при заключении третейского соглашения, стороны передают третейскому суду право на разрешение спора. Если же третейский суд вынес решение, которое не может быть исполнено принудительно (арбитражный суд отказал в выдаче исполнительного листа), то вряд-ли можно говорить что спор был разрешен третейским судом.

Кроме того, нормы права вообще не содержат положений о прекращении действия третейского соглашения по этому основанию.

Представляется, что разумным было бы законодательное установление последствий отказа в выдаче исполнительного листа безотносительно с возвратом на новое рассмотрение или без такового. При этом, принятое третейским судом решение должно считаться отмененным или во всяком случае не действующим, а третейское соглашение действительным. Видимо следует сохранить право истца в этом случае обратиться в государственный суд, установив, что в случае такого обращения, третейское соглашение в части данного спора считается прекращенным.

Возникает вопрос, насколько широко могут быть определены в регламенте постоянно действующего третейского суда права и обязанности сторон. Правила третейского разбирательства, определяются регламентом постоянно действующего третейского суда, кроме того, они регулируются соглашением сторон и непосредственно действующим законодательством. Иерархия этих норм в случае коллизии должна быть следующая, по степени убывания юридической силы: императивные нормы действующего законодательства, правила постоянно действующего третейского суда (рассматриваемые как часть третейского соглашения), собственно третейское соглашение, диспозитивные нормы действующего законодательства.

Кроме того, третейский суд, как постоянно действующий (состав рассматривающий спор), так и созданный по конкретному спору (так называемый "разовый"), вправе самостоятельно устанавливать процедуру разрешения спора в части не урегулированной вышеуказанными нормами, либо когда этими нормами решение того или иного вопроса отдается на откуп судей рассматривающих спор.

Процессуальные последствия заключения сторонами соглашения о третейском разбирательстве, по разному регулировались законодательством РФ, в частности, в силу 2 ч. 2 ст. 85 АПК РФ 1992г., судья арбитражного суда, решая вопрос о принятии искового заявления, обязан был отказать в его принятии, "если сторонами заключено соглашение о передаче данного спора на разрешение третейского суда". Поскольку изменить или расторгнуть третейское соглашение в одностороннем порядке невозможно (Принцип "безотзывности третейской оговорки").

Иной подход был установлен в АПК РФ 1995г. В соответствии с п. 2 ст. 87 АПК РФ 1995г., суд должен оставить иск без рассмотрения, "если имеется соглашение лиц, участвующих в деле, о передаче данного спора на разрешение третейского суда и возможность обращения к третейскому суду не утрачена и если ответчик, возражающий против рассмотрения дела в арбитражном суде, не позднее своего первого заявления по существу спора заявит ходатайство о передаче спора на разрешение третейского суда"¹⁰. Возможность рассмотрения арбитражным судом спора, о третейской процедуре

¹⁰ Постановление Президиума ВАС России от 26.12.96г. № 4488/96.

рассмотрения которого уже имеется специальное соглашение сторон, в данном случае не является нарушением принципа "безотзывности третейской оговорки", о котором упоминалось выше.

Подача истцом заявления в арбитражный суд еще не является действием, нарушающим третейское соглашение, поскольку суд не будет рассматривать такое заявление, если только ответчик сам, в явном виде, не выразит молчанием свое согласие на рассмотрение спора в арбитражном суде. Отказ же от рассмотрения спора в арбитражном суде на стадии его рассмотрения по существу, не является основанием прекращения производства по делу, так как в этом случае ответчик уже согласился на изменение подведомственности, а повторное (обратное) её изменение явно нарушало бы право истца на эффективную судебную защиту.

Любопытно то, что нет никаких закрепленных в правовых нормах запретов, на рассмотрение в третейском суде дела уже рассмотренного в арбитражном суде. Более того, нет и оснований к отказу в выдаче исполнительного листа при таком рассмотрении, кроме, разве что, «исходя из общих принципов процессуального законодательства» и аналогии закона. Но и такой способ судебного контроля не всегда может быть эффективен, ввиду того, что арбитражный суд выдающий исполнительный лист на решение третейского суда может не совпадать с арбитражным судом, рассмотревшим дело и ему не так уж легко узнать о случившемся решении. В этом случае вполне может сложиться ситуация, когда есть два судебных акта имеющих общеобязательную силу, но прямо противоположных друг другу. Исходя из этого, следует сделать вывод о недопустимости рассмотрения третейским судом требований уже рассмотренных государственным судом. Этот запрет прямо следует из того, что между сторонами нет спора, поскольку он уже разрешен в предусмотренном законом порядке.

Заключение третейского соглашения сторонами спора, порождает обязанности у сторон подчиняться его условиям. Третейский суд, хотя и не являющийся стороной соглашения, а только упоминаемый в нем, по всей видимости, должен принять исковое заявление, если рассмотрение спора, указанного в нем входит в компетенцию этого суда. Хотя действующее законодательство не устанавливает публично-правовой обязанности третейского суда рассмотреть такое исковое заявление, практика исходит из того, что постоянно действующие третейские суды, будучи заинтересованными в росте числа рассматриваемых ими дел, принимают к рассмотрению иски, если они формально соответствуют установленным требованиям.

В отношении третейских судов "ad hoc" возможность отказа арбитров от рассмотрения спора по личным соображениям выглядит более вероятной. Постоянно действующие третейские суды, располагая возможностью замены арбитра, не может просто оказаться от рассмотрения спора, если сама возможность его рассмотрения не утрачена. В постоянно действующем третейском суде возможна замена арбитра в случае его отвода или болезни, иных случаях предусмотренных регламентом. Третейское соглашение определяет именно третейский суд, а не конкретное лицо, рассматривающее спор, в противном случае соглашение имеет в виду третейский суд "ad hoc". Выбор сторонами конкретных арбитров постоянно действующего третейского суда не должно мешать защите сторонами своих прав, а должно являться лишь механизмом их наилучшего осуществления. Фактическую невозможность третейского суда рассмотреть конкретный спор можно приравнять к непреодолимой силе, воздействие которой не зависит от воли сторон, но может повлечь невозможность реализации третейского соглашения.

В законодательном порядке последствия отказа от рассмотрения иска не урегулированы и судебной практики по этому вопросу пока также не выработано. Поэтому, приходится лишь предполагать, что в случае, если постоянно действующий третейский суд отказал в принятии иска, такой отказ следует считать утратой возможности рассмотрения спора в третейском суде. При этом, при обращении в

компетентный государственный суд, истцу, конечно, придется представить соответствующее доказательство в виде документа, исходящего от третейского суда и подтверждающего его отказ в рассмотрении иска. Следовательно, арбитражный суд при таких обстоятельствах должен рассмотреть спор по существу, иначе будет нарушено право истца на судебную защиту, установленное ст. 46 Конституции РФ.

Иногда высказывается мнение, что наличие третейского соглашения и даже вынесение третейским судом решения по делу не может воспрепятствовать обращению в государственный суд. При этом указывают на статью 46 Конституции, где указано, что никому не может быть отказано в правосудии. Но, как уже отмечалось выше, правосудие в России осуществляется только судами, входящими в судебную систему закрепленную в Конституции. Таким образом, невозможность обращения в государственный суд для вынесения им решения по существу, воспринимается как отказ в правосудии. Представляется, что точка зрения Е.А. Суханова высказанная на Всероссийской конференции «Третейское разбирательство» (г. Армавир, 19-20 октября 2001г.) более обоснована. В частности было указано, что третейское разбирательство это легальный способ урегулирования споров признаваемый государством. Потому, передавая право на разрешение спора третейскому суду, стороны, тем самым, уже реализуют свое право на правосудие. Это же положение нашло косвенное закрепление в определении Конституционного суда об отказе в принятии к рассмотрению обращения Независимого арбитражного (третейского) суда при ТПП Ставропольского края о проверке Конституционности ст. 333 ГК РФ от 13.04.2000г.

ПОДВЕДОМСТВЕННОСТЬ И ПОДСУДНОСТЬ.

Для того, чтобы осуществить защиту нарушенных прав, третейский суд, прежде всего, должен определиться со своей компетенцией относительно данного спора. И одним из важнейших вопросов здесь является вопрос о подведомственности споров третейскому суду. Правильное определение подведомственности играет важную роль не только для третейского суда, но и в не меньшей степени для самих сторон, поскольку дает им возможность выбора между третейским и арбитражным судом при заключении договора. Под подведомственностью споров в данном случае следует подразумевать круг споров, которые могут быть переданы на разрешение третейского суда.

А под подсудностью определение конкретного третейского суда, на разрешение которого передан тот или иной спор.

Учитывая, что если конкретный третейский суд в соглашении сторон вообще не определен, то стоит признать, что и третейское соглашение не заключено. Соответственно проблема определения подсудности для третейского суда практически отсутствует. Однако теоретически не исключены юридические конструкции, при которых этот вопрос решать приходится. Так, авторам приходилось сталкиваться с третейской оговоркой, которая устанавливала, что споры по договору рассматриваются таким-то третейским судом или другим третейским судом по выбору истца. Не исключена также ситуация, когда несколько третейских судов объединяются в Ассоциацию, и будут рекомендовать третейскую оговорку, например, такого содержания: "Все споры между участниками настоящего договора подлежат рассмотрению одним из третейских судов Ассоциации: (перечень третейских судов), определяемых по месту нахождения истца (ответчика). А если по месту нахождения истца (ответчика) имеется несколько третейских судов, то окончательный выбор из этих третейских судов осуществляется истцом".

Подобная третейская оговорка не противоречит законодательству, регулирующему деятельность третейских судов. Однако, очевидная трудность заключается в том, что достаточно сложно объединить множество третейских судов и добиться регулярного включения столь сложной третейской оговорки в достаточно большое число договоров. Вряд ли в ближайшем будущем появятся подобные ассоциации с благожелательно настроенными друг к другу третейскими судами. Тем не менее, теоретически такое вполне возможно, соответственно с развитием третейского разбирательства в России, подобные вещи вполне могут появиться.

Что касается подведомственности споров третейскому суду, есть определенные терминологические трудности, связанные с употреблением в нормативно-правовых актах, регулирующих процессуальные нормы, разных терминов.

Подведомственность споров третейскому суду определяется на основе двух основных критериев: во-первых, исходя из характера иска, а во-вторых, исходя из субъектного состава сторон.

Поскольку компетенция постоянно-действующих третейских судов регулировалась двумя различными нормативными актами: "Временным положением о третейском суде для разрешения экономических споров" и АПК РФ, в действующем законодательстве, содержатся противоречия относительно определения компетенции третейских судов. Согласно ст. 1 "Временного положения ...", оно применяется при передаче на разрешение третейских судов экономических споров, подведомственных арбитражным судам в соответствии с Законом Российской Федерации "Об арбитражном суде" и Арбитражным процессуальным кодексом Российской Федерации, межгосударственными соглашениями и международными договорами".

Между тем АПК РФ 1995г. (в отличие от АПК РФ 1992г.) в ст. 22 споры в сфере управления включает в состав экономических споров. В результате, если буквально следовать содержанию ст. 1 "Временного положения", то на рассмотрение третейских судов можно отнести такие споры, как:

- о признании недействительными ненормативных актов;
- о признании не подлежащим исполнению исполнительного или иного документа, по которому взыскание производится в бесспорном (безакцептном) порядке;
- об обжаловании отказа в государственной регистрации либо уклонения от государственной регистрации в установленный срок организации или гражданина;
- о взыскании с организаций и граждан штрафов государственными органами, органами местного самоуправления и иными органами, осуществляющими контрольные функции, если федеральным законом не предусмотрен бесспорный порядок их взыскания;
- о возврате из бюджета денежных средств, списанных органами, осуществляющими контрольные функции, в бесспорном порядке с нарушением требований закона.

Это те виды споров, согласно пункту 2 статьи 22 АПК РФ 1995г., относятся к экономическим спорам, разрешаемым арбитражным судом. С другой стороны ст. 23 АПК РФ 1995г. ограничивает круг споров, которые могут быть переданы на разрешение третейского суда гражданско-правовыми спорами.

Чтобы правильно ориентироваться в возможности рассмотрения споров третейскими судами, необходимо правильно понимать правовую природу споров, подведомственных арбитражному суду, а также учитывать возможность заключения третейского соглашения между сторонами такого спора.

АПК РФ 1995г. устанавливает: "Арбитражному суду подведомственны дела по экономическим спорам, возникающим из гражданских, административных и иных правоотношений" (ст. 22), "По соглашению сторон возникший или могущий возникнуть спор, вытекающий из гражданских правоотношений и подведомственный арбитражному суду, до принятия им решения может быть передан сторонами на рассмотрение третейского суда" (ст. 23).

Две категории дел в ст. 22 АПК РФ 1995г. названы не экономическими, а "иными", в этой связи, они, безусловно, не подлежат включению в перечень споров, подведомственных третейскому суду. Это дела:

- об установлении фактов, имеющих юридическое значение;
- о несостоятельности (банкротстве) организаций и граждан.

Поскольку в делах об установлении фактов имеющих юридическое значение нет истца и ответчика, нет и сторон, между которыми могло бы быть заключено третейское соглашение.

А, ст. 5 Закона РФ "О несостоятельности (банкротстве)" содержит прямой запрет на рассмотрение этой категории дел какими-либо другими судами, кроме арбитражных судов.

В то же время Закон о банкротстве в ст. 57 предписывает, что все имущественные требования к должнику предъявляются только в порядке установленном для процедуры банкротства. Однако, закон о банкротстве под имущественными требованиями подразумевает требования по денежным обязательствам должника. Этот вывод можно сделать из информационного письма ВАС «О некоторых вопросах применения в судебной практике ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)" в п.2 которого указано, что под имущественными требованиями следует понимать только денежные обязательства, а не иные имущественные требования. Требования об истребовании имущества, о понуждении к исполнению обязательства (не денежного) рассматриваются в общем порядке.

Следовательно, споры, где требования к должнику находящемуся в процедуре банкротства являются не денежными, могут быть переданы на разрешение третейского суда независимо от стадии банкротства.

Еще одним проблемным вопросом является подведомственность третейскому суду споров о признании прав собственности.

Существует мнение, что такие споры являются по существу делами об установлении факта имеющего юридическое значение, в результате чего они и неподведомственны третейским судам.

Между тем, при наличии спора о праве, в силу п. 8 ст. 87 АПК РФ 1995г., суд обязан оставить заявление об установлении факта имеющего юридическое значение без рассмотрения. В этом случае, заинтересованное лицо, имеет право именно на предъявление иска и рассмотрение спора в порядке искового производства. Это, прямо предусмотрено ст. 22 АПК РФ 1995г. К экономическим спорам по данной статье АПК РФ 1995г. относятся споры о признании права собственности. Эта категория споров относится именно к экономическим спорам. Очевидно, что такой спор является также гражданско-правовым.

А, экономические споры, вытекающие из гражданско-правовых отношений, могут быть переданы на разрешение третейского суда. Соответственно действующее законодательство (обоснованно или нет другой вопрос) предусматривает возможность рассмотрения таких споров третейскими судами. Тем более, что закон РФ "О регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним" от 21.07.97г. в ст.28 прямо устанавливает возможность регистрации права на основании решения третейского суда. Таким образом, специальный закон, регулирующий регистрацию прав на недвижимое имущество и сделок с ним, признает компетенцию третейского суда по вопросам о признании прав собственности.

Исходя из изложенного, можно сделать вывод, что эта категория споров подведомственна третейскому суду. Тем не менее, учитывая абсолютный характер института прав собственности, представляется, что эта категория споров должна быть исключена из подведомственности не только третейских судов, но и государственных арбитражных судов. Ведь правообладателю (собственнику) противостоит неограниченный круг лиц (как юридических, так и физических), которые обязаны соблюдать его право. Соответственно ограничение круга спорящих только лицами, заключившими третейское соглашение или тех, кто по субъектному составу подпадает под юрисдикцию арбитражных судов необоснованно. Такие дела должны рассматриваться судами общей юрисдикции приблизительно в том же порядке, что и дела о признании прав собственности на бесхозяйное имущество, с поиском всех лиц, которые могут или могли бы предъявить свои права относительно спорного объекта.

Еще один спорный вопрос это вопрос о подведомственности третейскому суду (имеется виду третейские суды созданные на основании "Временного положения ...", а не МКАС или МАК) споров с участием иностранных юридических лиц.

Согласно п. 6 ст. 22 АПК РФ 1995г. арбитражный суд рассматривает подведомственные ему дела с участием организаций и граждан Российской Федерации, а также иностранных организаций, организаций с иностранными инвестициями, международных организаций, иностранных граждан, лиц без гражданства, осуществляющих предпринимательскую деятельность, если иное не предусмотрено международным договором Российской Федерации. А ст. 1 Временного положения гласит: "данное Положение не применяется, если хотя бы одна из сторон находится на территории другого государства или является предприятием с иностранными инвестициями, если иное не установлено соглашением сторон". Соответственно, стороны вправе включить в третейское соглашение условие, что они руководствуются "Временным положением ...". В этом случае, спор должен рассматриваться в соответствии с изложенными в нем правилами, а исполнительный лист на принудительное исполнение получаться в арбитражном суде субъекта федерации, на территории которого расположен третейский суд.

Проблема в данном случае заключается в том, что исполнение решения третейского суда на территории другого государства может быть произведено лишь в порядке установленном Нью-йоркской конвенцией "О признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений". Выдача исполнительного листа арбитражным судом субъекта Российской Федерации в данном случае никак не поможет, кроме стран СНГ связанных соглашением "О порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности".

Если же стороны не указали, что они будут руководствоваться "Временным положением ..." третейскому суду следует руководствоваться законом о "Международном коммерческом арбитраже", который указывает, что для целей этого закона "арбитраж" означает любой арбитраж (третейский суд) независимо от того, образуется ли он специально для рассмотрения отдельного дела или осуществляется постоянно действующим арбитражным учреждением, в частности МКАС или МАК. То есть несмотря на заведомо лоббистские нормы в отношении двух отдельно взятых судов (пусть даже самых старых и уважаемых), данный закон признает возможность рассмотрения споров с участием иностранных юридических лиц и любыми иными постоянно действующими и "разовыми" третейскими судами.

Очевидная трудность заключается в том, что регламенты многих третейских судов (создаваемых на основе "Временного положения ...") зачастую не соответствуют правилам, установленным императивными нормами данного закона. Что соответственно влечет или невозможность рассмотрения такого спора или невозможность принудительного исполнения решения.

Некоторые склонны считать, что к компетенции третейского суда не относится спор о признании сделки недействительной. Между тем, очевидно, что это спор гражданско-правовой и в силу ст. 23 АПК РФ 1995г., ст. 1 "Временного положения ..." может быть передан на разрешение третейского суда. Подтверждение компетенции третейского суда на рассмотрение споров о признании сделок недействительными содержится в ст. 9 Закона " О введении в действие части 1 ГК РФ", где указано " нормы применяются к сделкам, требования о признании недействительными и последствия недействительности которых, рассматриваются судом, арбитражным судом или третейским судом".

Тем не менее, имеются определенные проблемы связанные именно с этой категорией споров. Дело в том, что для арбитражных судов обстоятельства, установленные решением третейского суда не являются преюдициальными (ст. 58 АПК РФ 1995г.). Соответственно, решение третейского суда о признании, либо не признании сделки ничтожной не будет окончательным. Хотя подача такого же иска в арбитражный суд влечет прекращение производства по делу, истцу или ответчику ничто не мешает обратиться с иным иском, на который не распространяется третейское соглашение, в рамках которого арбитражный суд должен будет дать оценку и этой спорной сделке. Например, это может быть иск о применении последствий недействительности ничтожной сделки, о признании недействительной регистрации перехода прав на недвижимое имущество (совершенное на основании этой сделки) и т.д. Кроме того, в силу ст. 166 ГК РФ правом на обращение с иском о признании сделки ничтожной обладают также любые заинтересованные лица.

Арбитражный суд, рассматривая иск, может принять иное решение, никак не ориентируясь на позицию третейского суда о недействительности договора, поскольку и не обязан это делать.

Единственное, что может воспрепятствовать этому - наличие судебного акта государственного суда содержащего выводы по тому же вопросу. Поэтому, в случае удовлетворения третейским судом иска о признании договора недействительным, истец может обратиться за выдачей исполнительного листа на принудительное исполнение решения в части возложения на ответчика третейского сбора. Чтобы выдать такой

исполнительный лист, арбитражный суд в своем определении должен установить, что решение третейского суда соответствует законодательству. Хотя, обстоятельства, изложенные в определении, не носят преюдициальный характер, тем не менее, как любой судебный акт, данное определение является обязательным для всех в силу п. 2 ст. 13 АПК РФ 1995г.

Таким образом, наличие третейской оговорки в договоре не делает подведомственность споров третейскому суду по спорам даже по этому договору, абсолютной.

Теперь о подведомственности третейскому суду споров с участием физических лиц. "Временное положение", применяется при передаче на разрешение третейских судов споров подведомственных арбитражным судам (ст. 1). Данный спор по составу участников не подведомствен арбитражному суду, следовательно, "Временное положение» в отношении данного спора не может применяться.

ГПК РСФСР и его Приложение №3, так же делает невозможным рассмотрение такого спора в постоянно действующем третейском суде. Во-первых, в силу возмездности рассмотрения спора третейским судом, а во-вторых, потому, что данный нормативный акт ориентирован только на третейские суды, создаваемые для рассмотрения только этого спора. Однако, хочу обратить внимание на то, что Приложение №3 распространяет свое действие только на споры между гражданами и ничего не говорит о споре между гражданами и юридическими лицами.

Согласно ст. 11 ГК РФ, третейские суды, наряду с судами общей юрисдикции являются органами, осуществляющими судебную защиту нарушенных или оспоренных прав. Согласно п.2 ст. 1, п.1 ст. 2 ГК РФ субъектами гражданско-правовых отношений являются граждане и юридические лица. По ст. 421 ГК РФ, граждане и юридические лица свободны в заключении договора, а условия договора определяются по усмотрению сторон, кроме случаев, когда содержание соответствующего условия предписано законом или иными правовыми актами.

Поскольку, спор возник между юридическим и физическим лицом, то он, без учета третейского соглашения, подведомствен суду общей юрисдикции, поскольку одной из сторон в споре является гражданин не имеющий статус предпринимателя. Статья 27 ГПК РФ 1964г. устанавливает возможность по соглашению *сторон* передать спор на разрешение третейского суда в случаях предусмотренных законом. Такой случай и предусмотрен в ст. 11 ГК РФ, которая предписывает третейскому суду осуществлять защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав.

Таким образом, законодательство России признает право юридического и физического лица передать спор на разрешение третейского суда и право третейского суда защищать нарушенные или оспоренные права. Однако, в отличие от споров подведомственных арбитражному суду и споров между гражданами в "разовом" третейском суде никак не регламентирует процедуру рассмотрения таких споров и правила принудительного исполнения решения третейского суда.

Поскольку, законодательство такую возможность предусматривает, отсутствие законодательного регулирования процедуры рассмотрения третейским судом такого спора и, тем более, принудительного исполнения решения, не может служить основанием для отказа в защите нарушенных прав. Разумеется, если в Регламенте постоянно действующего третейского суда не содержится запрет на разрешение споров возникающих между физическими лицами, юридическими и физическими лицами.

Бывают случаи, когда даже само определение статуса стороны может вызвать затруднение. Например, если стороной по делу является фермер или крестьянско-фермерское хозяйство. Очень часто это образование не проходит никакой государственной регистрации ни как организация, ни в качестве предпринимателя без образования юридического лица. В соответствии с ст.1 Закона "О крестьянском (фермерском) хозяйстве" крестьянское (фермерское) хозяйство представляет собой форму

свободного предпринимательства и является самостоятельным хозяйствующим субъектом с правами юридического лица, представленного отдельным гражданином, семьей или группой лиц, осуществляющим производство, переработку и реализацию сельскохозяйственной продукции на основе использования имущества и находящихся в их пользовании, в том числе в аренде, в пожизненном наследуемом владении или в собственности земельных участков. Действующее законодательство предусматривает возможность разрешения третейским судом споров, вытекающих из гражданских правоотношений и подведомственных арбитражному суду. То есть экономических споров, возникающих из гражданских правоотношений между юридическими лицами, гражданами, осуществляющими предпринимательскую деятельность без образования юридического лица и имеющими статус индивидуального предпринимателя (п.1. ч.1 ст. 22 АПК РФ 1995г.). Поскольку ответчик в силу закона обладает правами юридического лица, то и на эту категорию распространяется подведомственность споров третейскому суду.

Неоднозначна и ситуация касающаяся возможности рассмотрения третейским судом споров, когда третейское соглашение заключено не обычным путем, а путем присоединения к открытому для новых участников договору. Такое положение возникает, когда каждая из сторон не заключает отдельного договора друг с другом, а вступает во взаимоотношения через договор присоединения через одобрение его условий. Это может происходить, например, при совместной деятельности, в биржевых отношениях, межбанковских и др. В принципе ничего незаконного или необычного в этой конструкции нет. Договор присоединения достаточно известная правовая форма закрепления взаимоотношений сторон. Нарекания вызывает в данном случае следующее обстоятельство. Когда очередной участник присоединяется к такому соглашению, он может точно определить с кем на данный момент у него существует такое соглашение (со всеми участниками, которые уже присоединились), но вот действующие участники соглашения еще не знают с кем они пришли к соглашению, поскольку не знают, кто присоединился к соглашению или присоединится в будущем.

При этом зачастую отсутствует соглашение между сторонами спора в виде отдельного документа или в виде обмена письмами.

Представляется, что такое третейское соглашение вполне легитимно, поскольку оно полностью удовлетворяет условиям предъявляемым законодательством к третейскому соглашению. Оно прямо допускает возможность включения третейского соглашения в договор, без исключения договоров присоединения. Что касается неопределенности круга участников, то каждый из участников на любой момент может установить круг возможных контрагентов, выяснив, кто конкретно присоединился к данному договору. Кроме того, подписывая данный договор, его участник заранее дает свое согласие на то, что он вступит в правоотношения с любым лицом, которое присоединится к такому договору. А потому было бы нелогично, считать договор распространяющим свое действие на всех участников в части гражданско-правовых обязательств, но считать незаключенным третейскую оговорку, содержащуюся в этом же договоре. Третейское соглашение входит в правовой режим договора и не должно рассматриваться в отрыве от него.

УЧАСТНИКИ ТРЕТЕЙСКОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА.

Участниками третейского разбирательства могут быть юридические лица и предприниматели без образования юридического лица. Т.е. субъектный состав участников не отличается от участников арбитражного процесса по большинству рассматриваемых им дел. Собственно говоря, нет отличий и в самом составе участников – они практически идентичны. Но, тем не менее, определенные различия в правовом положении участников все же присутствуют, и они естественно связаны с тем, что третейское разбирательство является договорной процедурой и компетенция третейского суда строго ограничена рамками третейского соглашения заключенного между истцом и ответчиком.

Исключение здесь может составлять разве что невозможность участия в процессе прокурора как процессуального истца, представляющего чьи-либо интересы. Так же невозможно и принесение протеста на решение третейского суда, хотя вполне допустимо принесение протеста на определение арбитражного суда разрешившего вопрос о выдаче или об отказе в выдаче исполнительного листа.

Одно из самых существенных отличий в процессуальных фигурах участников, является затруднительность привлечения к участию в процессе третьих лиц. Это связано с тем, что на них не распространяется действие третейской оговорки. Поскольку они не заключали третейского соглашения со сторонами, то и их участие в процессе невозможно. Между тем, у третейского суда, а особенно у сторон третейского разбирательства потребность в привлечении третьих лиц возникает. Иногда, третейские суды предлагают третьему лицу принять участие в судебном заседании, известив его о рассмотрении дела. И оно участвует в разбирательстве, только если согласно принять в нем участие. Но на практике, даже и в этом случае возникают проблемы, при выдаче исполнительного листа. Дело в том, что арбитражные суды, вполне обоснованно требуют представить письменное третейское соглашение между всеми участниками процесса, а, как правило, оно отсутствует, а у третейского суда есть только, в лучшем случае, письменное согласие этого третьего лица на участие в процессе. Безусловно, что этот документ не может заменить, трехстороннего третейского соглашения. А является согласием третьего лица на предложение суда участвовать в процессе.

Таким образом, мы видим, что в принципе проблема привлечения третьих лиц в третейское разбирательство вполне решаема, по крайней мере в теории. Но в то же время остается вопрос о правовых последствиях необходимости такого привлечения. Основным побудительным мотивом привлечения третьего лица является в процесс, является возможность предъявления к нему регрессных требований. Но в ситуации с третейским разбирательством, есть достаточно серьезное отличие от арбитражного процесса. Отсутствует преюдициальность его решений. В этой ситуации, нет никакой разницы, участвовало ли третье лицо в процессе или нет, поскольку при рассмотрении иска в порядке регресса, например, в арбитражном суде решение третейского суда не будет преюдициально для лиц участвующих в деле. А значит, снова возникнет необходимость повторного доказывания тех же обстоятельств. И здесь никто не застрахован от положения, когда третейский суд и арбитражный придут к совершенно противоположным выводам, а в качестве пострадавшей стороны окажется ответчик, с которого третейский суд взыскал средства, а арбитражный суд откажет в регрессных требованиях. И это, безусловно, один из отрицательных моментов третейского разбирательства.

Как и в арбитражном суде, стороны осуществляют свои правомочия через представителей. С точки зрения оформления полномочий представителей, требования третейского суда не отличаются от требований арбитражного. Но достаточно часто возникает ситуация когда третейские судьи вынуждены решать вопрос о допуске представителя в судебный процесс, в связи с неточностью формулировок доверенности. Когда полномочия стороны указаны как «представлять интересы в суде» проблемы не возникает, но как быть с ситуацией, когда у представителя постоянная доверенность, в

которой указано, что он имеет право «представлять интересы в арбитражном суде»? С точки зрения общих правил оформления полномочий, третейский суд не вправе допускать данного представителя до участия в процессе, в связи с отсутствием у него полномочий участвовать именно в третейском разбирательстве. Однако, на практике, можно констатировать, что зачастую и третейские суды и арбитражный суд не придают этому обстоятельству значения, рассматривая такое ограничение полномочий в доверенности просто как техническую ошибку, а не как выражение воли организации на ограничение полномочий представителя.

Достаточно долго существовала проблема правопреемства в процессе связанная с переменной лиц в обязательстве. В основном это было связано с уступкой требований или переменной лиц в обязательстве в силу закона. Возникает вопрос, в какой суд должен обращаться новый кредитор, если в договоре, на котором основаны эти требования, содержится третейская оговорка? Если следовать ст. 3 "Временного положения", где установлено что соглашение заключается между сторонами, можно прийти к выводу, о нераспространении действия третейской оговорки на нового кредитора. Ведь должник не давал новому кредитору своего согласия на передачу спора в третейский суд, следовательно, соглашение между этими сторонами не достигнуто.

Однако, в соответствии с ст. 384 ГК РФ право первоначального кредитора переходит к новому кредитору в том же объеме и на тех же условиях, которые существовали к моменту перехода права, если иное не предусмотрено законом или договором. Соответственно, если заключенный между сторонами договор уступки прав, не устанавливает таких ограничений, на нового кредитора распространяется весь правовой режим, которому подчиняется договор, в том числе все права, которыми обладал первоначальный кредитор.

Предъявление иска в защиту нарушенных прав представляет собой одну из составных частей содержания права требования перешедшего к новому кредитору. Сохранение ранее установленного сторонами порядка разрешения споров не ущемляет прав сторон и позволяет обеспечить надлежащую защиту интересов должника.

Учитывая это, можно сделать вывод о том, что к упоминаемым в ст. 384 ГК РФ условиям, на которых права первоначального кредитора переходят к новому кредитору, относится и условие о рассмотрении споров в третейском суде. Таким образом, при уступке прав по договору, новый кредитор может обращаться в указанный в договоре третейский суд за защитой своих прав. Такая позиция нашла свое подтверждение в Постановлении Президиума Высшего арбитражного суда от 17.06.1997г. № 1533/97.

Тем не менее, данная судебная практика представляется спорной. Статья 3 "Временного положения ...", недвусмысленно устанавливает, что "Соглашение о передаче спора третейскому суду – это соглашение СТОРОН ...". Учитывая автономность третейской оговорки от других условий договора, третейская оговорка это соглашение сторон не зависящее от других условий договора, по существу договор в договоре.

Соответственно замена стороны в третейском соглашении возможна только с согласия обеих сторон договора. Заключая третейское соглашение, стороны приобретают одновременно и право и обязанность подчиниться юрисдикции данного третейского суда. Соответственно, уступая право по третейскому соглашению, необходимо передать и обязанность. А, такая передача в силу ст. 391 ГК РФ возможна только с согласия кредитора в обязательстве.

Более того, соглашаясь на передачу спора с конкретным лицом на разрешение третейского суда, сторона могла, например, предполагать, что сведения о судебном процессе именно с этим лицом в силу его личных особенностей, останутся не разглашенными. Возможно в силу принятого порядка делопроизводства, возможно исходя из необходимости сохранить коммерческую тайну взаимоотношений между СТОРОНАМИ третейского соглашения. То есть в данном случае право лица обратиться в

третейский суд неразрывно связано с личностью кредитора и, в силу ст. 383 ГК РФ, не может переходить к другому лицу.

В соответствии с п.1 ст. 388 ГК РФ, уступка требования кредитором другому лицу допускается, если она не противоречит закону, иным правовым актам или договору. Временное положение о третейском суде для разрешения экономических споров, принятое Верховным Советом, по своему правовому статусу можно отнести к закону. Во всех случаях, оно является правовым актом, следовательно, требование о наличии третейской оговорки именно между сторонами третейского разбирательства содержащееся в ст. 3 "Временного положения ...", по существу прямо запрещает всякую уступку в части права на обращение в третейский суд.

Наконец, нетрудно видеть, что уступка права возможна только в обязательстве, пусть даже возникшем из договора. Соответственно в случае уступки права на получение оплаты за поставленный товар, первоначальный кредитор заменяется новым кредитором только в обязательстве по оплате и акцессорных обязательствах обеспечивающих это право. В иных обязательствах возникших из того же договора замена не происходит. Поскольку третейская оговорка является условием отличным от обеспечительных, уступка права по любому из основных обязательств договора не влечет перемену лица в обязательстве возникшем из третейского соглашения безотносительно, включено ли оно в договор (третейская оговорка) или нет.

Ряд сторонников возможности перехода права на обращение в третейский суд в результате уступки ссылаются также на то, что третейское соглашение является не гражданско-правовой сделкой, а процессуальной, в результате чего вышеуказанные нормы гражданского права к этим отношениям неприменимы. Этот аргумент представляется также малоубедительным. Гражданский кодекс под сделкой подразумевает действия юридических лиц или граждан направленных установление гражданских прав и обязанностей, то есть правоотношений. Правоотношениями же являются отношения урегулированные нормами права.

Возникает вопрос. Какими нормами права регулируются отношения сторон по формированию условий гражданско-правового договора? Ни АПК, ни ГПК ничего подобного не содержат. И, если правила приемки продукции по количеству и качеству и/или претензионный порядок включаемый сторонами в договор регулируется нормами гражданского права, то и регулирование сторонами порядка разрешения спора - третейское соглашение, также регулируется нормами гражданского права. Разумеется с учетом правил установленных специальным законодательством, регулирующим собственно третейское разбирательство.

Кроме того, отрицая гражданско-правовую природу третейского соглашения, следует признать, что и право кредитора на уступку с "сохранением всего правового режима сделки", основанное исключительно на нормах гражданского права, также неприменимо. В этом случае у сторонников возможности уступки права по третейскому соглашению вообще не остается правовых аргументов. Ведь, если общие правила, касающиеся перемены лиц в обязательстве применяются к третейскому соглашению, то на основании чего следует не применять специальные правила закрепленные той же главой гражданского кодекса.

Тем не менее, вышеуказанное Постановление Президиума ВАС недвусмысленно сформировало судебную практику по данному спору и на момент написания данной книги этот вопрос решен в пользу права нового кредитора обращаться в третейский суд согласованный первоначальным кредитором и должником.

Гораздо более сложным является вопрос о сохранении третейской оговорки при суброгации. Действительно, при страховании ответственности по договору, к страховщику выплатившему страховое возмещение переходит право требования к должнику. Но распространяется ли это правило и на третейскую оговорку, как и на прочие условия договора? Если исходить из того, что в данном случае произошла перемена лиц в

обязательстве в силу закона, то тогда этот вывод очевиден, и он обосновывается также как и предыдущий случай с уступкой прав. Право на обращение в третейский суд основано на том, что в силу ст. 965 ГК РФ при выплате страхового возмещения к страховщику переходит право требования, которое страхователь имеет к лицу, ответственному за убытки возмещенные в результате страхования.

Эта точка зрения представляется достаточно убедительной. Хотя противники этой точки зрения настаивают на том, что этот случай не является классической цессией. А предусмотренное законом право регрессного требования, всего лишь форма возмещения убытков страховой компанией, при которой последняя вовсе не вступает в обязательство как его сторона. Кроме того, в этом случае, происходит не полная перемена лица в обязательстве, а только в части суммы выплаченного страхового возмещения. В остальном же, права и обязанности сторон сохраняются. Поэтому, суброгация не влечет за собой те же последствия, что и обычная уступка, а потому третейское соглашение остается между теми же лицами.

Остается неурегулированным вопрос о возможности рассмотрения третейским судом споров, в которых участвует учредитель постоянно действующего третейского суда. В данном случае это прямо противоречит принципу беспристрастности третейского разбирательства. Видимо, в подобной ситуации возможно заявление отвода третейскому судье ввиду его заинтересованности, если это предусмотрено правилами постоянно действующего третейского суда или соглашением сторон. Приведенный ниже пример иллюстрирует вышесказанное.

В "Сибирский третейский суд" был заявлен иск о взыскании неустойки и убытков в связи с неисполнением ответчиком обязательств по договору, а также встречный иск по тому же договору.

В процессе рассмотрения спора истец заявил отвод избранному ответчиком судье. Отвод заявлен по тем основаниям, что данный судья является председателем другого третейского суда, управляющим которого в свою очередь является представитель ответчика. Таким образом, по мнению истца, имеется наличие тесных деловых связей между ними. Кроме того, этот третейский суд под председательством отводимого судьи уже рассматривал спор между теми же лицами по тому же договору. Таким образом, можно предположить, что при оценке обстоятельств этого дела этот судья будет связан ранее вынесенным решением, то есть его мнение частично сформировано до рассмотрения настоящего спора.

Представитель ответчика пояснил, что в этом третейском суде как он сам, так и отводимый судья работают по совместительству и связаны только делами службы, никаких тесных личных отношений нет. Судья, которому был заявлен отвод, дополнительно пояснил, что решение того третейского суда не связано с рассмотрением данного спора и, кроме того, принималось коллегиально. Никакой прямой или косвенной заинтересованности в исходе дела у него нет.

Рассмотрев заявление об отводе, Коллегия приняла решение отвести судью по следующим основаниям.

Согласно п. 5.7 Регламента Сибирского третейского суда, отвод может быть заявлен Арбитражу если имеются сомнения в его беспристрастности, то есть можно предположить, что он лично прямо или косвенно заинтересован в исходе дела. Третейское разбирательство предполагает безусловное доверие обеих сторон третейским судьям. Именно поэтому Регламент Сибирского третейского суда в качестве основания для отвода устанавливает не наличие заинтересованности, а лишь возможность предположения в наличии заинтересованности. Тот факт, что в процессе рассмотрения спора в ином третейском суде между теми же лицами, по тому же договору у судьи выработалось мнение относительно исполнения сторонами своих обязательств, а также тот факт, что данный судья и представитель ответчика являются руководителями этого третейского суда, порождают неустраняемые сомнения

в беспристрастности. Вышеуказанные обстоятельства позволяют предположить о наличии заинтересованности арбитра в исходе дела, следовательно в соответствии с п. 5.7 Регламента он подлежит отводу.

Практика отвода судей широко известна в процессуальном законодательстве и, сама по себе, не является новой. В данном случае интерес представляют именно основания для отвода. В арбитражном и гражданском процессе основаниями для отвода судьи являются родственные отношения, участие в предыдущем рассмотрении данного дела, а также наличие личной, прямой или косвенной заинтересованности в исходе дела, либо наличие иных обстоятельств, вызывающих сомнение в беспристрастности судьи. Последнее основание по существу не работает, поскольку никому еще не удавалось доказать, что судья заинтересован в исходе дела. Возможно это и правильно для государственных судов, где лицо уполномоченное государством не должно отводиться без наличия серьезных оснований подкрепленных весомыми доказательствами. Иное дело арбитры в третейских судах. Само рассмотрение спора в третейском суде невозможно без соглашения сторон о передаче спора на разрешения именно этого третейского суда. То есть, основой третейского разбирательства является доверие сторон третейскому суду, а значит и тому составу, который будет рассматривать данный спор.

Поэтому, предъявлять повышенные требования к беспристрастности и не заинтересованности в исходе дела для третейских судей представляется правильным, ведь отсутствие доверия составу третейского суда (или даже одному из арбитров) противоречит самой основе третейского разбирательства. В данном случае оба арбитра, разрешая вопрос об отводе, были на 100% уверены в отсутствии заинтересованности. Доказательств неопровержимо свидетельствующих о заинтересованности отводимого арбитра истец не предоставил, да и, как выше сказано, это практически невозможно. И, тем не менее, отвод был удовлетворен, поскольку имеющиеся обстоятельства давали возможность предположить наличие заинтересованности.

Что же касается последствий утраты возможности рассмотрение иска в соответствующем третейском суде в связи с тем, что ни один из арбитров не может принять участие в рассмотрении спора, то истцу придется подавать иск в компетентный государственный суд, поскольку это означает утрату возможности рассмотрения спора третейским судом. В случае, когда ни правила суда, ни соглашение сторон не предусматривают возможности отвода, остается надеяться на то, что нарушения, допущенные таким составом суда, и ущемляющие права какой-либо из сторон будут обнаружены компетентным государственным судом при рассмотрении заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда.

Тем не менее, отсутствие законодательного права на отвод является нонсенсом и в обязательном порядке должно быть устранено в законодательном порядке, поскольку, как указано выше, требования к независимости и беспристрастности третейских судей должны быть скорее более строгими, чем к судьям государственных судов, а не наоборот.

ТРЕТЕЙСКИЙ СБОР И РАСХОДЫ СТОРОН

За рассмотрение споров третейский суд взимает с истца третейский сбор, в установленном им размере. Размер третейского сбора в разных судах, совершенно различен, и зависит от многих обстоятельств. Но, как правило, он несколько ниже, чем соответствующая государственная пошлина в арбитражном суде. Однако, из этого правила есть множество исключений касающихся в основном крупных исков. Поэтому, говорить о том, что третейское разбирательство процедура более дешевая по сравнению с арбитражным процессом можно только весьма условно.

В своем большинстве третейский суд устанавливает сбор в процентах от суммы иска. При этом зачастую многие суды вводят понятие минимального третейского сбора, который уплачивается при подаче неимущественных требований и по искам на небольшую сумму. Его введение связано с необходимостью покрытия судом расходов на рассмотрение дела, которые не зависят от суммы предъявленного иска и, как правило, носят постоянный характер. Многие Регламенты содержат положения, которые гарантируют оставление у третейского суда части сбора, независимо от того было дело рассмотрено или вообще оказалось неподсудным данному третейскому суду. Эта норма фактически устанавливает некий регистрационный сбор, уплачиваемый при подаче иска и не возвращаемый. Его существование вызвано тем, что суд несет расходы в любом случае, как только поступает иск и уж тем более это касается тех случаев, когда собирается коллегия судей. Наиболее яркий пример тому - МКАС.

В процессе деятельности третейских судов, вопрос о том является ли их деятельность некоммерческой, не раз обсуждался юристами, и большинство из них приходит к выводу, что эта деятельность, безусловно, является некоммерческой. Эта позиция базируется, прежде всего, на определении коммерческой деятельности закрепленной в статье 2 ГК РФ, как деятельность целью которой является получение прибыли. Целью же третейского разбирательства является защита нарушенных или оспоренных прав. Получение дохода не является и не может являться целью деятельности третейского суда. Соответственно третейский сбор получаемый судом является не доходом, а способом компенсации издержек по осуществлению защиты нарушенных или оспоренных прав. Этот вывод находит свое подтверждение и в ст. 11 ГК РФ устанавливающей, что деятельность третейского суда такая же, как и у государственного суда, за которую взимается госпошлина. При этом деятельность государственного суда никому и в голову не приходит назвать коммерческой. Таким образом, деятельность третейского суда является не предпринимательской, а судебной, и поэтому не подлежит обложению налогами как от коммерческой деятельности.¹¹

Как уже упоминалось выше, основная функция третейского сбора это покрытие расходов на третейское разбирательство. Однако в этом случае можно сделать вывод, что уплата третейского сбора в сумме превышающей эти расходы необоснованна или является прибылью третейского суда. Возможность рассмотрения этих сумм как прибыли, рассмотрен в главе "Правовая природа третейского разбирательства, характер взаимоотношений сторон третейского разбирательства и третейского суда". Стоит только отметить, что по ряду формальных признаков и эти суммы нельзя относить к прибыли. В том числе потому, что функция третейского сбора не только возмещение расходов связанных непосредственно с организацией третейского разбирательства по данному делу, но и с обеспечением функционирования третейского суда вообще как органа

¹¹ Эти доводы привел ВАС РФ, отказав ГНИ №10 Центрального округа г. Москвы в принятии протеста на постановление апелляционной инстанции Арбитражного суда г. Москвы по делу №12-30 от 26.06.95г., в котором ГНИ требовало взъясания сумм налогов, начисленных в связи с уплатой третейского сбора и выплатой гонораров арбитрам.

осуществляющего защиту прав. И в этом ракурсе необходимо лишь следить за тем, чтобы полученные средства расходовались строго целевым образом.

Несмотря на кажущуюся простоту вопроса об уплате третейского сбора, на практике иногда приходится решать нетривиальные задачи. Один из таких вопросов - должна ли предоставляться отсрочка его уплаты в порядке аналогичной отсрочке уплаты государственной пошлины? Никаких нормативных документов регулирующих этот вопрос нет, есть только определенные положения регламентов третейских судов. Предоставление отсрочки в государственных судах обосновывается тем, что отсутствие средств не может быть основанием к отказу в защите нарушенных прав.

В принципе ничему не противоречит отнесение этого же положения и к третейскому суду. Однако, третейский суд не входит в судебную систему и не является государственным органом. Поэтому третейский суд как самофинансируемая организация вправе сама регулировать этот вопрос. На практике третейские суды зачастую такие отсрочки истцу предоставляют. В результате впоследствии возникает вопрос о праве третейского суда на взыскание таких средств. Хотя на первый взгляд, очевидно, что третейский суд имеет такое право, необходимо обосновать на основании каких норм права это можно сделать. Очевидно, что третейский суд не может действовать на основании закона о государственной пошлине. Практически невозможно применить и никакие иные нормы права кроме гражданского со ссылкой на общие нормы о том, что обязательства должны исполняться. Хотя гражданско-правовой характер обязательства по уплате третейского сбора все равно остается под большим сомнением.

Невозможность принудительного взыскания третейского сбора в порядке установленном для государственной пошлины очень остро ставит для третейских судов и вопрос чисто процессуального характера. А именно - вопрос о праве истца на увеличение суммы иска в процессе третейского разбирательства. Возможность изменения размера исковых требований до вынесения решения закреплена практически во всех регламентах третейских судов. Но не стоит забывать, что большинство юристов привыкло к правилам увеличения суммы иска установленных арбитражным судом. То есть сторона изменяет свое требование без соответствующей доплаты государственной пошлины, а арбитражный суд при вынесении решения распределяет ее между сторонами в соответствии с удовлетворенными требованиями. При этом, госпошлина недоплаченная истцом с требования которое судом удовлетворено взыскивается с ответчика в бюджет Российской Федерации. В принципе третейский суд может поступить точно так же, правда возможность взыскания третейского сбора с ответчика в свою пользу у него существенно меньше. Если третейский суд принял решение отнести неуплаченную истцом часть третейского сбора на ответчика и соответственно взыскать ее в свою пользу, он может сослаться только на положения своего регламента делающие возможным такое распределение.

Тем не менее, имеется судебная практика, когда исполнительные листы на взыскание третейского сбора фактически в пользу третейского суда выдаются. Правовые основания для этого устанавливаются в правилах постоянно действующего третейского суда. В частности, в соответствии с п. 7.1 части 3 Положения об арбитражных сборах РКАС при МТПП г. Армавира, *"Суд вправе предоставить отсрочку уплаты сбора до вынесения решения по существу с последующим взысканием сумм сбора в пользу Армавирской МТПП о чем делается запись в резолютивной части решения"*. В случае неисполнения указанной части решения, по заявлению МТПП арбитражным судом Краснодарского края может быть выдан исполнительный лист на принудительное исполнение указанной части решения".

Арбитражный суд Краснодарского края исполнительные листы на взыскание третейского сбора с ответчика в пользу МТПП г. Армавира (при которой на праве обособленного подразделения действует РКАС) выдает.

Представляется, тем не менее, что такая судебная практика является, как минимум спорной. Если рассмотреть действующее законодательство, то согласно второму абзацу ст. 25 "Временного положения ...", заявление о выдаче исполнительного листа подается стороной, в пользу которой вынесено решение. В данном случае МТПП стороной спора не является, хотя бы потому, что между ней, истцом и ответчиком отсутствует третейское соглашение о передаче данного спора на разрешение РКАС. Поэтому в соответствии со ст. 26 "Временного положения ..." арбитражный суд должен отказать в выдаче листа хотя бы потому, что соглашение сторон о рассмотрении спора в третейском суде не достигнуто (между ответчиком и МТПП). Кроме того, очевидно, что рассматривая вопрос о взыскании третейского сбора в пользу МТПП, третейские судьи РКАС при МТПП не могут соответствовать требованию "беспристрастности и независимости" установленной п.2 ст. 8 Регламента РКАС. Ведь фактически взыскивается третейский сбор в пользу самого арбитражного суда и именно из этих денег третейские судьи получают свой гонорар.

Но даже, если исключить эту норму из Регламента, останется требование к равенству сторон установленное в ст. 9 "Временного положения". Соответственно, либо третейский суд (юридическое лицо в рамках которого он действует) не является стороной (тогда нет оснований для выдачи исполнительного листа), либо стороны изначально неравны, в силу имущественной заинтересованности всех без исключения третейских судей в решении данной части спора.

Именно поэтому у третейских судов зачастую возникает соблазн не принимать увеличение исковых требований до их оплаты истцом.

Представляется, что если в регламенте установлено право третейского суда, отказать в увеличении исковых требований до полной оплаты третейского сбора, то такой отказ правомерен. Если же, напротив, Регламентом предусмотрено право на отсрочку уплаты третейского сбора с отнесением его на ответчика с последующим взысканием в пользу третейского суда, третейский суд не вправе отказать истцу в реализации его процессуальных прав. При этом наличие либо отсутствие возможности принудительного получения третейским судом сбора с какой-либо из сторон, не имеет значения. Этот вопрос должен решаться им за пределами этого процесса.

Расходы, связанные с рассмотрением дела в третейском суде, состоят из третейского сбора, сумм, подлежащих выплате переводчику, эксперту, расходы, связанные с командировкой судей к месту рассмотрения спора, и другие. Распределение расходов между сторонами производится третейским судом в соответствии с соглашением сторон, а при отсутствии такого соглашения по своему усмотрению. На практике третейские суды руководствуются правилом о пропорциональном распределении расходов соразмерно удовлетворенным требованиям. Такой подход отвечает общепринятой практике третейских судов, заимствованной из гражданского и арбитражного процесса¹². Временное положение не содержит ориентира, руководствуясь которым третейский суд мог бы распределить расходы. Возможно, такой подход связан с субсидиарным характером большинства норм Временного положения, предполагающего, что стороны или третейский суд в состоянии самостоятельно определить правила рассмотрения спора.

В состав расходов, связанных с рассмотрением дела "Временное положение ..." не включает расходы по оплате услуг представителя. Такие расходы могут быть заявлены в

¹² ст. 95 АПК РФ "Распределение между лицами, участвующими в деле, судебных расходов".

общем порядке в качестве убытков, однако стороны, заявляя такие требования в процессе рассмотрения спора, зачастую полагают, что третейский суд обязан включить эти суммы в соответствующие расходы и распределить их в соответствии с удовлетворенными требованиями. Однако, если в соглашении сторон или правилах третейского суда не предусмотрено иное, требования о взыскании убытков в виде расходов по оплате услуг представителя не подлежат рассмотрению третейским судом, даже в случае надлежащего их оформления, поскольку они не охватываются третейским соглашением.

В качестве примера можно привести решение "Сибирского третейского суда". В заседании истец заявил ходатайство, об отнесении на ответчика суммы вознаграждения, подлежащего уплате представителю истца в случае удовлетворения иска. В удовлетворении данного ходатайства судом отказано, так как, заявив такое ходатайство, истец фактически изменял предмет иска, включая в него также и убытки, однако, для того чтобы суд мог рассмотреть такое требование, оно должно быть, включено в предмет иска, а также должен быть оплачен соответствующий третейский сбор. Кроме того, поскольку компетенция третейского суда жестко связана с соглашением сторон о группе споров передаваемых на рассмотрение суда, то взыскание услуг представителя становится проблематичным ввиду того, что стороны не передавали на разрешение суда этого спора. Хотя многие третейские суды идут по пути взыскания таких расходов, если у них в Регламенте есть соответствующий пункт, допускающий такое взыскание.

Тем не менее, законом, регулирующим третейское разбирательство, может и должна быть предусмотрена возможность для сторон и третейского суда предусматривать или не предусматривать отнесение расходов на представителя к расходам по третейскому разбирательству с правом возложения их на проигравшую сторону.

Третейские судьи за участие в рассмотрении спора получают вознаграждение – гонорар. Однако смысл термина "гонорар" во "Временном положении ..." не соответствует общепринятому в законодательстве. Гонорар выплачивается, например, по авторским договорам, а также исполнителям произведения. Арбитры третейских судов (в том числе и международного коммерческого арбитража) также получают гонорар, однако основание таких выплат не связано с использованием авторских или смежных прав и заключением авторских договоров.

В результате возникает неопределенность по поводу того, как рассматривать эти выплаты с точки зрения налогообложения. В свою очередь это порождает противоположные взгляды на обязанность уплаты налогов и страховых взносов с гонораров третейских судей полученных ими связи с осуществлением третейского разбирательства. Исходя из того, что любое исключение из правил налогообложения должно специально закрепляться в налоговом законодательстве, представляется, что с гонораров третейских судей должны уплачиваться налоги и страховые взносы в обычном порядке.

ТРЕТЕЙСКИЕ СУДЬИ. СОСТАВ СУДА.

Третейский суд является всего лишь органом организующем третейское разбирательство, но саму деятельность по разрешению спора осуществляют вполне конкретные люди – судьи третейских судов от профессионализма и человеческих качеств которых, зависит насколько верным будет вынесенное ими решение. Именно поэтому, стоит пристально взглянуть, кто же эти люди, по каким критериям они отбираются, и как формируется конкретный состав третейского суда для рассмотрения дела.

Прежде всего, кто вообще может быть третейским судьей. Например, статья 5 "Временного положения" содержит следующие скудные требования к кандидатам в третейские судьи: *"Третейским судьей может быть только физическое лицо, обладающее дееспособностью и давшее согласие на выполнение обязанностей третейского судьи"*. А в 5-м абзаце этой же статьи говорится, что *"при передаче спора в постоянно действующий третейский суд стороны назначают третейских судей в порядке, установленном правилами этого суда"*.

Означает ли это, что третейским судьей постоянно действующего третейского суда может быть:

- а) юридическое лицо;
- б) недееспособный;
- в) не давшее никакого согласия на выполнение обязанности третейского судьи?

Несмотря на абсурдность вопроса, буквальное толкование смысла текста приводит к необходимости дать положительный ответ на этот вопрос.

Представляется все же, что исходя из иных норм действующего законодательства это невозможно.

Так лицо, не давшее согласия на выполнение обязанности третейского судьи, не может быть принуждено к этому в силу ст. 37 Конституции РФ, которая устанавливает запрет на принудительный труд.

Всякие действия направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей совершенные недееспособным ничтожны в силу ст. 171 ГК РФ. Таким образом, недееспособный, также не может быть третейским судьей.

Что касается возможности юридических лиц отправлять правосудие в постоянно действующем третейском суде, то этот вопрос решается не так однозначно. В силу ст. 53 ГК РФ, юридические лица приобретают гражданские права и принимают на себя гражданские обязанности через свои органы. То есть в конечном итоге через действия физических лиц, действующих либо на основании устава, либо на основании доверенности. Таким образом, в конечном итоге, третейским судьей все равно будет являться физическое лицо.

Других требований или ограничений для назначения судьи третейского суда, например, связанных с гражданством, возрастом или уровнем образования, «Временное положение» также не предусматривает, что стороны или постоянно действующий третейский суд вправе устанавливать собственные требования к арбитрам. Представляется, что такое упущение не может ограничивать права участников третейского разбирательства, поскольку доверительный характер разбирательства независимо от специального указания во «Временном положении» влечет дифференциацию арбитров в соответствии с их личными и профессиональными качествами.

Необходимо помнить, что «Временное положение» регулирует только требования к самому судье. Но и эти требования (дееспособное физическое лицо, давшее согласие на исполнение обязанностей третейского судьи) носят настолько общий характер, что фактически быть третейским судьей может любое лицо. В этом смысле было бы полезно

частично учесть положения ст. 3, 4 Закона РФ "О статусе судей в Российской Федерации", который в качестве обязательного требования устанавливает отсутствие порочащих судью поступков, всего, что могло бы умалить авторитет судебной власти, достоинство судьи или вызвать сомнение в его объективности, справедливости и беспристрастности, судья не вправе быть депутатом, принадлежать к политическим партиям и движениям, осуществлять предпринимательскую деятельность, а также совмещать работу в должности судьи с другой оплачиваемой работой. Из этой нормы, кстати, следует такой немаловажный вывод как невозможность государственному судье осуществлять функции третейского судьи.

В отношении третейских судей таких строгих требований не предусмотрено, во-первых, в связи с "договорным", а не абсолютным, олицетворяющим волю государства, авторитетом арбитра, и во-вторых, в связи с отсутствием для арбитров каких-либо гарантий в связи осуществлением ими третейского разбирательства. Проявление неуважения к арбитру третейского суда не влечет специальной ответственности, как это предусмотрено Законом РФ "О статусе судей в Российской Федерации".

Но, совокупность высоких знаний исключительно в области юриспруденции не всегда является оптимальным набором интеллектуальных качеств судьи. В некоторых спорах бывают полезными навыки из какой-либо другой, не юридической, отрасли, – как правило, из той, с которой связано рассматриваемое дело. Часто бывает необходимым и достаточным условием присутствие в качестве третейского судьи просто мудрого и опытного человека.

Особая процедура формирования третейского суда позволяет включить в его состав, наряду с юристами, наиболее квалифицированных специалистов (не юристов) в той или иной области хозяйственных отношений. Этим достигается максимально эффективное сочетание правовых и специальных познаний, способствующее более эффективному и объективному рассмотрению особо сложных гражданско-правовых споров.

Юриспруденция – это достаточно объемная наука, знать которую всю в деталях – невозможно, но она очень удачно приспособлена для специализации по тем или иным ее разделам. Юридический профессионализм судей третейского суда, несомненно, является крайне важным показателем при выборе арбитров. В третейском же суде, особенно специализированном на разрешении конкретных споров, принимая во внимание, что судьи здесь избираются сторонами, найти нужного специалиста в конкретной области правовых знаний гораздо больше шансов. Преимуществом третейского разбирательства в этом плане является также тот факт, что постоянно действующие третейские суды рассматривают дела, как правило, в составе судебной коллегии из трех человек. Часто бывает полезным то качество третейских судов, что его арбитры являются искушенными практиками с большим практическим опытом.

Некоторые третейские суды, используя предоставленную им свободу в регламентации процесса, устанавливают свои или какие-либо дополнительные требования к профессиональному и образовательному уровню своих судей. Так, Положение "О Третейском суде НАУФОР" предусматривает, что арбитром Третейского суда "может быть лицо, в том числе иностранный гражданин, имеющее высшее юридическое или экономическое образование либо иное образование, и обладающее познаниями в области законодательства о ценных бумагах или имеющее практический опыт работы на рынке ценных бумаг".

В целях завоевания хорошей репутации и большего влияния, третейский суд заинтересован в пополнении своего состава хорошо квалифицированными арбитрами. Среди судей различных третейских судов много докторов и кандидатов юридических наук, широко известных юридических деятелей. Есть в составе некоторых третейских судов ученые, чьи имена известны буквально всей России.

Вопрос о профессионализме судей рассматриваемых судов также тесно связан с вопросом о стимулировании и мотивации судей соответствующих третейских судов. На сегодня деятельность многих юристов в качестве третейских судей, является для них не столько средством заработка, сколько желанием испытать себя в новом статусе, пообщаться с коллегами, а иногда и просто желание способствовать развитию третейского разбирательства в данном городе. Безусловно, уровень профессионализма работников той или иной организации порождает повышение или, соответственно, понижение ее репутации. Именно степень доверия к третейскому суду, создает или уменьшает предпосылки для обращения туда.

Определившись с тем, кто же может исполнять обязанность третейского судьи, необходимо разобраться и с правилами формирования конкретного судебного состава третейского суда.

По общему правилу коллегия третейского суда по рассмотрению спора образуется в составе трех судей при отсутствии иного соглашения сторон. Каждая сторона по делу назначает одного судью, а двое назначенных таким образом третейских судей назначают третьего. Но эта процедура распространяется лишь на третейские суды «ad hoc», но не на постоянно действующие. Для них процедура выбора арбитров, установленная во «Временном положении», представляет собой лишь основу для разработки правил постоянно действующим третейским судом или сторонами. В случае отсутствия регламентации этой процедуры в правилах соответствующего третейского суда, возможна ситуация, когда недобросовестный ответчик сможет сознательно затягивать процесс рассмотрения спора, если он не выберет арбитра. В этом случае по видимому третейскому суду следует признать невозможность рассмотрения им дела, и в связи этим спор придется передать в арбитражный суд.

Но остается открытым вопрос как быть в тех случаях, когда в процессе есть множественность лиц, например, когда несколько ответчиков или истцов. Если они с самого начала указаны как участники процесса, то совершенно очевидно, что они обладают равными правами и в том числе и правом на выбор арбитра. И в этом случае, третейский суд должен отступить от правила, когда третий арбитр назначается судом, и предложить каждой из сторон избрать арбитра. Но ситуация становится практически неразрешимой в случае если сторон более трех, в этом случае право на выбор арбитра в полной мере не может быть всеми реализовано, но и ущемлять какую либо сторону в праве на выбор арбитра также недопустимо. Если стороны не достигнут, какого либо соглашения по этому вопросу, то суд должен или отказаться от дальнейшего рассмотрения дела или установить какие-либо приоритеты по выбору сторонами арбитров, например, коллегия будет сформирована из числа арбитров которые будут избраны первыми.

Поскольку «Временное положение» устанавливает, что число судей должно быть не четным, то на практике чаще всего это три судьи. При этом, большинство регламентов предусматривает формирование коллегии когда стороны избирают каждый по судье, а третьего назначает суд (Председатель суда). Реже его избирают выбранные сторонами арбитры. При этом, как правило, не избрание какой-либо из сторон арбитра вовсе не влечет невозможности осуществления правосудия. В этом случае обычно такой арбитр назначается судом.

Во многих регламентах стороны вправе указать и запасного арбитра на случай невозможности исполнения своих обязанностей основным арбитром. Но в этом случае не совсем ясно, на какой стадии запасной арбитр может заменять основного, только ли до начала рассмотрения дела по существу или же на протяжении всего процесса. Представляется, что наиболее верным является второе предположение. Роль запасного арбитра состоит в том, чтобы с одной стороны обеспечить сторонам право на выбор

арбитра, а с другой максимально эффективно рассмотреть спор. Поэтому, если основной арбитр, не может по каким-причинам исполнять свои обязанности, то он может быть заменен запасным, на любой стадии процесса. Правда, если это произошло во время рассмотрения дела по существу, то разбирательство следует начать сначала, дабы он мог ознакомиться с позициями сторон и доказательствами по делу.

Однако и сам порядок выбора сторонами арбитров, в разных третейских судах различен. Так большинство судов заранее формируют список арбитров, откуда стороны могут выбирать арбитров. В этом же списке, как правило, раскрывается достаточно полная информация о том или ином арбитре, включающая, чаще всего, указание на специальность, стаж работы в профессиональной сфере, стаж работы в конкретном третейском суде, тот или иной профессиональный опыт и иные данные. Часто в списке арбитров третейского суда приводятся и их фотографии. Часть судов идут по другому пути они вообще не формируют списки, а предоставляют сторонам возможность самим выбирать арбитров, если они соответствуют заранее определенным в Регламенте требованиям. Или эти списки существуют в виде примерных, но этот список не является закрытым. Так, например, в соответствии с Положением о Третейском суде при Ассоциации Российских банков третейские судьи могут быть назначены как из числа включенных в Примерный список третейских судей, так и из иных лиц. Думается, что данный порядок не является удачным, поскольку в этом случае судья зачастую фактически является представителем избравшей его стороны.

Возможность самому выбрать арбитра является важнейшим принципом организации третейского судопроизводства и незыблемым козырем сторонников третейского разбирательства. Многие практикующие юристы именно эту особенность выделяют как несомненное достоинство третейского разбирательства.

Поскольку, законодатель не четко разграничил императивные и диспозитивные нормы, во многих случаях становится непонятно распространяется ли та или иная норма на рассмотрение споров постоянно действующими третейскими судами.

Например, ст. 4 "Временного положения" устанавливает, что число третейских судей должно быть нечетным. Возникает вопрос, может ли правилами рассмотрения споров постоянно действующего третейского суда устанавливаться иное?

Исходя из 5-6 абзацев ст. 2 того же "Временного положения ..." может. А по форме ст. 4, изложенной как императивная норма - нет. Представляется, что в настоящее время судебная практика должна допускать формирование состава постоянно действующего третейского суда и с четным числом третейских судей. Такое положение не противоречит никаким принципам третейского разбирательства.

Но, в целом законодатель может и должен устранить такую возможность, поскольку четное число арбитров существенно затруднит принятие решения во всех делах, где между арбитрами возникнут разногласия, то есть по наиболее важным и сложным делам. Не случайно в абсолютном большинстве нормативных актов, в том числе международных (если не во всех), требование нечетности числа третейских судей закреплено императивно.

"Временное положение ..." вообще не дает ответа на вопрос о возможности или невозможности единоличного рассмотрения спора. Так, ст. 4 "Временного положения ..." говорит о судьях во множественном числе, на практике единоличное рассмотрение спора не является редкостью. Учитывая, что право выбора третейского судьи является одним из важнейших для третейского разбирательства, единоличное рассмотрение, как правило, допускается постоянно действующими третейскими судами только по обоюдному согласию сторон.

Нарушение этого правила может привести к отказу в выдаче исполнительного листа. Так, по одному из дел рассмотренному ВАС, в выдаче листа было отказано, поскольку положение Регламента, предусматривающее рассмотрение определенной категории дел единоличным арбитром без права выбора их сторонами признано

противоречащим "Временному положению ..." (Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 29 апреля 1997 г. N 2046/97).

Однако само это Постановление противоречит "Временному положению ..." (не случайно в нем дается ссылка на нормативный акт в целом, а не конкретную норму), поскольку "порядок организации, деятельности и разрешения споров для постоянно действующих третейских судов определяется правилами предприятия, учреждения или организации, создавших постоянно действующий третейский суд". Такой порядок (без права выбора третейских судей) как раз и был зафиксирован в Регламенте постоянно действующего третейского суда рассмотревшего спор. Соответственно неудачное законодательное регулирование в данном случае устраняется противоправной судебной практикой, что само по себе отрицательно сказывается на уважении к закону и суду.

Таким образом:

- 1) Если правилами третейского суда предусмотрен порядок назначения третейских судей, они назначаются именно в этом порядке;
- 2) Если такой порядок не предусмотрен, третейские судьи назначаются в соответствии с соглашением сторон, с соблюдением требований к ним (дееспособное физическое лицо давшее согласие).
- 3) Если ни правилами постоянно действующего третейского суда, ни соглашением сторон порядок не предусмотрен, назначаются три судьи, при этом каждая сторона назначает по судье, а назначенные таким образом судьи назначают третьего.

Не менее важным по сравнению с формированием состава судей является вопрос и об их отстранении от разрешения данного дела или прекращении их полномочий. Полномочия третейского судьи, в соответствии с «Временным положением» могут быть прекращены по его просьбе или по соглашению сторон. Возможность отвода или самоотвода арбитра не установлена во Временном положении, в связи с чем, постоянно действующие третейские суды вынуждены самостоятельно разрабатывать правила отвода. В противном случае стороны могут попасть в ситуацию произвола со стороны судей третейского суда, созданного при юридическом лице, являющемся стороной в споре, поскольку в одностороннем порядке отказаться от рассмотрения спора в третейском суде нельзя. Панацеей от такого произвола, как уже упоминалось выше, может служить лишь процедура заявления отвода во время третейского разбирательства и контроль компетентного государственного суда при выдаче исполнительного листа.

Представляется, что возможность отвода третейских судей должна быть установлена законодательно. Отвод может быть заявлен в том или ином суде либо вплоть до вынесения решения по делу, либо до начала разбирательства, хотя заявление об отводе, сделанное позднее может быть рассмотрено, если коллегия третейского суда признает причину задержки уважительной. Основания для отвода могут быть следующие:

- 1) если он является родственником стороны по делу или ее представителя;
- 2) если он лично, прямо или косвенно, заинтересован в исходе спора либо имеются иные обстоятельства, вызывающие сомнение в его беспристрастности или независимости;
- 3) если не соблюдены требования к кандидатуре третейского судьи, в частности третейским судьей не должны быть лица, назначенные судьей в соответствии с Конституцией Российской Федерации, лица, имеющие судимость, лица, признанные недееспособными или ограниченно дееспособными.

Представляется, что не должны быть третейскими судьями и лица находящиеся в материальной, трудовой или административной зависимости от одной из сторон или одного из представителя сторон (во всяком случае, эти обстоятельства должны являться основанием для отвода).

Согласно ст. 18 АПК РФ 1995г., судья, принимавший участие в рассмотрении дела, не может участвовать в повторном рассмотрении этого дела в той же (или другой) инстанции, кроме случаев рассмотрения дел по вновь открывшимся обстоятельствам. В третейском разбирательстве вопрос о возможности участия судьи в повторном

рассмотрении дела возникает случае направления арбитражным судом дела на новое рассмотрение.

Проведение аналогии с правилами арбитражного суда в этой ситуации не совсем корректно и применение их по аналогии, вряд ли допустимо. Для определения правового основания для формирования новой коллегии или оставления старой нужно определиться со статусом сформированного судебного состава. В отношении судей постоянно действующих третейских судов этот вопрос должен решаться в их регламентах, законодательство этот вопрос не регулирует. Соответственно этот вопрос находится в ведении самих сторон (при формировании условий третейского соглашения) и самих третейских судов.

Важным преимуществом третейского разбирательства является право выбора судей. И, даже в том случае, когда стороны не стали избирать арбитра, это право не нарушается, поскольку это именно право, а не обязанность. Соответственно стороны вправе распоряжаться своим правом по своему усмотрению, в том числе путем отказа от его реализации. Сформированный в соответствии с правилами постоянно действующего третейского суда и/или соглашением сторон, состав арбитров призван разрешить дело по существу и вынести решение по существу спора. Поэтому, когда решение по спору вынесено, полномочия сформированной коллегии прекращаются.

Эти полномочия могут (и должны) возобновляться лишь при необходимости вынесения дополнительного решения, разъяснения решения, исправление опечаток, арифметических ошибок, опечаток, и т.п.

Исходя из этого, при возврате дела на новое рассмотрение, состав третейского суда должен быть сформирован заново, поскольку прежний сформированный состав уже исполнил возложенную на него функцию путем вынесения решения. Хотя действующее законодательство не исключает рассмотрение споров тем же составом или вхождение одного или нескольких арбитров из предыдущего состава в новый состав. Однако представляется правильным, чтобы правила третейского разбирательства, во всяком случае, давали возможность сторонам еще раз выбрать арбитра.

Тем более, что при возврате дела на новое рассмотрение государственный суд указывает, что принятое решение нарушает закон. Указывая, как арбитрам следует квалифицировать правоотношения сторон, арбитражный суд, тем самым, заставляет их изменить свое мнение по спору уже содержащееся в принятом ими решении. А это прямо противоречит п. 3 ст. 29 Конституции РФ где закреплено, что никто не может быть принужден к отказу от собственного мнения.

Сравнительно редко, но все же возникает такая проблема как необходимость замены избранного арбитра во время процесса. Эта необходимость может быть вызвана как объективными причинами (болезнь, отъезд), так и субъективными (неявка в судебное заседание, нежелание участвовать в процессе). Между тем, коллегия уже сформирована, а правовых оснований для изменения ее состава в нормативных актах не содержится. Более того, "Временное положение", к примеру, вообще не предусматривает прекращения полномочий судьи по инициативе самого суда или одной из сторон. Еще более сложным становится положение, если такая процедура не урегулирована в регламенте суда. Между тем, недобросовестная сторона, может не дать согласия на замену выбранного ею арбитра на другого, именно из-за желания затянуть процесс. При этом, если заявление о замене арбитра стороной его избравшей нет, то у третейского суда нет формальных оснований для его замены.

В этом случае входят в противоречие два основных принципа третейского разбирательства. Право на выбор арбитра и право на судебную защиту вообще, которое нарушается у другой стороны. При наличии такого противоречия должно быть признано главенство второго принципа, а позиция стороны отказывающейся в таких условиях заменить арбитра, как злоупотребление правом. Соответственно замена арбитра сформированного судебного состава постоянно действующего третейского суда при таких

обстоятельствах может и должна быть осуществлена. Хотя совершенно очевидно, что такая замена вызовет неоднозначную реакцию, как самих сторон, так и государственных судов при рассмотрении вопроса о выдаче исполнительного листа.

Другое дело "разовый" третейский суд, где такое препятствие для поведения третейского разбирательства является непреодолимым. В этом случае, если сторона в разумный срок не изберет другого арбитра, следует считать, что рассмотрение спора третейским судом невозможно, что является основанием для подачи иска в государственный суд.

Основным препятствием при замене арбитра будет определение момента, когда правовая позиция стороны переходит в злоупотребление правом. Ведь в большинстве случаев невозможность участия судьи в процессе не абсолютная, а сохраняющаяся лишь на определенный промежуток времени.

В таких случаях определение рубежа, может быть произведено только с учетом регламентов конкретных третейских судов, сложившейся судебной практики.

ПОРЯДОК РАССМОТРЕНИЯ ДЕЛ В ТРЕТЕЙСКОМ СУДЕ

АПК РФ 1995 года в части регулирования отношений связанных с третейским разбирательством содержит лишь несколько статей касающихся третейского разбирательства. Это правовые последствия заключения третейского соглашения. Кроме того, закон о введении АПК РФ в действие, устанавливает порядок выдачи исполнительного листа на решение третейского суда. Да и то в прочем, путем отсылки к нормам, закрепленным во "Временном положении".

Процессуальные акты разных отраслей права по-своему специфичны, но несмотря на это, они все строятся на схожих принципах, закономерностях, задачах, структуре, т.к. их объединяет одна и та же общая категория – "процесс", обусловившая существование отдельной отрасли права – процессуального.

Процессуальный порядок рассмотрения споров третейскими судами по существу не находит своего регулирования ни в одном законодательном акте и закрепляется в основном в регламентах (положениях, правилах) соответствующих третейских судов. Подавляющее большинство правовых предписаний, касающихся постоянно действующего третейского суда, носят диспозитивный характер и отсылают к регламентам третейских судов. Регламент третейского суда, таким образом, является своеобразным процессуальным кодексом, - третейским процессуальным кодексом, которых, в отличие от единственного в своем роде арбитражного процессуального кодекса или гражданского процессуального кодекса, превеликое множество, равное количеству третейских судов.

Каждый третейский суд по-своему видит построение процессуального порядка рассмотрения споров и, в соответствии с этим видением, формулирует свой регламент. Тем не менее, если взглянуть на структуру и принципы организации третейского разбирательства, то следует отметить, что регламенты третейских судов в целом весьма похожи между собой. Несомненно, разработчики таких регламентов основываются на положениях процессуальной науки, а так же на опыте работы зарубежных и российских третейских судов. И в своей основной части напоминают АПК РФ или регламенты признанных международных третейских судов. И это вовсе не случайно.

Третейский суд не связан в своей деятельности правилами судопроизводства, изложенными в АПК РФ или ГПК РФ. Однако нельзя разрешить спор, не заявив требования, не представив доказательства и не оценив их. Поэтому, структура и основные элементы процессуального порядка разрешения споров, закрепленного в регламентах всех без исключения третейских судов, сильно схожи с тем, что содержится в процессуальных кодексах. И это вполне закономерно, ведь основные принципы разрешения спора и процессуальные права сторон, справедливости и процессуального равноправия, законности, без которых организация третейского разбирательства не имела бы перспектив на успешное существование, приводит к значительному сходству в регулировании процессуального порядка.

Требования истца выражаются в строго формальных документах - исковых заявлениях. Форма заранее установлена, содержание иска, состоит из фактов, непосредственных требований и их обоснования. Реагирование суда на деятельность сторон в процессе имеет своим результатом документ установленной процессуальной формы – решение. Доказательства должны быть допустимыми и относимыми; анализ доказательств должен быть всесторонен, полон, и объективен. При вынесении решения суд должен произвести оценки доказательств и доводов сторон, обосновать свое решение, как с фактической, так и с правовой точки зрения. Все это вызывает необходимость существования общих в любом процессе звеньев – необходимость назначения заседания, регулирование порядка в нем, диспозитивность, равенство состязательность сторон,

законность и т.д. Но во всех случаях, рассмотрение споров третейским судом осуществляется на началах равенства сторон. Каждой стороне должны быть предоставлены равные возможности для изложения своей позиции и защиты своих прав.

Рассмотрение дела в третейском суде заканчивается вынесением решения. Решение третейского суда является окончательным и обжалованию не подлежит. В отличие от государственных судов, третейские суды не имеют инстанций для пересмотра решений. В этом – проявление правовой природы института третейского разбирательства. Добровольное подчинение юрисдикции третейского суда, доверие третейским судьям (арбитрам), которых стороны избрали сами, означают безусловное подчинение их решению и невозможность его отмены.

Отличия, как правило, заключаются в упрощении тех или иных процедур свойственных арбитражному порядку, в его меньшей детализации. По соглашению сторон дело может быть разрешено судом только на основе письменных материалов, без проведения устного разбирательства (например, ст. 30 Положения о Третейском суде при Межбанковском финансовом доме).

Многие разделы, имеющие место в АПК РФ, попросту удалены из регламентов третейских судов. Так, регламенты третейских судов не содержат положений о подсудности дел, т.к. она определяется третейским соглашением. Третейским судам, созданным для разрешения внутренних споров, не предоставлено право, производить обеспечение иска. Сложно представить и существование судебных поручений между третейскими судами, поэтому, таких разделов тоже нет.

Как уже было отмечено, судебное разбирательство в третейских судах, по сравнению с арбитражными судами, имеет, как правило, упрощенную процедуру. Например, третейский суд может отступить от принятия некоторых определений и это обстоятельство не подрывает правовую силу решения третейского суда.

Фактически степень отличия арбитражного процесса от порядка, предусмотренного для третейского разбирательства, зависит от того, в какой степени стороны и суд предусмотрят использование арбитражного процессуального законодательства. Так, например, срок рассмотрения дела в арбитражном суде установлен в 2 месяца. Срок вступления принятого решения в общем случае - 1 месяц. Третейские же суды вправе самостоятельно определить указанные сроки. Соответственно третейское разбирательство предусматривает возможность более оперативно разрешать споры.

Для примера, рассмотрим наиболее типичную процедуру рассмотрения дел в третейском суде. Как и в арбитражном суде, вся процедура начинается с подачи искового заявления. Требования к иску, как правило, не отличаются от требований установленных в АПК РФ, с той лишь разницей, что в иске, как правило, должно быть указано на подведомственность дела данному третейскому суду с приложением соответствующего документа. Далеко не все третейские суды требуют приложения к иску доказательств отправления иска ответчику. Некоторые сами направляют иск ответчику, вместе с определением о назначении дела к слушанию.

Здесь начинается существенное различие с арбитражным процессом, заключающееся в том, что помимо предложения о представлении сторонами документов и доказательств им предлагается избрать арбитров. Эта стадия процесса, в арбитражном суде отсутствует. Поскольку вопрос о лицах непосредственно осуществляющих разрешение спора весьма важен, он будет рассмотрен в отдельной главе.

На этой же стадии производится одно из самых важных с точки зрения процессуальных последствий действие – уведомление сторон о месте и времени третейского разбирательства. Нарушение правил уведомления сторон, влечет весьма суровое последствие – отказ в выдаче исполнительного листа без направления дела на новое рассмотрение. Поэтому к этой процедуре суд должен отнестись со всей серьезностью. И здесь нужно учитывать два фактора уведомление должно быть направлено по месту нахождения сторон, и оно должно поступить сторонам

заблаговременно, так чтобы они успели реализовать принадлежащие им права. В первую очередь это: право на выбор арбитра и собственно право на защиту своих интересов, в том числе и в судебном заседании. Многие истцы и ответчики не хотят использовать принадлежащие им процессуальные права, тем не менее, даже когда это очевидно, они должны иметь возможность воспользоваться этими правами. Действующее законодательство не дает ни конкретных сроков уведомления, ни данных позволяющих определить, куда направлять такое уведомление. Таким образом, эти вопросы должны быть решены в регламенте третейского суда, а определение критериев надлежащего уведомления должно проводится по аналогии с государственным процессуальным порядком, как проверенным длительной судебной практикой.

Срок уведомления о судебном заседании нужно должен быть таков, чтобы не только предоставить сторонам возможности принять в нем участие, но и возможность избрать арбитра. Как правило, в регламентах закреплены конкретные сроки на выбор сторонами арбитра или срок формирования судебного состава. Поэтому, срок, за который нужно уведомить сторону, должен быть таков, чтобы сторона не только успела выработать позицию по иску, но и реализовать свое право на выбор арбитра в соответствии с нормами регламента.

Теперь о месте уведомления сторон. Большинство судов ориентируются в этом вопросе на АПК РФ и сложившуюся арбитражную практику. Суд направляет уведомления по адресу указанному в исковом заявлении, а так же по всем известным адресам, которые следуют из представленных истцом документов. Наиболее желательно посылать заказное письмо с уведомлением о вручении. Из этого документа можно достаточно определенно узнать о том, когда и кем было получено уведомление. Этих данных у суда не будет, если уведомлять просто заказным письмом. Все иные способы уведомления (например: факс, электронная почта) могут вызвать затруднения с доказательствами, как отправления, так и получения сторонами уведомления.

Достаточно часто судебная коллегия третейского суда оказывается перед выбором проводить ли заседание суда, если нет достоверных данных о том получено ли уведомление отсутствующей стороной. В этом случае, наиболее правильным было бы отложить рассмотрение дела, поскольку последствия такого нарушения – возможный отказ в выдаче исполнительного листа. Поэтому экономия времени может здесь привести к гораздо большей задержке в получении исполнительного листа или даже к невозможности его получения.

Здесь хотелось бы обратить внимание на одно противоречие, а именно действующее законодательство (например, ст. 14 "Временного положения") предоставляет суду право самостоятельно решить вопрос о необходимости проведения заседания с участием сторон или разрешения спора по документам, если нет иного соглашения сторон. В данной статье проведение заседания без участия сторон рассматривается как обычное решение суда по процессуальному вопросу и проведение заседания вполне допустимо и без участия сторон. Однако, последующие абзацы данной статьи императивно ставят третейскому суду в обязанность уведомлять стороны о заседании. А ст. 26 "Временного положения" предусматривает следствие такого не извещения, в виде отказа арбитражным судом в выдаче исполнительного листа на решение третейского суда. На основании изложенного можно сделать вывод, что третейский суд не вправе отказать сторонам в участии в заседании лично и не имеет право не уведомлять их о дне и месте заседания, даже в том случае, если стороны договорились о вынесении решения без извещения их. Но в том случае, если такое уведомление было сделано, суд вполне вправе решить вопрос о проведении заседания и без заслушивания пояснений сторон. Но такое решение суд может принять только в том случае если для принятия решения вполне достаточно представленных документов и такое решение не нарушит прав сторон на судебную защиту.

После того как судебная коллегия сформирована, следующая стадия это рассмотрение дела по существу, где стороны реализуют свои процессуальные права. А вот объем и содержание этих прав в третейском суде может значительно отличаться от арбитражного процесса.

В практике нередко возникает вопрос, вправе ли истец в третейском разбирательстве изменить и предмет и основание иска. В рамках арбитражного процесса это невозможно в силу ст. 37 АПК РФ, в рамках гражданского процесса в силу ст. 34 ГПК РФ. Однако к третейскому разбирательству эти нормы могут применяться лишь в случаях предусмотренных соглашением сторон и/или правилами постоянно действующего третейского суда. А, поскольку третейское разбирательство не связано формализованными правилами, установленными соответствующими процессуальными Кодексами, у сторон появляется больше возможностей по изменению и уточнению исковых требований, в том числе путем одновременного изменения и предмета и основания иска.

Представляется, что если соглашением сторон или правилами постоянно действующего третейского суда не предусмотрено иное решение вопроса о возможности или невозможности одновременного изменения и предмета и основания иска, состав третейского суда должен решить самостоятельно.

При этом, критерием возможности одновременного изменения предмета и основания иска видимо должна являться явная связь предыдущего требования и вновь заявленного, т.е. должна быть процессуальная целесообразность произведения таких изменений. Кроме того, удовлетворение такого ходатайства неизбежно должно повлечь предоставление ответчику время для формирования своей позиции по новым требованиям. В противном случае принцип равноправия и состязательности сторон будет нарушен.

Определение порядка разрешения споров в постоянно действующем третейском суде нормативные акты, регулирующие третейское разбирательство, как правило, оставляют на усмотрение самих третейских судов. Иногда регулирование такого порядка бывает к тому же откровенно неудачно сформулированным.

Например, абзац 3 ст. 10 "Временного положения ..." отсылает к абзацу 5 ст. 2. Соответственно:

1) Если порядок рассмотрения спора предусмотрен правилами постоянно действующего третейского суда, то ни стороны, ни третейский суд не вправе по своему усмотрению определять порядок разрешения споров и определять порядок рассмотрения спора с учетом "Временного положения" и АПК РФ.

2) Если порядок рассмотрения спора не предусмотрен правилами, "Временное положение ..." также не дает никакого ответа, на вопрос как его определять. Абзац 6 ст.2 указывает, что в этом случае надо руководствоваться "Временным положением". Но ст. 10, которая должна установить такой порядок, для постоянно действующего третейского суда делает обратную отсылку к правилам третейского разбирательства. И, только в третейском суде созданном для разрешения конкретного спора, стороны могут по своему усмотрению определять порядок разрешения спора. Абзац второй ст. 10, ссылается на возможности самого третейского суда определять порядок рассмотрения спора, с учетом «Временного положения» и АПК РФ, но указывает, что это возможно при отсутствии соглашения сторон, т.е. фактически действует только в отношении "разовых" третейских судов.

Возможность сторон по своему усмотрению договориться о месте разрешения спора установлена в отдельно посвященной этому вопросу статье "Временного положения ...". При этом ни слова не говорится о постоянно действующих третейских судах. А приоритет определения места рассмотрения спора отдается сторонам, при отсутствии договоренности которых, решение этого вопроса отдается на "откуп" третейскому суду. Представляется, что относительно постоянно действующего третейского суда, в силу

абзацев 5 и 6 ст. 2 "Временного положения", эти правила вступают в силу только в том случае, если правилами третейского разбирательства не установлено иное.

По той же причине, правила третейского разбирательства имеют приоритет при определении языка третейского разбирательства, как относительно соглашения сторон, так и по отношению к составу третейского суда.

Возникает закономерный вопрос, распространяются ли процедуры третейского разбирательства и требования к ним, изложенные в ст. 13 - ст. 22 "Временного положения" на постоянно действующие третейские суды? С учетом вышеизложенного, неизбежен ответ - распространяются, в том объеме, в котором не противоречат правилам третейского разбирательства постоянно действующего третейского суда.

К таким требованиям относятся:

- требования к исковому заявлению;
- рассмотрение спора с участием сторон или без них;
- порядок уведомления сторон;
- требование о передаче документов другой стороне;
- передача сторонам спора заключения экспертов;
- последствия непредставления документов, или неявки сторон;
- назначения экспертизы;
- расходы, связанные с рассмотрением дела, включая их распределение между сторонами, нормы, применяемые третейским судом при разрешении спора;
- порядок принятия решения третейским судом;
- форма и содержание решения третейского суда;
- основания прекращения производства по делу;
- порядок исправления в решении арифметических ошибок и опечаток, разъяснения решения, вынесения дополнительного решения.

Все вышеуказанные вопросы, могут иначе определяться и регулироваться правилами постоянно действующего третейского суда. Все эти положения относятся к порядку разрешения споров, в отношении которых абзац 5 и 6 ст. 2 "Временного положения ..." установили приоритет правил постоянно действующего третейского суда.

Таким образом, значительная часть процедурных вопросов возникающих в ходе третейского разбирательства, разрешается третейским судом на основании норм своего регламента и только в случае пробела в регламенте, применяются нормы "Временного положения ...". Этот вывод следует из абзаца 5, 6 ст. 2 "Временного положения ...", порядок организации, деятельности и разрешения споров для постоянно действующих третейских судов определяется правилами предприятия, учреждения или организации, создавших третейский суд. И только, если необходимые для создания и (или) деятельности третейского суда вопросы не урегулированы правилами, третейский суд и стороны должны руководствоваться "Временным положением ...".

Отсюда следует приоритет правил постоянно действующего третейского суда не только над третейской оговоркой, но и над нормами самого "Временного положения". Что же касается применения норм АПК РФ, то эта возможность присутствует в ст. 10 "Временного положения ..." где применение норм АПК РФ для постоянно действующих судов вообще не предусмотрено, а потому их применение возможно только по аналогии при неурегулированности какого-либо правила в регламенте и "Временном положении ...".

Представляется, что такая юридическая конструкция является неудачной. Как минимум, нормы, применяемые третейским судом при разрешении спора, должны быть закреплены императивными нормами. Кроме того, требования к форме и содержанию искового заявления являются вовсе не надуманными, а вполне обоснованными, поскольку их соблюдение позволяет идентифицировать третейский суд вынесший решение и стороны, в отношении которых оно вынесено, а также иные существенные

обстоятельства, без которых сложно или даже невозможно исполнить решение (дата принятия решения, содержание принятого решения).

Не случайно большинство постоянно действующих третейских судов стараются соблюдать эти правила, а арбитражные суды при рассмотрении вопроса о выдаче исполнительного листа на решение постоянно действующего третейского суда (ошибочно, на сегодняшний день) рассматривают правила статей 13-22 Временного положения как императивные и в отношении постоянно действующих третейских судов.

Есть некоторое различие и в содержании выносимого третейским судом решения по сравнению с судом арбитражным. Это различие состоит в том, что третейский суд, вынужден гораздо более детально описывать как фактические обстоятельства дела, так и исследованные судом доводы сторон и нормативные основания к принятию того или иного решения. Это связано с тем, третейский суд не имеет вышестоящей инстанции, а арбитражный суд, фактически выполняя функцию контроля законности решения, не имеет права вмешаться в содержание решения.

Все это приводит к тому, что недостатки решения арбитражного суда (в том числе и несущественные) вполне могут быть устранены последующими инстанциями, которые могут изменить решение или принять новое. В то же время, обнаруживая такие недостатки решения третейского суда как неисследованность какого-либо обстоятельства, арбитражный суд при решении вопроса о выдаче исполнительного листа обязан вернуть дело на новое рассмотрение, поскольку сам он не вправе изменять решение третейского суда. Таким образом, на сегодняшний момент, по формальным признакам дело может быть отправлено на новое рассмотрение по причине неисследованности, даже в том случае, когда совершенно очевидно, что это исследование никак не может отразиться на результате рассмотрения спора и законности вынесенного решения.

Вопрос об обеспечении иска в третейском разбирательстве на сегодня лишен отрицательно - третейские суды в России не имеют возможности обеспечивать иски требования. Более того, арбитражный суд выдает исполнительные листы только на решения третейских судов, а не на какие-либо определения. Значит, и с точки зрения действующего законодательства, нет правовой базы для обеспечения иска. Господствующая в России точка зрения, что третейское разбирательство это частное дело сторон, следовательно, вмешательство государства в частные дела сторон (в том числе принудительное обеспечение иска) не допустимо. Но исполнимость решения - важнейший момент третейского разбирательства, как одного из способов защиты права, а раз уж стороны добровольно согласились передать решение спора на разрешение данного органа, а значит, они готовы были подчиниться любым выносимым судом актам, в том числе и по обеспечению иска.

Представляется, что возможность обеспечения иска дает сторонам больше возможностей по защите нарушенных и/или оспоренных прав в третейских судах, которые необоснованно ущемлены в этом правомочии в отличие от других органов по защите нарушенных и оспоренных прав: судах общей юрисдикции и арбитражных судах. Поэтому возможность принятия третейским судом мер по обеспечению иска должна быть закреплена законодательно, с принудительным исполнением мер по обеспечению иска и, безусловно, с обязательным контролем этого процесса со стороны государства в том же примерно порядке, как и при выдаче исполнительного листа на решение третейского суда (разумеется, с серьезным уменьшением времени рассмотрения).

Иногда высказывается точка зрения, что третейские суды уже могут обеспечивать иск путем вынесения промежуточного *решения* об обеспечении иска, оформляя это именно как решение третейского суда по требованию истца наложить обеспечительные меры. При этом полагают, что оснований для отказа в выдаче исполнительного листа, у арбитражного суда нет. Однако на самом деле, такая искусственная конструкция не имеет под собой правового основания уже в силу того, что вынесение судом решения это способ разрешения спора по существу. Причем спора гражданско-правового. Между тем, в

данном случае между сторонами нет такого спора, а данное решение напрямую связано с вынесением решения по основному требованию. То есть существует только до разрешения спора. Уже поэтому такой спор (именно в контексте отдельного требования по которому выносится решение) неподведомствен в таком виде третейскому суду, а потому и не подлежит рассмотрению. А, если такое "решение" все же принято, в выдаче исполнительного листа по нему должно быть отказано в связи с неподведомственностью и отсутствием третейского соглашения (оно как известно может быть заключено лишь на рассмотрение гражданско-правовых споров).

Другое дело, что ничто не мешает, например, постоянно действующему третейскому суду установить в регламенте возможность обеспечения иска и принимать по ходатайству стороны обязательные для сторон распоряжения, к примеру, в виде определений, а сторонам добровольно исполнять такие судебные акты. Однако, как было показано выше принудительное исполнение таких судебных актов без установления в законодательстве специальной процедуры принудительного исполнения невозможно, что серьезнейшим образом обесценивает такие меры по обеспечению иска.

В ходе процесса у ответчика может возникнуть желание на заявление встречного иска. Регулирование правил заявления встречного иска также имеет свои особенности по сравнению с его предъявлением их в других судах. Поскольку третейское разбирательство может иметь место лишь при условии передачи данного спора на рассмотрение третейского суда, то заявление встречного иска в третейском суде также должно удовлетворять этому условию. Если по встречному иску отсутствует соглашение, то не может быть заявлен и сам иск, т.к. он не подведомствен третейскому суду. Поскольку законодательство регулирующее третейское разбирательство не дает критериев определения "встречности" иска, третейский суд может руководствоваться по аналогии правилами, установленными в АПК РФ и/или ГПК РФ, если, конечно, соответствующих норм не содержится в правилах постоянно действующего третейского суда или в соглашении сторон. Процессуальные кодексы определяют, что иск является встречным при условии, что встречное требование направлено к зачету первоначального, удовлетворение встречного иска исключает удовлетворение первоначального, хотя бы в части или если между исками имеется взаимная связь и их совместное рассмотрение приведет к более быстрому и правильному рассмотрению спора.

Вопросы доказывания и доказательств в третейском суде также имеют свою специфику. Согласно закрепленному в большинстве регламентов третейских судов принципу состязательности, обязанность предоставления доказательств лежит именно на сторонах. Роль суда состоит только в оценке собранных сторонами доказательств.

Действующее законодательство не ограничивает третейский суд конкретным перечнем доказательств, на основе которых третейский суд может вынести свое решение. Например, в ст. 14 "Временного положения ..." указано, что "третейский суд самостоятельно определяет необходимость разрешения спора только на основании документов и других доказательств, при отсутствии иного соглашения сторон". В данной статье упоминаются так же и заключения экспертов, но перечень способов доказывания отсутствует. Таким образом, третейский суд должен самостоятельно определить перечень допустимых средств доказывания на основе своего регламента.

К слову говоря, ст. 52 АПК РФ 1995г., в качестве доказательств рассматривает только письменные и вещественные доказательства, заключения экспертов, показания свидетелей и объяснения лиц, участвующих в деле, не включая в перечень допустимых доказательств, например, видео- и аудиозаписи. По всей видимости третейский суд может в качестве доказательств принимать и видео и аудио записи, в особенности, если такие виды доказательств предусмотрены третейским соглашением или правилами постоянно действующего третейского суда. В случае необходимости выдачи исполнительного листа на принудительное исполнение решения, вынесенного на основе таких доказательств, арбитражный суд, видимо, будет вынужден признать их

допустимость, поскольку требование ст. 52 АПК РФ 1995г. относится к решениям арбитражного суда. Тем более, что ст. 26 "Временного положения ..." не предусматривает такого основания для отказа в выдаче исполнительного листа.

Общее правило распределения бремени доказывания между участниками спора закрепляет главный элемент состязательного начала судебного процесса: каждому заинтересованному лицу надлежит доказывать факты, которые обосновывают его юридическую позицию.

Прежде всего, не следует считать, что лицо, участвующее в деле, обязано доказывать только те обстоятельства, которые оно само прямо и четко обозначило. Как свидетельствует практика рассмотрения сложных дел, истец не всегда исчерпывающе определяет основания своих требований. Ответчик, организуя защиту, указывает, какие важные действия, события истец оставил без внимания и соответственно доказывания. Таким образом, истец может получить шанс исправить свои упущения, предоставив суду нужную информацию.

Один из аспектов широкой проблемы бремени доказывания - понятие так называемой обязанности первичного доказывания. На практике в любом процессе важно иметь четкое мнение о том, кому из участников спора надлежит первому представлять доказательства. В случаях, когда ответчик ссылается на новые обстоятельства с целью отклонения предъявленных требований (надлежащее качество или некомплектность поставленной продукции, истечение давности и пр.), именно на него переходит бремя первичного доказывания.

Понятие обязанности доказывать, и права представлять доказательства, не тождественны по объему и юридическому содержанию. В первом случае речь идет о необходимости подтверждения лицом, участвующим в деле, оснований своих собственных требований или возражений с неблагоприятными последствиями при провалах. Во втором случае цели представления суду информации могут быть иными: опровержение фактов, которые стремится подтвердить противник, подрыв убедительности представляемых им доказательств и т.п.

Вероятные успехи и неудачи здесь не приобретают решающего значения. Например, не убедившие судей попытки опровергнуть наличие договора или то, что он не заключен, сами по себе не свидетельствуют о его действительности. Обязанность доказывания данного обстоятельства лежит на истце.

Стоит помнить, что суд вообще, а третейский суд особенно, достаточно ограничен в области сбора доказательств и доказывания. Это напрямую связано с принципом состязательности сторон. Третейский суд вправе, рассмотрев и предварительно оценив уже полученную от заинтересованных лиц информацию, предложить кому-либо из них или всем представить дополнительные доказательства, но сам собирать доказательства он не вправе. Предложение собрать новые доказательства зачастую (и совершенно правильно) указывается судом уже при подготовке дела к разбирательству, когда в определении о назначении дела к слушанию сторонам предлагается представить запрашиваемые им документы и материалы.

Остается вопрос, как должен действовать третейский суд, потребовавший от участников процесса новую информацию, но по каким-либо причинам ее не получивший. Ответ может быть только один - выносить решение. Поскольку, никакой иной формы завершения производства по делу найти в этом случае нельзя. Конечно, обоснованность такого решения будет под вопросом, вполне возможно, что установленные судом юридические факты не будут соответствовать фактическим обстоятельствам дела и будут не верно оценивать сложившиеся между сторонами правоотношения. Однако никакого иного выхода у третейского суда нет. В силу принципа состязательности, если стороны не стали реализовывать предоставленные им законом право, суд не связан этим обстоятельством при принятии решения. Сторона же неудачно защищавшая свои интересы и не предоставившая истребуемое доказательство сама несет риск

неблагоприятных последствий своих действий/бездействия в виде получения нежелательного для нее решения.

Третейский суд вправе (и обязан) вынести решение только на основании тех доказательств, которые представлены сторонами во время разбирательства. После его окончания они не могут ссылаться на неисследованность обстоятельств по делу как на основание к отказу в выдаче исполнительного листа, если они не заявляли о необходимости исследования этих доказательств или не предоставили их по предложению третейского суда. После вынесения третейским судом решения, судебный процесс является окончанным, а стороны уже реализовали предоставленное им законом право на представление доказательств и обоснование своей позиции.

Стоит отметить и такую особенность третейского разбирательства как невозможность обеспечения доказательств и затруднительность истребования их как у участников процесса, так и у третьих лиц. Поскольку, ни один законодательный акт не устанавливает обязательность выполнения требований третейского суда, то и его запросы о предоставлении документов могут исполняться только в добровольном порядке. Фактически, третейский суд, в отношении лиц не участвующих деле, обладает полномочиями ничуть ни большими, чем сами стороны процесса. Это обстоятельство весьма затрудняет положение добросовестной стороны, которая знает о существовании и месте нахождения доказательства, но лишена процессуальной возможности его получить.

Есть проблема и при использовании в третейском разбирательстве свидетельских показаний. Это связано с тем, что уголовная ответственность за дачу заведомо ложных показаний свидетелем, как и за дачу заведомо неверного заключения экспертом, установлена только для судебных процессов в государственных судах. К этому выводу приводит толкование соответствующих статей УК, с учетом того, что третейские суды не входят в судебную систему РФ, не осуществляют правосудие от имени государства и являются органами, наделяемыми полномочиями самими сторонами спора.

Поэтому, при оценке этого вида доказательства суд должен подходить к нему весьма осторожно. С учетом вышесказанного этот вид доказательства весьма близок к пояснениям сторон по делу, поскольку эти доказательства с точки зрения их достоверности имеют примерно такую же силу.

Вопросы назначения и проведения экспертизы в третейском суде урегулированы аналогично соответствующим нормам арбитражного и гражданского процесса. Прежде всего, выделяется область, где возможно проведение экспертизы, т.е. по вопросам, требующим специальных познаний, исключив, таким образом, проведение экспертизы по вопросам толкования и применения правовых норм, поскольку третейские судьи в силу осуществляемой ими функции должны обладать такими познаниями. Стоит обратить внимание на такое обстоятельство, что проведение экспертизы по действующему законодательству не требует ходатайства сторон о проведении экспертизы, что не исключает возможности ее назначения третейским судом по собственной инициативе, но с учетом мнения сторон по вопросам, которые должны быть разрешены экспертом. Стороны могут договориться о том, что экспертиза вообще проводиться не должна, они так же могут договориться о количестве экспертов и их кандидатурах. Если же стороны не исключили возможность проведения экспертизы, они тем самым выразили мнение о том, что такая экспертиза может быть назначена третейским судом.

Таким образом, процедура назначения и проведения экспертизы выглядит в третейском суде следующим образом: третейский суд, приняв решение о проведении экспертизы, совместно со сторонами формулирует вопросы эксперту, назначает конкретных экспертов, которые дают письменное заключение и, возможно, после дачи заключения экспертизы принимают участие в заседании лично.

Таким образом, можно констатировать, что процесс доказывания в третейском и арбитражном суде в принципе не сильно отличается, но вот процесс сбора доказательств и их юридическая сила несколько различны.

В отличие от арбитражного процесса в третейском суде не урегулирован вопрос о процессуальных сроках. Это связано, во-первых, с меньшим количеством инстанций, а так же с тем, что третейское разбирательство не является государственной процедурой, а носит договорной характер. Соответственно стороны и/или правила постоянно действующего третейского суда могут предусматривать как более длительные сроки, чем в государственных судах, так и значительно меньшие, либо вообще никак не регулировать этот вопрос. Именно поэтому сроки, как правило, носят ориентировочный характер. Тем не менее, есть достаточно важные процессуальные сроки, которые обычно находят закрепление или в регламентах или в нормах права и непосредственно связанные с третейским разбирательством. Прежде всего, это срок для решения вопроса о приеме искового заявления. Поскольку с этим сроком непосредственно связано возникновение прав и обязанностей у сторон, он содержится во многих регламентах и составляет, как правило, от 1 до 5 дней. Срок же отведенный на рассмотрение дела по существу, обычно устанавливается в пределах от 1 месяца до отсутствия какого-либо определения срока. Как правило, урегулированы и сроки уведомления сторон, сроки высылки решений и определений суда. Но, хотя эти сроки важны, стоит отметить, что их нарушение само по себе не влечет каких-либо юридических последствий, поскольку эти сроки не являются пресекательными.

Иначе обстоит дело со сроком выбора арбитра и сроком на подачу заявления о выдаче исполнительного листа. Срок выбора арбитра сторонами желательно устанавливать в регламенте или соглашении сторон. Ведь его нарушение приводит к тому, что или состав суда сформирован с нарушением и тогда дело рассмотрено в неправомочном составе или сторона лишается своего права избрать арбитра.

Поскольку, вполне возможно, что некоторые процессуальные сроки будут нарушены, вполне возможно и их восстановление третейским судом. О том, что такое восстановление сроков должен производить именно третейский суд можно сделать вывод на основании того, что только он может рассмотреть дело по существу, если спор находится в его компетенции, арбитражный суд не вправе вмешиваться в его решения. Уже на основании этого, можно сделать вывод, что арбитражный суд не вправе решать вопрос о восстановлении процессуальных сроков, если сам спор подведомственен третейскому суду. Во всем остальном процессуальные сроки носят тот же характер, что и, например, в арбитражном процессе.

Отличие в оформлении процессуальных действий третейским судом заключается только в том, что третейский суд вовсе не обязан оформлять определение суда как промежуточный судебный акт. «Временное положение» требует от третейского суда вынесения определения только при прекращении производства по делу. То есть завершение производства по делу должно завершиться вынесением отдельного судебного акта - определения или решения суда. Во всех остальных случаях третейский суд вправе не выносить таких формализованных документов, а обязан лишь довести до сторон его содержание, форма которого может регулироваться лишь регламентом. Если арбитражный суд во взаимоотношениях с участниками процесса связан строгой процессуальной формой, для третейского суда такая процессуальная форма законодательно не установлена. Основная обязанность третейского суда разрешение дела по существу, а вовсе не соблюдение правил документооборота. Именно с учетом этого обстоятельства и должно проверяться дело при выдаче исполнительного листа. Нарушение процессуального порядка не является основанием к отказу в выдаче исполнительного листа, за исключением случаев специально указанных законодателем в качестве оснований для отказа.

Весьма непростым является вопрос о полномочиях третейского суда в отношении самих сторон. Ограничены ли они только правом вынесения решения по спору или все-таки суд и стороны находятся в отношениях властно-подчиненных, а потому суд вправе реагировать на нарушения норм права и регламента суда, даже если эти действия прямо

не связаны с вынесением решения. Речь идет о вынесении частных определений, если в ходе рассмотрения суд установит нарушения законодательства, возможность наложения штрафа на участников процесса на невыполнение требований суда и т.д. Относительно вынесения частных определений вопрос обстоит достаточно просто, поскольку третейское разбирательство по своей сути договорная процедура, которая призвана защитить частным образом законные интересы сторон, то суд не вправе разглашать полученную в ходе судебного заседания информацию. Так же недопустимым является вмешательство третейского суда в устранение нарушений закона, кроме тех которые являются предметом спора и охватываются третейским соглашением. Третейский суд просто не имеет полномочий на такие действия ни в силу закона, ни в силу соглашения сторон, а потому такие действия являются недопустимыми.

Что касается возможного наложения третейским судом штрафов на стороны, то в принципе, такое положение может быть закреплено в регламенте, а он в свою очередь является неотъемлемой частью третейского соглашения. Следовательно, заключая третейское соглашение, стороны берут на себя обязанность исполнять все положения регламента, в том числе и предоставляют суду право налагать на них санкции за нарушения ими регламента. В этом смысле право на наложение штрафов по своей природе ничем не отличается от права на вынесение обязательного для сторон решения. Как в первом, так и во втором случае, третейский суд по своей воле выносит относительно одной сторон обязательное для нее предписание.

Правда стоит отметить, что вряд ли решение третейского суда о наложении штрафа будет обеспечиваться принудительной силой государства. В этом случае отсутствует механизм его принудительного исполнения. Получение исполнительного листа на решение третейского суда в этом случае проблематично ввиду того, что таким правом обладает сторона, в пользу которой вынесено решение, а не суд. Остается другая возможность обращение в суд в общем порядке, но в этом случае непонятно на каком основании возникло это обязательство, и какой характер оно носит (вряд-ли можно говорить о его гражданско-правовой природе).

После того как собраны все необходимые доказательства, а стороны высказали свою позицию по спору, рассмотрение дела по существу заканчивается, а третейский суд переходит к, пожалуй, самой важной части судебного заседания - к вынесению решению.

Необходимо отметить, что третейское разбирательство не всегда заканчивается вынесением решения. Есть обстоятельства, когда вынесение решения, т.е. разрешение спора по существу, невозможно. В этих случаях, разбирательство заканчивается вынесением определения суда, без вынесения решения. Наиболее распространенное основание это прекращение производства по делу когда:

- стороны достигли соглашения о прекращении разбирательства;
- спор не подлежит рассмотрению третейским судом.

Первое основание - это прекращение разбирательства по соглашению сторон. Стороны могут достичь соглашения о прекращении третейского разбирательства и причины такого соглашения не должны исследоваться судом. В основе такого соглашения может быть, как желание перенести рассмотрение спора в другой суд, так и прекращение третейского разбирательства по причине урегулирования спора, которое не было оформлено как мировое соглашение, утвержденное судом.

Есть и иные основания прекращения третейского разбирательства, например, отказ от иска. Хотя действующее законодательство ("Временное положение ...") не предусмотрело последствия отказа истца от иска, истец в этом случае фактически отказывается от защиты своего материально-правового требования к ответчику и таким образом реализует предоставленное ему право самостоятельно выбирать способ защиты своих прав. Поскольку гражданские права в принципе основаны на возможности их правообладателя осуществлять их своей волей и в своем интересе, третейский суд при наличии отказа от иска не вправе продолжать рассмотрение спора даже если ответчик

настаивает на продолжении разбирательства. Исключением из этого правила могут быть лишь случаи, когда такой отказ нарушает права третьих лиц.

Еще одно основание прекращения производства по делу – безусловно, и не зависит от волеизъявления сторон. Речь идет об отсутствии у третейского суда компетенции на рассмотрение спора, что лишает третейское разбирательство всякой правовой основы. Именно поэтому оно в этом случае подлежит прекращению вне зависимости от того, как к этому относятся стороны. Эти основания могут быть выявлены еще при приеме дела к производству, и уже на этой стадии третейский суд может отказать в приеме искового заявления.

"Временное положение ..." как и по многим другим вопросам ничего не говорит о последствиях прекращения производства по делу. Однако очевидно, что определение третейского суда о прекращении производства по делу не препятствует обращению истца в государственный суд с тем же иском. Ясно также, что заключение третейского соглашения распространяющее свою силу на прекращенный производством спор также позволяет истцу вновь обратиться в третейский суд с тем же иском (разумеется, если законодательство вообще предусматривает возможность передачи в третейский суд таких споров).

РЕШЕНИЕ ТРЕТЕЙСКОГО СУДА.

Когда речь идет о решении суда, невозможно не остановиться на следующих вопросах: порядок принятия и содержание решения третейского суда; правовые последствия принятия решения для сторон, третейского суда и третьих лиц.

Порядок принятия решения третейским судом, в целом соответствует порядку принятия решения другими судами с учетом особенностей третейского разбирательства. Для постоянно действующих третейских судов, эти особенности отражены в регламенте. Действующее законодательство фактически не регулирует процедуру принятия решения ввиду того, что третейское разбирательство по своей природе должно как можно меньше регулироваться со стороны государства, иначе оно теряет свою привлекательность. Поэтому эти вопросы, прежде всего, должны решать сами стороны или третейский суд.

Поэтому, как правило, на усмотрение сторон и третейского суда остается не только вопрос принятия третейским судом решения, но и сама процедура рассмотрения спора. Законодательство, регулирующее третейское разбирательство обычно устанавливает лишь самые общие принципы третейского разбирательства и наиболее важные моменты, оставляя остальные вопросы для регулирования в третейском соглашении или в регламенте постоянно действующего третейского суда.

Принятие решения, в любом суде, возможно только после исследования всех обстоятельств дела достаточных для вынесения решения, поэтому если при принятии решения суд придет к выводу о необходимости дополнительного разбирательства, он может назначить дополнительное заседание. Решение же считается принятым, а производство по делу завершенным, после подписания решения суда, или хотя бы его резолютивной части, если за него подано большинство голосов состава суда. Не совсем ясен вопрос, должен ли подписывать решение судья с ним не согласный? И если он выразит особое мнение, то должно ли оно прилагаться к решению и рассылаться сторонам, или оно должно остаться в деле.

С учетом того, что решение считается принятым, если за него проголосовали большинство членов суда, прямо установленной обязанности подписать решение у судьи проголосовавшего против - нет, но и при отсутствии его подписи на решении, у него возникает обязанность изложить свое особое мнение. Стороны предоставили третейским судьям полномочия вынести решение, и, тем самым, высказать свое мнение по спору, поэтому они не только вправе, но и обязаны это сделать путем изложения своей позиции в решении суда.

Не согласие с решением, при отказе от изложения особого мнения, фактически означает уклонение третейского судьи от исполнения им своих обязанностей. Действующее законодательство прямо устанавливает, что особое мнение прилагается к решению третейского суда, а, следовательно, обязано быть выслано сторонам вместе с решением. Таким образом, существующая практика, когда особое мнение арбитра высылается только в государственный суд при выдаче исполнительного листа, а сторонам не рассылается, представляется неверной. Именно стороны поручили третейским судьям разрешить дело и изложить свою позицию относительно переданного в третейский суд спора, поэтому они вправе знать мнение всех избранных ими третейских судей.

Если во время процесса стороны заключили мировое соглашение, то, в отличие от арбитражного суда, который утверждает мировое соглашение своим определением, третейский суд мировое соглашение не утверждает, а выносит решение по существу, безусловно, с учетом позиции сторон изложенной в мировом соглашении. Это означает, что решение вовсе не обязательно должно в своей резолютивной части дублировать мировое соглашение. Оно должно лишь по существу соответствовать волеизъявлению сторон, изложенному в мировом соглашении.

Это следует из того, что мировое соглашение это разрешение спора по существу. Соответственно в отличие от процедурных моментов, по которым выносятся определения, третейский суд, разрешая спор, должен принять решение. Этот вывод косвенно следует также из того, что исполнительные листы выдаются именно на решения третейских судов. А без возможности принудительного исполнения, мировое соглашение, пусть даже утвержденное третейским судом, теряет свою привлекательность и в большой степени обесмысливается.

Заключение сторонами мирового соглашения возможно до вынесения третейским судом решения по существу дела. Естественно, что позиция сторон, закрепленная в мировом соглашении не должна противоречить нормативным правовым актам, т.е. она должна быть законной, не должна нарушать права и законные интересы третьих лиц.

Требования к оформлению и содержанию решения императивно урегулированы законодательством. Это служит как для защиты прав и интересов сторон, так и для возможности государственного суда осуществлять функции контроля при решении вопроса о выдаче исполнительного листа.

Требования к содержанию решения прямо вытекают из необходимости установления нижеизложенных обстоятельств государственным судом. Прежде всего, это относится к обоснованию компетенции третейского суда (наличие третейского соглашения по всем рассмотренным требованиям), составу суда и порядку его формирования. То есть, в решении сначала должны быть решены процессуальные вопросы: на каком основании дело принято к производству, где и в каком виде достигнуто третейское соглашение, является ли оно действительным, и какой круг вопросов охватывает. Формирование состава третейского суда должно соответствовать соглашению сторон и/или правилам постоянно действующего третейского суда.

В решении должны быть, четко поименованы стороны разбирательства так, чтобы их можно было легко идентифицировать. Для юридических лиц - это организационно-правовая форма и наименование, для физических лиц - фамилия, имя, отчество, дата и место рождения, место жительства в соответствии с регистрацией и место работы. Для представителей сторон - указание фамилии, имени, отчества и документ определяющий их полномочия. Все эти требования относятся к регулированию процессуальных вопросов.

Кроме этого существуют требования касающиеся сведений о материально-правовой стороне спора. Так, в описательной части решения должны указываться требования истца и возражения по ним ответчика. Разрешение этих требований находит свое отражение в резолютивной части, где указывается, какие иски требования, и в каком объеме удовлетворены, указан срок добровольного исполнения решения и его порядок, а также распределение судебных расходов. В мотивировочной части решения суд должен определить, какие обстоятельства считаются судом установленными, какие нормы права подлежат применению, а какие нет и по каким причинам, а также указать, по каким причинам отклонены доводы и доказательства, приведенные сторонами.

Помимо указания удовлетворены ли требования истца, резолютивная часть решения третейского суда может содержать еще и срок на его добровольное исполнение. Если такой срок в решении не указан, то оно подлежит немедленному исполнению. Впрочем, не всегда в решении можно указать срок добровольного исполнения ввиду того, что его вообще не требуется как-то исполнять. Например, если решение о расторжении договора или признании сделки недействительной, при возложении судебных расходов (в первую очередь третейского сбора) на истца.

Юридическая исполнимость - это еще одно требование к решению третейского суда характерное, впрочем, для всех судов. Любое решение имеет ценность только в том случае, если есть правовая возможность привести его в исполнение. Из этого следует, что резолютивная часть решения должна быть сформулирована таким образом, чтобы его принудительное исполнение было возможно в рамках российской правовой системы.

Вопрос о фактической исполнимости не входит в компетенцию третейского суда. Третейский суд не имеет правомочий и возможности обеспечить фактическую исполнимость решения.

Каковы юридические последствия принятия решения для сторон третейского разбирательства и третьих лиц? Этот вопрос часто возникает в практике. Законодательство регулирующее третейское разбирательство возлагает на стороны обязанность его исполнить под угрозой возможности его принудительного исполнения. Однако для третьих лиц эта обязанность отсутствует. Именно этим решение третейского суда в корне отличается от решения арбитражного суда. До момента выдачи исполнительного листа, решение третейского суда является обязательным только для самих сторон. А с момента выдачи, еще и для организаций и лиц которые действующим законодательством наделены правомочиями по исполнению судебных решений.

Есть и еще несколько вопросов, которые периодически возникают в практике работы третейских судов. Это неурегулированность вопроса о вступлении решения третейского суда в законную силу и его преюдициальности.

Например, АПК РФ 1995г. и ГПК РСФСР 1964г., используют понятие вступления решения третейского суда в законную силу, употребляя термин «решение третейского суда вступившее в законную силу» (п.4 ст.107 АПК РФ 1995г. и п.3 ст.85 ГПК РФ 1964г.). Момент такого вступления в законную силу, ни АПК РФ 1995г., ни ГПК РФ 1964г., как и ни один иной нормативный акт, не определяют.

Представляется, что использование понятия "вступления в законную силу" для решений третейских судов термин явно неудачный. Ведь решение третейского суда с одной стороны не подлежит обжалованию, а с другой стороны обязательно лишь для сторон. Следовательно, в том смысле, в котором этот термин употребляется для решений судов общей юрисдикции и арбитражных судов, решение третейского суда вообще не вступает в законную силу.

Однако, для практики интересно выявление момента, что следует понимать под вступлением решения третейского суда в законную силу, в том смысле в котором это понятие употребляется в процессуальных кодексах именно для решений третейских судов.

Собственно может быть три точки отсчета: вступление в законную силу может совпадать с моментом принятия решения третейским судом, окончанием срока его добровольного исполнения и выдачей исполнительного листа на такое решение. Истечение срока добровольного исполнения согласно законодательству влечет лишь право заинтересованной стороны обратиться за исполнительным листом. Поэтому этот момент вряд ли можно связывать с вступлением решения в законную силу.

Вступление решения в законную силу (для государственных судов во всяком случае) предполагает его общеобязательную силу для всех. Решение третейского суда похожее свойство приобретает в момент выдачи исполнительного листа. Однако, выдача исполнительного листа не является обязательной стадией третейского разбирательства. Зачастую решения третейских судов исполняются добровольно. Соответственно, поскольку стадия выдачи исполнительного листа не является обязательной, постольку связывать с ней момент вступления в законную силу невозможно. Иначе получается абсурд, когда наиболее устраивающие стороны решения (исполненные добровольно) вообще не вступают в законную силу, в том смысле, в котором этот термин употребляется для решений третейских судов в арбитражном и гражданском процессуальном кодексах.

Кроме того, решение третейского суда призвано разрешить спор между сторонами третейского разбирательства, для которых оно и является обязательным. Следовательно, момент вступления решения третейского суда в законную силу следует связывать с моментом принятия третейским судом решения. В противном случае применить, например, нормы процессуальных кодексов о прекращении производства по делу, по которому уже существует "вступившее в законную силу" решение третейского суда будет

невозможно. В результате чего добровольно исполненное сторонами решение не будет вызывать тех же процессуальных последствий, в частности невозможности пересмотра, что и исполненное принудительно. А такая ситуация, сама по себе, нонсенс.

Что касается преюдициальности решения третейского суда, то этот вопрос разрешен в соответствующих статьях арбитражного и гражданского процессуальных кодексах. Перечисляя основания, освобождающие стороны от доказывания каких либо обстоятельств по делу, эти кодексы не упоминают обстоятельства установленные в решении третейского суда. Поэтому, решение третейского суда (даже после выдачи исполнительного листа) не носит преюдициальный характер.

Даже вынесение, например арбитражным судом, определения о выдаче исполнительного листа содержащего выводы арбитражного суда о том, что решение третейского суда законно и обоснованно не придает решению преюдициальности поскольку, преюдициальными в соответствии с соответствующими нормами процессуальных кодексов являются только обстоятельства установленные решением судов, а не определением. Тем не менее, некоторые свойства преюдициальности решение третейского суда несомненно содержит. процессуальные нормы запрещают рассматривать спор по которому уже вынесено решение третейского суда, а, вышеприведенное определение арбитражного суда обязательно для всех государственных органов (включая суды), в силу ст. 13 АПК РФ 1995г. Поэтому, не являясь формально преюдициальным, решение третейского суда, существенно затрудняет сторонам разрешить их конфликт иначе, чем в принятом решении.

Важно определиться и с обратным вопросам - носят ли преюдициальный характер решения государственных судов для третейских судов, а так же имеется ли преюдициальность решений внутри одного третейского суда или для всей системы третейских судов. Несмотря на стойкое убеждение, что решения государственных судов имеют для третейского суда преюдициальную силу, правовые основания для такого убеждения найти достаточно сложно. Во-первых, законодательство о третейских судах не содержит норм о преюдициальности решений государственных судов для третейских судов. Не содержат таких норм ни ГПК РФ 1964г. и/или АПК РФ 1995г. Есть правда нормы об обязательности решения государственного суда для всех субъектов права.

Однако следует заметить, что обязательность решения и преюдициальность установленных им фактов это все же два разных правовых института. Если общеобязательная сила решения суда предполагает обязательность исполнения его резолютивной части, то преюдициальность это понятие из области доказывания и относится к сведениям об обстоятельствах изложенных в мотивировочной части решения суда. Поскольку они вызывают разные правовые последствия, законодатель не случайно разделил эти два понятия.

Возникает вопрос, являются ли обстоятельства установленные одним третейским судом преюдициальными для другого третейского суда? Представляется, что ответ должен быть отрицательным. Более того, судебная практика "Сибирского третейского суда" показывает, что это касается даже двух разных коллегий одного и того же третейского суда.

В "Сибирский третейский суд" был заявлен иск о взыскании за ненадлежащее исполнение обязательства по перечислению авансовых платежей, процентов за пользование чужими денежными средствами за разработку системы автоматизированной подготовки, учета и анализа документов. В свою очередь ответчик заявил встречный иск о взыскании неустойки за просрочку исполнения работ. Учитывая, что несвоевременная сдача работ пятого и шестого этапов не дает возможности использовать по целевому назначению и предыдущие этапы, ответчик полагал, что неустойка должна рассчитываться исходя из полной стоимости контракта, поскольку согласно п.1.1 и технического задания, обязательство ответчика состоит в разработке системы автоматизированной подготовки, учета и анализа документов, а в

соответствии с п. 5.2 договора начисление неустойки производится в процентах от стоимости неисполненного обязательства.

По встречному иску было установлено следующее. В соответствии с п.5.2 договора за ненадлежащее исполнение условий договора виновная сторона уплачивает неустойку начиная с 15 дня просрочки. Размер пени определяется по двум альтернативным правилам: от стоимости невыполненного обязательства; либо, в случае невозможности определить стоимость невыполненного объема, от полной стоимости контракта. Согласно п. 1.1 договора предметом договора является разработка программного обеспечения в соответствии с техническим заданием, то есть системы автоматизированной подготовки, учета и анализа документов. Поскольку истец сдал четыре этапа работ, коллегия полагает, что сдав четыре этапа работ истец частично исполнил обязательство по разработке системы. Поэтому, по мнению коллегии, ответчиком в период с 15.04. по 15.06.97г. не было исполнено обязательство в размере стоимости 5-го и 6-го этапов.

Данное решение интересно тем, что "Сибирский третейский суд" уже исследовал исполнение сторонами обязательств по указанному договору при рассмотрении другого дела. Тогда арбитражная коллегия установила, что: "в обязательстве (правоотношении) по разработке системы автоматизированной подготовки, учета и анализа документов, возникшем из договора обязанностью ответчика являлась разработка системы, как программного комплекса, а не отдельных этапов. Поскольку весь комплекс не завершен, определить стоимость сданных четырех этапов не представляется возможным.. Арбитражный суд установил, что это решение "Сибирского третейского суда" соответствует нормам материального и процессуального права и определил - выдать исполнительный лист на его принудительное исполнение.

К сожалению, первое из приведенных дел не попало в арбитражный суд, поскольку истец нарушил срок обращения за выдачей исполнительного листа, в результате чего арбитражному суду не пришлось решать эту правовую коллизию.

Если бы оба дела рассматривались в арбитражном суде, принять прямо противоположное решение при рассмотрении второго дела было бы невозможно, поскольку согласно п.2 ст. 58 АПК РФ 1995г., обстоятельства, установленные вступившим в законную силу решением арбитражного суда по ранее рассмотренному делу, не доказываются вновь при рассмотрении судом другого дела, в котором участвуют те же лица. В отличие от этого, ни действующее законодательство, ни Регламент "Сибирского третейского суда" никак не регулировали подобную коллизию, оставляя решение этого вопроса на усмотрение арбитражной коллегии рассматривающей конкретное дело. Соответственно правовых оснований учитывать выводы сделанные пусть и тем же третейским судом, но при рассмотрении другого дела, у состава третейского суда нет. Следовательно, при вынесении решения, судьи должны оценивать доказательства по своему внутреннему убеждению, при этом никакие обстоятельства (в том числе установленные другой коллегией по другому делу) не имеют для них заранее установленной силы, как это и предусмотрено в ст. 6.9 регламента "Сибирского третейского суда".

Таким образом, формальных оснований для распространения преюдициальности за пределы судебной системы нет..¹³

Каковы правовые последствия решения третейского суда для государственных судов, сторон разбирательства рассмотрено выше. А вот каковы они для третьих лиц, которые не были участниками процесса. На первый взгляд вынесенное третейским судом решение вообще не должно их затрагивать, поскольку оно для них необязательно и не преюдициально. Однако, ряд решений, безусловно, затрагивает интересы третьих лиц. Например, признание сделки недействительной, признание права собственности,

¹³ Наиболее развернуто эту точку зрения изложил М. Попов «Проблемы преюдиции решений и тождественности исков применительно к третейским судам» Журнал Третейский суд №2 за 2001г.

расторжение договора, в ряде случаев, может отразиться и на правах лиц, которые имеют правоотношения со сторонами по поводу тех объектов гражданских прав, которые были предметом спора сторон. Могут ли они строить свои дальнейшие правоотношения исходя из того решения, которое вынес третейский суд по делу?

Исходя из того, что решение третейского суда приобретает законную силу с момента его принятия, правоотношения сторон будут определяться именно этим решением. И, единственное обстоятельство, которое может фактически лишить его юридической силы, это не выдача исполнительного листа, поскольку в этом случае управомоченный государственный суд признает, что данное решение принято с нарушением законодательства. Таким образом, если нет отказа в выдаче исполнительного листа или возврата дела на новое рассмотрение, то стороны уже не могут повлиять на него. Поэтому их правоотношения с этого момента считаются установленными, измененными или прекращенными с учетом вынесенного решения, а третьи лица должны строить свои отношения со сторонами с учетом таких изменений.

ПРИНУДИТЕЛЬНОЕ ИСПОЛНЕНИЕ РЕШЕНИЯ. ОСПАРИВАНИЕ РЕШЕНИЯ ТРЕТЕЙСКОГО СУДА.

По общему правилу решение третейского суда стороны должны исполнять добровольно. Однако, если бы такое решение не имело механизма принудительного исполнения, третейское разбирательство утратило бы существенную часть своей привлекательности. Поэтому принудительное исполнение решений третейских судов возможно, путем выдачи исполнительных листов на эти решения государственными судами.

Вполне оправдано возникает вопрос, – почему третейским судам не дано право самостоятельно выдавать исполнительные листы или их решения напрямую не обеспечиваются принудительной силой государства? Есть две точки зрения. Одни считают, что отсутствие такого права у постоянно действующих третейских судов, имеющих достаточно солидный период функционирования, является абсурдом. Другие же считают, что принудительное исполнение решения третейского суда возможно только после полной проверки правильности решения вплоть до его полного пересмотра.

Представляется, что этот вопрос законодателем решен разумно. Ведь суд – это определитель виновного субъекта, степени вины и меры возмещения. От его решения зависит очень многое. Третейский суд, по существу – суд договорный, независимый от государства. И, если такому суду дать право не только выносить решения, но и принудительно их претворять в жизнь, без всякого контроля со стороны государства, то на сегодняшнем этапе правосознания, это будет явно не на пользу обществу и даже самому третейскому разбирательству.

Любая судебная система пытается решить вопрос: "Как бороться с судебными ошибками, а также избежать коррупции при рассмотрении споров?" Рассматривая решение этой проблемы в третейских судах, обычно указывают на следующее. Первое - если третейский суд примет незаконное решение (неквалифицированное и т.д.), то на его рассмотрение перестанут передавать споры (не будут включать соответствующую третейскую оговорку в договоры), и он фактически перестанет действовать.

И, второе, раз уж стороны сами включили третейскую оговорку, то так им и надо. Естественно последнее является абсолютно неприемлемым, поскольку государство не может допустить массовых нарушений гражданских прав, поэтому не должно допускать саму возможность систематически выносить противоправные решения. Кроме того, если допустить возможность "естественного" отбора третейских судов, поддерживая всей силой государственного принуждения любые выносимые ими решения, сама идея третейского разбирательства будет навсегда (во всяком случае, очень надолго) дискредитирована.

Механизм контроля путем включения либо не включения третейской оговорки срабатывает далеко не всегда. Тем, кто профессионально занимается исследованием третейского разбирательства хорошо известно, что существуют третейские суды созданные не для объективного и беспристрастного разрешения споров, а для выколачивания денег из клиентов своего создателя. Находясь в материальной, а зачастую и в иной зависимости (будучи работником создателя) от одной из сторон спора, третейский судья в последнюю очередь думает о будущем своего третейского суда, поскольку занят более важными проблемами: "Как удовлетворить иск хозяина, чтобы исполнительный лист все-таки выдали" или "Как отказать в иске к хозяину, чтобы это выглядело законоподобно". Естественно сама возможность создания таких третейских судов уже является порочной. Но, во всяком случае, это значит, что государство в обозримом будущем должно держать процесс принудительного исполнения решений третейских судов под своим контролем. Соответственно дискутировать пока можно, лишь о степени такого контроля и глубине проверки решения третейского суда.

На сегодня основанием к выдаче исполнительных листов на решения третейских судов по спорам подведомственным без третейской оговорки арбитражным судам, является ст. 7 Закона РФ "О введении в действие Арбитражного процессуального кодекса РФ" и "Временное положение ...", которое регулирует этот вопрос до принятия Закона РФ "О третейских судах в Российской Федерации".

Этот порядок достаточно прост. В случае неисполнения ответчиком решения исполнительный лист на принудительное исполнение выдается арбитражным судом субъекта Российской Федерации, на территории которого находится третейский суд. Выдача исполнительного листа четко привязана именно к месту нахождения третейского суда как органа разрешающего спор. И не имеет никакого значения ни место разрешения спора, ни местонахождение организации при которой учрежден третейский суд. Это обстоятельство позволяет третейским судам производить третейское разбирательство вне места своего нахождения, создавать дополнительные офисы в других субъектах федерации, отдельные судебные коллегии. Все эти действия никак не изменяют место выдачи исполнительного листа.

Заявление о выдаче исполнительного листа подается стороной, в пользу которой вынесено решение, в арбитражный суд субъекта Федерации, на территории которого находится третейский суд: в постоянно действующий третейский суд, в котором хранится дело. Иногда эта норма безосновательно трактуется как обязанность стороны обратиться и в арбитражный суд и в постоянно действующий третейский суд одновременно. Между тем, с учетом правил хранения дел, очевидно, что в первом случае речь идет о споре рассмотренном "разовым" третейским судом, который отправляет дело в арбитражный суд (именно потому в этом случае заявление и подается напрямую туда). А во втором случае имеется в виду спор рассмотренный постоянно действующим третейским судом, на который возложена обязанность в 5-дневный срок после получения заявления передать его вместе с делом в арбитражный суд. Иное толкование этой нормы обесмысливает механизм ее действия и ставит вопрос о ее неразумности. Между тем, при толковании любых норм права необходимо исходить из презумпции разумности законодателя.

Из того, что правом на подачу заявления обладает лишь сторона в пользу которой вынесено решение следует, что этой стороной может быть только истец в случае удовлетворения иска хотя бы в части. Ответчику если решение вынесено в его пользу нет вообще необходимости обращаться за исполнительным листом. Он вынесение решение об отказе в иске уже защищает его права. А в случае удовлетворения иска его права будут защищены, если истец вообще не обратится за принудительным исполнением или при рассмотрении дела о выдаче исполнительного листа.

Заявление о выдаче исполнительного листа, может быть подано истцом в течение месяца со дня окончания срока добровольного исполнения решения третейского суда. Представляется, что этот срок необоснованно короток. Ведь его пропуск влечет утрату права на получение исполнительного листа, поскольку заявления, поданные с пропущенным сроком, возвращаются судом без рассмотрения, если нет заявления о восстановлении пропущенного срока. А восстановление срока может быть восстановлено лишь по уважительным причинам. Сложившаяся практика свидетельствует о том, что такое восстановление срока происходит весьма редко. Так, за девять лет деятельности "Сибирского третейского суда" этот срок по рассмотренным им делам не был восстановлен ни разу, хотя ходатайства о восстановлении пропущенных сроков неоднократно заявлялись со ссылкой на самые различные причины.

Само исчисление срока представляет определенные трудности, например, если суд принимает решение на основе мирового соглашения, где устанавливается определенный график платежей. Возникает вопрос - следует ли исчислять срок с момента, когда истек первый срок платежа или последний по установленному судом графику? В первом случае при обращении в арбитражный суд еще как будто нет оснований требовать принудительного исполнения в отношении платежей, срок уплаты которых не наступил.

Если дожидаться когда истечет последний срок, то высока вероятность того, что арбитражный суд укажет на пропуск срока по первым платежам.

В настоящее время существует различное видение этой проблемы. Один из таких взглядов заключается в том, что нарушение первого срока платежа понимают как нарушение срока добровольного исполнения всего решения. В этой ситуации сторона в пользу которой вынесено решение вправе обратиться за выдачей исполнительного листа на всю сумму указанную в решении. Поскольку третейским судом принимается именно решение, пусть и на основе третейского соглашения. Соответственно нарушение хотя бы одного предписания установленного решением это не исполнения всего решения и, как следствие право на принудительное исполнение именно всего решения.

Другая точка зрения заключается в том, что истец должен каждый раз требовать выдачи исполнительного листа на часть решения третейского суда, исполнение которого просрочено. Наконец, третья заключается в том, что необходимо дождаться нарушения последнего срока платежей и обратиться за выдачей исполнительного листа на неисполненную часть. В этом случае, поскольку закон говорит об истечении срока добровольного исполнения *решения*, то этот понимается как срок всех платежей (включая последний).

В условиях правовой неопределенности все три точки зрения примерно одинаково аргументируются и видимо все три имеют право на существование, в то числе в судебной практике.

Попытки отвоевать независимость третейских судов привели к тому, что по "Временному положению ...", проверка осуществляется только в случае удовлетворении иска и подачи заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения. В случае же отказа в иске никакой проверки и вообще пересмотра решения не предусмотрено. Таким образом, появилось и никоим образом не устраняется процессуальное неравенство сторон третейского разбирательства. Истец в третейском разбирательстве оказывается в гораздо худшем положении, чем ответчик. Ведь, если иск необоснованно удовлетворен, ответчик имеет возможность при рассмотрении заявления о выдаче исполнительного листа заявить о допущенных нарушениях и тем самым защитить свои права. Даже, если исполнительный лист выдается, у ответчика остается возможность обжалования определения о выдаче исполнительного листа. Совсем другая ситуация получается, если в иске необоснованно отказано. Никакого обращения за выдачей исполнительного листа не предвидится, поэтому и нет возможности заявить о допущенных нарушениях в арбитражном суде. Обратиться с тем же иском в арбитражный суд, не позволяет норма АПК, прямо запрещающая рассматривать дело, если по этому спору уже принято решение третейского суда.

В результате по "Временному положению ..." решение третейского суда об удовлетворении иска обладает весьма скромной юридической силой, поскольку его, без выдачи исполнительного листа (и как следствие проверки его законности), можно просто игнорировать. Напротив, решение об отказе в иске является окончательным, обжалованию и пересмотру не подлежит, то есть по своей юридической силе приближается к постановлениям Президиумов Верховного суда и Высшего арбитражного суда. Естественно эта разница является абсурдом, ведь лицу которому отказали в защите прав, например, во взыскании задолженности в 1 млн. рублей, ничуть не легче, чем тому с кого незаконно взыскали тот же миллион.

Вышеуказанное противоречие следует устранить. Необходимо предусмотреть возможность стороны, которой отказано в удовлетворении ее требований, подать в государственный суд заявление об отмене решения третейского суда и, тем самым, заявить о своем несогласии с принятым решением. По результатам рассмотрения этого заявления государственный суд должен иметь возможность как вернуть дело на новое рассмотрение (при нарушении норм материального права или принятии решения по неисследованным материалам), так и констатировать отсутствие третейской оговорки или

нарушение процедур рассмотрения, после чего истец вправе будет обратиться с тем же иском в государственный суд. То есть государственный суд должен проделать ровно те же процедуры, что и при рассмотрении заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда.

Основаниями для отмены решения третейского суда, как и для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, могли бы быть:

1) недействительность соглашения о передаче спора на разрешение третейского суда в соответствии с федеральными законами о третейских судах и иными федеральными законами;

2) непредставление стороной, против которой принято решение третейского суда, объяснений ввиду ненадлежащего ее извещения о назначении третейского судьи (третейских судей), времени и месте третейского разбирательства;

3) вынесение решения третейским судом по спору, не предусмотренному соглашением о передаче спора на разрешение третейского суда или не подпадающему под условия такого соглашения, или содержащему постановления по вопросам, выходящим за пределы такого соглашения.

При этом понятно, что если постановления по вопросам, охватываемым соглашением о передаче спора на разрешение третейского суда, могут быть отделены от тех, которые не охватываются данным соглашением, то арбитражный суд вправе отменить только ту часть решения третейского суда (отказать в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение только той части решения третейского суда), которая содержит постановления по вопросам, не охватываемым таким соглашением.

4) несоответствие состава третейского суда или процедуры рассмотрения спора соглашению сторон о передаче спора на разрешение третейского суда, если только такое соглашение (включая правила постоянно действующего третейского суда) не противоречит федеральным законам о третейских судах;

5) противоречие решения третейского суда публичному порядку Российской Федерации. Под публичным порядком надо понимать основные, установленные Конституцией России, принципы общественного порядка, социальной, политической, экономической и морально-этической организации общества. Нарушение норм гражданского права не является нарушением публичного порядка.

6) невозможность передачи спора на разрешение третейского суда установленная федеральным законом.

Возможно, вмешательство государственного суда и не вполне соответствует правовой природе третейского разбирательства, однако оно позволит избежать возможных злоупотреблений, потребует от третейского суда высокого качества выносимых решений и, как следствие, повысит авторитет института третейского разбирательства в России. Кроме того, это все равно лучше, чем абсолютная невозможность пересмотреть незаконное решение третейского суда об отказе в иске.

В результате непомерная ответственность за вынесенное решение возложенная "Временным положением ..." на третейских судей (невозможность даже в порядке надзора пересмотреть отказ в иске) будет снята, а возможности не правового использования третейского разбирательства будут в значительной степени устранены. Соответственно, без многочисленных социальных потрясений, наиболее грамотные, независимые и беспристрастные третейские суды останутся, а остальные или отомрут или вообще не будут создаваться. И, лишь после этого, можно будет ставить вопрос об уменьшении надзора за выносимыми третейскими судами решениями. Разумеется, если в этом возникнет необходимость.

По "Временному положению ..." третейский суд, в течение пяти дней после получения заявления о выдаче исполнительного листа, должен направить его вместе с материалами дела в арбитражный суд. Последствия нарушения этого срока третейским

судом не установлены. Более того, если довести ситуацию до абсурда и представить себе неисполнение третейским судом этой нормы, правовых оснований истребовать с него материалы или привлечь к ответственности за нарушение нет. Представляется более правильным, если заявление будет всегда подаваться напрямую в арбитражный суд, который будет всякий раз истребовать дело из третейского суда. В этом случае правовые механизмы, обеспечивающие направление дела в арбитражный суд уже имеются.

"Временное положение ...", фактически возложило на арбитражные суды функцию контроля за законностью и обоснованностью решений третейских судов, тем самым, по существу превратив их в вышестоящую инстанцию, оценивающую правильность применения законодательства и соблюдение процедуры разбирательства третейским судом. В нарушение договорной природы третейского суда, арбитражному суду предписывается при рассмотрении заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, в обязательном порядке проверять законность вынесенного третейским судом решения и полноту исследования материалов дела. Стороны лишены также права самостоятельно выбрать дальнейший порядок действий по урегулированию спора при отказе арбитражного суда выдать исполнительный лист.¹⁴ Такая позиция законодателя, объясняется тем, что решение третейского суда, хотя и основано на обоюдном согласии сторон подчиниться вынесенному решению, все же выносится с учетом норм действующего законодательства. Это делает невозможным существование третейского суда разрешающего спор "по справедливости", даже по соглашению сторон.

Как ни удивительно, но "Временное положение ...", и АПК 1995г. не устанавливают порядок рассмотрения дела о выдаче исполнительного листа. Соответственно непонятно - должно ли это происходить в судебном заседании или нет, с вызовом сторон или без такового? В этой ситуации арбитражные суды разных субъектов федерации формируют отличную друг от друга практику. Если в Краснодарском крае исполнительный лист может выдаваться едва ли не на следующий день после получения заявления без уведомления сторон, то в арбитражном суде Новосибирской области только с уведомлением сторон и в заседании суда. Представляется, что в отсутствие специального регулирования следует применять общие нормы АПК РФ 1995г. (например ст.115), а потому такой судебный акт должен быть принят в судебном заседании с уведомлением сторон. Участие представителей самого третейского суда не обязательно, поскольку он не является стороной по делу.

"Временное положение ..." также не содержит ответа на вопрос о последствиях отказа в выдаче исполнительного листа по таким формальным основаниям как несоблюдение процедуры рассмотрения спора (ч. 1 ст. 26 Временного положения). Дело в том, что если арбитражным судом установлено, что решение не соответствует законодательству либо принято по неисследованным материалам, последствием отказа в выдаче исполнительного листа является возврат дела на новое рассмотрение в третейский суд, принявший решение. Нарушение же процедуры рассмотрения спора влечет только отказ в выдаче исполнительного листа, а вот последствия такого отказа не определены. Соответственно не совсем ясно должен ли арбитражный суд направить дело на новое рассмотрение или нет.

В случае, когда спор рассматривался третейским судом "ad hoc" или постоянно действующий третейский суд ко времени вынесения определения прекратил существовать, следует руководствоваться ч. 4 ст. 26 «Временного положения», устанавливающей возможность обращения с тем же иском в арбитражный суд, в соответствии с установленной подсудностью. Если в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда отказано, а новое решение

¹⁴ Е. Виноградова. "Третейский суд в России. Законодательство, практика, комментарии". М.: Издательство БЕК, 1993г.

вынести невозможно по причине отсутствия самого третейского суда арбитражный суд не вправе прекратить производство по делу.

Эти же соображения применимы и тогда, когда правилами постоянно действующего третейского суда, вынесшего решение, предусмотрен запрет на повторное рассмотрение спора между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям. И в первом и во втором случае истец находится в менее выгодном положении, чем ответчик, поскольку он вынужден нести дополнительные материальные затраты, связанные с подачей иска в арбитражный суд, а перспектива восстановления нарушенных прав отдалается по времени.

Однако, даже если возможность повторного обращения в тот же третейский суд не утрачена истец по АПК РФ 1995г. вправе обратиться в арбитражный суд. Разница заключается в том, что он вправе также обратиться и в тот же постоянно действующий третейский суд, поскольку третейское соглашение не расторгнуто, не признано недействительным, незаключенным, либо как бы то ни было прекратившим свое действие.

Достаточно непростым является вопрос о последствиях отказа арбитражным судом в выдаче исполнительного листа на решение третейского суда. Последствия отказа для третейской оговорки рассмотрены в главе "Третейское соглашение". Здесь же необходимо определиться, какова, правовая сила решения третейского суда при наличии отказа в выдаче исполнительного листа.

Прежде всего, следует отметить, что отказ в выдаче исполнительного листа можно разделить на собственно отказ в выдаче исполнительного листа и направление дела на новое рассмотрение в третейский суд (а по сути это тоже отказ с направлением на новое рассмотрение). При этом правовая сила принятого третейским судом решения в значительной степени утрачивается. Поскольку, арбитражный суд по "Временному положению ..." и АПК РФ 1995г. не вправе вмешиваться в содержание решения третейского суда и тем более изменять или отменять его, получается, что решение третейского суда имеет ту же силу, что и до отказа в выдаче исполнительного листа. То есть оно так же носит окончательный характер и является обязательным для сторон. Однако, в силу отказа в выдаче исполнительного листа, оно лишается возможности принудительного исполнения, в результате чего в значительной степени утрачивает свою привлекательность. В этом случае, складывается ситуация подобная истечению срок исковой давности. Стороны в обоих случаях лишаются возможности требовать исполнения обязательства (и решения соответственно) с помощью государственного принуждения, но вправе добровольно его исполнить.

В случае отказа в выдаче исполнительного листа по "Временному положению ..." наступают иные последствия. С такими основаниями как отсутствие соглашения о рассмотрении спора в третейском суде и если спор возник в сфере управления все достаточно ясно. В этом случае, решение третейского суда попросту ничтожно, и не влечет ни малейших правовых последствий, поскольку в силу закона или отсутствия соглашения сторон, спор не мог быть разрешен третейским судом.

Возникает вопрос какова сила решения третейского суда, если отказ в выдаче исполнительного листа основан на принятии третейским судом решения в неправомочном составе или с нарушением процедуры, а так же в случае не извещения стороны о дате, времени и месте третейского разбирательства (либо невозможностью ответчика по иным уважительным причинам представить свои возражения)?

В этом случае нарушения не являются неустранимыми (а "иные уважительные причины" по которым ответчик не предоставил свои объяснения и вообще не являются нарушениями со стороны третейского суда) и, в принципе, дело может быть рассмотрено вновь.

Представляется, что в этом случае юридическая сила решения такая же как при направлении дела на новое рассмотрение в третейский суд. Этот вывод основан на том,

что само третейское соглашение являющееся правовой основой рассмотрения спора и вынесения решения действует. А значит остается и обязанность сторон добровольно его исполнять.

Еще один важный вопрос, регулярно возникающий в практике, насколько глубоко по "Временному положению ..." арбитражный суд должен исследовать решение третейского суда.

"Временное положение ..." употребляет термин законодательство. Соответственно первый вопрос - какой круг нормативных актов охватывается этим термином. Поскольку третейские суды в России рассматривают исключительно гражданско-правовые споры понятие законодательства можно считать тождественным понятию гражданское законодательство, то есть ГК РФ и принятые в соответствии с ним федеральные законы. Однако, в момент принятия "Временного положения ..." действующий ГК РФ еще не был принят. В тот момент термин законодательство не ограничивается только федеральными законами.

Во всех случаях неизбежно возникает проблема насколько велико должно быть это несоответствие законодательству, чтобы арбитражный суд был вправе отказать в выдаче исполнительного листа. Трактовка этого понятия арбитражными судами склоняется к тому, что любое самое ничтожное несоответствие даже не норме закона, а сложившемуся в судебной практике самих арбитражных судов ее толкованию, уже достаточно для отказа в выдаче исполнительного листа.

На сегодня осуществляется проверка соответствия решения третейского суда не только законодательству, но и Постановлениям Высшего арбитражного суда. Иногда арбитражные суды прямо указывают на несоответствие решения сложившейся практике, а иногда просто используют его аргументацию и ссылаются на несоответствие законодательству. С формальной точки зрения Постановления ВАС не распространяются на третейские суды, поскольку те не входят в судебную систему. С другой стороны толкование смысла и содержания нормативных актов одна из важных функций Высшего арбитражного суда в целях выработки единообразной судебной практики. И расхождение практики третейского суда со сложившейся судебной практикой арбитражного суда едва ли пойдет на пользу обществу. Хотя, формальных оснований у третейского суда воспринимать разъяснения арбитражного суда, как обязательные к применению – нет.

Однако, так или иначе, судебная практика третейских судов, под угрозой невыдачи исполнительного листа должна колебаться вместе с линией арбитражных судов, которая зачастую представляет из себя занятую кривую. Достаточно вспомнить практику признание сделок ничтожными, только по той причине, что в преамбуле договора в качестве стороны указывался филиал, сменившаяся на повсеместное толкование этого же, как случайной опечатки не влекущей правовых последствий. Или взыскание одновременно неустойки и процентов за пользование чужими деньгами (в полном соответствии с ГК), сменившаяся на исключительное взыскание только неустойки или только процентов, сменившаяся сложнейшим механизмом описанном в многостраничном Постановлении Пленума ВАС.

Еще более «каучуковой» является норма о праве вернуть дело на новое рассмотрение, в случае если "решение принято по неисследованным материалам". Но ведь, закон оставляет определение круга доказательств на усмотрение суда рассматривающего дело, и такое усмотрение третейского суда и арбитражного могут существенно различаться. Более того, если какая-либо неисследованность арбитражного суда достаточно легко может быть устранена судом второй инстанции, то для третейского суда такое упущение является фатальным ввиду того, что арбитражный суд не может изменить решение третейского суда. Исходя из такой неопределенной формулировки,

арбитражный суд, вправе абсолютно любое дело вернуть на повторное рассмотрение со ссылкой на то, что необходимо было исследовать еще что-либо.

Вплоть до того, что иногда третейскому суду предлагается исследовать соответствие исковых требований тому или иному разделу законодательства. Между тем, "Временное положение ..." говорит о "неисследованности материалов" по делу, а не о неисследованности норм права. Если в решении есть неисследованность норм права, то суд должен найти не соответствие решения законодательству. Если же решение соответствует законодательству и материалы исследованы, то правовых оснований к возврату дела на новое рассмотрение по "Временному положению ..." просто нет.

Ни АПК РФ 1995г., ни "Временное положение ..." не содержат ответа на вопрос вправе ли арбитражный суд выдать исполнительный лист на часть решения третейского суда, а в остальной части вернуть на новое рассмотрение. Такие вопросы возникают не так уж и редко, поскольку зачастую решение содержит несколько удовлетворенных судом требований, например взыскание задолженности и неустойки. И вполне может случиться, что по поводу взыскания основного долга решение принято абсолютно законно, а в части взыскания неустойки есть нарушения (неверное исчисление, применение не той нормы права и т.д.). Отказ в выдаче исполнительного листа в полном объеме в этом случае представляется необоснованным. А поскольку нормы права, запрещающие выдачу исполнительного листа на часть решения третейского суда, отсутствуют, вполне допустимо выдавать исполнительный лист на часть решения. Право выдачи исполнительного листа на часть решения третейского суда, безусловно, должно быть закреплено законодательно.

Поскольку государственный суд не вправе изменять решение третейского суда, вопрос об изменении порядка или способа исполнения решения третейского суда должен решать сам третейский суд вынесший решение. Разумеется, если сама возможность такого изменения предусмотрена соглашением сторон и/или правилами постоянно действующего третейского суда..

Хотя по этому вопросу есть и другое мнение. Поскольку изменение порядка и/или способа исполнения решения касается только исполнения решения, но не затрагивает его существа, то в соответствии со ст. 205 АПК РФ 1995г. этот вопрос должен быть решен арбитражным судом без всякого участия третейского суда.

Существует точка зрения, что поскольку арбитражный суд не вправе что-либо изменять в решении третейского суда, то в случае необходимости поворота исполнения решения, поворот должен производить третейский суд. Представляется, что такая точка зрения ошибочна. Принудительное исполнение решения производится на основе принятого, например арбитражным судом, определения о выдаче исполнительного листа. Если это определение в процессе его обжалования будет отменено, а со стороны уже взысканы денежные средства, поворот может и должен производиться самим арбитражным судом. Ведь отмена определения означает, что исполнительный лист выдан неправомерно. Вообще само понятие "поворот исполнения" уже означает, что речь идет о стадии принудительного исполнения, которая находится за пределами компетенции третейского суда. И, если основания для принудительного исполнения отпали, то именно государственный суд и должен решать вопрос о повороте исполнения своего судебного акта (в данном случае определения о выдаче исполнительного листа).

Еще одна проблема, связанная с принудительным исполнением решения, касается уникальности правил третейского разбирательства для каждого третейского суда. В результате, возникают следующие трудности. Для решения вопроса о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда арбитражный суд должен установить, соблюдены ли третейским судом требования формирования судебного состава, было ли обеспечено равенство сторон при разрешении

спора и учтены ли интересы ответчика, не участвующего в деле. Для этого суду необходим регламент. Он, конечно, есть в арбитражном суде, который рассматривает дело, поскольку он направляется туда при создании третейского суда. Однако при рассмотрении дела в вышестоящих инстанциях (начиная с кассационной), они лишены возможности сверить поведение третейского суда с регламентом, поскольку сам регламент остается в арбитражном суде субъекта федерации. Поэтому не будет нарушением, если постоянно действующий третейский суд, будет прикладывать регламент к каждому своему решению.