

Министерство образования и науки Российской Федерации

Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение
высшего профессионального образования
«Оренбургский государственный университет»

О. А. Ковалева, Л. И. Носенко, И. З. Шагивалеева

ВНЕСУДЕБНЫЕ ФОРМЫ ЗАЩИТЫ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ

Рекомендовано к изданию Ученым советом федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего профессионального образования «Оренбургский государственный университет» в качестве учебного пособия для студентов, обучающихся по программам высшего профессионального образования по направлению подготовки 030900.62 Юриспруденция

Оренбург
2012

УДК 347.9(075.8)

ББК 67.404.06.я7

К56

Рецензент: директор Гуманитарного юридического колледжа ОГУ, доцент, кандидат юридических наук Н.М. Бородавкина

Ковалева, О. А.

К56

Внесудебные формы защиты гражданских прав: учебное пособие / О.А. Ковалева, Л.И. Носенко, И.З. Шагивалеева; Оренбургский гос. ун-т. - Оренбург: ОГУ, 2012. – 206 с.

В учебное пособие включен лекционный материал по дисциплине «Внесудебные формы защиты гражданских прав», литература, а также нормативный материал, позволяющий глубже рассматривать круг проблемных вопросов. Авторы: Ковалева О.А. – тема 1, пп. 1.3; тема 2; Носенко Л.И. - тема 12; Шагивалеева И.З. – тема 1, пп. 1.1, 1.2; темы 3-11.

Настоящее пособие рекомендуется студентам по направлению подготовки 030900 Юриспруденция (Квалификация (степень) «Бакалавр»).

ББК 67.404.06.я7

УДК 347.9(075.8)

© Ковалева О.А., Носенко Л.И.,
Шагивалеева И.З., 2012
© ОГУ, 2012

Содержание

1 Тема 1 Общие положения о защите гражданских прав. Самозащита.....	4
2 Тема 2 Медиация как форма защиты гражданских прав.....	27
3 Тема 3 Организационные основы деятельности нотариата.....	78
4 Тема 4 Нотариус в Российской Федерации.....	89
5 Тема 5 Основные правила совершения нотариальных действий.....	97
6 Тема 6 Оформление наследственных прав граждан.....	101
7 Тема 7 Удостоверение сделок.....	108
8 Тема 8 Удостоверение брачного договора.....	119
9 Тема 9 Особенности совершения протестов.....	139
10 Тема 10 Общая характеристика альтернативных форм рассмотрения гражданских дел.....	144
11 Тема 11 Международный коммерческий арбитраж (третейский суд) как один из способов рассмотрения правовых конфликтов.....	151
12 Тема 12 Третейские суды. Организация деятельности третейских судов.....	154
Список использованных источников.....	202

1 Тема 1 Общие положения о защите гражданских прав.

Самозащита

План

1.1 Способы защиты гражданских прав

1.2 Самозащита как особая форма защиты гражданских прав. Самозащита работниками трудовых прав

1.3 Досудебный претензионный порядок урегулирования спора

1.1 Способы защиты гражданских прав

Анализ юридических словарей позволяют констатировать, что под способом понимается определенное действие или система действий при выполнении какой-нибудь работы¹⁾. Другими словами, под способом понимается определенного рода деятельность субъекта права.

А. П. Сергеев трактует понятие «способ» как совокупность приемов, которые выполняются в определенной последовательности, но при этом тот же самый термин применительно к защите права он трактует уже по-другому. В частности, объясняя содержание данного термина, акцентирует внимание на совокупности закрепленных законом материально-правовых мер принудительного характера, посредством которых производится восстановление нарушенных прав и на правонарушителя²⁾, но в такой интерпретации это будет уже не способ защиты, а мера.

Анализ научной литературы показывает, что многие исследователи отождествляют термины «мера защиты» и «способ защиты», например, В. А. Хохлов, в то же время, говоря об ответственности, акцентирует внимание на ее

¹⁾ Ожегов, С. И. Словарь русского языка / С. И. Ожегов; под ред. Ю. Н. Шведовой. - М.: Русский язык, 1983. – С. 674.

²⁾ Гражданское право: учебник: в 3 т. / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. – Т. 1. - С. 270.

способах, понимая при этом под способами методы ответственности и приемы ее реализации.

Способы защиты гражданских прав можно определить как установленные государством нормы и правила поведения, с помощью которых можно добиться пресечения, устранения нарушенных прав, а также их восстановления или компенсации ущерба.

Таким образом, приходим к выводу о том, что способы самозащиты предусмотрены актами гражданского законодательства или договорами, при этом выбор права на защиту лицо осуществляет на свое усмотрение. Нормы ГК РФ (ст. 12) регламентируют 11 способов защиты гражданских прав.

Все способы самозащиты можно условно классифицировать на индивидуальную и коллективную самозащиту (по количеству лиц осуществляющих право):

- самозащиту гражданских (личных), политических, социально-экономических, культурных и экологических прав и свобод человека и гражданина (по сфере реализации прав);

- по форме реализации самозащита характеризуется действиями активно-оборонительного и превентивного характера.

В юридической литературе высказывались различные мнения о сфере реализации права на самозащиту. Одни авторы утверждали, что самозащита допускается исключительно во внедоговорных отношениях¹⁾.

В свою очередь, имеют место мнения, что самозащита возможна как в договорных отношениях, так и в недоговорных отношениях²⁾.

Наконец, что самозащита допустима в договорных отношениях. По мнению Е. Е. Богдановой из норм ГК РФ прямо вытекает, что самозащита возможна как в договорных, так и в недоговорных отношениях. Специфика самозащиты, считает

¹⁾ Грибанов, В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав / В. П. Грибанов. - М.: Статут, 2000. - С. 168.

²⁾ Брагинский, М. И. Возникновение гражданских прав и обязанностей, осуществление и защита гражданских прав / М. И. Брагинский // Комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей / под общ. ред. М. И. Брагинского. - М.: Фонд «Правовая культура», 1995. - С. 5.

она, заключается в том, что во внедоговорных отношениях она может осуществляться фактическими действиями, а в договорных отношениях на первый план выступают юридические действия управомоченного лица, при этом в договорных отношениях не исключается самозащита и посредством фактических действий управомоченной стороны¹⁾.

1.2 Самозащита как особая форма защиты гражданских прав. Самозащита работниками трудовых прав

При изучении исторических аспектов становления института самостоятельной защиты следует обратить внимание на то, что обычай самостоятельно защищать свои права и интересы имел место еще в Риме.

Например, функция отправления правосудия в период развития римской империи носила личный характер, защита нарушенных интересов облекалась в форму борьбы частных сил. В древнем обществе процесс защиты представлял собой личную самостоятельную расправу над провинившимся лицом.

В римских законах четко предусматривались условия, при которых самостоятельная защита признавалась правомерной. Например, самозащита должна была применяться в отношении нарушения частных прав насильственного характера; самостоятельные действия должны были быть направлены на ликвидацию нарушения и т.д.

В средние века также широко применялся метод самозащиты, но в законах того времени предусматривались только отдельные моменты самостоятельной защиты нарушенных интересов самими гражданами и допускались в качестве исключения, когда были основания, что непринятие самостоятельных мер может негативно отразиться на внутреннем правопорядке.

На сегодняшний день законодательство как зарубежное, так и российское отличается детализацией самостоятельной защиты.

¹⁾ Богданова, Е. Е. Формы и способы защиты гражданских прав и интересов / Е. Е. Богданова // Российское право. – 2003. - № 6. – С. 25.

Например, в современном зарубежном законодательстве Германии, США и других стран на сегодняшний день закрепляется право на самозащиту, при этом закон четко регламентирует, в каких случаях может применяться самозащита, а в каких нет.

В России история развития самозащиты гражданских прав берет свое начало с Русской Правды. В древнем обществе процесс защиты мало сочетался с нормами морали и представлял собой самостоятельную расправу над провинившимся лицом. Укрепление государства привело к существенному ограничению самоуправства. Уже в период крещения Руси в государстве повсеместно было запрещено осуществлять самоуправство, первоначальные формы самосуда к этому периоду времени были уже ликвидированы, на законодательном уровне было уделено большее внимание договорным способам осуществления самостоятельной защиты. В частности, запрет на самоуправство был предусмотрен в Псковской судной грамоте, в Судебнике царя Ивана Васильевича 1550 года, в Соборном уложении 1649 года, которые устанавливали порядок отправления правосудия.

Важнейшим этапом в формировании представлений о самозащите являются исследования отечественных правоведов; российские ученые К. Н. Анненков, Е. В. Васильковский и другие впервые акцентировали внимание на понятии «допустимой самостоятельной защиты», они предлагали ограничить дозволенную самозащиту (самопомощь) самовольным отражением насилия или восстановлением нарушенных прав.

Примечательно то, что с принятием Свода законов Российской империи понятие «самоуправство» вообще перестало упоминаться в правовых источниках и, несмотря на ожидания государства о расширении внесудебных форм защиты, должного внимания институт самозащиты в данный период так и не получил.

В дореволюционных нормативных актах большое внимание уделялось защите от неправомерного насилия, но законодательство характеризовалось отсутствием общего правила самозащиты гражданских прав.

Изложенное позволяет прийти к выводу, что возникновение права на самозащиту связано с посягательством, либо непосредственной угрозой

посягательства на такие объекты прав, как жизнь, здоровье, достоинство личности, свобод и личная неприкосновенность, неприкосновенность частной жизни, право владеть имуществом, жилище. Объектом посягательства как основание применения самозащиты являются как права и свободы самого лица осуществляющего самозащиту, так и права и законные интересы родных, близких и других лиц.

Российское законодательство провозглашает право граждан на самозащиту от противоправных посягательств.

Лицо имеет право на самозащиту своего гражданского права и права другого лица от нарушений и противоправных посягательств.

ГК РФ под самозащитой гражданских прав понимает совершение управомоченным лицом определенных действий, направленных на охрану его личных интересов, при этом действия прямо регламентированы законом.

Говоря о защите гражданских прав и о самозащите в целом, А. П. Сергеев утверждает, что защита прав может осуществляться как в юрисдикционной так и в неюрисдикционной формах. По мнению автора, юрисдикционная форма реализуется как в судебном порядке, так и в альтернативном. Следует отметить, что он не согласен с мнением законодателя определяющего самозащиту как одного из способов защиты гражданских прав. По утверждению А.П. Сергеева самозащита гражданских прав - это не способ, а форма защиты.

Такого же мнения придерживаются Г. А. Свердлык и Э. Л. Страунинг¹⁾, которые в свою очередь также определяют самозащиту как одну из форм защиты гражданских прав и считают целесообразным исключение из главы ГК РФ «Способы защиты гражданских прав» слова «самозащита права». Понятие альтернативный означает, что защита прав может осуществляться и не в судебном порядке, отсюда содержание понятия «самозащита гражданских прав» может определяться и как возможность лица действовать самостоятельно, без обращения в юрисдикционные (судебные) органы и совершения определенных действий, которые направлены на устранение, предупреждение и пресечение нарушенных

¹⁾ Свердлык, Г. А. Защита и самозащита гражданских прав / Г. А. Свердлык, Э. Л. Страунинг. - М. : Лекс-книга, 2002. - С. 37.

прав. Единственным условием является то, что защита должна осуществляться в рамках закона.

Под формой защиты субъективных гражданских прав и охраняемых законом интересов понимается комплекс внутренних согласованных организационных мероприятий по защите субъективных прав, протекающих в рамках единого правового режима и осуществляемых надлежаще уполномоченными органами, а также самим управомоченным лицом (носителем права).

Выделяя характерные признаки самозащиты гражданских прав, следует отметить:

- это форма защиты гражданских прав;
- осуществляется силами самого потерпевшего;
- осуществление самозащиты, возможно, в результате нарушения права или иногда во время нарушения права;
- лицо, осуществляющее самозащиту, в момент ее осуществления не может обратиться за защитой своего права;
- самозащита гражданских прав не должна выходить за пределы действий, предусмотренных законом.

Вместе с тем, следует обратить внимание на то, что в случаях, предусмотренных законом, причинение вреда правонарушителю или третьим лицам действиями управомоченного лица по защите своих прав и интересов признается правомерным, и не влечет за собой мер юридической ответственности (состояние необходимой обороны).

Поэтому при изучении основных вопросов целесообразно разобраться в соотношении понятий «самозащита» и «самоуправство». Схожесть данных терминов очевидна. И в одном и в другом случаях лицо осуществляет свои действия, самостоятельно руководствуясь своим внутренним убеждением, не преследует корыстных целей. Как для самоуправства, так и для самозащиты характерно наличие нарушенного восстанавливаемого права¹⁾. Объединяет данные

¹⁾ Витман, Е. В. Разграничение самоуправства и самозащиты права / Е. В. Витман // Юридические науки. - 2006. - № 2. – С. 23.

институты также и то, что как в случае самозащиты, так и при самоуправстве лицо не обращается за помощью в государственные органы, а восстанавливает нарушенные права самостоятельно.

При этом отличие самоуправления и самозащиты проводится в зависимости от соблюдения или несоблюдения условий правомерности самозащиты. Самоуправство может совершаться путем фактических действий, самозащита может осуществляться и юридическими действиями. Самозащита, пределы которой превышены, представляет собой самоуправство.

Таким образом, под самозащитой понимается особая форма защиты субъективных гражданских прав, которая выражается в применении лицом средств противодействия, не запрещенных законом и не противоречащих моральным основам общества.

Нормы ГК РФ предусматривают основные способы защиты прав граждан, среди которых указывается самозащита работниками трудовых прав. Следует отметить, что ни в нормах ГК РФ, ни в ТК РФ не уточняется содержание данного понятия. Примечательно то, о самозащите прав говорится в ТК РФ в ряде статей, но располагаются они не в одной главе, такая рассредоточенность вызывает трудности в их применении на практике.

Думается, что самозащита предполагает самостоятельные активные действия работника по охране своих трудовых прав, жизни и здоровья.

Под самозащитой трудовых прав понимается совершение работником действий (бездействий), совершаемых в рамках самостоятельной процессуальной деятельности, в результате которых возникают отношения по защите трудовых прав. При этом следует отметить, что эти отношения возникают без участия каких-либо органов. В соответствии с нормами ТК РФ при реализации самозащиты трудовых прав работодатель может добровольно устранить нарушение им права или, не признав их, отклонить претензию работника.

Следует отметить, что законодательство не исключает возможность одновременного использования самозащиты и другого способа защиты трудовых прав и свобод.

Необходимо отметить, что ТК РФ предусматривает только такую форму защиты гражданских прав как отказ от выполнения трудовых обязанностей. В законе также указываются случаи, при которых работник может отказаться от выполнения работы: если условия четко не прописаны в трудовом договоре, например, поручение работы с вредными и опасными условиями труда и второе, условия труда непосредственно угрожают жизни и здоровью работника.

Следует отметить, что по нормам того же ТК РФ в целях самозащиты трудовых прав работник вправе отказаться от выполнения работы.

Следовательно, к форме самозащиты относится и отказ работника от выполнения любых незаконных распоряжений работодателя, например, о досрочном выходе на работу из отпуска или о привлечении к сверхурочной работе.

В случаях отклонения работодателя от обеспечения работников средствами индивидуальной или коллективной защиты при осуществлении работ с вредными и опасными условиями труда, не предусмотренных трудовым договором, также может применяться самозащита трудовых прав.

Согласно ст. 142 ТК РФ в случае задержки выплаты заработной платы на срок более 15 дней работник имеет право, известив работодателя в письменной форме, приостановить работу (за исключением некоторых работ) на весь период до выплаты задержанной суммы и отсутствовать на рабочем месте.

Ст. 236 ТК РФ устанавливает материальную ответственность работодателя перед работником: он обязан выплатить все причитающиеся работнику суммы с уплатой процентов (денежной компенсации) в размере не ниже одной трехсотой ставки рефинансирования Центрального банка РФ за каждый день задержки.

Следует отметить, что право приостановки работы в указанном случае специалистами толкуется неоднозначно. Высказывается сомнение в корректности норм ст. 142 ТК РФ, устанавливающей право на приостановку работы, как, впрочем, и в законности права невыхода на работу лиц, приостановивших ее.

Самозащита – эффективный способ защиты трудовых прав и свобод. Не случайно Федеральный закон № 90-ФЗ от 30. 06. 2006 г. поставил в ст. 352 ТК РФ

этот способ на первое место, подчеркнув тем самым его приоритет перед другими способами, что каждый имеет право защищать свои трудовые права и свободы всеми способами, не запрещенными законом.

1.3 Досудебный претензионный порядок урегулирования спора

Судебный порядок защиты прав в условиях пошатнувшихся хозяйственных отношений, спада потребительского спроса из-за неплатежеспособности большинства участников гражданского оборота, затоваривания складов не всегда может оказаться действенным и эффективным, так как может окончательно подорвать ранее сложившиеся партнерские связи и деловую репутацию спорящих сторон. В данных условиях особую актуальность приобретает досудебный порядок урегулирования споров, дающий сторонам дополнительную возможность, не нарушая сложившиеся отношения, путем взаимных уступок находить компромиссные решения конфликтных ситуаций.

Досудебный порядок урегулирования спора – это процедура по ведению переговоров по тем или иным договорным отношениям или иной деятельности, направленная на разрешение возникших споров между участниками гражданских правоотношений.

В определенных ситуациях, вытекающих из договорных правоотношений, досудебный порядок урегулирования спора является обязательной стадией разрешения спора, так как он напрямую предусмотрен законом (ст. 450-453 ГК РФ).

Зачастую в ходе той или иной деятельности у граждан или организаций возникают ситуации, когда необходима помощь специалиста по правовому урегулированию возникшего конфликта (медиатор). Привлечение юриста в данной ситуации позволяет намного ускорить процесс ведения переговоров и достижения результата, а также способствует разработке схемы дальнейших действий в соответствии с требованиями законодательства.

Подобный способ урегулирования спорной ситуации является наиболее оптимальным для сторон, поскольку не сопряжен с обращением в суды,

государственные органы исполнительной власти и не связан с преждевременным и неоправданным несением больших судебных расходов по ведению судебного процесса, позволяет решать вопросы в более короткие сроки. Юридические и адвокатские услуги по ведению дел в суде достаточно недешевая услуга, это объясняется ее трудоемкостью, а также сложностью споров и продолжительностью занятости по делу. Привлечение специалиста для решения конфликта мирным путем до рассмотрения спора в судебном порядке, как показывает практика, приносит меньше затрат для клиента.

Как правило, судебные тяжбы подрывают даже длительные деловые отношения между сторонами, поскольку разбирательство дела в суде сопряжено с множеством малоприятных мероприятий. После подобных процедур редко удается восстановить деловое сотрудничество с контрагентом. Скорее всего, придется «расстаться» с ним еще до вынесения решения. А если отношения и не будут расторгнуты, то их развитие, безусловно, будет находиться в состоянии кризиса, что неблагоприятно скажется на финансово-хозяйственной деятельности спорящих организаций. Досудебное урегулирование спора, напротив, укрепит деловые отношения между сторонами и направит их на продуктивное и взаимовыгодное сотрудничество.

Если, в ходе досудебных переговоров стороны не пришли к разрешению спора, и одна из сторон обратилась в суд, юристы, выступив посредниками, помогут произвести урегулирование спора на этапе предварительного рассмотрения дела в суде. Урегулировать спор можно путем заключения мирового соглашения на взаимовыгодных условиях, при необходимости составив его в оптимально сжатые сроки. Физическим и юридическим лицам лучше прибегать к процедуре досудебного порядка разрешения возникшего спора, привлекая квалифицированных юристов. Юристы обладают опытом ведения переговоров по урегулированию споров в досудебном порядке, сформируют четкую и конкретную позицию по делу, помогут выбрать оптимальные варианты решения ситуации, минимизируя расходы по возможному предстоящему судебному разбирательству. Юристы помогут минимизировать расходы по возможному взысканию неустойки, понесенных

убытков, упущенной выгоды, штрафных санкций, помогут сохранить деловые отношения и репутацию.

Досудебный порядок урегулирования споров может реализовываться в следующих формах:

- устная и письменная юридическая консультация;
- анализ имеющейся документации (договоров, актов, накладных, деловой переписки и т.п.);
- подготовка претензии, отзывов на претензию, заявлений, протестов в адрес контрагента, в государственные и муниципальные органы;
- проведение и сопровождение переговоров с контрагентом, партнером, представителями государственных и муниципальных органов;
- выработка оптимального решения для обеих сторон спора;
- подготовка документации, необходимой для закрепления достигнутого соглашения (дополнительные соглашения, договора, протоколы, мировые соглашения и т.п.).

Досудебный порядок урегулирования спора действующим законодательством РФ предусматривается и носит не обязательный характер. Однако прямое соблюдение претензионного порядка может быть предусмотрено законом или договором сторон, не соблюдение которого может повлиять на рассмотрение дела, так как согласно ст. 452 ГК РФ, требование об изменении или о расторжении договора может быть заявлено стороной в суд только после получения отказа другой стороны на предложение изменить или расторгнуть договор либо неполучения ответа в срок, указанный в предложении или установленный законом либо договором, а при его отсутствии - в тридцатидневный срок.

Если переговоры не увенчались успехом, у сторон правоотношений возникает право на обращение в суд, в котором в силу ст. 132 ГПК РФ и ст.152 АПК РФ, в предъявляемом в суд исковом заявлении должны быть указаны сведения о соблюдении истцом претензионного или иного досудебного порядка, если он предусмотрен федеральным законом или договором.

Таким образом, в случае обращения в суд по причине не разрешения спора в досудебном порядке, к иску необходимо приложить доказательства досудебного урегулирования споров, иначе поданное заявление может быть не принято к производству.

Четкое и умелое заключение торговых договоров выступает основным условием надлежащего их исполнения. Именно на стадии оформления договоров закладываются предпосылки успешной работы фирмы, повышения прибыли и предупреждения потерь от неисполнения обязательств. Поэтому работа по заключению договоров требует постоянного к себе внимания со стороны руководителей и юридических служб организаций.

В ходе коммерческой деятельности у любого хозяйствующего субъекта, так или иначе, возникают спорные ситуации с контрагентами. Их можно решить через суд, а можно просто договориться без привлечения представителей судебной власти. Однако подобное урегулирование споров должно происходить по определенным правилам, которые предусмотрены российским законодательством и деловой практикой.

Досудебный порядок урегулирования используется также при разрешении конфликтных ситуаций между предпринимателями и органами государственной власти, например налоговыми. А также между физическими и юридическими лицами, например в спорах по защите прав потребителей.

Под термином «досудебный порядок урегулирования споров» принято понимать закрепление в договоре или законе условий о направлении претензии или иного письменного уведомления от одной спорящей стороны другой, установление сроков для ответа и других условий, позволяющих разрешить конфликт без обращения в суд.

Как уже отмечено, подобная форма разрешения противоречий возможна в различных хозяйственных и публично-правовых отношениях, поэтому нюансы процедуры досудебного урегулирования зависят от характера спора. Досудебный (претензионный) порядок урегулирования экономических споров представляет собой взаимные действия сторон, направленные на разрешение возникших

разногласий без вмешательства судебных органов. Хозяйствующий субъект (юридическое лицо или гражданин - предприниматель), считающий, что его права нарушены ненадлежащими действиями другой стороны хозяйственной деятельности, обращается к нарушителю обязательств с требованием в установленный срок устранить нарушение. Получатель претензии рассматривает ее и, если находит доводы обоснованными, предпринимает необходимые меры к устранению допущенных нарушений.

Значение возможности претензионного порядка урегулирования споров заключается в том, что такой порядок ведет к более быстрому и взаимовыгодному разрешению возникших разногласий и споров.

В соответствии со ст. 10 Федерального закона «О введении в действие Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации» Положение о претензионном порядке урегулирования споров, утвержденное Постановлением Верховного Совета РФ от 24 июня 1992 года № 3116-1, признано утратившим силу с 1 июля 1995 года. Согласно ч. 3 ст. 4 АПК РФ, если федеральным законом установлен для определенной категории споров досудебный (претензионный) порядок урегулирования либо он предусмотрен договором, спор может быть передан на рассмотрение арбитражного суда лишь после соблюдения такого порядка.

Право на обращение в арбитражный суд без соблюдения досудебного (претензионного) порядка урегулирования споров имеют прокурор, государственные органы, органы местного самоуправления.

При составлении различных договоров хозяйствующие субъекты могут предусмотреть в качестве первого шага разрешения споров по вопросу исполнения обязательств именно претензионный порядок. В таком случае для сторон договора досудебный порядок урегулирования спора по данному договору будет обязательным.

Применительно к рассматриваемому вопросу о досудебном порядке урегулирования спора необходимо сказать еще об одном случае, когда соблюдение такого порядка необходимо. Речь идет об изменении и расторжении договора.

По общему правилу, предусмотренному п. 1 ст. 450 ГК РФ, изменение и расторжение договора возможны по соглашению сторон, если иное не предусмотрено ГК РФ, другими законами или договором.

Исключением из общего правила являются два случая, когда допускается изменение и расторжение договора по требованию одной из сторон по решению суда:

- при существенном нарушении договора другой стороной;
- в иных случаях, предусмотренных ГК РФ, другими законами или договором.

Обязательным условием изменения или расторжения договора по решению суда является соблюдение специальной досудебной процедуры урегулирования спора непосредственно между сторонами по договору. Сущность процедуры досудебного урегулирования изложена в п. 2 ст. 452 ГК РФ. Согласно указанной норме заинтересованная сторона до обращения в суд должна направить другой стороне предложение изменить или расторгнуть договор.

Иск может быть заявлен в суд только после получения отказа другой стороны на предложение изменить или расторгнуть договор либо неполучения ответа в 30-дневный срок, если иной срок не предусмотрен законом, договором или не содержался в предложении изменить или расторгнуть договор.

Порядок претензионного урегулирования споров состоит в следующем: предполагаемый кредитор (будущий истец) направляет (предъявляет) предполагаемому должнику (будущему ответчику) требование (чаще всего оформляемое в виде претензии) об исполнении лежащей на нем материально-правовой обязанности и ждет ответа в срок, установленный законом или соглашением сторон. Предполагаемый должник вправе (а иногда и обязан) дать ответ на претензию в установленный срок. По истечении указанного срока и неисполнении обязательства должником указанный порядок считается соблюденным.

Претензия (от позднелатинского *praetensio* - притязание, требование) требование кредитора к должнику об уплате долга, возмещении убытков, уплате

штрафа, устранении недостатков поставленной продукции, проданной вещи, выполненной работы.

Претензия предъявляется в письменной форме и подписывается руководителем или заместителем руководителя организации, гражданином-предпринимателем.

В работе по составлению досудебной претензии можно руководствоваться сложившимися обычаями делового оборота или же Положением о претензионном порядке урегулировании споров, утвержденным Постановлением ВС РФ от 24.06.1992 г. № 3116-1. Данное положение в настоящее время не действует, но если сделать в договоре на него ссылку, оно станет для сторон обязательным.

Единого содержания претензии (или иного подобного документа) в нормативных актах четко не обозначено. Так, например, в Приказе Министерства путей сообщения Российской Федерации «Об утверждении Правил предъявления и рассмотрения претензий, возникших в связи с осуществлением перевозок грузов железнодорожным транспортом» от 18 июня 2003 г. № 42 в п. 6 установлено: «В претензии следует указывать следующие сведения:

- наименование заявителя претензии, а для юридических лиц - данные свидетельства о государственной регистрации в качестве юридического лица;
- местонахождение юридического лица (индекс, республика, край, область, город, населенный пункт, улица, номер дома, корпуса, квартиры), а для физических лиц - данные документа, удостоверяющего личность (паспорт или документ, его заменяющий), и адрес, по которому следует направлять ответ на претензию;
- банковские реквизиты;
- основание для предъявления претензии (полная или частичная утрата груза, недостача, повреждение (порча), просрочка в доставке и другие основания);
- сумма претензии по каждому отдельному требованию, по каждой накладной, квитанции о приеме груза, учетной карточке выполнения заявки на перевозку грузов железнодорожным транспортом, ведомости подачи и уборки вагонов, накопительной карточке и другим документам;
- перечень документов, прилагаемых к претензии».

Претензии подписываются грузоотправителем, грузополучателем, владельцем железнодорожного пути необщего пользования, страховщиком.

В случае предъявления претензии от имени грузоотправителя, грузополучателя, владельца железнодорожного пути необщего пользования уполномоченным лицом право на это предъявление должно быть подтверждено доверенностью, оформленной в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Таким образом, все выше изложенное можно объединить в некий образец заполнения претензии: в претензии указываются - требования заявителя; сумма претензии и обоснованный ее расчет, если претензия подлежит денежной оценке; обстоятельства, на которых основываются требования, и доказательства, подтверждающие их, со ссылкой на соответствующее законодательство; перечень прилагаемых к претензии документов и других доказательств; иные сведения, необходимые для урегулирования спора.

К претензии прилагаются подлинные документы, подтверждающие предъявленные заявителем требования, или надлежащие заверенные копии либо выписки из них, если эти документы отсутствуют у другой стороны.

Если же обязательный досудебный порядок предусмотрен не в законе, а в договоре, то в этом договоре должно быть ясно указано, спор по какому вопросу требует такого порядка.

Претензия отправляется заказным или ценным письмом, по телеграфу, телетайпу, а также с использованием иных средств связи, обеспечивающих фиксирование ее отправления, либо вручается под расписку.

Порядок соблюдения досудебного разрешения спора включает несколько процедурных этапов: составление претензии, ее предъявление, ожидание ответа. Причем важное значение имеют и сроки совершения этих действий.

К сожалению, с нашей точки зрения, в действующем законодательстве не все вопросы, относящиеся к соблюдению указанного порядка, нашли должное отражение.

То, что претензия должна быть предъявлена в письменной форме, представляется очевидным, исходя из анализа норм АПК РФ и указанных Законов, но, например, в ст. 405 Кодекса торгового мореплавания Российской Федерации это установлено прямо.

Порядок направления претензии ответчику должен быть выбран такой, который бы позволил при предъявлении иска доказать факт направления. Это может быть почтовое отправление с уведомлением о вручении, вручение под расписку и др.

В настоящее время не существует единых правил предъявления претензий. В нормативных актах, устанавливающих обязательность претензионного порядка, содержатся свои правила предъявления претензий. При установлении обязательного досудебного порядка урегулирования спора в договоре, правила предъявления претензии и сроки, также определяются этим договором. Рассмотрим некоторые из правил.

- Устав железнодорожного транспорта Российской Федерации от 10 января 2003 г. № 18-ФЗ в ст. 120 устанавливает, что до предъявления к перевозчику иска, связанного с осуществлением перевозок груза, к перевозчику предъявляется претензия. Из содержания этой статьи следует, что претензии следует обязательно предъявлять в связи с перевозками не только груза, но и грузобагажа. претензия

- Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации от 30 апреля 1999 г. № 81-ФЗ в ст. 403 устанавливает, что до предъявления перевозчику иска в связи с перевозкой груза в каботаже обязательным является предъявление перевозчику претензии;

- Кодекс внутреннего водного транспорта Российской Федерации от 7 марта 2001 г. № 24-ФЗ сильно расширяет пределы обязательного досудебного порядка: «До предъявления иска в связи с перевозкой пассажира, багажа, груза к перевозчику или в связи с буксировкой буксируемого объекта к буксировщику обязательным является предъявление претензии к перевозчику или буксировщику».

- Воздушный кодекс Российской Федерации от 19 марта 1997 г. № 60-ФЗ в п. 3 ст. 124 устанавливает, что до предъявления к перевозчику иска в случае нарушения

договора воздушной перевозки груза или договора воздушной перевозки почты перевозчику предъявляется претензия;

- Федеральный закон «О связи» от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ (ст. 55) и Федеральный закон «О почтовой связи» от 17 июля 1999 г. № 176-ФЗ (ст. 37) устанавливают обязательность предъявления претензий пользователем связи оператору связи при неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательств при предоставлении услуг связи или выполнении работ в области связи.

В соответствии со ст. 797 ГК РФ до предъявления к перевозчику иска, вытекающего из перевозки груза, обязательно предъявление ему претензии в порядке, предусмотренном соответствующим транспортным уставом или кодексом. В то же время ст. 797 ГК РФ не затрагивается порядок предъявления претензий по багажу и перевозкам пассажиров. По этим вопросам действуют положения транспортных уставов и кодексов, а также дополняющих их правил перевозки.

В п. 2 ст. 797 ГК РФ установлен 30-дневный срок рассмотрения перевозчиком претензий, вытекающих из перевозки грузов, независимо от содержания (несохранная доставка, расчеты, штрафы) и вида перевозки (местное, прямое, смешанное).

Претензии, возникающие из несохранной (недостача, порча) перевозки грузов автомобильным транспортом, предъявляются к автотранспортному предприятию или организации, выдавшим груз, а в случае полной утраты груза - к автотранспортному предприятию или организации, принявшим груз к перевозке.

Претензии, возникающие из перевозки пассажиров или багажа, могут быть предъявлены к перевозчику пункта отправления или назначения по усмотрению заявителя претензий.

Исчисление сроков предъявления претензий к железной дороге предусмотрено ст. 123 Устава железнодорожного транспорта РФ, к пароходству - ст. 163 Кодекса внутреннего водного транспорта РФ.

Что касается применения сроков претензионной давности в отношении перевозчика к клиенту, то обязательность досудебного порядка урегулирования споров на них не распространяется.

По претензиям, связанным с не сохранностью (порча, повреждение, недостача) багажа при перевозке железнодорожным и автомобильным транспортом, сроки предъявления претензии исчисляются со дня выдачи багажа:

а) по истечении 10 суток после окончания сроков доставки багажа - по претензиям о возмещении за утрату багажа;

б) со дня выдачи груза или багажа – по претензиям о просрочке в доставке груза или багажа.

Претензии к пароходству, связанные с полной утратой багажа, должны предъявляться по истечении двадцати суток после окончания срока доставки багажа. По претензиям о переборе провозных платежей и о штрафе за просрочку в доставке багажа срок претензионной давности исчисляется со дня выдачи багажа.

В соответствии со ст. 55 Федерального закона «О связи» при неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательств при предоставлении услуг связи или выполнении работ в области связи пользователь связи вправе предъявить оператору связи, предоставляющему услуги или выполняющему работы, претензии, в том числе требование о возмещении ущерба.

По претензиям, связанным с непредоставлением, несвоевременным или недоброкачественным предоставлением услуг связи либо невыполнением или ненадлежащим выполнением работ в области электрической связи (за исключением претензий по телеграфным сообщениям), а также с недоставкой, несвоевременной доставкой, повреждением или утратой почтовых отправлений, срок претензионной давности составляет шесть месяцев; по претензиям, связанным с недоставкой, несвоевременной доставкой или искажением телеграфного отправления, - один месяц.

Претензии, связанные с непредоставлением, несвоевременным или недоброкачественным предоставлением услуг связи, либо невыполнением работ в области электрической связи, а также по всем видам иногородних почтовых отправлений должны быть рассмотрены и по ним направлены письменные ответы в течение двух месяцев; по местным почтовым отправлениям - в течение пяти дней; по телеграфным отправлениям - в течение месяца.

В отношении юридических лиц претензии, связанные с подпиской и доставкой газет, журналов и других неперIODических печатных изданий, предъявляются и рассматриваются в течение одного года.

При отклонении претензии или неполучении ответа в установленные для ее рассмотрения сроки заявитель имеет право предъявить иск в суд или арбитражный суд.

Если же еще имеется возможность предъявить претензию согласно установленному порядку, то арбитражный суд возвращает исковое заявление в соответствии со ст. 129 АПК РФ.

Последствием нарушения установленного порядка урегулирования вопроса об изменении или расторжении договора является то, что арбитражный суд, получив исковое заявление стороны без необходимых доказательств обращения к другой стороне с соответствующим предложением в досудебном порядке, будет также обязан на основании ст. 129 АПК РФ вернуть исковое заявление.

В случае возврата арбитражным судом искового заявления истец, после устранения недостатков (то есть после обращения с претензией), может вновь обратиться в арбитражный суд с иском.

Многие организации по-прежнему не придают особого значения претензионному (досудебному) порядку разрешения споров. Такое становится возможным в связи с тем, что руководители либо не понимают значения досудебной переписки, либо считают ее необязательной. А между тем, в случае несоблюдения претензионного порядка, если таковой предусмотрен законом, суд оставляет исковое заявление без рассмотрения.

Закон РФ «О защите прав потребителей» предусматривает возможность защиты прав потребителей во внесудебном порядке.

Внесудебный порядок выражается в том, что потребитель может предъявить требования о защите нарушенного права непосредственно продавцу (изготовителю, исполнителю), не обращаясь с иском в суд.

Таким образом, у потребителя есть право выбора. Он может по своему усмотрению:

1) либо предъявить требование о защите нарушенного права продавцу (изготовителю, исполнителю);

2) либо обратиться с иском в суд, предварительно не предъявляя требований продавцу (изготовителю, исполнителю).

Если потребитель обратился с требованием к продавцу, это не лишает его права впоследствии обратиться с иском в суд, если продавец (изготовитель, исполнитель) откажется добровольно удовлетворить его требование полностью или частично. А вот для продавца предъявление со стороны потребителя претензии чревато отрицательными последствиями. Согласно п. 6 ст. 13 Закона РФ «О защите прав потребителей» суд при удовлетворении требований потребителя может вынести решение о взыскании с продавца (изготовителя, исполнителя), нарушившего его права, в федеральный бюджет штрафа (в размере цены иска) за несоблюдение добровольного порядка удовлетворения требований потребителя. Этот штраф взыскивается в доход государственного бюджета, т.е. добровольное удовлетворение законных претензионных требований потребителя - обязанность продавца.

Правда, предъявить претензию продавцу с требованием возмещения морального вреда нельзя. Ведь согласно ст. 15 Закона РФ «О защите прав потребителей» размер возмещения морального вреда определяется судом. Таким образом, требование о возмещении морального вреда, причиненного потребителю вследствие нарушения его прав продавцом (изготовителем, исполнителем), может быть удовлетворено только в судебном порядке.

Несоблюдение обязательного досудебного порядка урегулирования споров препятствует рассмотрению иска. Данное положение закреплено и в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ «О практике рассмотрения судами дел о защите прав потребителей»¹⁾. При этом необходимо иметь в виду, что истечение установленного законодательством срока на предъявление гражданином претензии не является

¹⁾ О практике рассмотрения судами дел о защите прав потребителей: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 сентября 1994 г. № 7 // Российская газета. – 1994. – 26 ноября (№ 230). – С. 5.

основанием к отказу в судебной защите, так как это противоречит ст. 46 Конституции РФ.

Таким образом, следует иметь в виду, что в соответствии с правилами предоставления отдельных видов услуг и продажи товаров судья должен будет отказать в приеме искового заявления, если потребителем не был соблюден предварительный досудебный порядок разрешения спора и такая возможность не утрачена.

Претензия - это материальное выражение всех ваших требований к продавцу, изготовителю либо производителю. Претензия излагается в вольной форме, но ее содержание должно быть абсолютно понятно. Порядок и этапы предъявления требований продавцу товара или поставщику услуг указан в Приложении А.

Итак, претензия должна быть составлена в письменной форме, подписана лично или представителем потребителя и включать в себя:

- 1) полное наименование торгового предприятия и его юридический адрес;
- 2) фамилию, имя, отчество (полностью) и домашний адрес потребителя;
- 3) условия, место и время приобретения товара;
- 4) в чем выражено нарушение ваших прав как потребителя;
- 5) краткое описание дефектов товара;
- 6) требования потребителя (устранить неисправность, расторгнуть договор купли-продажи и т.д.);
- 7) перечень прилагаемых к претензии документов и других доказательств;
- 8) ваше мнение о наличии вины продавца, в чем именно она выражена;
- 9) требование о компенсации морального вреда и размер этой компенсации;
- 10) иные сведения, необходимые для решения спора.

К претензии должны быть приложены документы (их копии), обосновывающие претензионные требования (например, документ, подтверждающий приобретение товара у конкретного продавца, талон из гарантийной мастерской и т.п.). Если к претензии прилагаются какие-то документы, подтверждающие заявленные требования, они могут быть как подлинниками, так и заверенными копиями. Можно дать документ не полностью, а представить выписку

из него. Один экземпляр претензии передается продавцу, а на втором продавец делает отметку о получении заявления потребителя.

Передать претензию продавцу можно любым способом: вручить лично, отправить заказным или ценным письмом, по телеграфу, телетайпу, а также с использованием иных средств связи, фиксирующих отправление (факт направления претензии). В любом случае обязательно должно остаться подтверждение того, что претензия была направлена продавцу: квитанция об отсылке заказного (или с уведомлением о вручении) почтового отправления или отметка (с входящим номером и датой, печатью (штампом), подписью должностного лица) организации-адресата о получении материалов претензии (на другом экземпляре претензии).

Организация или индивидуальный предприниматель, получившие претензию, обязаны сообщить заявителю о результатах рассмотрения. Однако если на продавца законом или договором не возложена обязанность дать ответ покупателю, то он может его и не давать.

При положительном ответе на претензию в нем указываются признанная сумма, срок и способ удовлетворения претензии, если она не подлежит денежной оценке.

При полном или частичном отказе в удовлетворении претензии следует сообщить причины отказа со ссылкой на правовые нормы и доказательства, обосновывающие отказ. Заявителю должны быть возвращены подлинники, которые были к ней приложены, а также направлены документы, обосновывающие отказ, если их нет у заявителя претензии. Если ответ продавца не устраивает, вы имеете право обратиться в суд.

Претензионный порядок урегулирования споров, как правило, добровольное дело сторон. Как было указано выше, лишь в исключительных случаях, установленных законом, написание досудебной претензии является обязательным условием обращения в суд. Во всех остальных случаях стороны могут безо всяких предупреждений отправлять иск в суд. Своевременность принятия мер претензионного характера является важным элементом финансово-хозяйственной деятельности для любой организации.

Не менее существенным является и составление мотивированного ответа, поскольку он либо заранее предотвратит длительные разбирательства в суде, либо станет плюсом в Вашу пользу на этом этапе.

В итоге можно сказать, что не рекомендуется пренебрегать возможностью урегулировать разногласия миром, ведь подача искового заявления дело мало того, что хлопотное, так еще и весьма затратное. А ведь нередко грамотно составленная досудебная претензия способна убедить даже самого злостного нарушителя исполнить свои обязательства. Следовательно, досудебная претензия может сэкономить немало денежных средств.

2 Тема 2 Медиация как форма защиты гражданских прав

План

2.1 Генезис становления института медиации в России и зарубежных странах.

Понятие и значение медиации

2.2 Медиатор как независимый посредник

2.3 Принципы, условия, процедура осуществления медиации

2.4 Соглашение о применении процедуры медиации. Соглашение о проведении процедуры медиации. Медиативное соглашение

2.1 Понятие и значение медиации. Генезис становления института медиации в России и зарубежных странах

В определенные исторические эпохи существовали разнообразные формы урегулирования конфликтов, предусматривающие целый комплекс мер и решений, способных временно, либо окончательно погасить конфликт сторон в форме, приемлемой для этого конкретно-исторического общества. Процедура медиации - примирительные методы урегулирования споров применялись со времен существования первобытного общества. Необходимостью для привлечения третьей нейтральной стороны для разрешения конфликтов являлось, прежде всего, желание

выжить. Наибольшее развитие издревле эта процедура получила в регионах с наиболее развитой торговлей. Так многие историки находят корни современной медиации у Финикийской цивилизации (основой которой была морская торговля) и в Древнем Вавилоне. Медиация существовала в древнем Китае, Японии, в странах Африки, где старейшины рода или племени выступали в качестве своеобразных профессиональных медиаторов, обеспечивая бесконфликтное решение проблемных ситуаций. В этих странах и сегодня нормы морали ставят примирение сторон через диалог, даже с использованием посредника, намного выше, чем решение проблемы государственным судом. Дальнейшее развитие института посредничества происходило в Древней Греции, где медиаторы были известны как *proxenetas*, а затем и в Древнем Риме, начиная с Дигестов Юстиниана, появилось законодательное закрепление положения медиаторов. В римском праве они именовались по-разному¹⁾.

В древней Руси с помощью посредников предпринимались попытки закончить миром княжеские ссоры, междоусобицы. В этих случаях посредниками часто выступали представители духовенства. Довольно активно медиация применялась при разрешении международных споров. Называлось это по-разному: «посредничество», «ходатайство», «предложение добрых услуг».

Медиация появилась не так давно, как существуют конфликты. Для разрешения конфликтов прибегали как к переговорам между конфликтующими сторонами, так и к медиации, которую можно назвать особым видом переговоров с участием нейтрального лица. Нельзя утверждать, что ранее применялась медиация в том виде, в котором она сформировалась и существует на настоящий момент. Можно говорить лишь о применении методов примирения сторон с участием нейтрального посредника. Подобные методы разрешения споров все чаще использовались в тех случаях, когда переговоры заходили в тупик, и для достижения успеха нужно было, чтобы спорящие стороны поняли и приняли точки зрения друг друга.

¹⁾ Литвинов, А. В. Введение в медиацию. – Режим доступа: http://samlib.ru/l/litwinow_aleksandr_walentinowich/med1.shtml.

Медиация в ее современном понимании начала развиваться во второй половине 20 столетия. Прежде всего, в странах англо-саксонского права - США, Австралии, Великобритании, а затем уже она постепенно стала распространяться и в Европе. Первые попытки применения медиации, как правило, предпринимались при разрешении споров в сфере семейных отношений. Впоследствии медиация получила признание при разрешении споров самого широкого круга, начиная от семейных конфликтов и заканчивая сложными многосторонними конфликтами в коммерческой и публичной сфере.

К началу XX века в стремительно развивавшейся американской экономике возникла новая форма конфликтов: борьба между образовавшимися профсоюзами и работодателями за условия труда и размер заработной платы. Без быстрого разрешения споров возникала угроза забастовок, массовых увольнений и временного закрытия целых фабрик. Тогда государство предложило участникам споров министерство труда в качестве нейтрального посредника. В 1947 году для выполнения этой задачи был создан специальный федеральный орган - Федеральная служба США по медиации и примирительным процедурам (Federal Mediation Conciliation Service, FMCS), который действует и сегодня. Впервые был употреблён термин «медиация». По мнению А. В. Литвинова, эта форма ещё не имела характера самостоятельной процедуры, однако она заложила основу для дальнейшего развития института¹⁾.

Второй предпосылкой к возникновению медиации было появление в конце 60-х гг. XX столетия таких организаций, как "Neighborhood Justice Centers" и "Community Mediation". Это локальные негосударственные организации, деятельность которых была направлена на разрешение конфликтов в семьях, между соседями, а также малообеспеченными лицами. Основной мыслью такой медиации, ориентированной на общественность, была идея предложить определённому кругу лиц, который по финансовым или эмоциональным причинам отказывается от

¹⁾ Литвинов, А. В. Введение в медиацию. – Режим доступа: http://samlib.ru/l/litwinow_aleksandr_walentinowich/med1.shtml.

обращения в государственный суд, другую площадку для разрешения споров с более низкими порогами доступа.

Третьей предпосылкой стали особенности американского гражданского процесса, сложившиеся к 60-м годам. А именно некоторые его негативные стороны. Согласно так называемому американскому правилу ("American rule") каждая сторона сама оплачивает услуги адвоката независимо от исхода дела. Так что для обеих сторон расходы были неизбежны. В экономических спорах, которые носят комплексный характер, эти неизбежные расходы на адвокатов достигали астрономических сумм. К тому же сам процесс по срокам становился чрезмерно затянутым. В итоге нередко поводом для заключения судебного мирового соглашения становятся просто исчерпание ресурсов и разочарование. В таких условиях преимущества альтернативного урегулирования споров (англ. alternative dispute resolution, ADR) казались очевидными.

Сегодня в США, например, с помощью процедур внесудебного урегулирования споров (ADR) разрешается до 80 % конфликтов, причем из всех мировых решений 30 % дает арбитраж (по-нашему, третейское разбирательство), а 70 % - медиация.

Одна из областей, где медиация имеет наиболее длительную историю применения - сфера международных отношений. В этой сфере медиация осознанно применялась уже в средние века и успешно применяется в современной международной практике. Еще в 2002 году был принят Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) и одобренный Генеральной Ассамблеей ООН Типовой закон «О международной коммерческой согласительной процедуре»¹⁾ далее (Типовой закон). Принятие данного Типового закона было обусловлено расширением практики применения согласительных процедур в различных частях мира и потребностями унификации на международном уровне положений, связанных с их использованием в урегулировании споров, возникающих в сфере

¹⁾ Российская Федерация. Законы. Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации): [федер. закон : принят Гос. Думой 7 июля 2010 г. : одобр. Советом Федерации 14 июля 2010 г.] // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2010. - № 31. - Ст. 4162.

внешнеэкономической деятельности. В пункте 21 пояснений к типовому закону комиссия отмечает, что, несмотря на то, что Типовой закон предназначен для регулирования международных коммерческих споров, государства могут расширить сферу его применения до рассмотрения внутренних и, в том числе, некоторых неkomмерческих споров. А в июне 2004 года в Брюсселе при поддержке Европейской Комиссии был разработан инициативной группой практикующих медиаторов (посредников), представляющих более 30 европейских организаций, имеющих дело с альтернативными способами разрешения споров, Европейский Кодекс Медиаторов (European Code of Conduct for Mediators). Следует отметить, что наш Федеральный закон «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»¹⁾ был разработан в соответствии с нормами этих двух важных документов.

Существуют другие регламенты по медиации, утвержденные для внутреннего пользования некоторыми международными институтами. Документы разработаны перечисленными ниже институтами и носят нормативный характер, но, в отличие от типового закона UNCITRAL, отражают скорее национальную и предметную специфику медиации:

- Лондонским международным третейским судом (LCIA);
- Американской арбитражной ассоциацией (American Arbitration Association);
- Институтом медиации Торговой палаты г. Стокгольм (the SCC Mediation Institute);
- Центром арбитража и медиации Всемирной организации интеллектуальной собственности (the WIPO Arbitration and Mediation Center).

Медиация превратилась в самостоятельную процедуру лишь с середины 70-х годов. В 1981 году Роджер Фишер и Уильям Ури, профессора Гарвардской школы права, опубликовали результаты своих исследований под заголовком "Getting to Yes". Суть Гарвардской концепции, часто определяемой как «совместные действия»,

¹⁾ Российская Федерация. Законы. Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации): [федер. закон : принят Гос. Думой 7 июля 2010 г. : одобр. Советом Федерации 14 июля 2010 г.] // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2010. - № 31. - Ст. 4162.

основана на разграничении позиции и интересов. Так в процессе переговоров стороны обозначают свои юридические позиции, которые зачастую являются диаметрально противоположными, что и ведёт к невозможности компромисса. В то же время за жёсткими позициями сторон (которые представляют собой самостоятельно разработанный вариант решения) стоят прежде всего определённые потребности (интересы), которые в отличие от позиций не являются диаметрально противоположными. Если в ходе переговоров удастся определить эти интересы сторон, то будет сделан огромный шаг на пути к достижению соглашения. Медиатор строит переговоры таким образом, чтобы на первый план вышли именно интересы сторон. То есть достигнутое в процессе медиации решение будет являться взаимовыгодным, нет победителей и проигравших (комбинация "win-win"). Классическим является пример с двумя сёстрами и апельсином. Каждая из сестёр заявляет свою позицию: «Я хочу этот апельсин». Позиции сторон противоположны и казалось бы выигрыш одной сестры означает поражение другой. Мать для разрешения конфликта разрезает апельсин пополам, руководствуясь исключительно позициями сестёр, не задумываясь об их реальных интересах. В то же время мать с помощью вопросов могла бы обнаружить, что один ребёнок хотел выжать сок из фрукта, другому же необходима была корка для цукатов в сдобное тесто. Задача медиатора состоит прежде всего в том, чтобы сконцентрировать внимание сторон на их реальных интересах, а не юридических позициях.

В 1990 году Конгресс США принял закон о реформировании гражданского судопроизводства, согласно которому на федеральные суды была возложена обязанность содействовать применению альтернативных форм разрешения споров. Во исполнение данной обязанности многие процессуальные кодексы штатов установили довольно широкие дискреционные права судей по принуждению спорящих сторон к предварительному обращению к медиатору. Параллельно с данным процессом медиация развивалась и во внесудебной области. И сегодня медиация является неотъемлемой частью американской культуры.

В 1995 году в Аргентине принят закон «О медиации и соглашениях» (Закон Аргентины № 24.537 «О медиации и соглашениях», обнародован 25 октября 1995

года). Обязательная медиация установлена для большинства исков. После того как иск подается в аргентинский суд, на него назначается медиатор. Реестр медиаторов ведется министерством юстиции. Медиатором может быть лицо, имеющее юридическое образование и необходимую профессиональную подготовку (статьи 15 и 16). Он может быть отведен по тем же основаниям, что и судья в государственном суде.

Гражданский процессуальный кодекс Италии также содержит много положений о примирении сторон. Кроме того, 17 января 2003 года в этой стране был принят закон № 5 (вступил в силу 1 января 2004 года), устанавливающий обязательную процедуру посредничества при урегулировании корпоративных и многих финансовых споров. Согласно этому Закону, если в договоре сторон или внутренних документах корпорации предусмотрена процедура посредничества, суд не вправе рассматривать спор, пока стороны не провели посредничества.

Посредничество также использовалось в Великобритании с целью разрешения споров, возникающих в Северной Ирландии. Посредниками выступали и профессиональные посредники (группа «Квакерский дом», созданная в Белфасте в 1982 году; Североирландская посредническая сеть, созданная в 1991 году), и непрофессионалы, которым доверяли люди, участвующие в конфликте.

В Китае стороны могут также разрешить спор путем переговоров, имеющих определенную культурную специфику. Большинство контрактов с китайской стороной содержат статью о том, что конфликты в первую очередь должны решаться путем «дружеских переговоров».

«Дружеские переговоры» означают, что существенное время и усилия будут затрачены на попытки прийти к соглашению с китайским партнером. Переговоры рассматриваются как хороший деловой этикет, и лишь в последний момент сторона может решить обратиться к посредничеству или согласительной процедуре по иску.

Сегодня медиация является неотъемлемой частью и европейской культуры. Развитие альтернативных форм разрешения правовых конфликтов, несмотря на различия правовых систем в государствах, имеет много сходного. Применяются

одни и те же способы и формы досудебного урегулирования, хотя и различается их процедура.

Процедура медиации, на наш взгляд во многих зарубежных странах преодолела следующие этапы развития:

1) зарождения – глубокая древность, когда привлечение третьей нейтральной стороны для разрешения конфликтов, являлось желанием выжить;

2) становления (переход от зарождения медиации к закреплению в законе) – наблюдается повсеместное создание различных специальных федеральных органов по медиации, локальных негосударственных организаций. Спрос на посредничество постоянно растет, увеличивается процент дел, по которым применяется посредничество. Появляются различные институты посредничества, которые разрабатывают новые методы, а так же дополнительные программы обучения процедуре медиации и подготовке медиаторов. В некоторых зарубежных странах ведется реестр медиаторов, действуют программы страхования ответственности, по которой посредники могут получить страховое возмещение, выплачивая ежегодный страховой взнос;

3) развития (период усовершенствования процедуры медиации) - в зарубежных странах медиация рассматривается как хороший деловой этикет, как неотъемлемая часть культуры. На сегодняшний день эта процедура является очень популярным процессом, в котором на первый план выходят именно интересы сторон. Кроме того, медиация проникла в неотъемлемую часть нашей сегодняшней жизни - Интернет. Здесь процесс посредничества обеспечивается в рамках Национального центра автоматизированных информационных исследований, занимающийся решением проблем, связанных с использованием Интернет.

Институты примирительных процедур и мирового соглашения начали формироваться в России с конца XIV века. Впервые в российском законодательстве об урегулировании споров путем мирового соглашения упомянуто в Новгородской берестяной грамоте (1281-1313 годы). В дальнейшем упоминания о мировом соглашении встречаются практически во всех крупных памятниках русского права: Псковской Судной грамоте (1397 год), Судебнике Ивана III (1497 года), Соборном

уложении 1649 года. В то время гражданская и уголовная юстиция не были ясно отделены одна от другой, и мировая сделка могла заключаться во всей области спорных правоотношений, включая преступления, проступки и гражданские правонарушения. В дальнейшем, в связи с разделением процесса, мировое соглашение стало рассматриваться, прежде всего, в качестве института гражданского процессуального права.

В России довольно продолжительное время (с 1775 по 1862 годы) существовали губернские совестные суды, которые были созданы по указу императрицы Екатерины Великой. Совестный суд рассматривал гражданские дела в порядке примирительной процедуры и некоторые уголовные (малолетних, невменяемых и т.п.). Споры между родителями и детьми были изъяты из подведомственности обычных судов и были переданы на разбирательство совестного суда. Иные дела совестные суды рассматривали лишь в том случае, если к ним обращались сами стороны по обоюдному согласию. Совестный суд вырабатывал условия для примирения самостоятельно или через особых посредников. Если попытка примирения не имела успеха, то стороны для разрешения спора обращались в общие суды. На Руси традиционно существовал порядок урегулирования споров с помощью третейского суда. Данный суд, в первую очередь, стремился примирить стороны, и только в случае неудачи разрешал спор по существу. В 1803 г. министр юстиции Г. Р. Державин подготовил проект объединения третейского и совестного суда в целях способствования примирительным процедурам.

Во второй половине XIX – начале XX века в России отмечается масштабный прорыв в понимании значения мирного урегулирования споров. Начинают складываться основные контуры юридической конструкции мирового соглашения, постепенно формируется комплексная система взглядов на примирительные процедуры. Российское гражданское и процессуальное законодательство и наука XIX века уделяли большое внимание институту примирения сторон.

В Уставе гражданского судопроизводства 1864 года далее по тексту (Устав), принятого в ходе судебной реформы, имелась целая глава «О примирительном

разбирательстве». По Уставу спорящие стороны могли прекратить процесс по взаимному соглашению. Для этого истец должен был заявить суду, что отказывается от своих требований, а ответчик, - что он согласен на прекращение дела. Соглашение между сторонами о прекращении дела могло быть также облечено в особую форму мировой сделки, заключение которой допускалось во всяком положении дела. Согласно статье 1359 Устава мировые сделки могли быть совершены в 3-х формах: путем записи, предъявленной к засвидетельствованию нотариусу или мировому судье; подачей мирового прошения за подписью сторон; составлением мирового протокола в судебном заседании во время производства дела. Юридические последствия для всех трех видов мирового соглашения были одинаковы. В статье 1366 Устава прямо указано, что дело, прекращенное миром, считается навсегда оконченным и возобновлению не подлежит.

Согласно Уставу допускалось также заключение мировых соглашений у мировых судей и в общих судебных местах. Главная обязанность мировых судей состояла в принятии мер для соглашения и примирения спорящих. В ряде случаев невыполнение указанной обязанности рассматривалось вышестоящими судами как существенное нарушение процессуальных норм, что служило поводом к отмене решения. В общих судебных местах принятие мер к примирению зависело от усмотрения председателя суда, за исключением дел, рассматриваемых в порядке сокращенного судопроизводства.

По Уставу не все дела могли оканчиваться примирением сторон, законодательство в этом вопросе устанавливало определенные ограничения. Так, по статье 1289 Устава дела казенных управлений не могли быть оканчиваемы на суде примирением спорящих сторон. Исходя из современной терминологии, данные дела относятся к категории дел, возникающих из административных и иных публичных правоотношений. Кроме этого, дела по искам, основанным на правилах о вознаграждении потерпевших вследствие несчастных случаев рабочих и служащих, а равно членов их семей на предприятиях фабрично-заводской, горной и горно-заводской промышленности могли оканчиваться примирением только на основаниях, предложенных судом. Статья 1365 Устава содержала правило, согласно

которому уступки сторон, сделанные при соглашении их на примирение, не имеют для них обязательной силы, если примирение по чему-либо не состоялось.

Судебная статистика второй половины XIX века свидетельствует о том, что значительное количество дел в судах оканчивались в связи с заключением сторонами мировой сделки. Так, в мировых судах за период с 1866 по 1899 годы в первой инстанции мировое соглашение заключено в среднем по 12,87 % от числа всех рассмотренных судами дел, а в суде второй инстанции – по 2,36 %.

Существующая сегодня дискуссия по поводу правовой природы мирового соглашения имеет истоки в дореволюционной юридической литературе. Выделялось два вида мировой сделки: внесудебная и судебная. Внесудебная мировая сделка регулировалась гражданским законодательством и рассматривалась как гражданско-правовой договор. Положения о мировой сделке были включены в главу XXV проекта Гражданского Уложения об обязательствах. Судебная мировая сделка регулировалась гражданским процессуальным законодательством и выступала как особое процессуальное отношение. Большинство дореволюционных юристов, характеризуя мировую сделку, рассматривали ее как совокупность гражданско-правовых и процессуальных элементов. При этом если сравнивать соотношение этих элементов, то гораздо больший удельный вес имеют материальные компоненты.

Мировое соглашение использовалось до революции 1917 года также в отношениях, связанных с несостоятельностью (банкротством). Впервые упоминание о мировой сделке как одном из элементов конкурсного производства встречается в проектах Банкротского Устава от 1763 года и от 1768 года. Однако эти проекты не получили силу закона, но они оказали определенное влияние на законодательство о несостоятельности XIX столетия. Устав о банкротях от 19 декабря 1800 года закреплял положение, согласно которому мировая сделка могла предупредить во всякое время раздел имущества несостоятельного. Для ее действительности требовалось согласие большинства наличных кредиторов, представляющих большую часть всей долговой суммы. Устав о торговой несостоятельности от 23 июня 1832 года делал акцент на процессуальную сторону применения мировой

сделки, ставя ее в определенную зависимость не только от воли должника и кредиторов, но и от стадии конкурсного процесса. Для действительности мировых сделок были установлены условия, а именно сделка должна быть принята:

- а) в общем собрании;
- б) известным большинством кредиторов по сумме;
- в) утверждена судом.

Одно из первых законодательных упоминаний о примирении сторон в системе хозяйственной юрисдикции встречается в Уставе торгового судопроизводства 1887 года. В соответствии со статьей 211 Устава торгового судопроизводства, суд был обязан предложить «тяжущимся окончить дело миром при посредстве суда». Если стороны соглашались на примирительное разбирательство при посредничестве коммерческого суда, то суд предоставлял им возможность избрать из его состава одного или двух примирителей. Обязанности последних состояли в следующем: они обязаны, выслушав стороны, представить им законы, на основании которых дело может быть решено, а потом сообщить и свое мнение о том, каким образом по взаимному соглашению оно могло бы быть кончено миролюбиво (статья 219).

Содействие коммерческого суда достижению спорящими сторонами мира подкреплялось экономической заинтересованностью в возврате госпошлины. Так, Правительствующий Сенат как высшая судебная инстанция России по торговым делам по делу № 1193 от 3 июня 1903 года по спору между Граве и Штединггом указал на то, что штрафные деньги (госпошлина) не взыскиваются с помирившихся до судебного места, «засим штрафные деньги, присужденные первой инстанцией Суда в казну, взыскиваются в половинном размере, когда примирение сторон последует после первого решения и, следовательно, до решения второй инстанции». Отсюда следует, что при примирении сторон после того, как состоялось решение второй инстанции, применение льготы, установленной в статье закона (статья 74 Зак. Суд. Гр. Т XVI ч. 2) относительно штрафных денег, не может иметь места независимо от того, было ли объявлено сторонам это решение или нет.

В СССР гражданское процессуальное право в значительной степени утратило дореволюционные традиции правового регулирования института примирения

сторон. Многие положения и нормы дореволюционного законодательства и результаты теоретических исследований ведущих юристов не были восприняты советским правом. Официальная советская юридическая доктрина, руководствуясь ленинским утверждением, согласно которому «мы ничего «частного» не признаем, для нас все ... есть публично-правовое, а не частное», скептически, с большой осторожностью относилась к любым проявлениям частноправовых начал, рассматривая их нередко в качестве капиталистических пережитков.

В основе первого советского Гражданского процессуального кодекса РСФСР, принятого на 2 сессии ВЦИК X созыва 7 июля 1923 года и введенного в действие с 1 сентября 1923 года, лежал следственный тип гражданского процесса. Несмотря на то, что отдельные проявления состязательности и диспозитивности все же имели место в гражданском процессе, проявление этих принципов процесса было сведено к минимуму. Хотя ГПК РСФСР 1923 года и предусматривал возможность сторонам окончить дело миром, законодательство чрезвычайно скупо регулировало данный институт, предоставляя крайне большой простор для судебного усмотрения в этом вопросе, а Пленум Верховного Суда ориентировал суды на возможность заключения мировой сделки только при разборе мелких гражданских дел.

Гражданский процессуальный кодекс РСФСР, введенный в действие с 1 октября 1964 года, содержал большее (по сравнению с ГПК РСФСР 1923 года) количество норм о мировых соглашениях. Статья 34 ГПК РСФСР 1964 года устанавливала критерии утверждения судом мирового соглашения (мировое соглашение не должно противоречить закону или нарушать права и охраняемые законом интересы других лиц). Статья 165 ГПК РСФСР определяла порядок оформления мирового соглашения. Впервые в качестве самостоятельного основания для прекращения судом производства по делу указано заключение сторонами мирового соглашения и утверждение его судом (пункт 5 статьи 219 ГПК РСФСР). Законодательно была закреплена возможность заключения мирового соглашения на различных стадиях гражданского процесса (при подготовке дела к судебному разбирательству, в судебном разбирательстве, в кассационной инстанции, в исполнительном производстве). Однако советское законодательство не возлагало на

суд обязанности склонять стороны к мировому соглашению, а предписывало ему лишь разъяснять сторонам такое право и строго следить за законностью соглашения.

Однако, начиная с 60-х годов XX века «все сильнее пробивает дорогу тенденция к признанию мировых соглашений принципиально лучшим способом разрешения гражданско-правового спора, чем судебное решение». Так, в 1981 году А. И. Зинченко впервые за советский период была защищена кандидатская диссертация по теме «Мировые соглашения в гражданском судопроизводстве». В «Правилах производства дел в Высшей Арбитражной комиссии при Совете Труда и Обороне (СТО) и местных арбитражных комиссиях» от 1923 года были закреплены нормы о мировых сделках. Мировая сделка, равно как отказ от иска и признание иска, имела силу лишь при том условии, если арбитражная комиссия признавала ее не противоречащей закону и не наносящей ущерб государственным интересам (ст. 17 вышеуказанных правил).

Принцип арбитражирования, закрепленный в «Правилах рассмотрения хозяйственных споров государственными арбитражами» от 5 июля 1980 года, определял особый метод рассмотрения и разрешения хозяйственных споров (статьи 5, 77 Правил). Суть этого принципа заключалась в том, что представители сторон входили в состав органа, рассматривающего спор, представители сторон совместно с арбитром обсуждали все обстоятельства спора и участвовали в разработке решения, принимаемого ими совместно по результатам обсуждения всех обстоятельств дела в заседании арбитража. Арбитр занимал особое положение: председательствуя в заседании и управляя всем ходом процесса, он способствовал достижению сторонами соглашения по спору, которое фиксировалось в решении государственного арбитража. При недостижении соглашения арбитр обладал исключительным правомочием единолично разрешить спор.

В советском арбитражном процессе существовал принципиально иной подход по вопросу примирения сторон, чем в гражданском процессе. Если в гражданском процессе закон ориентировал суды, прежде всего, на разрешение спора по существу путем вынесения решения, то в арбитражном процессе главной задачей арбитража являлась достижение сторонами соглашения по спору. Институт мирового

соглашения не был свойственен арбитражному процессу «того времени», решение арбитража, принятое совместно по результатам обсуждения всех обстоятельств дела, имеет очень много общих черт с мировым соглашением, утвержденным судом, а установленный процессуальный порядок его вынесения содержит элементы примирительного производства.

В начале 90-х годов прошлого века в российском юридическом сознании наблюдается качественный скачок в понимании примирительных идей в системе правосудия. Это обусловлено объективными обстоятельствами, связанными с освобождением от тоталитарной социалистической догматики и формированием нового свободного российского правосознания.

С введением в действие с 1 января 2011 года законов № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» и 194-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» созданы правовые условия для развития в Российской Федерации альтернативных способов урегулирования споров при участии независимых лиц - медиаторов.

Россия едва не последней среди цивилизованных стран ввела в свое законодательство институт медиации. Для российской правовой системы принятия закона о медиации является значительной вехой, которая свидетельствует о том, что государство действительно способствует развитию институтов гражданского общества и формированию основ правового государства.

Сегодня уже можно с уверенностью сказать, что процесс медиации в России, несмотря ни на что, набирает темп. О медиации рассуждают, спорят, открываются Центры по подготовке профессиональных медиаторов.

На сегодняшний день медиация находится в начале второго периода, можно сказать практически в зачаточном состоянии. Заложена основа для реализации «частной медиации» когда урегулирование спора производится внесудебными службами (частнопрактикующими медиаторами, организациями, осуществляющими

деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации) за счет сторон без привлечения дополнительных ресурсов суда. Применение частной медиации в рамках судебного процесса способствует снижению количества дел, рассматриваемых судами, посредством распространения практики применения медиации; предоставляет сторонам возможность полностью контролировать процедуру урегулирования спора и разрабатывать взаимовыгодные условия, не ограничиваясь предметом и основаниями искового заявления; стимулирует развитие институтов гражданского общества, в частности, института саморегулирования.

Само понятие «медиация» происходит от латинского "mediare" - посредничать. Медиация - это переговоры с участием третьей, нейтральной стороны, которая является заинтересованной только лишь в том, чтобы стороны разрешили свой спор (конфликт) максимально выгодно для конфликтующих сторон.

Методы медиации опираются, главным образом, на ведение переговоров в русле сотрудничества.

Медиация особенно эффективна в тех случаях, когда: в будущем стороны могут иметь тесные деловые или личные отношения; стороны не заинтересованы в публичном разбирательстве, так как для них очень важна конфиденциальность; судебное решение по данному делу, скорее всего, будет обжаловано; спор очень сложен в фактическом или юридическом плане; спор затрагивает чувствительные для бизнеса вопросы; стороны по каким-либо причинам не желают, чтобы их спор рассматривал суд (сроки рассмотрения дела чрезмерно велики, затраты на разбирательство могут свести на нет победу в процессе, результат разбирательства непредсказуем), судебное разбирательство этого дела для сторон бесперспективно.

Медиацию следует понимать прежде всего, как процесс, продвигающий конфликт в сторону его разрешения. Это целенаправленное вмешательство.

В ст. 2 ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника» закреплено понятие «процедура медиации» - это способ урегулирования споров при содействии медиатора на основе добровольного согласия сторон в целях достижения ими взаимоприемлемого решения.

Вместе с тем для медиации существуют и определенные ограничения. Медиация не может быть применена в криминальных конфликтах или в тех случаях, когда какая-либо из сторон страдает душевной болезнью, не может отвечать за свои поступки, то есть недееспособна. Медиация эффективна только тогда, когда обе стороны хотят урегулировать конфликт.

В медиации решение о прекращении спора на тех или иных условиях всегда принимается самими сторонами, так как медиатор не наделен полномочиями выносить какое-либо решение, обязательное для сторон спора. Роль медиатора заключается в том, чтобы помочь сторонам лучше понять друг друга, достичь согласия, сблизить свои позиции; в некоторых случаях - помочь найти варианты условий, на которых может быть урегулирован спор.

Медиатор не исследует доказательства и не дает оценку правомерности требований сторон, его главная задача - обеспечить взаимопонимание между сторонами, выявить и помочь реализовать возможность решения проблемы на условиях, приемлемых для всех участников. В общении между собой стороны нередко проявляют максимальную сдержанность из опасения, что другая сторона воспользуется полученной информацией для приобретения переговорного преимущества. Именно для этого и нужен медиатор, который в конфликте не участвует. Он владеет более полной информацией, чем каждая из сторон в отдельности, и, таким образом, видит всю картину спора, что позволяет ему играть роль штурмана, вести стороны по процессу выработки решения и, в конце концов, направлять к совместно принимаемому ими соглашению.

Медиация - это процесс переговоров, в котором медиатор-посредник является организатором и управляет переговорами таким образом, чтобы стороны пришли к наиболее выгодному реалистичному и удовлетворяющему интересам обеих сторон соглашению, в результате выполнения которого стороны урегулируют конфликт между собой.

Понятие и значение медиации.

В науке понятия «медиация» и «посредничество» употребляются как равнозначные. Медиация употребляется в иностранной или переводной литературе

и является русской транскрипцией английского слова mediation, посредничество – русский перевод термина медиация.

В. А. Модестов и А. В. Модестова выделяют пять подходов к определению содержания медиации:

Нормативный подход - это одно из мирных средств разрешения споров и конфликтов¹⁾.

Функциональный подход - комбинация тактических приемов, деятельность, направленная на достижение взаимоприемлемого решения конфликта²⁾.

Коммуникативный подход - процесс трехсторонних переговоров и обмена информацией, ведущий к выгодному компромиссу сторон спора³⁾.

Консультативный вариант разрешения конфликта⁴⁾.

Психологический подход. Метод разрешения конфликта, в ходе которого происходит его переосмысление и устранение причин его возникновения.

В науке существует множество определений понятия медиация (посредничество).

По мнению Е. И. Носыревой, посредничество представляет собой процедуру урегулирования спора, с помощью избираемого сторонами третьего лица, именуемого посредником, который содействует сторонам в ведении переговоров и достижении соглашения по спору⁵⁾.

Т. А. Савельева полагает, что посредничество (медиация) — это способ урегулирования конфликта между сторонами на основе переговоров с участием нейтрального посредника с целью выработки обязательного для сторон соглашения

¹⁾ Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / под ред. А. Я. Сухарева. – М.: Норма, 2003.

²⁾ Запрудский, Ю. Г. Социальный конфликт (политологический анализ) / Ю. Г. Запрудский. – Ростов-на-Дону: Изд-во Ростовского ун-та, 1992. - С. 42.

³⁾ Калашников, Д. В. Переговорный метод управления конфликтом / Д. В. Калашников // Социологические исследования. – 1998. – № 5. – С. 27.

⁴⁾ Фишер, Р. Путь к согласию или переговоры без поражения / Р. Фишер, У. Юри. – М.: Наука, 1992. - С. 160.

⁵⁾ Носырева, Е. И. Нотариат и альтернативные процедуры урегулирования споров / Е. И. Носырева // Нотариат, государственная власть и гражданское общество: современное состояние и перспективы: материалы Всероссийской научно-практической конференции. – М.: ФРПК, 2007. – С. 63.

по спорному вопросу. Вместе с тем исследователем подчеркивается, что посредник не имеет полномочий на вынесение обязательного для сторон решения.

В соответствии с точкой зрения Д. Дэна, «медиация – роль нейтральной третьей стороны, которая помогает двум или более лицам самостоятельно искать взаимоприемлемые соглашения»¹⁾.

Учитывая многоаспектность определений медиации (посредничества), встречающихся в исследовательских работах, выделим несколько подходов к определению этого понятия.

В. Ф. Яковлев, Х. Циллессен, Г. Хесль придерживаются подхода, согласно которому в основе определения медиации лежит деятельность посредника (медиатора) по урегулированию спора. В. Ф. Яковлев полагает, что «медиация представляет собой деятельность специалиста по урегулированию спора в рамках переговоров спорящих сторон в целях заключения между ними мирового соглашения»²⁾.

Х. Циллессен определяет медиацию как «социальный инструмент, который может использоваться в любых конфликтах интересов между несколькими конфликтующими сторонами»³⁾. Исследователь придает большое значение использованию на практике обученных медиации нейтральных специалистов по улаживанию споров.

Таким образом, в приведенном подходе к определению медиации (посредничества) акцент уделяется деятельности самого посредника, а также подчеркивается его значимость при разрешении спора между сторонами. На наш взгляд, данный подход обладает недостатком: в тени остаются сами конфликтующие стороны. Вместе с тем именно стороны конфликта инициируют процесс посредничества, принимают решение в результате переговоров,

¹⁾ Дэна, Д. Преодоление разногласий: как улучшить взаимоотношения на работе и дома / Д. Дэна. – СПб: АОЗТ "Институт личности", 1994. - С. 35.

²⁾ Яковлев, В. Ф. Закон свободного примирения / В. Ф. Яковлев // Медиация и право. – 2006. – № 1. – С. 16.

³⁾ Циллессен, Х. Команда на взлетной полосе / Х. Циллессен // Медиация и право. – 2006. – № 1. – С. 32-39.

подписывают достигнутое взаимоприемлемое соглашение. Посредник никаких решений не выносит.

В. А. Модестов и А. В. Модестова считают более верным второй подход, который по их мнению лучше раскрывает понятие медиации (посредничества), где отмечается важная роль как посредника, так и самих конфликтующих сторон. Представителями такого подхода являются К. Хаптала, Г. Фридманн, Г. Похмелькина, Г. Мета, Д. Химмельстейн.

По мнению практикующего юриста К. Хапталы, «в медиации наиболее важным является то, что власть над конфликтом отдана людям, у которых есть конфликт. Потому что процесс роста принадлежит им, и они должны его пережить»¹⁾.

Американские исследователи подчеркивают, что медиация – многоступенчатый процесс разрешения конфликта самими сторонами, применяемый в конфликтах между двумя лицами, группами, а также в политических противостояниях.

Медиация представляет собой процесс, в ходе которого стороны конфликта при содействии нейтрального посредника определяют проблемы, выявляют пути их решения, проводят анализ вариантов завершения конфликта, выбирают наиболее подходящий вариант разрешения спора, который бы соответствовал интересам обеих сторон.

Важным моментом в определении сущности медиации является то, что стороны конфликта, обращаясь к посреднику, рассчитывают найти то желаемое решение, которое позволит им разрешить возникший конфликт.

При этом по результатам процедуры стороны могут заключить соглашение как в устной, так и в письменной форме, но в его составлении непосредственного участия нейтральная сторона не принимает. Это делают сами стороны. Интересна позиция исследователя Е. Н. Ивановой, в соответствии с которой медиация

¹⁾ Модестов, В. А. Понятие и сущность медиации в современной России / В. А. Модестов, А. В. Модестова. - Режим доступа: <http://library.krasu.ru/ft/ft/b72/0227142/pdf/10/37a.pdf>.

представляет собой метод, где стороны управляют и владеют как самим процессом, так и его результатом¹⁾. Выделим признаки, характеризующие медиацию:

1) посредником может выступать только нейтральное лицо, которое не является участником конфликта;

2) активность спорящих сторон;

3) медиация предполагает поиск взаимоприемлемого решения (стороны или посредник вправе предлагать свои варианты урегулирования спора);

4) медиатор создает конструктивную и спокойную обстановку на переговорах, определяет задачи и направляет дискуссию в необходимое для разрешения спора направление. Этот признак медиации является одним из ключевых, поскольку он отражает суть медиации, поскольку базис медиации составляет именно переговорный процесс, главная задача медиатора сводится к тому, чтобы организовать саму процедуру обсуждения, ориентируя оппонентов на сотрудничество и достижение определенного положительного результата;

5) процедура медиации может быть прекращена на любом этапе и в любой момент по инициативе спорящих сторон. Они всегда могут отказаться от медиации и обратиться в судебные органы, если медиация не дает того искомого результата, на который они рассчитывали.

Можно рассматривать коммерческие споры, внутрикорпоративные, семейные, споры о возмещении вреда, причиненного имуществу или здоровью, между арендодателем и нанимателем, поставщиком и покупателем, заказчиком и подрядчиком, трудовые споры и другие. Согласно международной статистике через медиацию проходит 30-40 % всех споров, при этом положительный результат достигается в 85 % случаях. Медиация позволяет сторонам найти выход из тупиковой ситуации и при этом понести минимальные финансовые и временные потери, сохранив партнерские, дружеские отношения, не нанеся ущерба собственной репутации.

¹⁾ Иванова, Е. Н. Медиация как альтернативный суду способ разрешения конфликтов / Е. Н. Иванова // Развитие альтернативных форм разрешения правовых конфликтов: учебно-методическое пособие / под ред. М. В. Немытиной. – Саратов: Изд-во Саратовской гос. акад. права, 1999. – С. 28.

Некоторые ученые справедливо отмечают, что медиация - это другой уровень не только правовой культуры, но и культуры вообще. Если иметь медиативные услуги в государстве, то можно разрешить многие споры в досудебном порядке.

Медиация как часть культуры разрешения коммерческих споров, будет способствовать повышению уровня ответственности предпринимателей и созданию условий для совершенствования деловой этики.

Кроме того, в кризисных условиях медиация позволит сторонам спора максимально быстро осознать свои реальные интересы, сократить время судебных слушаний и финансовые затраты на ведение процесса.

Отдельно необходимо обратить внимание на урегулирование с помощью медиации внутрикорпоративных споров, что позволяет сторонам разрешить конфликт, не нанося порой непоправимый вред репутации компании.

Медиация в нашей стране на уровне правового регулирования и юридической практики пока еще не выделена как особый, обладающий характерными чертами способ урегулирования конфликтов и споров. Она фактически не является общепризнанной альтернативой арбитражному процессу или третейскому разбирательству. Юристы-практики, анализируя ту или иную хозяйственную ситуацию, рассматривают, прежде всего, традиционные способы разрешения юридических конфликтов.

2.2 Медиатор, как независимый посредник

Теоретически, в качестве медиаторов могут выступать различные лица, как физические, так и юридические. Однако существуют группы людей, которые, в силу их статуса, относятся к официальным медиаторам:

- межгосударственные организации (ООН);
- государственные правовые институты (арбитражный суд, прокуратура);
- государственные специализированные комиссии (например, по урегулированию забастовок);

- представители правоохранительных органов (участковый в бытовых конфликтах);

- руководители структур по отношению к подчиненным;

- общественные организации (профсоюзы);

- профессиональные медиаторы-конфликтологи;

- социальные психологи.

- неофициальные медиаторы, к которым можно обратиться за помощью в силу их образования или большого опыта:

- представители религиозных организаций;

- психологи;

- социальные педагоги;

- юристы.

В роли спонтанных медиаторов могут выступать и все свидетели конфликтов, друзья и родственники, неформальные лидеры и коллеги по работе. Но в этом случае нельзя говорить о профессиональной помощи.

К медиатору можно обратиться в случаях если:

- стороны изначально отстаивают взаимоисключающие интересы;

- когда стороны исчерпали все аргументы и средства;

- изначально по-разному трактуются критерии оценки (например, законодательство);

- одной из сторон нанесен серьезный ущерб (психологический или физический);

- сторонам важно сохранить хорошие отношения;

- существует временное перемирие, но конфликт не исчерпан;

- требуется третья сторона для контроля за исполнением соглашения.

Медиация - это четко структурированный метод посредничества в разрешении спора, где - третья сторона - посредник - медиатор сохраняет нейтральность.

Медиатор – третья сторона, участвующая в процессе медиации – посредник, между конфликтующими сторонами. Медиатор следит за тем, чтобы разговор был

доверительным и направленным на цель. Медиатор во время процедуры медиации пытается точно понять, что важно для участников медиации. Он старается отделить существенное от несущественного, воспринимает эмоции, не давая им своей оценки. Он подчеркивает призыв и содержание послания, так что обе спорящие стороны чувствуют себя понятыми.

Роль медиатора состоит, с одной стороны, в том, чтобы следить за общими условиями (регламентом), которые были выработаны до начала процесса медиации (правила и структура), и, с другой стороны, сделать «невывыказанное» осознаваемым сторонами и обсуждаемым, за счет своих стараний, обнаружить и сделать прозрачными специфические, постоянно встречающиеся дисфункциональные модели коммуникации участников.

Для того, чтобы действовать в качестве медиатора, необходимо уметь принимать и признавать других людей в их проявлениях, при этом медиатор вовсе не обязан ни разделять их мнения, ни одобрять их поведение.

Согласно п.3 ст. 2 Федерального закона «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»: медиатор, медиаторы это - независимое физическое лицо, независимые физические лица, привлекаемые сторонами в качестве посредников в урегулировании спора для содействия в выработке сторонами решения по существу спора.

Таким образом, медиатором может выступать только физическое лицо.

Целью медиатора является содействие способности участников спора урегулировать свой конфликт самостоятельно, путем предоставления им со стороны медиатора возможности изучить все способы разрешения спора, чтобы определить путем переговоров решение, приемлемое для каждой из сторон¹⁾. В ст. 15 Федерального закона «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» (далее Закон о медиации) содержится ряд требований к медиатору. Так медиатор не вправе:

- быть представителем какой-либо стороны;

¹⁾ Литвинов, А. В. Введение в медиацию. – Режим доступа: http://samlib.ru/l/litwinow_aleksandr_walentinowich/med1.shtml.

- оказывать какой-либо стороне юридическую, консультационную или иную помощь;

- осуществлять деятельность медиатора, если при проведении процедуры медиации он лично (прямо или косвенно) заинтересован в ее результате, в том числе состоит с лицом, являющимся одной из сторон, в родственных отношениях;

- делать без согласия сторон публичные заявления по существу спора.

Согласно п. 3 ст. 15 Закона о медиации деятельность медиатора не является предпринимательской деятельностью. Она может осуществляться как на профессиональной, так и на непрофессиональной основе.

Соответственно Закон о медиации выдвигает различные требования к профессиональным и непрофессиональным медиаторам.

Пунктом 2 ст. 15 Закона о медиации устанавливаются следующие требования к непрофессиональному медиатору:

- достижение восемнадцатилетнего возраста;
- наличие полной дееспособности;
- отсутствие судимости.

Данные требования незначительны, поэтому заниматься медиацией на непрофессиональной основе может большинство граждан Российской Федерации, не имея специальной подготовки.

Требования к профессиональному медиатору установлены в п.1 ст. 16 Закона о медиации:

- достижение двадцатилетнего возраста;
- наличие высшего профессионального образования;
- прохождение курса обучения утвержденной в порядке, установленном

Правительством Российской Федерации.

Как можно заметить, к профессиональному медиатору не предъявляются требования наличия полной дееспособности и отсутствия судимости. Предполагается, что наличие образования и прохождения курса обучения с лихвой компенсируют эти недостатки.

Какие же существуют отличия в правовом статусе профессионального и непрофессионального медиатора?

В результате анализа содержания Закона о медиации выявлены следующие отличия:

1) только профессиональный медиатор может осуществлять процедуру медиации по спорам, переданным на рассмотрение суда или третейского суда до начала проведения процедуры медиации;

2) только профессиональный медиатор может вступать в члены саморегулируемой организации медиаторов. Никаких дополнительных прав членство в этой организации не дает, а накладывает обязанности по соблюдению дополнительных требований, установленных непосредственно саморегулируемой организацией. Поэтому логика членства в саморегулируемой организации исчерпывается ускорением профессионального роста и увеличением доверия к медиатору как члену подобной организации.

Проанализируем возможность осуществления медиации по спорам, переданным на рассмотрение суда.

Во-первых, необходимость особого профессионализма медиатора, осуществляющего содействие в разрешении спора, переданного на рассмотрение суда, определяется тем, что такой медиатор должен понимать какие условия могут быть включены в мировое соглашение, а какие условия суд не утвердит в качестве такового. Так как в соответствии с п.3ст 12 Закона о медиации «Медиативное соглашение, достигнутое сторонами в результате процедуры медиации, проведенной после передачи спора на рассмотрение суда или третейского суда, может быть утверждено судом или третейским судом в качестве мирового соглашения...».

Однако необходимо обратить внимание на то, что согласно п.3 ст. 12 Закона о медиации медиативное соглашение «может быть» утверждено в качестве мирового соглашения. Значит, может быть и не утверждено. От кого зависит решение вопроса об утверждении? В первую очередь, конечно, от сторон спора – пожелают ли они, чтобы медиативное соглашение было утверждено в качестве мирового

соглашения. Во вторую очередь – от суда, которому необходимо установить: можно ли то, что согласовали стороны, утвердить в качестве мирового соглашения.

Однако если представить себе реальную ситуацию, то сразу понятно, что если медиативное соглашение не будет утверждено в качестве мирового, то смысл медиации в значительной мере теряется. Каковы последствия подобного не утверждения? Суд должен будет продолжить рассмотрение дела и вынести решение по существу. Таким образом, суд определит, какая из сторон в споре права, а какая нет.

Медиативное соглашение, заключенное после передачи спора на рассмотрение суда на наш взгляд, должно оформляться в качестве мирового соглашения. Хотя в качестве альтернативного варианта остается использование способов выхода из процесса с сохранением возможности дальнейшего обращения в суд, то есть когда суд выносит определение об оставлении заявления без рассмотрения.

Кроме того, возникает вопрос, а может ли суд отказать в утверждении в качестве мирового соглашения медиативного соглашения, заключенного по итогам процедуры медиации с участием непрофессионального медиатора? Думается, что нет. В данном случае медиативное соглашение – это по сути сделка. И если стороны желают заключить мировое соглашение, условия которого не противоречат закону и не нарушают прав других лиц, то суд не сможет отказать в утверждении этого соглашения со ссылкой на то, что оно было достигнуто сторонами в результате процедуры медиации с участием непрофессионального медиатора.

Статьями 2 и 4 Закона о внесении изменений в связи с принятием закона о медиации были внесены изменения в Арбитражный процессуальный кодекс РФ, Гражданский кодекс РФ и Гражданский процессуальный кодекс, согласно которым суд может отложить судебное разбирательство на срок, не превышающий 60 дней, в случае если стороны примут решение о проведении процедуры медиации.

На наш взгляд при несоблюдении требований к медиатору суд не должен откладывать дело.

Поэтому если в решении о проведении процедуры медиации, которое стороны предоставляют суду, указан непрофессиональный медиатор, то суд не должен

откладывать дело. Именно в этом заключаются негативные последствия несоблюдения требований к медиатору.

Роль медиатора состоит, с одной стороны, в том, чтобы следить за общими условиями (регламентом), которые были выработаны до начала процесса медиации (правила и структура), и, с другой стороны, сделать «невывыказанное» осознаваемым сторонами и обсуждаемым, за счет своих стараний обнаружить и сделать прозрачными специфические, постоянно встречающиеся дисфункциональные модели коммуникации участников.

«Поспорили однажды два человека, стоя под апельсиновым деревом - кому принадлежат эти апельсины по праву. - Тому, кто первый их заметил, - сказал один. - Тому, кто увидел в них образ солнца, - сказал другой. Спор был жаркий, но он не принес облегчения ни одному, ни другому. Кулаки сжимались сами собой, глаза источали ненависть. Каждый хотел завладеть апельсинами, во что бы то ни стало. По счастью проходил мимо путник - к нему-то и обратили свои мольбы спорщики: - Рассуди нас! - Для чего каждому из вас эти апельсины? - это все, о чем спросил путник. - Мне, - сказал один, нужна их спелая мякоть, чтобы мои гости смогли вдоволь ей полакомиться на свадьбе дочери. - Мне нужна их сочная кожура, чтобы приготовить из нее цукаты на свадьбу сыну - промолвил другой. Ничего не сказал путник, ничего не сказали два уставших человека... Глаза всех троих прояснились, и светом озарились их лица».

Эта известная история подтверждает факт, что интересы имеют право на существование и даже могут быть удовлетворены одновременно. Но не всегда участники спора способны самостоятельно это осознать, и именно здесь им на помощь приходит медиатор (посредник), в лице которого они видят авторитетную непредвзятую личность, способную помочь им взглянуть на существо спора со стороны¹⁾.

Близко мнение председателя Совета директоров Консалтинговой группы «О.С.В.» С. В. Осутина о том, что кто-то говорит, медиатором должен быть

¹⁾ Егорычев, А. И. Медиация (примирение сторон). – Режим доступа: <http://zakon.perm.ru/pub/mediaciya>.

конфликтолог, кто-то говорит должен быть юрист или человек знающий отрасль, в которой он разрешает конфликт. Бывает, что медиатор не юрист, и он приглашает с разрешения сторон юриста, которому задают вопросы, он высказывает свое профессиональное мнение, но договариваться, так или иначе, должны стороны¹⁾.

Профессиональные Медиаторы могут вступать в Саморегулируемую организацию (СРОМ), но ее нельзя обойти стороной, поскольку идея саморегуляции положена законодателем в основу всей деятельности медиаторов.

Правовое положение и функции СРОМ определены в статье 18 и статье 19 Закона о медиации. СРОМ может существовать в форме ассоциаций (союзов) и некоммерческих партнерств. Свой статус эта организация получает с момента внесения сведений о ней в реестр СРОМ.

Для того, чтобы быть внесенной в реестр, организация должна отвечать следующим требованиям (п.4 ст. 18 Закона о медиации):

- объединение в составе саморегулируемой организации медиаторов в качестве ее членов не менее чем ста физических лиц, осуществляющих деятельность медиаторов на профессиональной основе, и (или) не менее чем двадцати организаций, осуществляющих деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации. Указанные лица и организации должны соответствовать установленным законом о медиации требованиям к членству в такой организации;

- наличие утвержденного порядка осуществления контроля за качеством работы членов саморегулируемой организации медиаторов и принятого кодекса профессиональной этики медиаторов;

- соответствие иным требованиям, установленным Федеральным законом от 1 декабря 2007 года № 315-ФЗ «О саморегулируемых организациях»²⁾.

Применительно к первому требованию необходимо отметить два момента. Во-первых, Закон о медиации говорит о том, что СРОМ должны иметь не менее 100

¹⁾ Осутин, С. В. Пресс интервью с Осутиным Сергеем Владимировичем. – Режим доступа: <http://centernpm.com/menu/mediation/media.press>.

²⁾ Российская Федерация. Законы. О саморегулируемых организациях: [федер. закон : принят Гос. Думой 16 ноября 2007 г. : одобр. Советом Федерации 23 ноября 2007 г.] // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2007. - № 49. - Ст. 6076.

профессиональных медиаторов и (или) не менее 20 организаций, осуществляющих деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации.

Во-вторых, закон говорит о том, что члены СПОМ «должны соответствовать установленным Законом о медиации требованиям к членству в такой организации». Во всем Законе о медиации содержится только одно такое требование. В силу п. 8 ст. 18: «Медиатор, осуществляющий деятельность на профессиональной основе, и организация, осуществляющая деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации, могут быть членами только одной саморегулируемой организации медиаторов».

Основные функции СПОМ установлены в ст. 19 Закона о медиации. Так, например, СПОМ:

- разрабатывает и утверждает стандарты и правила профессиональной деятельности медиаторов;
- разрабатывает и утверждает правила деловой и профессиональной этики медиаторов, в том числе кодекс профессиональной этики медиаторов;
- разрабатывает правила проведения процедуры медиации;
- устанавливает и применяет меры дисциплинарного воздействия в отношении своих членов и т.д.

Таким образом, видно, что законодатель предпочел передать полномочия по установлению правил проведения самой процедуры медиации, дополнительных требований к личности медиаторов и их деятельности и даже полномочие по применению санкций за несоблюдение установленных требований на уровень саморегулируемых организаций, что на наш взгляд, полностью себя оправдывает и позволит создать условия, в наибольшей степени способствующие развитию медиации в РФ.

В соответствии с п.4 ст.2 Закона о медиации «организация, осуществляющая деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации, – юридическое лицо, одним из основных видов деятельности которого является деятельность по организации проведения процедуры медиации, а также осуществление иных предусмотренных настоящим Федеральным законом действий».

Задача такой организации состоит в создании условий для нормального проведения процедуры медиации. Стороны спора могут обратиться не к конкретному медиатору, а к такой организации. Тогда она сможет рекомендовать сторонам кандидатуру медиатора, определит порядок проведения процедуры медиации. В силу п. 3 ст. 11 Закона о медиации в правилах проведения процедуры медиации должны быть указаны:

1) виды споров, урегулирование которых проводится в соответствии с данными правилами;

2) порядок выбора или назначения медиаторов;

3) порядок участия сторон в расходах, связанных с проведением процедуры медиации;

4) сведения о стандартах и правилах профессиональной деятельности медиаторов, установленных соответствующей организацией, осуществляющей деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации;

5) порядок проведения процедуры медиации, в том числе права и обязанности сторон при проведении процедуры медиации, особенности проведения процедуры медиации при урегулировании отдельных категорий споров, иные условия проведения процедуры медиации.

Организация, осуществляющая деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации, может устанавливать собственные стандарты и правила профессиональной деятельности медиаторов. А в силу п.7 ст. 15 Закона о медиации эта организация может устанавливать любые дополнительные требования к персоне медиатора.

Таким образом, принадлежность медиатора к той или иной организации имеет значения для сторон спора только в плане гарантий качества услуг, оказываемых этим медиатором. А поскольку организация, осуществляющая деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации, может самостоятельно устанавливать стандарты и правила профессиональной деятельности медиатора, то она, как и СПОМ, сможет гарантировать определенный профессиональный уровень медиаторов.

2.3 Принципы, условия, процедура осуществления медиации

В статье 3 Закона о медиации закреплены следующие принципы проведения процедуры медиации¹⁾:

- добровольности,
- конфиденциальности,
- сотрудничества сторон,
- равноправия сторон,
- беспристрастности медиатора,
- независимости медиатора.

Принцип добровольности.

Условно этот принцип можно назвать принципом свободы медиации. Его содержание раскрывается в трех аспектах:

1) свобода вступления в процедуру медиации. Стороны совместно решают вопрос о проведении процедуры медиации. Ни одна из них не может быть понуждена к проведению этой процедуры, даже если в договоре содержится медиативная оговорка;

2) свобода выхода из процедуры медиации. В любой момент каждая из сторон может отказаться от продолжения процедуры медиации без объяснения причин. Понуждение к продолжению медиации или проведение медиации без участия одной из сторон недопустимы;

3) свобода в определении условий медиативного соглашения. Медиативное соглашение – это соглашение, достигнутое сторонами по итогам процедуры медиации, которым решено, по крайней мере, одно разногласие сторон. Стороны спора свободно определяют условия этого соглашения, могут выдвигать любые предложения и отвергать предложения противной стороны без объяснения причин. В медиативное соглашение могут быть включены только те условия, которые стали результатом взаимного свободного согласования воли сторон.

¹⁾ Правовое регулирование медиации: материалы сайта юридической компании Аймрайт. – Режим доступа: <http://imright.ru/analitika/pravovoe-regulirovanie-mediacii>.

Кроме этих трех аспектов, принцип добровольности раскрывается и ещё в одном важном моменте. Согласно п.2 ст. 12 Закона о медиации «медиативное соглашение подлежит исполнению на основе принципов добровольности и добросовестности сторон». Это не совсем так. Если бы исполнение всякого медиативного соглашения основывалось на принципе добровольности, то значение процедуры медиации серьезно бы снизилось. Если соглашение сторон, достигнутое по итогам двух месяцев переговоров не обязательно исполнять, то для чего было затевать всю процедуру медиации?

Как справедливо указывается в п. 4 ст. 12 Закона о медиации, медиативное соглашение, заключенное по спору, возникшему из гражданских правоотношений, по существу представляет собой сделку, которая влечет возникновение, изменением или прекращение гражданских прав и обязанностей. Поэтому исполнение такой сделки, конечно, будет обязательным.

Но как в этом случае понимать п.2 ст. 12 Закона о медиации? Следует ли сказать, что законодатель погорячился, перенес принцип добровольности и на стадию исполнения медиативного соглашения?

Представляется, что это не совсем так. По своему характеру норма п.4 ст. 12 Закона о медиации сконструирована как норма-исключение. Исходя из этого, а также принимая во внимание добровольную направленность всей медиации, мы приходим к выводу, что в некоторых случаях исполнение медиативного соглашения покоится исключительно на добровольной воле сторон и не предполагает принуждения.

Принцип конфиденциальности.

Нормативное содержание этого принципа раскрывается в статьях 5 и 6 Закона о медиации.

При проведении процедуры медиации сохраняется конфиденциальность всей информации, относящейся к указанной процедуре. Медиатор не может разглашать эту информацию без согласия сторон. А сведения, полученные от одной из сторон, медиатор может сообщить другой только при согласии первой.

Кроме того, медиатор не может делать какие бы то ни было публичные заявления по существу спора.

Сохранение режима конфиденциальности необходимо, чтобы обеспечить должный уровень доверия сторон друг к другу и к медиатору. Потому что без доверия не получится прийти к согласию.

В Законе о внесении изменений в связи с принятием Закона о медиации содержится ряд положений, развивающих этот принцип. Статьями 2 и 4 этого закона были внесены изменения в АПК РФ и ГПК РФ, согласно которым медиатор не подлежит допросу в качестве свидетелей по обстоятельствам, которые стали ему известны в связи с исполнением соответствующих обязанностей.

Таким образом, можно увидеть, насколько далеко идет законодатель ради того, чтобы стороны чувствовали себя защищенными и могли свободно вести переговоры в рамках процедуры медиации.

Принцип сотрудничества сторон.

Этот принцип формирует деятельное содержание всей процедуры медиации. Стороны на каждом из этапов медиации сотрудничают: при вступлении в процедуру медиации, при выборе медиатора по взаимному согласию, при проведении переговоров и достигая взаимовыгодного решения.

Сама процедура медиации немыслима без сотрудничества спорящих сторон. Вступая в эту процедуру медиации стороны решают в рамках взаимного сотрудничества с участием медиатора и путем достижения взаимовыгодного решения»¹⁾. Поэтому, как только у одной из сторон пропадает желание сотрудничать, медиация становится бесполезной.

По существу все остальные принципы, закрепленные в ст. 3 Закона о медиации, направлены именно на то, чтобы у сторон возникло желание сотрудничать. Только так можно достичь заключения медиативного соглашения, которое представляет собой не результат компромисса сторон, но решение, которое в полной мере устраивает каждую из них.

¹⁾ Правовое регулирование медиации: материалы сайта юридической компании Аймрайт. – Режим доступа: <http://imright.ru/analitika/pravovoe-regulirovanie-mediacii>.

Принцип равноправия сторон.

Процедура медиации по общему правилу применяется только к тем отношениям, в которых стороны равны. Это равноправие присутствует и в рамках медиации. Поскольку правовое положение сторон одинаково, то ни одна из них не может принуждать другую к каким-либо действиям.

Однако равенство правовое не означает равенства экономического. С точки зрения своего правового статуса субъекты равны, но экономически более сильный субъект может продавить свою позицию и в процессе медиации. Означает ли это, что здесь, как и в гражданском праве необходимо вводить определенные защитные механизмы для слабой стороны? Думается, что нет.

Вступая в процедуру медиации, стороны рассматривают друг друга как равные и рассчитывают найти решение, которое будет выгодно для них обеих. Любые защитные механизмы, которые по существу будут представлять собой льготы для одной стороны или обременения для другой подорвут саму основу медиации – желание сотрудничать.

Проявлением этого принципа является п.7 ст. 11 Закона о медиации, согласно которому: «При проведении процедуры медиации медиатор не вправе ставить своими действиями какую-либо из сторон в преимущественное положение, равно как и умалять права и законные интересы одной из сторон».

Принципы беспристрастности и независимости медиатора.

Эти два принципа являются взаимосвязанными. Если медиатор зависим, то нельзя сказать, что он является беспристрастным. Значит, принцип независимости охватывается принципом беспристрастности. Поэтому я рассматриваю их вместе, ориентируясь на принцип беспристрастности медиатора.

Эти принципы гарантируют равноудаленность медиатора от участников спора. Приверженность интересам той или иной стороны автоматически снимает его с той высокой позиции, которая позволяет сторонам довериться этому лицу для разрешения возникшего конфликта.

Выполнение этого принципа обеспечивается, в частности пунктом 6 статьи 15 Закона о медиации, медиатор не вправе:

- 1) быть представителем какой-либо стороны;
- 2) оказывать какой-либо стороне юридическую, консультационную или иную помощь;
- 3) осуществлять деятельность медиатора, если при проведении процедуры медиации он лично (прямо или косвенно) заинтересован в ее результате, в том числе состоит с лицом, являющимся одной из сторон, в родственных отношениях;
- 4) делать без согласия сторон публичные заявления по существу спора.

Кроме того, п. 3 ст. 9 предусматривает более общую норму, согласно которой: «Медиатор, выбранный или назначенный в соответствии с настоящей статьей, в случае наличия или возникновения в процессе проведения процедуры медиации обстоятельств, которые могут повлиять на его независимость и беспристрастность, незамедлительно обязан сообщить об этом сторонам или в случае проведения процедуры медиации организацией, осуществляющей деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации, также в указанную организацию».

Если стороны считают, что независимость и беспристрастность медиатора вызывают сомнения по тем или иным причинам, то они могут заменить его на другого, фигура которого также определяется по взаимному согласию сторон. Здесь встает вопрос: а зачем в этом случае требования, изложенные в п.6 ст. 15 Закона о медиации.

Представим себе ситуацию: организация выдала заём своему работнику, он его вовремя не вернул и они обратились к медиатору. В итоге было составлено медиативное соглашение, по условиям которого работнику предоставлялась отсрочка на два года, а в обмен на это он предоставил обеспечение исполнения обязательства по возврату денежных средств в виде залога автомобиля, которым организация к тому же могла и пользоваться в течение этих двух лет. По истечении двух лет выясняется, что медиатор оказывал юридические услуги организации, да ещё и был её представителем. Если бы это выяснилось в течение самой процедуры медиации, то работник, конечно, потребовал бы замены медиатора. Но это выяснилось лишь спустя два года. Отразится ли это на действительности медиативного соглашения?

С одной стороны в данном случае медиативное соглашение – это гражданско-правовая сделка, сторонами которой являются организация и работник. Фигура медиатора для действительности этой сделки юридически безразлична. С другой стороны медиативное соглашение – это сделка особого рода и к ней предъявляются специальные требования. Например, она обязательно должна быть совершена в письменной форме и должна содержать указание на медиатора.

Медиатор был неправомочен при проведении медиации, он имел заинтересованность на стороне организации. Тем не менее, участники спора достигли соглашения. Но может быть работник и согласился на такие условия медиативного соглашения, потому что медиатор каким-то образом на него воздействовал. Или скажем, что он не может воздействовать на стороны, что подтверждается и нормой п.5 ст. 11 Закона о медиации: «Медиатор не вправе вносить, если стороны не договорились об ином, предложения об урегулировании спора».

С другой стороны, зачем тогда медиатор?

Считаем, что в этой дискуссии приоритет следует отдать гражданско-правовой трактовке медиативного соглашения. В первую очередь, в описанной ситуации, оно является сделкой. Поэтому независимо от правомочности медиатора на проведение медиации, сделка будет считаться действительной. В противном случае мы рискуем натолкнуться на возможность серьезных злоупотреблений со стороны медиатора и аффилированной стороны.

Зачем же тогда требования к медиатору, предъявляемые пунктом 6 ст. 15 Закона о медиации?

Во-первых, это обязательные условия профессиональной деятельности медиаторов, которые должны применяться всеми саморегулируемыми организациями медиаторов и за нарушение которых должны наступать меры дисциплинарного воздействия.

Во-вторых, медиатор оказывает услуги на платной основе, поэтому подобные нарушения будут являться основанием для взыскания убытков, причиненных ненадлежащим оказанием услуг.

В-третьих, это нарушение может послужить основанием для не приостановления течения исковой давности. Дело в том, что статьей 1 Закона о внесении изменений в связи с принятием Закона о медиации была дополнена ст. 202 ГК РФ, регулирующая приостановление течения исковой давности. И с 1 января 2011 года дополнительным основанием приостановления течения срока исковой давности является: «заключение соглашения о проведении процедуры медиации в соответствии с Федеральным законом «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)».

Согласно ст. 8 Закона о медиации это соглашение должно содержать сведения о медиаторе. Если уже в момент заключения этого соглашения и сам медиатор, и одна из сторон знали о том, что указанное лицо не может быть медиатором, то можно ли говорить о том, что это соглашение заключено в соответствии с Законом о медиации. Для того, чтобы соглашение считалось составленным в соответствии с Законом о медиации достаточно согласования всех условий, перечисленных в ст. 8 Закона о медиации и письменного оформления. А соответствие этих условий требованиям Закона о медиации уже не является существенным для рассматриваемого вопроса. Иное толкование, опять же может привести к риску серьезных злоупотреблений.

Завершая рассмотрение этого принципа, отметим, что услуги медиатора и медиатор по существу становится как бы обязанным этой стороне и о его независимости и беспристрастности можно говорить только условно. В данном случае остается надеяться только на профессионализм и высокие моральные качества конкретного медиатора.

Процедура осуществления медиации.

Статья 11 Закона о медиации определяет порядок проведения процедуры медиации:

«1. Порядок проведения процедуры медиации устанавливается соглашением о проведении процедуры медиации.

2. Порядок проведения процедуры медиации может устанавливаться сторонами в соглашении о проведении процедуры медиации путем ссылки на

правила проведения процедуры медиации, утвержденные соответствующей организацией, осуществляющей деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации.

3. В правилах проведения процедуры медиации, утвержденных организацией, осуществляющей деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации, должны быть указаны:

1) виды споров, урегулирование которых проводится в соответствии с данными правилами;

2) порядок выбора или назначения медиаторов;

3) порядок участия сторон в расходах, связанных с проведением процедуры медиации;

4) сведения о стандартах и правилах профессиональной деятельности медиаторов, установленных соответствующей организацией, осуществляющей деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации;

5) порядок проведения процедуры медиации, в том числе права и обязанности сторон при проведении процедуры медиации, особенности проведения процедуры медиации при урегулировании отдельных категорий споров, иные условия проведения процедуры медиации.

4. В соглашении о проведении процедуры медиации стороны вправе указать, если иное не предусмотрено федеральным законом или соглашением сторон (в том числе соглашением о проведении процедуры медиации), на самостоятельное определение медиатором порядка проведения процедуры медиации с учетом обстоятельств возникшего спора, пожеланий сторон и необходимости скорейшего урегулирования спора.

5. Медиатор не вправе вносить, если стороны не договорились об ином, предложения об урегулировании спора.

6. В течение всей процедуры медиации медиатор может встречаться и поддерживать связь как со всеми сторонами вместе, так и с каждой из них в отдельности.

7. При проведении процедуры медиации медиатор не вправе ставить своими действиями какую-либо из сторон в преимущественное положение, равно как и умалять права и законные интересы одной из сторон».

Процедура медиации состоит из восьми стадий, из которых каждая последующая является продолжением предыдущей, это¹⁾:

1 Вступительное слово медиатора, где медиатор знакомит стороны с медиацией, её принципами, объясняет свои функции в этом процессе и свою роль в предстоящих переговорах, знакомится со сторонами, интересуется наличием достаточного времени и присутствием всех заинтересованных сторон. Медиатор рассказывает сторонам об этапах проведения медиации, при этом оговаривает возможность проведения кокусов, т.е. индивидуальных бесед медиатора с каждой из сторон. Данный этап важен тем, что создаётся необходимая психологическая атмосфера, проходит знакомство, устанавливаются правила, по которым пойдёт весь процесс медиации, закладывается фундамент для дальнейшей работы.

2 Презентация сторон. На этом этапе каждой из сторон предоставлена возможность рассказать о том, в чём, на её взгляд, заключается спорная ситуация. Первой излагает проблему та сторона, которая инициировала проведение медиации. Медиатор в это время является активным слушателем и при необходимости делает нужные записи, задаёт уточняющие вопросы. По окончании рассказа каждой из сторон медиатор кратко пересказывает услышанное, избегая оценок и сглаживая все острые моменты данной проблемы. В завершении медиатор интересуется, не упустил ли он что-либо значимое и не желает ли презентующая сторона добавить что-либо к сказанному.

3 Дискуссия. Медиатор предлагает сторонам обменяться мнениями по поводу услышанного, высказать замечания, если имеются. Здесь вероятен достаточно эмоциональный диалог. Если во время дискуссии разговор накалится или, наоборот, стороны уклонятся от конструктивного диалога, медиатор объявляет о необходимости проведения кокусов.

¹⁾ Удова, О. Медиация как альтернативный способ разрешения споров. – Режим доступа: <http://www.legist.md/rus/mediation>.

4 Кокус. Это индивидуальная беседа медиатора с каждой из сторон. Количество кокусов и время, потраченное на их проведение должно быть одинаковым у обеих сторон, в соответствии с принципом равноправия сторон. Во время этой стадии могут быть выявлены новые обстоятельства, относящиеся к спорной ситуации, которые стороны не желают раскрывать в присутствии друг друга. По завершении медиатор спрашивает, что из сказанного в ходе кокуса он может сообщить другой стороне.

5 Формирование повестки переговоров. Медиатор предлагает сторонам сформулировать и записать те вопросы, по которым они хотят прийти к соглашению в ходе процесса медиации. Вопросы повестки дня должны быть сформулированы сторонами таким образом, чтобы понимались ими однозначно. По завершении формирования повестки дня медиатор зачитывает сторонам сформулированные ими вопросы и предлагает в случае необходимости что-то подкорректировать или добавить.

6 Выработка предложений. Один из самых важных этапов всей медиации. Стороны обмениваются имеющимися у них предложениями по решению каждого из вопросов, внесённых в повестку дня. Медиатор помогает сторонам услышать друг друга, увидеть то положительное, что есть в предложении каждого из них, увидеть дополнительные ресурсы, которыми они обладают, прийти к новому решению.

7 Подготовка соглашения. Здесь необходимо проверить каждое предложение и протестировать его на реальность. В случае провала какого-либо из предложений, необходимо вернуться к обсуждению и выработке нового предложения. Те предложения, которые прошли тест на реальность и устраивают обе стороны, вносятся в составляемый договор, но предварительно редактируются. Результатом этой стадии является письменное соглашение, имеющее, по сути, роль внесудебного мирового соглашения. Важную роль здесь играет обсуждение сторонами возможных последствий неисполнения составленного соглашения, поэтому при его составлении оно должно однозначно трактоваться каждой стороной.

8 Выход из медиации. Задача этого этапа - получение медиатором обратной связи о результатах работы. Стороны оценивают, во-первых, насколько они

удовлетворены достигнутым соглашением; во-вторых, насколько удовлетворены самой процедурой переговоров с участием медиатора.

Процедура проведения медиации существенно отличается от судебного разбирательства. В отличие от судебного разбирательства, вступление обеих сторон в процесс медиации является добровольным, а медиатор - свободно выбранным сторонами.

В судебном заседании решение по спорному вопросу принимает судья. В медиации же стороны сами вырабатывают и принимают решение. Медиатор никаких решений по поводу спорного вопроса не принимает и не даёт никаких рекомендаций.

Решение суда обязательно для обеих сторон, даже в случае недовольства одной из сторон. В медиации же ничего не решается без согласия спорящих. Все решения в ходе медиации предстают перед ними не как навязанная извне воля, а как результат их собственной, в конечном счете, совместной работы. Они же добровольно принимают на себя обязанности выполнять принятые ими совместно решения:

- риск медиации минимален, поскольку каждая сторона вправе в любой момент отказаться от продолжения переговоров. Медиация, в отличие от судебного заседания, проходит конфиденциально;

- процесс медиации непродолжителен, к тому же менее затратен, чем традиционные судебные процедуры.

Руководствуясь такими параметрами как задачи примирительной процедуры, основания разрешения спора, роль медиатора, навыки, необходимые медиатору для проведения примирительной процедуры, хочу обратить внимание на модели медиации. Выделяют четыре основные модели: классическая, расчетная, оценочная и терапевтическая¹⁾.

Классическая модель медиации рассматривается как процедура, направленная на взаимовыгодное урегулирование спора с учетом взаимных интересов сторон. В

¹⁾ Калашникова, С. И. Медиация в сфере гражданской юрисдикции. – Режим доступа: <http://www.usla.ru/structure/dissovet/Kalashnikova-aref.pdf>.

основе классической медиации лежит «гарвардский метод» ведения переговоров (интегративные переговоры). При этом роль медиатора заключается в организации взаимодействия и управлении коммуникацией сторон. Для успешной реализации классической модели медиатор должен владеть медиационными компетентностями.

Расчетная модель основывается на позиционных переговорах и направлена на урегулирование спора путем справедливого распределения ресурсов. Медиатор лишь организует процесс переговоров, при этом владение медиационными компетентностями не требуется. Данная модель медиации применяется чаще всего по «расчетным» делам.

Оценочная медиация характеризуется как процедура, направленная на урегулирование спора путем заключения соглашения, максимально приближенного к вероятному судебному решению по данному делу. Особенностью этой модели является то, что медиатор не только организует процесс переговоров, но и вправе высказывать свое мнение по содержанию спора. Для проведения оценочной медиации медиатору желательно владеть медиационными компетентностями.

Анализируя терапевтическую модель медиации, можно сделать вывод, что ее основной целью является восстановление дружественных отношений сторон. Задача медиатора заключается в создании с помощью специальных техник и посредством применения медиационных навыков условий для нормальной коммуникации участников спора. Для проведения терапевтической медиации медиатору следует также обладать знаниями в области психологии.

На наш взгляд каждая из рассмотренных моделей эффективна при урегулировании определенных категорий споров. Выбор надлежащей модели проведения процедуры медиации является одной из профессиональных обязанностей медиатора.

2.4 Соглашение о применении процедуры медиации. Соглашение о проведении процедуры медиации. Медиативное соглашение. Прекращение процедуры медиации

Вся процедура медиации опосредуется тремя соглашениями:

- соглашение о применении процедуры медиации;
- соглашение о проведении процедуры медиации;
- медиативное соглашение.

Согласно п. 5 ст. 2 Закона о медиации «соглашение о применении процедуры медиации – соглашение сторон, заключенное в письменной форме до возникновения спора или споров (медиативная оговорка) либо после него или их возникновения, об урегулировании с применением процедуры медиации спора или споров, которые возникли или могут возникнуть между сторонами в связи с каким-либо конкретным правоотношением».

Таким образом, в соглашении о применении процедуры медиации стороны выражают свою волю на урегулирование существующих или будущих споров в рамках процедуры медиации. Нетрудно заметить сходство с третейским соглашением. Основным отличием выступает отсутствие процессуальной составляющей в соглашении о применении процедуры медиации. Третейское соглашение изменяет подведомственность по спору сторон и является основой для разрешения спора третейским судом, осуществляющим юрисдикционную деятельность так же, как и государственные суды. В отличие от него, соглашение о применении процедуры медиации не связано с публичными процессуальными отношениями.

Встает вопрос о правовой природе соглашения о применении процедуры медиации. Думается его нельзя – признать договором, то есть юридическим фактом гражданского права. Так как в силу п.1 ст. 420 ГК РФ: «Договором признается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей».

А в соглашении о применении процедуры медиации гражданские права и обязанности не возникают, не изменяются, не прекращаются. Более того, исходя из анализа текста Закона о медиации, можно сказать, соглашение о проведении процедуры медиации само по себе вообще не имеет никакого правового значения. Несмотря на заключение этого соглашения, любая из сторон может отказаться от обращения к процедуре медиации, процедура медиации может быть проведена и без этого соглашения и т.д.

Тогда возникает вопрос: а зачем вообще законодатель ввел это соглашение? Полагаем, это было сделано ради установления нормы пункта 1 ст. 4 Закона о медиации: «В случае, если стороны заключили соглашение о применении процедуры медиации и в течение оговоренного для ее проведения срока обязались не обращаться в суд или третейский суд для разрешения спора, который возник или может возникнуть между сторонами, суд или третейский суд признает силу этого обязательства до тех пор, пока условия этого обязательства не будут выполнены, за исключением случая, если одной из сторон необходимо, по ее мнению, защитить свои права».

Условия договора, по которым стороны обязуются не обращаться в суд, традиционно признаются недействительными как направленные на ограничение правоспособности. Однако в данном случае возможность ограничения прямо предусмотрена законом и поэтому допустима (п. 3 ст. 22 ГК РФ).

Таким образом, само по себе соглашение о применении процедуры медиации не порождает обязательств сторон не обращаться в суд. Но в рамках этого соглашения сторонами может быть отдельно оговорено условие об установлении обязательства с отрицательным содержанием – не обращаться в суд в течение определенного срока. По смыслу Закона о медиации такое условие может быть установлено только в соглашении о применении процедуры медиации, и не может выступать самостоятельным условием гражданско-правовых договоров.

Намерение законодателя в данном случае понятно – он хотел ввести возможность установления обязательства не обращаться в суд, но только

применительно к процедуре медиации. Поэтому подобное условие может существовать только в рамках соглашения о применении процедуры медиации.

Однако, как уже выяснилось, само по себе это соглашение не влечет никаких правовых последствий. Поэтому на практике стороны смогут включать условие об ограничении обращения в суд в любые договоры, прикрыв его соглашением о применении процедуры медиации. Это создаст широкие возможности для злоупотреблений, особенно в отношениях, где одна из сторон является экономически более сильной и может «продавить» включение подобного условия в договор.

Представим ситуацию: работодатель заключает с работником соглашение о применении процедуры медиации, и включает в него условие о том, что стороны обязуются не обращаться в суд в течение срока, отведенного для проведения процедуры медиации. Далее, работодатель увольняет работника, а последний хочет оспорить это незаконное увольнение. Общий срок проведения процедуры медиации – 60 дней. Срок исковой давности по искам о восстановлении на работе – 1 месяц. Работодатель не заключает соглашение о проведении процедуры медиации, поэтому течение срока исковой давности не приостанавливается. Будет ли в этом случае действовать условие об ограничении на обращение в суд? Представляется, что нет, иначе будет нарушено право на судебную защиту, гарантированное Конституцией РФ.

В ситуациях, аналогичных описанной, суды, скорее всего, будут ориентироваться на заключительные положения п.1 ст. 4 Закона о медиации, согласно которым условие об ограничении обращения в суд не действует: «если одной из сторон необходимо, по ее мнению, защитить свои права».

В тоже время, очевидно, что эта формулировка не должна пониматься таким образом, что действие условия об ограничении обращения в суд поставлено в зависимость от усмотрения любой из сторон. Условие только тогда не будет действовать, когда его соблюдение ставит под угрозу возможность защиты прав одной из сторон.

Необходимо разобраться с последствиями нарушения этого условия. Как говорится в п.1 ст. 4 Закона о медиации: «...если стороны заключили соглашение о применении процедуры медиации и в течение оговоренного для ее проведения срока обязались не обращаться в суд или третейский суд для разрешения спора, который возник или может возникнуть между сторонами, суд или третейский суд признает силу этого обязательства».

Что означает формулировка «суд признает силу этого обязательства»? Во-первых, суд может оставить поданный иск без движения по мотиву несоблюдения досудебного порядка урегулирования спора. Во-вторых, на мой взгляд, речь идет о том, что п. 1 ст. 4 Закона о медиации санкционирует возможность установления гражданско-правового обязательства, содержанием которого является обязанность воздержания от обращения в суд. Поэтому последствием нарушения этого обязательства будет наступление мер гражданско-правовой ответственности: общих – возмещение убытков и специальных – например, взыскание неустойки.

Перейдем к рассмотрению второго соглашения о проведении процедуры медиации.

Соглашение о проведении процедуры медиации согласно п. 6 ст. 2 Закона о медиации: «соглашение о проведении процедуры медиации – это соглашение сторон, с момента заключения которого, начинает применяться процедура медиации в отношении спора или споров, возникших между сторонами».

Таким образом, это соглашение является отправной точкой процедуры медиации. В силу п. 4 ст. 7 Закона о медиации: «Проведение процедуры медиации начинается со дня заключения сторонами соглашения о проведении процедуры медиации». Поэтому именно с момента заключения соглашения о проведении процедуры медиации приостанавливается течение срока исковой давности по спорным требованиям.

Статьей 8 Закона о медиации устанавливаются требования к оформлению и содержанию этого соглашения. Оно должно быть заключено в письменной форме. И в нем должны содержаться сведения:

- о предмете спора;

- о медиаторе, медиаторах или об организации, осуществляющей деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации;
- о порядке проведения процедуры медиации;
- об условиях участия сторон в расходах, связанных с проведением процедуры медиации;
- о сроках проведения процедуры медиации.

Отмечается, что восполняющая норма есть только для условия об участии сторон в расходах, связанных с проведением процедуры медиации – стороны несут эти расходы в равных долях (п.2 ст. 10 Закона о медиации). Остальные условия должны быть оговорены в соглашении о проведении процедуры медиации. В противном случае возникнет риск того, что течение исковой давности не будет приостановлено, поскольку соглашение составлено не в соответствии с Законом о медиации.

Необходимо рассмотреть вопрос о правовой природе этого соглашения. Оно не является гражданско-правовым договором, поскольку не порождает, не изменяет, и не прекращает гражданские права и обязанности. Однако его заключение влечет приостановление течения срока исковой давности. Поэтому его можно отнести к разряду юридических фактов гражданского права.

Какое место в системе юридических фактов занимает это соглашение? Очевидно, что его совершение зависит от воли сторон, поэтому оно относится к числу юридических действий, причем правомерных. Как уже выяснилось, это соглашение не является сделкой. Это подтверждается и тем, что течение исковой давности приостанавливается, независимо от того направлена ли на это воля сторон, или нет. Поэтому заключение соглашения о проведении процедуры медиации относится к числу юридических поступков.

Кроме того, это соглашение носит процедурный характер в том смысле, что оно открывает дорогу самой процедуре медиации и в нем закрепляются некоторые условия проведения этой процедуры.

Отмечается, что соглашение о проведении процедуры медиации нельзя путать с договором, по которому медиатор обязывается оказать соответствующие

медиативные услуги. Этот договор является обычным гражданско-правовым договором, относящимся к группе договоров об оказании услуг. Закон о медиации не уделяет ему никакого внимания, поэтому регулирование отношений сторон по этому договору будет определяться его условиями и общими положениями главы 39 ГК РФ.

Медиативное соглашение согласно п.7 ст. 2 Закона о медиации: «медиативное соглашение – соглашение, достигнутое сторонами в результате применения процедуры медиации к спору или спорам, к отдельным разногласиям по спору и заключенное в письменной форме».

Медиативное соглашение должно быть заключено в письменной форме и в нем должны содержаться сведения о:

- сторонах;
- предмете спора;
- проведенной процедуре медиации;
- медиаторе;
- согласованных сторонами обязательствах, условиях и сроках их выполнения.

Таким образом, если по итогам медиации стороны не пришли к согласию ни по одному из спорных моментов, то стороны заключают не медиативное соглашение, а соглашение о прекращении процедуры медиации без достижения согласия по имеющимся разногласиям.

В силу ст. 14 Закона о медиации заключение медиативного соглашения является основанием для прекращения процедуры медиации.

Наиболее интересным является вопрос о том, какие условия могут быть включены в содержание медиативного соглашения. То есть о чем могут договориться стороны по итогам процедуры медиации.

Напомним, что в соответствии с п.4 ст. 12 Закона о медиации, медиативное соглашение по спору, возникшему из гражданских правоотношений, представляет собой гражданско-правовую сделку. Замечу, что, учитывая п.2 ст. 1 Закона о медиации, можно утверждать, что законодатель исходит из узкого понимания

гражданского права и гражданских правоотношений. И семейные правоотношения не являются видом гражданско-правовых. Означает ли это, что медиативное соглашение по спору, возникшему из семейных правоотношений, не будет являться сделкой? Нет. Несмотря на формулировки, используемые законодателем в Законе о медиации, семейное право остается подотраслью гражданского, и соглашение супругов, разрешающее их спор, может являться сделкой.

Если медиативное соглашение является сделкой, то исполнение его условий является обязательным для сторон. Однако принцип добровольности исполнения медиативного соглашения предполагает возможность включения в него и иных условий, которые не могут быть квалифицированы как сделка, например, обещания принести публичные извинения.

Таким образом, в медиативном соглашении стороны могут предусмотреть абсолютно любые условия. Никаких ограничений в этом плане нет и быть не может. Однако исполнение медиативного соглашения будет обязательным только в том случае, если оно представляет собой сделку. В иных случаях, когда медиативное соглашение является декларацией о намерениях и не порождает никаких правовых последствий, его исполнение будет основано на доброй воле каждой из сторон и не сможет быть обеспечено принудительной силой государства.

Также необходимо рассмотреть вопрос о продолжительности процедуры медиации, поскольку от его понимания зависит и правильность исчисления срока, на который приостанавливается течение исковой давности.

Как уже отмечалось, процедура медиации начинается со дня заключения сторонами соглашения о проведении процедуры медиации. Срок её проведения указывается в самом соглашении о проведении процедуры медиации. Однако в силу п.1 ст. 13 Закона о медиации: «медиатор и стороны должны принимать все возможные меры для того, чтобы указанная процедура была прекращена в срок не более чем в течение шестидесяти дней».

Таким образом, по общему правилу продолжительность процедуры медиации не может превышать 60 дней. В соответствии с п.2 ст. 13 Закона о медиации этот срок может быть увеличен только в исключительных случаях по соглашению сторон

и с согласия медиатора. В любом случае этот срок не должен превышать 180 дней. А применительно к процедуре медиации по спору, переданному на рассмотрение суда – её продолжительность не может превышать 60 дней.

В ст. 14 Закона о медиации перечислены основания прекращения процедуры медиации:

1) заключение сторонами медиативного соглашения – со дня подписания такого соглашения;

2) заключение соглашения сторон о прекращении процедуры медиации без достижения согласия по имеющимся разногласиям – со дня подписания такого соглашения;

3) заявление медиатора в письменной форме, направленное сторонам после консультаций с ними по поводу прекращения процедуры медиации ввиду нецелесообразности ее дальнейшего проведения, – в день направления данного заявления;

4) заявление в письменной форме одной, нескольких или всех сторон, направленное медиатору, об отказе от продолжения процедуры медиации – со дня получения медиатором данного заявления;

5) истечение срока проведения процедуры медиации – со дня его истечения.

С прекращением процедуры медиации связывается и возобновление течения срока исковой давности. Поэтому все перечисленные выше обстоятельства относятся к числу юридических фактов гражданского права. Пятое основание прекращения процедуры медиации является событием, а остальные – юридическими поступками.

В заключение данной темы отметим, что правовое регулирование института медиации в России находится на начальном этапе развития. Создана законодательная база по урегулированию споров с участием посредников. Судейское общество надеется на уменьшение количества дел в экономической сфере, но к массовому применению процедуры медиации общество не готово.

Во-первых, Россияне проявляют недоверие к новому институту, а во-вторых российская ментальность не направлена на то, чтобы считать примирение

достойным выходом из спора. Поэтому широкое применение медиации в России это дело будущего. «Все будет зависеть от изменения социально-психологического климата в России»¹⁾.

3 Тема 3 Организационные основы деятельности нотариата

План

3.1 Исторические аспекты становления института нотариата (на примере Оренбургской области)

3.2 Понятие нотариата. Основные мировые системы нотариата

3.1 Исторические аспекты становления института нотариата (на примере Оренбургской области)

Историю становления Оренбургского нотариата следует отсчитывать от второй четверти XVIII века, когда образовался Оренбургский край.

7 июня 1734 года по указу правительствующего Сената была подписана так называемая «Привилегия городу Оренбургу», представляющая особые права и льготы городу, который планировалось построить на восточных рубежах страны.

Согласно Привилегии в Сиротском суде - полагалось иметь нотариуса и бухгалтера.

С 1781 года стали утверждаться маклеры и нотариусы исключительно для торговых сделок и разного, рода посредничеств. В изменившихся условиях учреждения нотариального характера были децентрализованы. В зависимости от важности и значения гражданско-правовые сделки совершались крепостным и явочным порядком при гражданских палатах особыми надсмотрщиками, а также публичными нотариусами Сделки оформлялись в течение дня.

¹⁾ Восковский, А. Медиация в России: легализация и перспективы развития / А. Восковский // Экономика и жизнь. - 2010. - № 31. – С. 4.

С 7 апреля 1820 года, было утверждено высочайше мнение Госсовета, согласно которому в нотариусы избирались чиновники, только положительно зарекомендовавшие себя на государственной службе, в доказательство чего они обязаны были представить аттестаты от своего начальства и формулярные списки о службе.

22 ноября 1917 года Совет народных комиссаров опубликовал декрет о суде, который упразднил все действующие судебные органы, институты судебных следователей, прокурорский надзор, адвокатуру и нотариат.

Известно, что первая контора была открыта 18 января 1922 года.

4 октября 1922 года Совнарком РСФСР принял Положение «О государственном нотариате». Согласно ему, государственные нотариальные конторы создавались во всех городах Российской Федерации, а также в «значительных пунктах» сельской местности. Во главе контор стояли нотариусы, назначаемые президиумами губернских советов народных судей из числа лиц, пользующихся избирательными правами и выдержавших испытания в комиссиях, назначавшейся президиумом Совнарсуда (Совет народных судей), по программе, утвержденной Наркомюстом. Нотариусы не имели права на совместительство не только в частных организациях, но и в государственных учреждениях, предприятиях, организациях. Нотариат был теперь включен в состав органов юстиции. Наркомюст осуществлял наблюдение и контроль за их деятельностью

21 мая 1923 года Оренбургскому губернскому суду было направлено письмо Народного Комиссариата юстиции за № 2089: «На отношение Губсуда от 8 мая сего года за № 859 НКЮст сообщает, что Постановлением Совнаркома КССР от 25 , апреля существующее ныне в КССР Положение о Народном Нотариате со всеми к нему дополнениями и изменениями отменено, взамен которого вводится в действие Положение о Государственном нотариате, утвержденное СНК РСФСР в 1922 г. » Нотариальным конторам присваивалось наименование по месту их нахождения; при наличии в городе нескольких контор к наименованию присоединился порядковый номер. В то же время по представлению нотариальных отделений распоряжением председателя соответствующего суда нотариус или его заместитель могли выезжать

для совершения нотариальных действий в ближайшие к месту расположения нотариальной конторы поселения, граждане которых в особых случаях, определяемых местными условиями (например, ярмарки, базарные дни), нуждались в нотариальном оформлении заключаемых ими сделок.

В тех местностях, где конторы не создавались, исполнение их функций, за исключением совершения актов и засвидетельствования договоров, возлагалось на нарсудей.

Согласно Инструкции народного комиссариата юстиции, изданной в порядке ст. 31 Положения «О государственном нотариате» 1923 года, испытание нотариусов или их заместителей производилось в предусмотренных ст. 53 Положения «О судеустройстве испытательных комиссиях», в которые входили по назначению председателя соответствующего суда члены гражданского отдела суда, представитель нотариального отделения и один из нотариусов.

Декретом СНК от 24 августа 1923 года во исполнение постановления 2-й сессии ВЦИК X созыва от 7 июля 1923 года было введено Положение о государственном нотариате издания 1923 года. Оно полностью воспроизводило те же нотариальные функции, которые были установлены в 1922г.

8 сентября 1923 года Народный Комиссариат юстиции издал инструкцию для губсудов и нотариата, в соответствии с которой народные судьи не должны были производить никакие действия, возлагаемые теперь на нотариальные конторы, за исключением случаев, предусмотренных Положением о судеустройстве.

В местностях, не имеющих нотариальных контор, исполнение нотариальных действий а пределах, указанных во 2-м примечании к 52 статье Положения о судеустройстве, возлагалось на народных судей.

Таким образом, с 1923 года совершение нотариальных действий в Оренбургской губернии в большей части осуществлялось вновь созданными нотариальными конторами. Однако учитывая их малочисленность, часть нотариальных функций по-прежнему выполняли народные судьи. В течение 1923 года пленумом губернского суда неоднократно принимались решения организационного характера по нотариальному обслуживанию населения области.

На протяжении первых лет нотариальные конторы в Оренбурге подвергались постоянным проверкам и обследованиям со стороны нотариального отделения губсуда, которое, в свою очередь, часто обследовалось.

28 ноября 1924 года Народным Комиссариатом юстиции был принят и рекомендован всем нотариальным конторам к исполнению циркуляр № 191 «Об упрощении техники изложения актов и засвидетельствований в нотариальных конторах». Конторам предлагались такие формы изложения нотариальных документов, по которым можно было проконтролировать соблюдение нотариусами требований законодательства при совершении нотариальных действий.

6 июня 1925 года Президиум ВЦИК постановил «немедленно включить смету по Оренбургской губернии в бюджет РСФСР, подчинить со дня опубликования постановления все органы губернии непосредственно РСФСР и закончить выделение губернии в двухнедельный срок».

«Возвращение» в Россию обошлось Оренбуржью дорого. В Оренбурге пришлось как бы воссоздавать заново губернские структуры, помещений для всех советских контор в городе никогда не хватало; поэтому городские власти часто выселяли менее значимые и важные, по их мнению, учреждения.

В декабре 1926 года после установления штатов нотариальных учреждений по предложению НКЮ произведена ликвидация нотариального отделения и функции последнего переданы Первой нотариальной конторе.

В мае 1928 года Оренбургская губерния была преобразована в округ. Под влиянием исторических обстоятельств пересматривались и положения о государственном нотариате. Начиная с 1929 года, преобладала установка на ликвидацию нотариата в рамках кампании «упрощения и улучшения» деятельности органов юстиции. Согласно положению о нотариате РСФСР 1930 года нотариальные конторы и райисполкомы были поставлены в равные условия при производстве нотариальных действий.

Ограниченное количество нотариальных действий вело к падению квалификации нотариусов - для выполнения таковых особых знаний и умений почти

не требовалось. Без преувеличения можно сказать, что нотариат стал одной из самых запущенных отраслей юстиции, он практически исчезал.

Только после 1936 года правительство обратило внимание на этот вид юридической деятельности. Но восстанавливать нотариат было сложно, катастрофически не хватало квалифицированных кадров.

Положение 1930 года было заменено Положением, утвержденным Советом Министров РСФСР 31 декабря 1947 года. Методическое руководство государственными нотариусами осуществлял Наркомат юстиции РСФСР через судебные органы, и только с 1946-го года руководство стало осуществляться непосредственно через Министерство юстиции автономных республик и отделы юстиции областей. Новое Положение о государственном нотариате РСФСР содержало правовые нормы об организации и деятельности нотариальных органов и об отдельных действиях. После упразднения управлений юстиции при краевых, областных Советах народных депутатов руководство нотариальными конторами было возложено на краевые, областные суды, Верховные суды автономных республик и союзных республик.

Постановлением Совета Министров РСФСР от 30 июня 1958 года «Об изменении и дополнении статей 4 и 11 Положения о государственном нотариате РСФСР» были значительно расширены права сельских Советов депутатов трудящихся (станций, хуторов, аулов) по совершению ими нотариальных действий; этим же постановлением было предоставлено право совершения нотариальных действий и поселковым Советам.

Важным этапом развития нотариата стало «Положение о государственном нотариате РСФСР», утвержденное Указом Президиума Верховного Совета РСФСР от 30 сентября 1965 года. Согласно статье 1 Положения задачами государственного нотариата РСФСР являлись укрепление социалистической законности, предупреждение правонарушений, охрана прав и законных интересов граждан, а также государственных учреждений, предприятий, колхозов и иных кооперативных и общественных организаций путем удостоверения сделок и совершения других

нотариальных действий. На должность нотариуса мог быть назначен только гражданин СССР.

28 октября 1966 года утверждена Инструкция о порядке совершения нотариальных действий государственными нотариальными конторами РСФСР.

Согласно этим нормативным актам руководство нотариальными конторами возлагалось на управление юстиции при областных (краевых) Советах депутатов трудящихся и министерства юстиции автономных республик. Назначение на должность и увольнение нотариусов, утверждение штатов нотариальных контор было возложено на начальников этих управлений. Общее руководство осуществляли Министерство юстиции СССР и Министерства юстиции союзных республик. Министры юстиции назначали и освобождали от занимаемой должности старших нотариусов Первых государственных нотариальных контор. Нотариусами могли быть лица, имеющие высшее юридическое образование, а в отдельных случаях - лица без высшего юридического образования, но имеющие стаж практической работы не менее трех лет по юридической специальности.

19 июля 1973 года Верховным Советом СССР был принят Закон СССР «О государственном нотариате». С учетом изменений общественного развития государства в законе содержались нормы о задачах и организации государственного нотариата, принципах его деятельности, общих правилах совершения нотариальных действий и пр. Впервые в законе указаны документы, приравненные к нотариально удостоверенным, и определен круг лиц, уполномоченных совершать такие действия.

После распада СССР в России продолжали действовать нормативно-правовые акты СССР, не отмененные более поздними законодательными актами Российской Федерации и имеющие юридическую силу в части, не противоречащей законодательству Российской Федерации. Поэтому до 1993 года в России существовала только государственная система нотариальных органов государственные нотариальные конторы.

11 февраля 1993 года был принят новый закон о нотариате «Основы законодательства РФ о нотариате». На день принятия Основ в г. Оренбурге работали Первая, Вторая, Третья и Четвертая государственные конторы.

В 1996 году в нотариальной палате был создан методический отдел, в состав которого вошли два специалиста с высшим юридическим образованием - методист и консультант. Методическая работа стала плановой и более организованной. В 2000 году в помощь отделу создана Комиссия по методической работе и законодательным предложениям, в состав которой входят опытные нотариусы, включая президента палаты. На заседаниях Комиссии коллегиально рассматриваются сложные вопросы нотариальной практики, вырабатываются рекомендации для нотариусов.

3.2 Понятие нотариата. Основные мировые системы нотариата

Становление института нотариата, связано с подъемом экономики и как следствие, развитием гражданского оборота, когда появляется необходимость содействия всем его субъектам в осуществлении их законных прав и интересов посредством закрепления приобретаемых прав в правильной юридической форме.

Термин «нотариат» многозначен и может обозначать:

- отрасль законодательства, поскольку существует кодифицированный правовой акт регулирующий порядок организации и деятельности нотариата;
- систему органов и должностных лиц. В эту систему входят государственные и частнопрактикующие нотариусы, а также должностные лица органов исполнительной власти, консульских учреждений; гл. врачи больниц, лечебных учреждений, начальники госпиталей; командиры воинских частей; капитаны морских судов; начальники зимовок, разведочных экспедиций, начальники мест лишения свободы.

Во главе всей системы нотариата РФ стоит Министерство Юстиции РФ, Министерства Юстиции республик, входящих в состав РФ, федеральные и региональные нотариальные палаты, которые организуют и координируют деятельность всего института нотариата.

В действующем законодательстве нет четких разграничений полномочий органов осуществляющих организацию, координацию, а равно, контроль за

деятельностью нотариусов. В частности, Министерство юстиции РФ наделено полномочиями: выдачи лицензий на право нотариальной деятельности; определением численности нотариусов и стажеров в округе; наделением нотариусов полномочиями; установлении форм реестров регистрации нотариальных действий, нотариальных свидетельств, удостоверительных надписей; утверждении правил нотариального делопроизводства; определении порядка проведения конкурса на замещение вакантной должности нотариуса и т.д.

Различно мнение регионов по вопросу взаимоотношений нотариата с Министерством юстиции: некоторые регионы выступают за свободный и независимый нотариат, другие – за необходимость усиления государственного контроля в сфере нотариальной деятельности в лице Министерства юстиции.

Все это свидетельствует о необходимости более глубокого изучения практики нотариальной деятельности и совершенствования законодательства о нотариате.

Нотариальные палаты – некоммерческие организации, организующие свою работу на принципе самоуправления. Палата имеет свою структуру, выборные органы, которые осуществляют свои полномочия в рамках своих компетенций. Все нотариусы занимающиеся практикой в нотариальном округе обязаны входить в состав палаты. Одним из основных полномочий палаты является координация деятельности всех нотариусов. С этой целью на сегодняшний день, палаты самостоятельно занимаются вопросами контроля над деятельностью частнопрактикующего нотариуса, страхуют деятельность нотариусов.

Одним из немаловажных полномочий палаты является то, что она может затребовать у нотариуса сведения о совершенных нотариальных действиях, рассматривают жалобы на действия самих нотариусов.

Кроме того, она представляет и защищает интересы нотариусов, оказывает им помощь и содействие в развитии частной нотариальной деятельности; организует и проводит стажировку на право нотариальной деятельности; в обязательном порядке организует постоянное повышение квалификации; возмещает затраты на экспертизы, назначенные судом по делам, связанным с деятельностью нотариусов и т. д.

Нотариальная палата как любое юридическое лицо имеет свои органы. Высшим органом нотариальной палаты является собрание членов нотариальной палаты. Кроме того, в состав могут входить и помощники нотариусов, которые при голосовании обладают правом совещательного голоса.

Правление и президент нотариальной палаты избираются общим собранием членов палаты. Полномочия собрания членов нотариальной палаты, правления нотариальной палаты и президента нотариальной палаты регламентируются уставом.

Лица, входящие в состав обязаны платить членские взносы. Размер взносов устанавливается высшим органом палаты.

В научной и юридической литературе авторы по разному интерпретируют содержание понятия «нотариата». В частности, В. А. Мусина пишет: «Нотариат представляет собой систему органов и должностных лиц, которые обеспечивают и осуществляют юридическую деятельность, направленную на подтверждение и закрепление бесспорных фактов и прав»¹⁾.

Другие авторы полагают, что нотариат представляет собой систему специальных нотариальных действий, третьи, что нотариат включает в себя отрасль законодательства, регулирующего нотариальную деятельность и соответствующий учебный курс²⁾.

При определении данного понятия следует принять во внимание мнение В. Жуйкова определяющего нотариат как часть правоохранительной системы, обеспечивающего, прежде всего защиту прав граждан³⁾.

Нотариат - это институт превентивного (предупредительного) правосудия, призванного не осуществлять судебные функции, а предотвращать возникновение споров между участниками сделок.

Институту нотариата присущи следующие признаки:

¹⁾ Гражданский процесс / под ред. В. А. Мусина, Н. А. Чечиной, Д. М. Чечота. - М.: ПРОСПЕКТ, 1998. - С. 431.

²⁾ Ярков, В. В. Нотариат в правовой системе России / В. В. Ярков // Нотариус. - 1997. - № 2. - С. 4.

³⁾ Жуйков, В. Нотариат «разгружает» суды / В. Жуйков // Российская юстиция - 2000. - № 3. - С. 31.

- осуществление защиты гражданских прав определенными лицами;
- равенство физических и юридических лиц в ходе нотариального производства;
- осуществление нотариального производства в соответствии с нормами права, правилами делопроизводства, утвержденными государством;
- сохранение нотариальной тайны;
- оплата нотариальных услуг.

Основные функции института нотариата в РФ прямо вытекают из сути статей Основ законодательства о нотариате:

- правоустанавливающая (правоспособность и дееспособность сторон; совокупность прав и обязанностей сторон; установление личности договаривающихся сторон);
- правоохранительная (охрана прав и интересов граждан в бесспорном порядке);
- юрисдикционная (сбор всех юридических фактов);
- удостоверительная (проставление подписи и печати нотариуса).

Деятельность нотариата базируется на следующих принципах:

- реализация публичной функции;
- особый доступ к нотариальной деятельности;
- беспристрастность и независимость;
- презумпция законности и достоверности;
- совершение нотариального действия в рамках закона;
- территориальная компетентность;
- профессиональные объединения нотариусов;
- финансирование нотариальной деятельности;
- страхование нотариальной деятельности;
- нотариальная ответственность.

На сегодняшний день существуют две основные системы нотариата: латинская и англосаксонская. В систему Международного союза нотариата

(раннее Международного союза латинского нотариата) входят более 70 стран всех континентов, например, ФРГ, Франции, Испании, Италии и другие.

Международный союз латинского нотариата (МСН) - международная организация, созданная по инициативе аргентинского нотариуса в 1948 г.

Данный союз был организован в целях координации деятельности нотариальных сообществ по всему миру.

Латинская система нотариата характеризуется тем, что нотариус наделяется полномочиями от имени государства, является независимым представителем государства, одновременно, несет личную ответственность за совершение нотариальных действий. Как правило, на территории стран идущих по пути развития латинского нотариата приняты кодифицированные правовые акты регулирующие деятельность нотариусов, при этом сами нотариусы подконтрольны государственным органам.

Англосаксонская правовая модель основана преимущественно на судебном прецеденте, где основное внимание уделяется свидетельским показаниям. Основная группа профессиональных юристов - это адвокаты, которые являются представителями конкретной стороны. На территории таких стран как США, Англия не существует определенной подготовки к нотариальной деятельности. Для работы в качестве нотариуса достаточно выкупить лицензию, не существуют кодифицированных правовых актов в сфере нотариата.

В некоторых странах развивающихся по латинской системе нет частного нотариата, он исключительно государственный (ФРГ, Швейцария).

Примечательно то, что в странах латинского нотариата организация системы нотариата отличается значительной гибкостью. Например, в отличие от РФ в ФРГ по закону допускается одновременное занятие как нотариальной, так и адвокатской деятельностью. Такое совмещение возможно в землях Берлина, Бремена, Гессена, Нижней Саксонии и других.

4 Тема 4 Нотариус в Российской Федерации

План

4.1 Характерные черты профессии «нотариус»

4.2 Подготовка к нотариальной деятельности

4.1 Характерные черты профессии «нотариус»

В соответствии с юридическими и толковыми словарями содержание термина «нотариус» определяется как писарь, секретарь, это лицо, специально уполномоченное на совершение нотариальных действий.

Нотариус – гарант правовой защищенности и стабильности. Миссия нотариуса как доверенного лица и третейского свидетеля состоит в охране прав граждан. В руках нотариуса находятся интересы сторон, он защищает деятельность и имущество человека, права личности и собственности как неотъемлемый элемент свободы ее обладателя.

К нотариальной деятельности в РФ допускаются граждане РФ, имеющие диплом о высшем юридическом образовании и прошедшие определенную подготовку.

В соответствии с действующим законом в России нотариальной деятельностью занимаются частнопрактикующие и государственные нотариусы. В свете принятия нового закона о нотариате предусматривается развитие исключительно свободного (частного) нотариата.

Частнопрактикующий нотариус отличается от государственного тем, что он работает в режиме самофинансирования и самоокупаемости. Вместе с тем, следует отметить, что он также подотчетен и подконтролен государственным органам и органам нотариального сообщества, в лице Министерства юстиции РФ и региональной нотариальной палаты. Кроме того, статьей 17 Основ законодательства о нотариате предусматривается полная имущественная ответственность за

допущение ошибок или совершение неправомерных действий со стороны самого нотариуса.

Рассматриваемая юридическая профессия характеризуется совокупностью признаков:

- нотариус работает в сфере доказательственного права;
- нотариальная деятельность осуществляется в бесспорной форме;
- законом предусмотрена определенная подготовка к нотариальной деятельности
- нотариус обязан знать всю совокупность законов, включая нормы международного права;
- профессия требует независимости беспристрастности;
- нотариальное действие совершается от имени государства;
- нотариуса, занимающегося частной практикой характеризует работа в режиме самофинансирования и самостоятельная организация деятельности. Вместе с тем нотариусы подотчетны и подконтрольны как государственным органам, так и органам нотариального сообщества.

В соответствии с действующим законом о нотариате весь перечень нотариальных действий в РФ осуществляют нотариусы, работающие в государственной нотариальной конторе или занимающиеся частной практикой.

Перечень нотариальных действий также предусмотрен законом. Следует отметить, что перечень не является закрытым, более того, в законе четко сказано, что субъекты РФ могут предусматривать и иные нотариальные действия. Особенно это актуально при разработке изменений и дополнений в нормы ГК РФ, предусматривающих расширение полномочий нотариусов относительно сделок с недвижимостью.

Все нотариусы, независимо от их правового статуса, имеют личную печать с изображением Государственного Герба РФ, которое выдается Министерством юстиции РФ. Нотариус, работающий в государственной нотариальной конторе, взимает пошлину, частнопрактикующий нотариус – тариф, при этом размеры платы предусмотрены НК РФ.

За свою деятельность нотариус, работающий в государственной нотариальной конторе, получает строго фиксированную заработную плату, денежные средства, взимаемые частнопрактикующим нотариусом сначала остаются в его распоряжении, а после уплаты налогов в его собственности.

Исходя из выше изложенного, можно выделить следующие функции нотариусов:

- установление личности присутствующих сторон при совершении нотариального действия;
- установление легальной власти договаривающихся сторон;
- исследование воли договаривающихся сторон;
- толкование воли договаривающихся сторон;
- проверка свободы волеизъявления;
- изложение воли сторон в простой и ясной письменной форме;
- деятельность в качестве советника сторон;
- редактирование документа в правильной юридической форме.

4.2 Подготовка к нотариальной деятельности в РФ

Доступ к профессии нотариуса практически во всех странах входящих в систему латинского нотариата отличается достаточной сложностью.

Например, во Франции, также предусмотрена стажировка на право нотариальной деятельности, но в течение двух лет.

Примечательно то, что на территории данной страны, разработана интересная система подготовки, часть которую стажер должен пройти в нотариальной конторе, часть - в других правоохранительных органах. Подобное предусмотрено в Германском уложении, законодательствах Италии, Швейцарии и других странах латинского нотариата.

Для занятия нотариальной деятельностью граждане РФ должны иметь высшее юридическое образование и сдать экзамен на выявление необходимого уровня знаний при Министерстве юстиции, либо при региональной нотариальной палате.

По смыслу Основ наличие у гражданина двойного гражданства не допускается.

Для выявления необходимого уровня знаний у лиц, претендующих на должность нотариуса, проводится экзамен.

Не менее чем за два месяца до даты его проведения в Министерстве юстиции, либо в региональной нотариальной палате вывешивается информация о количестве стажеров, данные о научных руководителях (нотариусах со стажем работы не менее 5 лет), перечень экзаменационных вопросов, сроки, время, место проведения экзамена.

При успешной сдаче экзамена лицо приказом Министерства юстиции зачисляется в качестве стажера. По действующему закону срок стажировки составляет 1 год. Лица, имеющие стаж работы по юридической специальности не менее трех лет, могут претендовать на сокращение сроков до шести месяцев, при этом решение принимает Министерство юстиции.

Сроки стажировки являются едиными на всей территории РФ.

После утверждения приказа о назначении лица в качестве стажера с последним заключается трудовой договор, так как ему выплачивается заработная плата.

Стажер стажирующейся в государственной нотариальной конторе, получает заработную плату из фонда самой государственной нотариальной конторы, стажер частнопрактикующего нотариуса - из фондов региональной нотариальной палаты.

В действующем законе не устанавливаются ограничения по вопросам совместимости стажировки с осуществление другой работы. Думается, что это не будет противоречить Основам законодательства о нотариате.

После заключения трудового договора стажер может проходить обучение как по индивидуальной программе прохождения стажировки, так и по общей программе. В любом случае она должна быть утверждена Министерством юстиции РФ, либо в субъекте. За время прохождения стажировки стажер обязан получить теоретические знания, приобрести практические навыки работы с документами, составления процессуальных документов и т.д.

По итогам прохождения испытания нотариус, являющийся научным руководителем, составляет заключение, которое передается в нотариальную палату. В случаях, если документ подписан президентом нотариальной палаты или руководителем юстиции стажер считается успешно выдержавшим стажировку.

Согласно действующему закону, лица успешно прошедшие стажировку могут сдать квалификационный экзамен.

Решение о формировании состава квалификационной комиссии принимает Министерство юстиции. Копия приказа в течение двух рабочих дней направляется в региональную нотариальную палату для формирования персонального списка кандидатов в члены комиссии. Юстиция в свою очередь предлагает свои кандидатуры. В состав могут входить нотариусы со стажем работы 5 лет, ученые-юристы, представители судейского сообщества, сотрудники юстиции. Единый состав утверждается приказом Министерства юстиции РФ или ее субъектов.

На предварительном заседании комиссии решается вопрос, возможно ли допустить лицо к сдаче экзамена или нет. Лица, не допущенные к сдаче экзамена, либо не сдавшие его допускаются к повторной сдаче через год на общих основаниях.

Лица, выдержавшие экзамен получают лицензию на право нотариальной деятельности.

Анализ формирования и работы квалификационной комиссии позволяет нам сделать вывод о том, что конкурсант не может заниматься нотариальной деятельностью до тех пор, пока не пройдет конкурс на замещение вакантной должности. Поэтому целесообразно, по результатам квалификационной комиссии выдавать свидетельства, а не лицензии на право нотариальной деятельности.

Порядок назначения на должность нотариуса является одним из наиболее значимых, определяя практически доступ к профессии для лиц, успешно прошедших все предыдущие испытания.

Мировой практике известны разные модели назначения на должность. Общим является получение полномочий на нотариальную деятельность от имени государственных органов, которые тем самым наделяют нового нотариуса

публично-правовой властью. В этом порядок назначения на должность государственного или небюджетного нотариуса совпадает.

Однако сам порядок назначения в отношении небюджетных нотариусов может быть самым разным. Например, в Германии проводится конкурс на замещение должности нотариуса нотариальной палатой. Заинтересованные лица вправе подавать заявления на замещение должности в управление юстиции, которое их регистрирует и передает с прилагаемыми документами нотариальной палате. Нотариальная палата регистрирует их, проводит собеседования с кандидатами, ориентируясь на правовые принципы личностной и профессиональной пригодности кандидатов. В заключение этой процедуры нотариальная палата предлагает управлению юстиции кандидата для назначения на должность нотариуса, она вправе предложить и запасные варианты. Управление юстиции выносит затем окончательное решение.

Другой порядок существует во Франции, где за исключением случаев назначения на вновь учреждаемую должность новый нотариус обязан выплатить предыдущему владельцу конторы или члену профессионального объединения, уступающему свой пай, соответствующее возмещение. В основе такого подхода лежат, во-первых, исторические традиции права на возмещение и представления преемника и, во-вторых, стремление учесть имущественную оценку конторы, в основе которой лежит стоимость передаваемого имущества не только конторы, но и ее клиентуры как основы рентабельности конторы.

Однако доступ к профессии во Франции открыт не только для тех, кто способен заплатить сумму возмещения. В случае назначения в учреждаемую контору проводится конкурс, по итогам которого кандидат должен взять на себя обязательство выплаты компенсации в размере, устанавливаемом министром юстиции.

Кроме того, можно стать нотариусом, работая по найму. Порядок назначения на должность нотариуса является одним из наиболее значимых, определяя практически доступ к профессии для лиц, успешно прошедших все предыдущие испытания.

В основе российской модели назначения на должность нотариуса лежит конкурс, когда все лица, имеющие лицензию на право нотариальной деятельности, вправе претендовать на занятие открывшейся должности — как вновь введенной, так и освободившейся вследствие самых разных причин (уход на пенсию, смерть и т. д.).

Конкурс проводится Министерством юстиции по рекомендации нотариальной палаты. Следует акцентировать внимание, что в действующем законе не дается разъяснений, что именно следует понимать под рекомендациями. Анализ нотариальной практики свидетельствует о нарушении норм ФЗ «Об основах законодательства о нотариате». Например, в Ульяновской области наделение полномочиями частнопрактикующего нотариуса осуществляет региональная нотариальная палата, в других регионах конкурс проводится исключительно органами Министерства юстиции. Мы же предлагаем отнести этот вопрос к совместному ведению.

Целью конкурса является отбор на должность нотариуса наиболее подготовленных лиц, имеющих необходимые профессиональные знания, способных обеспечить правовую защиту имущественных и иных прав и законных интересов граждан и юридических лиц.

Персональный состав конкурсной комиссии утверждается приказом территориального органа, о чем извещается нотариальная палата.

Председателем конкурсной комиссии является руководитель территориального органа или его заместитель. Для обеспечения работы комиссии (регистрация и прием заявлений, формирование дел, ведение протокола конкурсной комиссии и др.) руководитель территориального органа назначает секретаря комиссии из числа членов комиссии - сотрудников территориального органа.

Порядок работы конкурсной комиссии определяется председателем конкурсной комиссии.

К участию в конкурсе допускаются граждане Российской Федерации, имеющие высшее юридическое образование, прошедшие стажировку в государственной нотариальной конторе или у нотариуса, занимающегося частной

практикой, сдавшие квалификационный экзамен, имеющие лицензию на право нотариальной деятельности.

В ходе проведения конкурса конкурсная комиссия оценивает конкурсантов на основании представленных ими документов, в том числе документов о прохождении стажировки и результатах сдачи квалификационных экзаменов. Неурегулированным на наш взгляд, является процесс проведения данного конкурса. Мы предлагаем обратить внимание на законодательство Германии и ввести обязательное собеседование с конкурсантами.

Решение конкурсной комиссии по результатам проведения конкурса является основанием для издания приказа о назначении лица (лиц), победившего (победивших) в конкурсе, на должность(и) нотариуса(ов). Копия приказа в течение 3 дней с момента его издания направляется в нотариальную палату для сведения.

По смыслу законодательства лицо, сдающее квалификационный экзамен, должно иметь право заниматься в будущем нотариальной деятельностью и не иметь к этому препятствий.

Так, в практике работы квалификационная комиссия отказала в приеме экзамена лицу, прошедшему стажировку, но назначенному к моменту сдачи экзамена Указом Президента РФ на должность судьи районного суда общей юрисдикции.

В подобном случае, хотя соискатель и не приступил фактически к исполнению полномочий судьи, сдавать экзамен на получение лицензии нотариуса вряд ли может.

Такая сдача квалификационного экзамена возможна только после сложения полномочий судьи, поскольку для сдачи экзамена необходим факт годичной стажировки независимо от того, когда будет происходить фактическая сдача экзамена.

5 Тема 5 Основные правила совершения нотариальных действий

План

5.1 Общие правила совершения нотариальных действий

5.1 Общие правила совершения нотариальных действий

В соответствии с действующим законом нотариус обязан установить личность обратившихся сторон. В случаях обращения в нотариальную контору представителей сторон рукоприкладчика, свидетелей и т.д. нотариус также устанавливает личность данных лиц.

Личность российских граждан устанавливается:

- по паспорту гражданина РФ;
- по удостоверению личности военнослужащего РФ;
- по паспорту моряка;
- на основании иного документа, признаваемого в соответствии с российским законодательством документом, удостоверяющим личность российского гражданина на территории Российской Федерации.

Личность иностранных граждан в Российской Федерации удостоверяется паспортом иностранного гражданина либо иным документом, установленным федеральным законом или признаваемым в качестве документа, удостоверяющего личность иностранного гражданина, международным договором Российской Федерации (пункт 1 статьи 10 Федерального закона «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации»).

Документами, удостоверяющими в Российской Федерации личность лица без гражданства, являются:

- документ, выданный иностранным государством, признаваемый в соответствии с международным договором Российской Федерации документом, удостоверяющим личность лица без гражданства;

- разрешение на временное проживание;
- вид на жительство;
- иной документ, предусмотренный федеральным законом или признаваемый в соответствии с международным договором Российской Федерации документом, удостоверяющим личность лица без гражданства (пункт 2 статьи 10 Федерального закона «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации»).

Предъявленные нотариусу документы должны исключать любые сомнения относительно личности обратившегося за совершением нотариального действия и соответствовать требованиям, предусмотренным статьей 45 Основ. При предъявлении нотариусу документа, удостоверяющего личность, необходимо проверять: срок действия документа, наличие записи об органе, выдавшем документ, даты выдачи, подписи и фамилии должностного лица, оттиск печати и его соответствие записи об органе, выдавшем документ, нумерацию страниц документа.

Соблюдая основные правила совершения нотариальных действий, нотариус обязан проверить дееспособность граждан.

Согласно нормам ГК РФ у граждан дееспособность в полном объеме возникает по достижении лицом 18 лет.

При установлении дееспособности нотариус истребует:

- документ, удостоверяющий личность;
- свидетельство о регистрации брака (регистрация брака до 18 лет);
- решение органа опеки или суда об эмансипации несовершеннолетнего;

Дееспособность иностранных граждан, лиц без гражданства, беженцев, определяется их личным законом, который устанавливается в соответствии со статьей 1195 ГК РФ.

Дееспособность заявителей определяется нотариусом путем проверки документов, подтверждающих приобретение дееспособности гражданина в полном объеме. Способность заявителей отдавать отчет в своих действиях проверяется путем проведения нотариусом беседы с ними. В ходе беседы нотариус выясняет адекватность ответов на задаваемые вопросы, на основании чего нотариусом делается вывод о возможности граждан понимать суть своих действий.

Нотариальное действие не будет совершено, если хотя бы один из заявителей находится в момент обращения к нотариусу в состоянии, препятствующем его способности понимать значение своих действий или руководить ими (например, вследствие болезни, наркотического или алкогольного опьянения и т.п.), что делает невозможным выполнение нотариусом возложенной на него законом обязанности.

В этом случае нотариус отказывает в совершении нотариального действия, а гражданам разъясняется их право обратиться за совершением нотариального действия после прекращения обстоятельств, препятствующих его заключению.

Устанавливая правоспособность юридического лица, нотариус истребует правоустанавливающие документы. Для этого ему необходимо убедиться в том, что оно соответствующим образом зарегистрировано в реестре юридических лиц. Юридическим лицам также необходимо представить нотариусу документы, свидетельствующие о постановке на учет в качестве налогоплательщиков, устав юридического лица, а при необходимости документы на осуществление определенного вида деятельности.

Проверка правоспособности иностранного юридического лица производится на основании выписки из торгового реестра

В соответствии с правилами совершения нотариальных действий, в случаях возникновения сомнений по поводу правоспособности юридического лица, нотариус делает соответствующий запрос по месту регистрации самого юридического лица.

При совершении нотариального действия с участием представителя гражданина, организации, нотариус проверяет доверенность выданную лицом, от имени которого действует представитель.

Нотариус не вправе совершать нотариальное действие по обращению представителя, превышающего оговоренные в доверенности полномочия.

В основах законодательства о нотариате делопроизводство ведется на русском языке, но это не исключение, нотариальное действие может совершаться на языке обратившейся стороны. Если обратившееся к нотариусу сторона не владеет русским языком, то по общему правилу может приглашаться переводчик (сурдопереводчик),

при этом квалификация переводчика должна быть подтверждена дипломом или свидетельством.

При приглашении переводчика (сурдопереводчика) нотариус предупреждает его об ответственности за заведомо неправильный перевод и за разглашение нотариальной тайны.

Переводчик (сурдопереводчик) подписывает нотариальные акты, составленные при его участии, при этом факт его участия в нотариальном процессе отражается в документах нотариуса.

Нотариально удостоверяемый документ всегда подписывается не только нотариусом, но и лицами от имени которых совершается нотариальное действие (подпись гражданина, обратившегося за совершением нотариального действия, его представителя, свидетеля, переводчика и т. д.).

Закон «Об электронных документах» применяется нотариусом при подписи электронного документа.

Перед подписанием нотариального акта нотариус, обязан зачитать документ вслух и при необходимости, внести коррективы и исправить ошибки.

В целях соблюдения гарантий нотариальной деятельности граждане, от имени которых совершается нотариальное действие, должны ознакомиться с текстом и расписаться в удостоверяемом документе лично, даже если они являются глухими или немыми.

Если граждане являются неграмотными, либо по другим причинам не могут лично расписаться в документах, может быть приглашен рукоприкладчик.

Если в практике нотариусов встречаются случаи, когда в нотариальную контору обращаются неграмотные граждане, либо слепые и т.д., в этом случае нотариус приглашает сурдопереводчика, который разъясняет суть дела и ставит в конце документа свою удостоверительную подпись, подтверждающую, что содержание сделки понятно указанному участнику сделки и все положения сделки соответствуют его воле, при этом к нему предъявляются такие же требования, которые установлены в Основах законодательства о нотариате. В отдельных случаях, например, при удостоверении закрытого завещания в нотариальном

порядке могут привлекаться свидетели, поскольку это предусмотрено в нормах ГК РФ. Сам свидетель приглашается либо нотариусом, либо лицом, от имени которого совершается нотариальное действие, при этом не могут быть свидетелями лица, которые вследствие психических или физических недостатков не смогут засвидетельствовать факт совершения нотариального действия; граждане, не владеющие русским языком; соответственно граждане, не достигшие 18 летнего возраста, либо не являющиеся эмансипированными и т.д.

В соответствии с делопроизводством нотариус имеет право отказать в принятии документов содержащих подчистки, приписки; документы в которых отсутствуют необходимые реквизиты; документы исполненные карандашом, не легализированные документы (в отношении документов составленных за границей) и т.д.

Все нотариальные акты, составленные и удостоверенные нотариусом, должны быть выполнены аккуратно. Отдельные фрагменты текста документа, его реквизитов, могут быть выполнены при помощи штампов, клише. Если документ располагается на нескольких листах, отдельные фрагменты могут быть написаны нотариусом от руки.

В обязательном порядке реквизиты нотариальной конторы, нотариуса, лицензии на право нотариальной деятельности, а также ставки пошлины или тарифа должны указываться на удостоверяемом документе. В конце документа проставляется удостоверительная подпись нотариуса и его личная печать.

6 Тема 6 Оформление наследственных прав граждан

План

6.1 Открытие наследственного дела

6.2 Принятие мер по охране наследственного имущества нотариусом
Опись наследственного имущества. Принятие претензий от кредиторов наследодателя

6.3 Место и сроки выдачи свидетельства о праве на наследство

6.1 Открытие наследственного дела

Принятие наследства – изъявление воли наследника в одностороннем порядке, которое направлено на приобретение наследства. В соответствии с действующим законом принятие наследства – это право наследника, а не его обязанность. Принять наследство можно двумя путями: по факту совместного проживания с наследодателем и нотариально оформив документы.

Со дня смерти наследодателя открывается наследство, либо днем открытия является день официального признания гражданина умершим судом.

Для подтверждения данного факта наследники в обязательном порядке должны иметь на руках определенный документ «Свидетельство о смерти» наследодателя.

Обратиться в нотариальную контору наследники наследодателя могут в течение шести месяцев со дня открытия наследства.

В случаях пропуска сроков принятия наследства, заинтересованные наследники восстанавливают свои права только в судебном порядке.

Немаловажное значение для открытия наследственного дела имеет место открытия наследства.

По закону им является последнее место регистрации или последнее место жительства наследодателя.

Если место жительства наследодателя не удастся установить, то наследственное дело может быть открыто по месту нахождения наиболее ценного недвижимого имущества, а при его отсутствии, по месту нахождения движимого имущества.

Нотариус, получивший заявление о принятии наследства или об отказе от него хотя бы от одного из наследников открывает наследственное дело, при этом, для его открытия заявитель (наследник) должен предоставить документ, подтверждающий смерть наследодателя (см. выше).

Для открытия наследственного дела необходимо заявление наследников в письменной форме, устные заявления нотариусом во внимание не принимаются.

Наследники, принявшие решение отказаться от наследства обязаны также подать письменное заявление установленного образца в нотариальную контору по месту открытия наследства.

Для открытия наследственного дела может обратиться один из наследников. Если нотариусу известны сведения об остальных наследниках, им высылаются письменные сообщения об открывшемся наследстве.

При отсутствии таких данных о месте жительства и месте нахождения наследников, нотариус может известить наследников, поместив сообщение об открывшемся наследстве в средствах массовой информации, для этого ему необходимо установить круг наследников.

В ГК РФ перечисляются наследники, относящиеся к тому или иному кругу.

К наследникам первой очереди относятся дети наследодателя, в том числе усыновленные, супруг и родители умершего.

Наследниками второй очереди по закону являются – полнородные и неполнородные братья и сестры, дедушка и бабушка, как со стороны отца, так и со стороны матери, дети полнородных и неполнородных братьев и сестер.

К третьей очереди относятся полнородные и неполнородные братья и сестры родителей наследодателя (дяди и тети).

Всего в ГК РФ перечисляются восемь очередей наследников, в отличие от ГК РСФСР, где указывались всего пять очередей.

Особое внимание при выяснении круга наследников нотариус обращает внимание на 8 очередь наследников, коими являются нетрудоспособные граждане, иждивенцы, находившиеся до момента смерти на его обеспечении, поскольку данные лица имеют право на обязательную долю в наследстве, равно как и наследники первой очереди.

Также нотариус обязан выяснить, вопрос, касающийся недостойных наследников, которые признаны законом как таковыми, и призываться к наследованию не будут. Например, родители лишённые родительских прав.

Выясняя круг наследников, нотариус должен обратить внимание и на совокупность наследственной массы, которая будет наследоваться наследниками.

При открытии наследственного дела все поступившие заявления регистрируются в реестре нотариальных действий, все необходимые документы на наследство (если они имеются) подшиваются в наследственное дело.

Так как по закону бремя доказывания принадлежности имущества лежит на самих наследниках, в течение шести месяцев они должны предоставить нотариусу пакет документов. Так, например, первичными ортидокументами при вступлении в наследство являются: свидетельство о смерти наследодателя; справка с последнего места жительства умершего (выдается паспортистом ЖСК, ТСЖ и т.д.) либо необходима выписка из домовой книги (для частного сектора), справка выданная паспортистом, которая подтверждает родственные отношения с наследодателем; свидетельство о браке; детям и родителям – свидетельство о рождении, документ о смене фамилии: свидетельство о заключении (расторжении) брака, в обязательном случае - паспорт.

При возникновении необходимости нотариус может затребовать и иные документы. К примеру, от инвалидов (справку ВТЭК об установлении инвалидности и нахождении на иждивении наследодателя), пенсионерам пенсионное удостоверение, завещание с отметкой удостоверившего его нотариуса о том, что оно не отменялось и не изменялось (подлинник и копия).

При оформлении наследства на квартиру необходимы: справка ЖСК о выплате пая, свидетельство о праве собственности, договор приватизации, договоры долевого участия в строительстве, купли-продажи, дарения, мены, иное); выписка из лицевого счета об отсутствии задолженностей по коммунальным платежам; справка из БТИ об инвентаризационной оценке квартиры (либо отчет об оценке) на дату смерти наследодателя (подлинник); технические документы БТИ (кадастровый и технический паспорт в подлинниках и копии).

При оформлении наследства на земельный участок: свидетельство о праве собственности либо постановление (акт) о выделении участка в собственность; справка из налоговой инспекции по месту нахождения участка об отсутствии задолженности по налогам; кадастровый план земельного участка с указанием его стоимости на дату смерти наследодателя и с указанием о наличии либо отсутствии

арестов и запрещений; оценка земельного участка (отчет) на дату смерти наследодателя, если нет инвентаризационной оценки.

При оформлении наследства на автомобиль: правоустанавливающие документы на автомобиль: свидетельство о регистрации, ПТС, договор купли-продажи, справка-счет, все в подлинниках; оценка автомобиля на день смерти (подлинник).

При оформлении наследства на вклады и ценные бумаги: полное наименование ООО, акционерного общества, выписка из реестра акционеров; договор о вкладе в банке, сберкнижка; отчет об оценке рыночной стоимости ценных бумаг, выполненный оценочной организацией на момент смерти наследодателя; другие ценные бумаги (облигации, вексель).

6.2 Принятие мер по охране наследственного имущества нотариусом. Описание наследственного имущества. Принятие претензий от кредиторов наследодателя

В практической деятельности нотариусов имеют место случаи, когда в нотариальную контору обращаются наследники, заинтересованные лица с заявлением о принятии мер по охране наследственного имущества. В отдельных случаях нотариус может самостоятельно принять решение о принятии мер по охране наследственного имущества.

Под охраной наследственного имущества понимаются определенные действия нотариуса направленные на: составление описи наследственного имущества, назначении хранителя имущества, перевод денежных средств и ценных бумаг на депозитный счет или в учреждения сбербанка.

Срок охраны наследственного имущества определяется ГК РФ (либо 6 месяцев, либо в совокупности 9 месяцев).

Хранителем наследственного имущества может быть как заинтересованный в наследстве наследник, который впоследствии не получает вознаграждения или иное

лицо не имеющее отношения к наследству, по закону претендующее на вознаграждение.

При получении заявления о принятии мер по охране наследственного имущества нотариус устанавливает не только место открытия наследства и наличие наследственного имущества, но и какое именно имущество подлежит охране, кто именно будет впоследствии осуществлять охрану имущества, входит ли хранитель имущества в круг наследников. Если хранитель не определен, то сам нотариус может назначить его.

Следует отметить, что свое согласие на хранение наследственного имущества хранитель дает в письменном виде, в форме заявления. На этом же заявлении указывается сумма вознаграждения хранителю.

Одной из мер по охране наследственного имущества является опись этого имущества.

Сама опись проводится непосредственно нотариусом в присутствии наследников, заинтересованных лиц, понятых и в отдельных случаях в присутствии оценщика имущества.

Акт описи наследственного имущества представляет собой документ, в котором отражается перечень всего имущества подлежащего описи, с учетом государственной стоимости отдельно взятого имущества

На каждой странице акта описи подводится итог количества вещей и их стоимость, по окончании описи – общий итог количества вещей и их стоимость.

Составленный акт подписывается нотариусом, понятыми и заинтересованными лицами. Экземпляр акта описи хранится в наследственном деле, и экземпляр выдается хранителю имущества.

В соответствии с действующим законом о нотариате нотариус может принимать претензии от кредиторов наследодателя.

В ГК РФ указано, что нельзя отказаться от части имущества и принять другую часть, при этом принимая на себя наследство, наследники должны знать, что никто из них не может отказаться от долгов наследодателя.

Письменные претензии кредиторов принимаются нотариусом в течение шести месяцев со дня открытия наследства. При этом необходимо учитывать сроки давности (3 года).

О поступившей претензии нотариус доводит до сведения наследников. Срок, установленный законом для предъявления кредиторами наследодателя претензий к наследственному имуществу, относится к требованиям, вытекающим из обязательств наследодателя (6 месяцев со дня открытия наследства).

6.4 Место и сроки выдачи свидетельства о праве на наследство

По истечении шести месяцев наследники, принявшие на себя наследство в установленном законе порядке, предоставившие документы на совокупность наследственного имущества получают свидетельство о праве на наследство. Местом выдачи свидетельства о праве на наследство является нотариальная контора, в котором открывалось наследственное дело.

Свидетельство о праве на наследство выдается либо в виде одного документа на всех наследников, либо в виде отдельного документа. Свидетельство о праве на наследство может быть выдано и по доверенности.

Как правило, объектом права наследования является имущество, имеющееся в наличии на день открытия наследства.

В случаях, если на день выдачи свидетельства о праве на наследство вид имущества изменяется, нотариус выдает свидетельство на то имущество, которое имеется на день выдачи. Например: на день открытия наследства имелся жилой дом, а на день получения свидетельства о наследстве этот дом снесен. Нотариус выдает наследникам свидетельство на компенсационную сумму.

7 Тема 7 Удостоверение сделок

План

7.1 Понятие и признаки завещания. Нотариальное удостоверение завещания

7.2 Порядок удостоверения завещаний в чрезвычайных ситуациях.

Закрытые завещания

7.3 Порядок изменения и отмены завещания

7.1 Понятие и признаки завещания. Нотариальное удостоверение завещания

Содержание термина «завещание» можно трактовать в двух значениях: как документ, в котором находит выражение воля завещателя и как акт выражения воли самого завещателя.

Распорядиться имуществом на случай смерти можно только путем совершения завещания.

Исходя из исторических аспектов становления института завещания, можно сделать вывод, что завещателем могло быть только дееспособное лицо, что находит отражение в законодательстве и на сегодняшний день.

В действующем законе о нотариате указывается перечень нотариальных действий, которые совершаются исключительно лично, составление завещания не может быть совершено через представителя.

По закону, в документе не могут содержаться распоряжения нескольких лиц, опять - таки исходя из признака единоличности завещания.

Исходя из изложенного и легального понятия завещания, данного в ст. 1118 Гражданского кодекса РФ, завещание можно определить как способ распоряжения одного полностью дееспособного гражданина своим имуществом на случай смерти.

Для признания завещания действительным оно должно было отвечать определенным требованиям:

- завещание должно было быть совершено в определенной форме;
- завещатель должен обладать активной завещательной способностью;

- наследник должен был обладать пассивной завещательной способностью.

Активная завещательная способность - способность совершать завещания.

Пассивная завещательная способность - способность быть наследником.

Недействительность завещания и ничтожность. Завещание может не иметь силы с самого начала или потерять ее впоследствии. Первоначально действительное завещание может затем потерять силу:

- в случае отмены завещателем завещания;

- если все назначенные наследники утратят пассивную завещательную способность, или умрут раньше завещателя, или не примут наследства по завещанию;

- при нарушении интересов необходимых наследников. Необходимое наследование (вопреки завещанию). Обязательная доля.

Завещание ничтожно, если:

- завещатель не имел активной завещательной способности;

- не соблюдена форма завещания;

- нет действительного назначения наследника.

Завещание оспоримо, если оно составлено под влиянием обмана, принуждения, заблуждения.

Анализ законодательства зарубежных стран приводит к выводу, что в мире существуют 3 формы завещаний: тайное, в форме публичного акта, собственноручное завещание.

Процедура удостоверения завещания достаточно сложна, хотя бы потому, что нотариус обязан четко объяснить самому завещателю какие правовые последствия будут иметь место после совершения данной сделки. Кроме того нотариус должен обратить внимание на круг прав и обязанностей самого завещателя, в частности, если у завещателя имеются наследники имеющие право на обязательную долю в наследстве, нотариус разъясняет завещателю¹⁾, что в случае не указания данных лиц в завещании последние могут оспорить документ в суде.

¹⁾ Плетнев, М. Ю. Нотариат: учеб. пособие / М. Ю. Плетнев. – М.: Экзамен, 2003. - С. 128.

Юридической силой обладает документ, составленный в письменной форме и удостоверенный в нотариальном порядке. В законе четко перечислен круг лиц наделенных правом удостоверения завещания, в том числе при чрезвычайных ситуациях.

В соответствии со статьей 40 Основ законодательства о нотариате на документах удостоверяемых нотариусом указывается время и место его удостоверения.

Местом удостоверения завещания является, помещение нотариальной конторы. На практике, нотариус вправе совершить нотариальное действие вне ее помещения, если имеют место обстоятельства, по которым лицо не может явиться в помещение нотариальной конторы (болезнь, инвалидность и др.). К примеру, при удостоверении завещания в лечебном учреждении, когда лицо, от имени которого совершается завещание, в силу болезни не может обратиться в нотариальную контору лично.

В подобных случаях в самом завещании, равно как и в реестре для нотариальных действий фиксируется место удостоверения завещания с указанием адреса.

Текст завещания может быть написан нотариусом или самим завещателем.

Как правило, открытые завещания составляются самим нотариусом с соблюдением всех процессуальных норм.

При удостоверении завещания в нотариальной конторе, применяются технические средства. Большинство нотариусов используют при оформлении завещаний ЭВМ либо иное печатающее техническое средство. Некоторые нотариусы при удостоверении завещания на дому или в больнице записывают текст от руки. В этих случаях используются изготовленные на компьютере бланки с удостоверительной надписью, которые заполняются от руки нотариусом, что не предусмотрено действующим законодательством.

По общему правилу приписки и исправления не допускаются, но если все же они имеют место, ошибки должны быть зачеркнуты так, чтобы в дальнейшем, зачеркнутое можно было бы прочесть. Все исправления и приписки должны быть

оговорены завещателем устно, а затем внесены в документ, при этом необходима подпись завещателя под исправлениями.

Завещатель должен прочитать текст завещания. Целесообразно на документе сделать надпись об оглашении текста вслух нотариусом.

Завещание составляется обязательно в двух экземплярах, один из которых остается в делопроизводстве нотариуса, другой передается завещателю.

Некоторые нотариусы допускают нарушения общих правил, касающихся формы и порядка совершения завещаний, установленных статьями в нормах ГК РФ. Так, при записи завещаний со слов завещателей нотариусы не всегда указывают, когда завещание было прочитано завещателем: до или после его подписания; присутствовал при этом нотариус; причины, по которым текст завещания оглашается для завещателя нотариусом.

Согласно п.3 ст. 1125 ГК РФ завещатель должен собственноручно подписать завещание в присутствии нотариуса. Однако некоторые нотариусы не отражают это в тексте завещания, т.е. не указывают на то, что «завещание собственноручно подписано завещателем в присутствии нотариуса».

При подписании завещания завещатель должен поставить на завещании свою подпись, кроме этого нотариус должен предложить завещателю помимо подписи написать свою фамилию, имя и отчество.

Следует учитывать, что наличие в завещании только фамилии, имени и отчества завещателя и отсутствие самой подписи может привести к его оспоримости.

Поэтому, если завещатель не имеет короткой подписи, а расписывается только своей полной фамилией, он должен расписаться (т.е. написать свою полную фамилию) и лишь затем собственноручно указать полностью свою фамилию, имя и отчество.

Необходимо также разъяснить завещателям, что их подписи должны соответствовать их обычным подписям на других документах во избежание недоразумений в дальнейшем. Присутствие нотариуса при подписании завещания рукоприкладчиком является обязательным, при этом в текст самого завещания

вносятся сведения о самом рукоприкладчике с указанием причин его присутствия, к нему предъявляются те же требования, что и к свидетелю¹⁾.

В соответствии с нормами ГК РФ завещание может составляться и в присутствии свидетелей. Их роль сводится к удостоверению фактов, касающихся совершения завещания, например, состояние завещателя, соответствие содержания завещания воле завещателя и т.д. Завещатель может самостоятельно выбирать свидетелей. Сам нотариус не может выступать еще и в качестве свидетеля, поскольку такое совмещение привело бы к нивелированию роли свидетеля. Запрещается также при совершении завещания присутствие заинтересованных лиц, поскольку это личное волеизъявление гражданина.

Участие свидетелей обязательно только при составлении и передачи закрытого завещания нотариусу; при совершении завещаний приравненных к нотариально удостоверенным завещаниям; а также завещаний в чрезвычайных обстоятельствах. Количество свидетелей должно быть - два человека.

В случаях, если в закрытом завещании не будут указаны свидетели оно ничтожно. Если же свидетель не соответствовал предъявляемым к нему требованиям закона, завещание может быть оспорено заинтересованными лицами.

Для того чтобы последняя воля завещателя могла быть исполнена в полном объеме, он должен при составлении завещания иметь в виду правила об обязательной доле в наследстве, ограничивающие свободу завещания. В связи с этим на нотариуса возлагается обязанность разъяснить завещателю суть ст. 1149 ГК РФ и сделать об этом отметку на завещании.

Текст завещания может быть самым различным и зависит исключительно от воли завещателя. Завещатель может указать любое имущество даже то, которое он предполагает приобрести в дальнейшем. Поэтому в тексте завещания можно написать фразу «все имущество», без конкретизации, либо перечислить конкретно наименование имущества с указанием долей в наследстве.

Законом допускается завещание заложенного имущества.

¹⁾ Костычева, А. И. Наследование по завещанию / А. И. Костычева // Нотариальный вестник. - 2003. - № 2. - С. 14.

При жизни наследодатель может составить несколько завещаний, юридическую силу будет иметь последнее удостоверенное завещание. Возможно составление завещаний с завещательным распоряжением, в одном документе завещатель может сделать несколько завещательных распоряжений.

Завещатель может назначить так называемого душеприказчика (исполнителя завещания).

Граждане вправе по своему усмотрению завещать имущество любым лицам. Завещать имущество можно как в пользу физических и юридических лиц, так и в пользу Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований, иностранных государств и международных организаций. Завещание можно совершить в пользу одного или нескольких лиц, как входящих, так и не входящих в круг наследников по закону.

По правилам, закрепленным в п.2 ст. 1121 ГК РФ, гражданин в своем завещании может подназначить основному наследнику другого наследника.

По мнению Р. И. Вергасовой условий завещаний может быть множество¹⁾.

7.2 Порядок удостоверения завещаний в чрезвычайных ситуациях. Закрытые завещания

Глава 62 ГК РФ предусматривает так называемые закрытые завещания и завещания, сделанные в чрезвычайных обстоятельствах, то есть на сегодняшний день закон допускает упрощенную форму завещания.

При чрезвычайных обстоятельствах завещание может быть составлено в простой письменной форме. Завещатель должен изложить свою последнюю волю собственноручно и подписать самостоятельно документ.

По закону подобное завещание должно быть совершено в присутствии двух свидетелей.

¹⁾ Вергасова, Р. И. Нотариат в РФ: учеб. пособие / Р. И. Вергасова. – М.: Юрист, 2003. – С. 237.

К составлению содержанию завещания не предъявляется каких-либо требований. Завещательное распоряжение совершенное в обстоятельствах реально угрожающих жизни самого завещателя будет обладать юридической силой только в случае смерти завещателя в чрезвычайных обстоятельствах. Думается, если завещатель остается в живых, то со дня прекращения чрезвычайных обстоятельств он должен совершить завещание в соответствии с общими требованиями ГК РФ.

Для того, чтобы доказать, что завещатель, сделав завещание, погиб именно в чрезвычайных обстоятельствах, необходимо, чтобы данный факт был подтвержден судом. Суд, в частности, должен установить, относятся ли обстоятельства, в которых совершено завещательное распоряжение, к числу чрезвычайных. Данный факт устанавливается в суде по требованию заинтересованных лиц, каковыми могут считаться наследники, указанные в этом завещании.

В нотариальном порядке удостоверяются и закрытые завещания. Обстоятельство, что завещатель, передавая свое закрытое завещание, не предоставляет нотариусу возможности ознакомиться с его содержанием, вовсе не означает, что нотариусу для совершения такого нотариального действия достаточно лишь выполнить отдельные формальности и, приняв завещание, зарегистрировать его в реестре. В рамках предоставленных ему полномочий нотариус, со своей стороны, обязан обеспечить законность такого завещания. Для этого он выясняет ряд обстоятельств. Так, например: принимая от завещателя заклеенный конверт с его завещанием, нотариус устанавливает личность завещателя и двух его свидетелей, а также проверяет их дееспособность.

Нотариус в присутствии свидетелей выясняет у завещателя, написано ли закрытое завещание собственноручно завещателем и подписано ли оно им.

Нотариус должен разъяснить завещателю, что не могут быть свидетелями передачи закрытого завещания лица, в пользу которых составлено данное завещание.

При передаче завещателем заклеенного конверта с его завещанием нотариусу свидетели ставят на конверте свои подписи, после чего в присутствии завещателя и

свидетелей нотариус запечатывает конверт с завещанием в другой конверт, на котором делается надпись.

В подтверждение принятия закрытого завещания нотариус обязан выдать завещателю соответствующий документ - свидетельство, составленное в двух экземплярах, один из которых остается у нотариуса.

Конверт с завещанием вскрывается нотариусом не позднее чем через пятнадцать дней после представления свидетельства о смерти. При этом обязательно присутствие не менее двух свидетелей, которые должны удостовериться в наличии на конверте подписей свидетелей, присутствовавших при передаче закрытого завещания.

После вскрытия конверта нотариус оглашает текст завещания перед присутствующими лицами. Кроме того, им составляется протокол, удостоверяющий вскрытие конверта с завещанием и содержащий полный текст завещания. Протокол подписывается нотариусом и свидетеля. Нотариально удостоверенная копия протокола выдается наследникам.

7.3 Порядок изменения и отмены завещания

Право завещателя по собственному усмотрению и в любое время изменить или отменить сделанное им завещание предусмотрено нормой статьи 1130 ГК РФ «Отмена и изменение завещания», а реализовать предоставленное законодателем право завещать может только с помощью составления нового завещания. При этом каждое последующее завещание, составленное и оформленное в установленном порядке в более поздний срок, согласно нормам указанной статьи, отменяет ранее составленное завещание полностью или в какой-либо его части, в которой противоречит завещанию, составленному позднее. Данный способ изменения или отмены оформленного завещания является единственным для завещателя, так как законодательством не предусмотрено иное (например, не допускается внесение в составленный текст завещания исправлений, дополнений, поправок; устные основания не могут служить основанием для таких действий), если наследодатель,

изменяя или отменяя завещание, намерен распределить принадлежащее ему имущество по своему усмотрению.

Завещатель вправе посредством нового завещания отменить ранее составленное завещание в целом либо изменить его посредством отмены или изменения отдельно содержащихся в нем завещательных распоряжений. При этом для отмены или изменения завещания не требуется чье-либо согласие.

В наследственных правоотношениях отмена завещания имеет такое же значение, как и совершение завещания, поскольку порождает иные, чем предусмотренные завещанием, правовые последствия.

Именно на такой позиции стоит законодатель, предусмотрев в ГК РФ, что завещание может быть отменено также посредством распоряжения о его отмене. При этом распоряжение об отмене завещания должно быть совершено в любой форме, установленной ГК РФ для совершения завещания.

Отмена завещания в целом либо изменение его в связи с отменой или изменением отдельных содержащихся в нем завещательных распоряжений оформлялись нотариусами посредством удостоверения новых завещаний, без указания в них об отмене или изменения предыдущего завещания, составления новых завещаний с указанием об отмене предыдущего завещания, путем подачи заявлений об отмене завещаний, на которых подлинность подписи была засвидетельствована нотариально, а также распоряжением об отмене завещания в виде удостоверения односторонней сделки.

Распоряжение об отмене так же, как и завещание, при его удостоверении нотариусом (статьи 1125 и 1130 ГК РФ) должно быть написано завещателем или записано со слов нотариусом, до его подписания должно быть полностью прочитано завещателем в присутствии нотариуса. Если он не в состоянии лично прочитать текст распоряжения об отмене завещания, текст оглашается для него нотариусом, о чем на распоряжении делается отметка с указанием причин, по которым завещатель не смог лично прочитать распоряжение об отмене.

Распоряжение должно быть собственноручно подписано завещателем. Если он в силу физических недостатков, тяжелой болезни или неграмотности не может

собственноручно подписать распоряжение, оно по его просьбе может быть подписано другим гражданином в присутствии нотариуса. В распоряжение об отмене должны быть указаны причины, по которым завещатель не смог подписать распоряжение об отмене собственноручно, а также фамилия, имя, отчество и место жительства гражданина, подписавшего распоряжение об отмене по просьбе завещателя, - в соответствии с документом, удостоверяющим личность этого гражданина.

При составлении и нотариальном удостоверении распоряжения об отмене завещания, по желанию завещателя может присутствовать свидетель.

Если распоряжение об отмене составляется и удостоверяется в присутствии свидетеля, оно должно быть им подписано и на распоряжении об отмене не должны быть указаны фамилия, имя, отчество и место жительства свидетеля - в соответствии с документом, удостоверяющим личность.

Нотариус обязан предупредить свидетеля, а также гражданина, подписывающего распоряжение об отмене завещания вместо завещателя, о необходимости соблюдать тайну завещания.

Все перечисленные выше обстоятельства должны быть отражены в тексте распоряжения об отмене завещания, так же, как это указывается на завещании. Удостоверительная надпись на распоряжении об отмене должна соответствовать надписи, совершенной на односторонней сделке. Кроме того, в этом удостоверительной надписи должны быть отражены все те же обстоятельства, которые указываются в удостоверительной надписи на завещании.

Например, при оформлении распоряжения об отмене завещания с участием в этом свидетеля указывается следующее: «Место (город, село, поселок, район, край, область, республика) и дата, число, месяц, год прописью.

Распоряжение записано мной со слов завещателя (фамилия, имя отчество завещателя).

Распоряжение полностью прочитано завещателем (фамилия, имя, отчество завещателя) до подписания и собственноручно им подписано в моем присутствии. При составлении и удостоверении распоряжения об отмене завещания по желанию

завещателя (фамилия, имя и отчество) присутствовал свидетель (фамилия, имя, отчество свидетеля; место постоянного места жительства или преимущественного пребывания), подписавшийся на распоряжении в моем присутствии.

Личности завещателя, отменяющего завещание, и свидетеля установлены, дееспособность их проверена.

Содержание статьи 1130 ГК РФ разъяснено мной завещателю, отменяющему завещание.

Свидетель предупрежден о соблюдении требований ст. ст. 1123 и 1124 ГК РФ.

Зарегистрировано в реестре за № .

Взыскано по тарифу».

Следовательно, при удостоверении распоряжений об отмене завещаний нотариусом могут быть использованы формы удостоверительных надписей для удостоверения завещаний (формы №№ 23,24,25,27,28), утвержденные Приказом Министерства юстиции от 10.04.2002 г. № 99, зарегистрированным в МЮ РФ 18.04.2002, регистрационный № 3385.

Изложенное свидетельствует, что у нотариусов отсутствует единая практика при оформлении отмены завещаний.

В связи с этим необходимо обратить внимание на следующее.

Согласно статье 1130 ГК РФ отмена и изменение завещания возможны посредством нового завещания, которое может содержать либо содержать, либо не содержать прямые указания об отмене предыдущего завещания.

Отмена завещания возможна также путем распоряжения о его отмене, которое должно быть совершено в форме, установленной для совершения завещания.

В соответствии с общими правилами завещанием, совершенным в любой предусмотренной законом форме (кроме завещания, совершенного в чрезвычайных обстоятельствах, а также завещательного распоряжения правами на денежные средства в банках), можно отменить или изменить любое завещание, в том числе завещательное распоряжение, составленное в любом банке (другом кредитном учреждении). Поэтому указание в завещании в качестве предмета наследования «всего принадлежащего имущества», «всего принадлежащего имущества, в том

числе и вклада», «вклада или вкладов» (без указания номера счета или филиала банка) приведет к изменению или отмене завещательного распоряжения правами на денежные средства в любом банке. Исключения из этого правила установлены в пунктах 5 и 6 статьи 1130 ГК РФ.

8 Тема 8 Удостоверение брачного договора

План

8.1 Понятие и признаки брачного договора

8.2 Особенности удостоверения брачного договора в РФ

8.1 Понятие и признаки брачного договора

По действующему СК РФ брачным договором признается соглашение лиц, вступающих в брак, или соглашение супругов, определяющее имущественные права и обязанности супругов в браке и (или) в случае его расторжения.

Брачный договор вправе составлять:

- 1) супруги, т.е. лица, состоящие в зарегистрированном браке;
- 2) лица, вступающие в брак.

Лица, состоящие в браке с другим лицом, не могут стать сторонами брачного договора. К ним относятся:

- лица, из которых хотя бы одно уже состоит в зарегистрированном браке;
- близкие родственники. Ими признаются родственники по прямой восходящей и нисходящей линиям (родители и дети, дедушки, бабушки и внуки), полнородные и неполнородные (имеющие общих отца или мать) братья и сестры;
- усыновители и усыновленные;
- лица, из которых хотя бы одно признано судом недееспособным вследствие психического расстройства (ст. 14 СК РФ).

Со становлением брачного договора как института семейного права в науке выделяются три позиции относительно правовой природы данного документа.

Первая позиция заключается в том, что согласно ст. 153 ГК РФ «сделками признаются действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей». Отсюда следует, что брачному договору присущи характерные признаки сделки.

Содержание второй позиции в отношении правовой природы брачного договора заключается в том, что данный договор - это особый договор семейного права (О. Н. Низамиева, И. В. Злобина).

Третья позиция, заключается в признании брачного договора смежным.

В СК РФ данному институту посвящено всего пять статей (ст. 40 - 44), но, несмотря на это, в данном нормативном акте дано определение понятию «брачный договор», раскрывается его содержание, определяется порядок заключения, изменения, расторжения договора.

В соответствии с нормами законодательства брачный договор подлежит нотариальному удостоверению. При его заключении следует учитывать некоторые ограничения, они касаются личных неимущественных отношений между супругами, их прав в отношении детей. Документ не может ограничивать правоспособность или дееспособность супругов. Так, в брачном договоре не могут содержаться положения, которые ограничивают права супругов (гражданские, политические, семейные и иные права). Следует отметить, что брачный договор не может ограничивать супругов на обращение в суд за защитой своих прав.

В соответствии с законом брачный договор не может регулировать права и обязанности супругов в отношении детей, подобное можно урегулировать так называемым «соглашением».

На случай, если один из супругов, будучи в браке, будет вести себя недостойно, в договор можно включить условие о его прекращении.

В брачный договор не могут включаться условия, которые направлены на ограничение права нетрудоспособного нуждающегося супруга на получение содержания.

Основное назначение брачного договора заключается в изменении законного режима имущества, поскольку брачный договор является средством установления

договорного режима - альтернативы законному режиму имущества супругов. Брачный договор представляет собой письменное, нотариально удостоверенное соглашение лиц, вступающих в брак, или соглашение супругов, определяющее имущественные права и обязанности супругов в браке и (или) в случае его расторжения.

Брачному договору присущи следующие признаки:

- брачный договор может быть заключен только между супругами и лицами, вступающими в брак;

- обоюдное согласие сторон. Заключение брачного договора – дело исключительно добровольное и возможно только при согласии обеих сторон;

- брачный договор вступает в силу только с момента заключения брака;

- договор удостоверяется конкретным лицом-нотариусом;

- предметом брачного договора может быть имущество, которое еще не приобретено;

- документальность. Текст брачного договора составляется исключительно в письменной форме;

- оговоренные сроки действия брачного договора. Брачный договор может быть заключен на определенный срок (срочный договор) или без указания срока (договор с неопределенным сроком действия). Например, супруги могут оговорить в брачном контракте, что имущество становится совместным только по истечению пяти лет со дня государственной регистрации. Права и обязанности, предусмотренные брачным договором, могут определяться не только сроками, но и какими-то событиями;

- отсутствие противоречий брачного договора с существующими законами (в частности СК РФ). Брачный договор не может ограничивать правоспособность или дееспособность супругов, их право на обращение в суд за защитой, права и обязанности супругов в отношении детей; а также содержать другие условия, которые унижают одного из супругов или противоречат основным началам семейного законодательства. Брачный договор, который содержит условия, нарушающие требования Семейного кодекса РФ, признается незаконным.

8.2 Особенности удостоверения брачного договора в РФ

В соответствии с Основами законодательства о нотариате брачный договор подлежит удостоверению в нотариальном порядке. Удостоверение может производиться как нотариусом государственной нотариальной конторы, так и нотариусом, занимающимся частной практикой. Однако договоры, заключенные с 1 января 1995 г. до 1 марта 1996 г., имеют силу и без нотариального оформления¹⁾.

При обращении к нотариусу по поводу удостоверения брачного договора нотариус в первую очередь устанавливает личность и выясняет дееспособность этих лиц (см. тему «Основные правила совершения нотариальных действий»).

В соответствии со статьей 54 Основ нотариус обязан выяснить волю заявителей. Воля заявителей может быть выяснена в ходе личной беседы. Нотариус принимает меры, позволяющие заявителям изложить волю свободно, без влияния третьих лиц на ее формирование.

Брачный договор можно заключить между дееспособными лицами, которые достигли брачного возраста (т. е. 18 лет). Однако и теория, практика рассматривают следующие вопросы: возможно ли заключить брачный договор между гражданами, получившими разрешение на снижение брачного возраста, уже вступившими в брак до достижения 18 лет либо эмансипированы²⁾.

Если гражданин не достиг брачного возраста, то для составления договора ему необходимо получить разрешение органа местного самоуправления, письменное согласие родителей или попечителей. Несовершеннолетние эмансипированные, которые не состоят в браке, не могут заключать брачный договор.

Брачный договор подписывается заявителями собственноручно в присутствии нотариуса (часть 1 статьи 44 Основ). По сложившейся нотариальной практике помимо росписи является целесообразным написание заявителями фамилии, имени, а также отчества, полностью от руки.

¹⁾ Пчелинцева, Л. М. Семейное право России: учебник для вузов / Л. М. Пчелинцева - М.: Юрист, 2007. - С. 227.

²⁾ Городисская, Е. Ю. Особенности правового регулирования брачного договора / Е. Ю. Городисская // Закон. - 2010. - № 1. - С. 44-48.

При изъявлении желания собственноручно подписать брачный договор гражданином полностью дееспособным, но физическое состояние которого затрудняет возможность проставления им подписи (умеющим подписываться слепым гражданином, гражданином, вследствие тяжелой болезни плохо владеющим руками, и др.), законом допускается подписание документа рукоприкладчиком.

При подписании брачного договора рукоприкладчиком в договоре и в удостоверительной надписи нотариуса указываются причины, по которым заявитель не мог подписать договор собственноручно, а также фамилия, имя, отчество и место жительства рукоприкладчика в соответствии с документом, на основании которого нотариусом производилось установление личности рукоприкладчика.

При решении вопроса о возможности удостоверения брачного договора слепоглухонемого гражданина нотариусу следует пригласить тифлосурдопереводчика, выяснить его квалификацию путем истребования документа, выдаваемого организациями Всероссийского общества слепых или Всероссийского общества глухих и свидетельствующий о владении лицом дактилологической системой, и только тогда приступать к выяснению обстоятельств дела.

При возникновении у нотариуса сомнений в возможности установления волеизъявления слепоглухонемого лица через пришедшего с ним переводчика, следует отложить совершение нотариального действия для приглашения независимого переводчика из организации Всероссийского общества слепых или Всероссийского общества глухих.

Если обратившийся к нотариусу слепоглухонемой гражданин может собственноручно подписать брачный договор, то он подписывается им, а также тифлосурдопереводчиком, подтверждающим своей подписью, что содержание брачного договора соответствует воле слепоглухонемого заявителя.

Если слепоглухонемой заявитель не может собственноручно подписать брачный договор, он должен быть подписан рукоприкладчиком. Нотариус через переводчика разъясняет заявителю, что брачный договор вместо него может быть подписан другим лицом, только если на это будет выражена воля заявителя в виде

его просьбы, а также то, что рукоприкладчик не должен быть одновременно и переводчиком. Под текстом брачного договора также ставится подпись тифлосурдопереводчика.

В удостоверительной надписи указываются: факт и причины, по которым потребовалось участие переводчика, его полное имя, место жительства в соответствии с документами, удостоверяющими личность и (или) подтверждающими место жительства.

Супруги вправе изменить режим собственности как на имущество, нажитое ими в браке, так и на добрачное имущество каждого из них. Положения брачного договора могут относиться и к имуществу, которое будет приобретено в будущем.

Таким образом, брачный договор должен соответствовать обязательным для сторон правилам, установленным законом. Так, договором не могут ограничиваться правоспособность или дееспособность супругов (лиц, вступающих в брак).

Не может быть ограничено брачным договором право супругов на обращение в суд за защитой своих прав (п. 3 ст. 42 СК РФ).

Отмечается, что законом запрещено урегулирование прав и обязанностей супругов в отношении детей.

В соответствии с СК РФ при подобных вопросах, родители несовершеннолетнего имеют право заключать алиментное соглашение (ст.ст.99 -105 СК РФ), а место жительства детей при раздельном проживании родителей, равно как и порядок осуществления родительских прав родителем, проживающим отдельно от ребенка, могут определяться специальным соглашением родителей.

Следует подчеркнуть, что брачным договором регулируются не все, а исключительно имущественные права и обязанности супругов в браке и (или) в случае его расторжения (ст. 40 СК РФ). Личные права и обязанности предметом брачного договора быть не могут (п. 3 ст. 42 СК РФ).

Брачный договор может быть заключен под отлагательным или под отменительным условием.

Договор считается совершенным под отлагательным условием, если стороны поставили возникновение прав и обязанностей в зависимость от обстоятельства,

относительно которого неизвестно, наступит оно или не наступит (п.1 ст. 157 ГК РФ).

Договор считается совершенным под отменительным условием, если стороны поставили прекращение прав и обязанностей в зависимость от обстоятельства, относительно которого неизвестно, наступит оно или не наступит (п.2 ст. 157 ГК РФ).

Вопрос объема брачного договора, то, сколько и какие именно условия в нем будет содержаться, какие из предусмотренных законом имущественных прав и обязанностей им будет урегулированы, решается по усмотрению самих супругов или лиц, вступающих в брак.

Во-первых, супруги вправе определить в договоре права и обязанности по взаимному содержанию. Следует уточнить, что эти права и обязанности могут быть определены как на период брака, так и на случай его расторжения.

Во-вторых, супруги вправе определить в договоре способы участия в доходах друг друга. Как правило, под доходами понимаются денежные и иные поступления от вещи, обусловленные ее участием в гражданском обороте.

По закону доходы и плоды принадлежат лицу, которому принадлежит вещь, их приносящая (ст. 136 ГК РФ). Таким образом, супруги могут изменить в брачном договоре этот порядок.

В-третьих, супруги могут определить в договоре порядок несения семейных расходов.

В-четвертых, в брачном договоре, возможно, определить то имущество, которое будет передано каждому из супругов в случае расторжения брака.

В кодексе установлен законный режим имущества супругов, т.е. общая совместная собственность, которая начинает действовать автоматически с момента регистрации брака при отсутствии брачного договора. В брачном договоре супруги вправе отступить от этого положения и по своему усмотрению установить режим совместной, долевой или раздельной собственности (ч. 1. ст. 42 СК РФ).

Супруги вправе изменить режим собственности как на имущество, нажитое ими в браке, так и на добрачное имущество каждого из них¹⁾. Положения брачного договора могут относиться и к имуществу, которое будет приобретено в будущем.

Как уже говорилось выше, супруги в брачном договоре могут установить режим совместной, долевой или раздельной собственности на имущество. Рассмотрим подробнее каждый из этих вариантов.

а) режим совместной собственности.

На первый взгляд, казалось бы, что этот вариант предлагает заменить законный режим, совместной собственности на него же, т.е. вроде бы нечего не меняет. Однако на самом деле речь идет об изменении режима имущества, который по закону является собственностью каждого из супругов. Приведем пример. В соответствии со ст. 36 СК РФ подарки, сделанные во время брака каждому из супругов, являются собственностью каждого из них и не включаются в состав общей совместной собственности.

Однако в судебной практике постоянно возникают споры на тему, что считать подарками обоим супругам, а что – каждому в отдельности, что делать со свадебными подарками и т.п. В брачном договоре супруги вправе подробно урегулировать эти вопросы и включить, допустим, такие пункты:

Свадебные подарки, а также полученные супругами или одним из них в период брака иные подарки, предназначенные для пользования обоих супругов (кроме недвижимого имущества) – автомобиль, мебель, бытовая техника и т.д., - в период брака, являются общей совместной собственностью супругов, чьими родственниками (друзьями, знакомыми) эти подарки были сделаны.

Подарки, полученные во время брака супругами или одним из них от общих друзей (знакомых, сослуживцев и т.п.) и предназначенные для пользования обоих супругов, являются как в период брака, так и в случае его расторжения общей совместной собственностью супругов.

¹⁾ Звенигородская, Н. Ф. Действие брачного договора во времени / Н. Ф. Звенигородская // Нотариус. - 2005. - № 2. - С. 9-11.

Таким образом, появляется реальная возможность избегать последующих споров об определении, в чьей собственности находится «подарочное» имущество.

Другой пример. Семейный кодекс РФ устанавливает, что собственностью каждого из супругов являются вещи индивидуального пользования, за исключением предметов роскоши (ст. 36 СК РФ). Если супруги придерживаются иного мнения на этот счет, они могут включить в брачный договор такой пункт:

«Ювелирные украшения, изделия из золота и драгоценных камней, приобретенные супругами во время брака, являются во время брака и в случае его расторжения собственностью того из супругов, который ими пользовался».

Можно изменить и режим добрачного имущества. Если супруги хотят, что бы какое-то имущество, полученное одним из них до брака, вошло в состав их общей совместной собственности это можно оговорить отдельно, например:

«Земельный участок, приобретенный женой до вступления в брак, в период брака и в случае его расторжения является совместной собственностью супругов».

б) режим долевой собственности

Здесь речь идет об имуществе (или части его), нажитом во время брака. Напомним, что долевой собственностью является такой режим, когда имущество находится в общей собственности с определением доли каждого из собственников в праве собственности (ч. 2 ст. 244 ГК РФ).

В брачном договоре можно установить, на какое конкретно имущество устанавливается данный режим, и определить, какая доля принадлежит каждому супругу.

Пример: «Приобретенный супругами в период брака до заключения настоящего договора земельный участок площадью 48,8 кв. м, расположенный по адресу Алтайский край, г. Барнаул, пр. Ленина, д.1, кв.1 и зарегистрированный БТИ (кем, когда) на имя мужа, является долевой собственностью супругов.

При этом мужу принадлежит две трети доли названного земельного участка. В этом случае необходимо еще получить у нотариуса свидетельство о праве собственности в общем имуществе супругов».

Режим долевой собственности на имущество удобен тем, что четко разграничивает собственность каждого из супругов и не требует дополнительных действий (выдела долей) при разделе совместного нажитого имущества.

в) Раздельная собственность супругов.

В этом случае супруги договариваются, какое имущество будет принадлежать каждому из них (из состава совместного нажитого). Представляется, что установление режима полной раздельной собственности на имущество, нажитое во время брака, достаточно проблематично. В этом случае супругам необходимо было в момент приобретения вещи фиксировать, кем из супругов и на какие средства приобретена данная вещь. В итоге получился бы специальный реестр (что-то типа «амбарной книги»), где вносимые сведения удостоверялись бы подписями супругов. Ведение такого реестра вызывается необходимостью подтверждения принадлежности конкретного имущества супругов на случай спора или возможного обращения в суд. Однако на практике это утомительно и технически сложно выполнимо.

Поэтому гораздо более разумным представляется установление режима раздельности только на регистрируемое имущество. Это дает возможность определить в брачном договоре, что тот из супругов, на чье имя зарегистрировано имущество, и является его собственником. К регистрируемому имуществу относятся: недвижимость (квартира, жилой дом, земельный участок и т.п.), транспортные средства (автомобиль, яхта и т.п.), акции и ценные бумаги (кроме ценных бумаг на предъявителя).

Таким образом, когда установлена ограниченная раздельная собственность, это, с одной стороны, отвечает интересам супругов, так как гарантирует защиту интересов собственника, и в то же время жизнь не усложняется постоянным контролем покупок, вплоть до бытовых, своих и супруга.

Режим раздельной собственности может выглядеть в брачном договоре следующим образом: «Банковские вклады, сделанные супругами во время брака, а также проценты по ним являются во время брака и в случае его расторжения собственностью того супруга, на имя которого они сделаны».

Или:

«Акции или другие ценные бумаги, приобретенные во время брака, а также дивиденды по ним принадлежат во время брака и в случае его расторжения тому из супругов, на имя которого из супругов оформлено приобретение акций и других ценных бумаг».

Супруги также вправе установить для себя режим, сочетающий отдельные признаки раздельности и общности. Например: текущие доходы будут находиться в общей собственности супругов, а имущество, используемое для предпринимательской деятельности, - в раздельной.

На совместно нажитое имущество, о котором ничего не сказано в договоре, будет распространяться режим общей совместной собственности супругов. Это не будет зависеть от того, какой режим имущества будет избран супругами и будет ли он установлен на все имущество или на отдельные его виды.

Супруги вправе определить в брачном договоре режим имущества, которое предполагается приобрести в будущем, т.е. после заключения договора. Прежде всего, это относится к случаю, когда брачный договор заключается перед регистрацией брака, когда совместно нажитое имущество еще отсутствует. Однако и в дальнейшей семейной жизни у супругов может возникнуть необходимость определить режим имущества, который будет существовать после заключения договора. При этом в договоре может быть установлен правовой режим как на все имущество, которое будет приобретено в будущем, так и на его виды или на отдельные вещи (например: только на недвижимость или только на автомобиль и т.п.). Так же можно установить отдельный режим собственности на период брака и отдельно в случае расторжения брака. Это очень распространенный вариант брака. В этом случае супруги как бы заранее подстраховываются на случай возможного в будущем раздела имущества в связи с расторжением брака. Конкретно в брачном договоре это может выглядеть, например, так:

«Автомобиль, приобретенный супругами во время брака, является в период брака общей совместной собственностью супругов, а в случае расторжения брака – собственностью мужа».

«Приобретенные супругами во время брака посуда, кухонная утварь, кухонная бытовая техника, являются в период брака общей совместной собственностью супругов, а в случае расторжения брака – собственностью жены».

Супруги могут включить в свой брачный договор любые иные положения, касающиеся их имущественных отношений (п. 3 ч. 1 ст. 42 СК РФ) с ограничениями, которые будут указаны ниже. Как правило, это касается более детальной проработки каких-либо частных вопросов, имеющих существенное значение для данной семьи.

Например, в текст договора включается раздел «Дополнительные условия», который содержит следующие пункты:

«Имущество, принадлежащие одному из супругов – по закону или в соответствии с положениями настоящего договора, - не может быть признано совместной собственностью супругов на том основании, что во время брака за счет общего имущества супругов или личного имущества другого супруга были произведены вложения, значительно увеличивающие стоимость этого имущества. При этом второй супруг имеет право на пропорциональное возмещение стоимости произведенных вложений».

Или:

«В случае если в собственности обоих супругов окажется однотипное регистрируемое имущество, принадлежащее каждому из супругов (два дома, две дачи, два автомобиля и т.п.), и один из супругов, по соглашению с другим супругом, сделанном в простой письменной форме произведет отчуждение принадлежащего ему регистрируемого имущества, то после такого отчуждения соответствующее однотипное регистрируемое имущество второго супруга становится общей совместной собственностью супругов как на период брака, так и на случай его расторжения».

Вопрос раздела жилья всегда является «больной» темой для расторжения брака. Особенно актуальной эта тема становилась тогда, когда один из супругов, будучи собственником (или наемником) жилого помещения, вселял в него (регистрировал по месту жительства) второго супруга. В случае расторжения брака

этот второй (теперь уже бывший) супруг имел такие же права на жилое помещение, что и вселивший его супруг, что вряд ли можно признать справедливым в дальнейшем это порождало многие сложности для первоначального собственника (нанимателя) – он не мог без соглашения бывшего супруга (ги) практически ничего совершить со своим жилым помещением, а выселить его оттуда было невозможно. Теперь супруги в брачном договоре могут детально урегулировать данные вопросы. Коль скоро основанием возникновения права пользования жилым помещением у второго супруга является регистрация брака, то и основанием прекращения этого права будет регистрация расторжения брака. Что же касается регистрации граждан по месту жительства, то если второй супруг был зарегистрирован на жилой площади первого, то в случае прекращения у него права пользования данным жилым помещением в связи с расторжением брака, это жилое помещение уже не является местом его жительства и, следовательно, он не может быть зарегистрирован по этому адресу как по месту своего жительства. Поэтому в брачном договоре супруги вправе определить срок, в течение которого второй супруг обязуется освободить жилплощадь первого супруга после расторжения брака.

Конкретно в тексте брачного договора это может выглядеть так:

«Жена предоставляет мужу в период брака право пользования (проживание с правом регистрации постоянного места жительства) принадлежащим ей на праве собственности (либо как нанимателю) жилым домом (квартирой, комнатой), расположенным по адресу: Алтайский край, г. Барнаул, пр. Ленина, дом 1, кв. 1.

В случае расторжения брака право пользования названным жильем (право проживания и регистрации постоянного места жительства) у мужа прекращается. При этом муж обязуется в трехдневный срок после расторжения брака освободить указанное жилое помещение, прекратить в установленном порядке регистрацию по указанному адресу своего постоянного места жительства.

Семейная жизнь бывает достаточно непредсказуемой, поэтому сложно заранее предусмотреть в брачном договоре все возможные варианты развития событий. В связи с этим права и обязанности супругов, предусмотренные брачным договором,

могут носить условный характер, т.е. ставится в зависимость от наступления или не наступления определенных обстоятельств.

Здесь возможно два варианта:

а) стороны ставят возникновение прав и обязанностей друг друга в зависимость от обстоятельств, относительно которого неизвестно, наступит оно или нет. Это так называемый случай договора, совершенного под отлагательным условием;

б) стороны ставят прекращение прав и обязанностей в зависимость от обстоятельства, относительно которого, неизвестно, наступит оно или нет. Это случай договора совершенного под отменительным условием. Например, супруги определяют, что если брак будет расторгаться из-за недостойного поведения одного из них, то раздел имущества, нажитого в браке, будет, будет производиться исходя из режима долевой, а не совместной собственности. При этом доля «виновного» супруга будет меньше.

В тексте договора в разделе «Общие положения» могут появиться в таком случае следующие пункты:

«В случае расторжения брака по инициативе мужа либо в результате его недостойного поведения (пьянство, супружеская измена и т.п.) имущество, нажитое во время брака и относящееся к общей совместной собственности супругов, считается с момента расторжения брака общей долевой собственностью супругов. При этом мужу принадлежит одна четвертая доля названного имущества, а жене принадлежит три четвертых доли названного имущества».

В случае расторжения брака по инициативе жены либо в результате ее недостойного поведения (супружеская измена, пьянство и т.п.) имущество, нажитое во время брака и относящееся к общей совместной собственности супругов, считается с момента расторжения брака общей долевой собственностью супругов. При этом мужу принадлежит три четвертых доли названного имущества, а жене принадлежит одна четвертая доля названного имущества.

Супруги сами решают, какие вопросы они включают в свой брачный договор, а какие – нет. Никаких обязательных пунктов закон не устанавливает. Брачный

договор может содержать и подробную, детальную регламентацию имущественных отношений супругов и вообще состоять из одного пункта, например, устанавливать режим долевой собственности на имущество, нажитое супругами во время брака.

Если же помимо удостоверения договора нотариус принимал участие в составлении его проекта, то за оказание этой услуги госпошлина уплачивается в размере одного минимального размера оплаты труда.

Нотариальное удостоверение осуществляется путем совершения на документе, которым является договор, удостоверительной надписи (п. 1 ст.163 ГК РФ)¹⁾. На практике в России имеет место тайна брачного договора, что подкрепляется нормами Конституции РФ (семейная тайна) и нормами законодательства о нотариате²⁾.

В соответствии со ст. 333.24 НК РФ, предусматривающей размеры государственной пошлины за совершение нотариальных действий, государственная пошлина за удостоверение брачного договора составляет 500 рублей.

Брачный договор составляется и нотариально удостоверяется в трех экземплярах, по одному из которых после нотариального удостоверения вручается сторонам, третий экземпляр хранится у нотариуса.

Сроки хранения экземпляров брачного договора в делах нотариуса – 75 лет.

На основании норм права брачный договор может быть изменен или расторгнут в любое время по соглашению супругов. Соответственно при изменении брачного договора имущественные права и обязанности супругов сохраняются в измененном виде, а при расторжении договора – прекращаются.

СК РФ предъявляет определенное требование к такому соглашению. Оно должно быть совершено в той же форме, что и брачный договор. Соглашение об изменении брачного договора представляет собой документ, содержащий перечень изменений и (или) дополнений в брачный договор, подписанный обоими супругами и в обязательном порядке удостоверенный нотариально.

¹⁾ Калинин, В. В. Образцы нотариальных документов с комментариями / В. В. Калинин. – М.: Омега-Л, 2007. – С. 12.

²⁾ Российская Федерация. Конституция (1993). Конституция Российской Федерации: офиц. текст. – М.: Маркетинг, 2001. – С.11.

Несоблюдение данного правила оставляет брачный договор без изменений. Брачный договор может быть изменен или расторгнут по требованию одного из супругов решением суда по основаниям и в порядке, которые установлены Гражданским кодексом РФ для изменения и расторжения договора (п. 2 ст. 43 СК РФ).

При изменении брачного договора права и обязанности супругов продолжают действовать в измененном виде. Например, муж обязался по брачному договору перечислять на содержание жены и детей 80 % доходов от предпринимательской деятельности, однако, в связи с ухудшением его материального положения потребовалось уменьшить размер отчислений. При достижении соглашения по этому вопросу брачный договор будет действовать уже в измененном виде. При расторжении брачного договора действие прав и обязанностей супругов прекращается.

Обязательства сторон считаются прекращенными или измененными с момента заключения соглашения об изменении или расторжении брачного договора, если иное не установлено в самом соглашении.

За время действия брачного договора один из супругов может стать, нетрудоспособным потерять работу, соотношение доходов супругов может измениться настолько, что положения брачного договора окажутся крайне неблагоприятными для одной из сторон. Например, супруг, имеющий низкий уровень дохода вынужден будет содержать супруга обеспеченного лучше, чем он сам.

Поэтому в брачный договор лучше включать отдельный раздел «Порядок изменения и расторжения брачного договора», который может содержать, в частности, следующие положения: «Брачный договор может быть изменен или расторгнут в любое время по нашему желанию, и подлежит нотариальному удостоверению».

Основания и порядок изменения или расторжения брачного договора по требованию одного из супругов определяются соответствующими нормами гражданского законодательства: существенное нарушение договора другой

стороной (пп.1 п. 2 ст. 450 ГК РФ), существенное изменение обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении договора (ст. 451 ГК РФ).

Под существенным нарушением понимается нарушение договора одной из сторон, которое влечет для другой стороны такой ущерб, что сторона в значительной степени лишается того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора. К примеру, один из супругов продает дом или квартиру, не выделяя другому оговоренной доли денежных средств.

Под существенным изменением понимаются такие произошедшие изменения, при которых договор вообще не был бы заключен или заключался бы на совершенно иных условиях. Например, супруги договорились, что в случае прекращения брака загородный дом перейдет в собственность одного из супругов, а второй получит городскую квартиру. Но произошли пожар, наводнение или иное стихийное бедствие. Загородный дом оказался уничтоженным. Понятно, что после такого события имущественные отношения супругов значительно изменились. Если супруги не придут к соглашению, то по требованию заинтересованной стороны договор изменит или расторгнет суд.

Существенным признается изменение обстоятельств, когда они изменились настолько, что, если бы стороны могли это разумно предвидеть, брачный договор вообще не был бы ими заключен или был бы заключен на значительно отличающихся условиях. Например, изменение материального или семейного положения, возможно, по причине серьезной болезни одного из супругов и потерей трудоспособности.

В соответствии со статьей 451 ГК РФ изменение обстоятельств, признается существенным, когда они изменились настолько, что, если бы стороны могли это разумно предвидеть, договор вообще не был бы ими заключен или был бы заключен на значительно отличающихся условиях. Например, в момент заключения договора стороны исходили из того, что такого изменения обстоятельств не произойдет; изменение обстоятельств вызвано причинами, которые заинтересованная сторона не могла преодолеть после их возникновения при той степени заботливости и осмотрительности, какая от нее требовалась по характеру договора и условиям

оборота; исполнение договора без изменения его условий настолько нарушило бы соответствующее договору соотношение имущественных интересов сторон и повлекло бы для заинтересованной стороны такой ущерб, что она в значительной степени лишилась бы того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора.

Согласно п.1 ст. 43 СК РФ субъектами соглашения об изменении или расторжении брачного договора могут быть только супруги, но не лица, вступающие в брак. Это объясняется тем, что по закону может быть изменен или расторгнут только тот договор, который вступил в силу. Отмечается, что брачный договор вступает в силу не с момента его подписания, а с момента заключения брака в органах ЗАГС¹⁾.

Имущественные права и обязанности супругов, возникшие из брачного договора, считаются измененными или прекращенными с момента заключения соглашения об изменении или о расторжении брачного договора, если иное не вытекает из соглашения или характера изменения договора.

Необходимо более подробно остановиться на ст. 46 СК РФ, которая предусматривает гарантии прав кредиторов при заключении, изменении и расторжении брачного договора²⁾.

Комментируемая статья направлена на защиту имущественных прав и интересов кредитора при заключении, изменении или расторжении должником брачного договора. Все это может существенно изменить материальное положение должника и, следовательно, повлиять на исполнение им своего обязательства перед кредитором. Поэтому супруг должен поставить своих кредиторов в известность о заключении брачного договора и о его содержании, а также о последующем изменении или расторжении им брачного договора.

При нарушении супругом-должником обязательств об уведомлении кредитора о заключении, изменении или расторжении брачного договора должник отвечает

¹⁾ Альбиков, И. Р. Особенности изменений и расторжения брачного договора / И. Р. Альбиков // *Мировой Судья*. - 2010. - № 9. - С. 2-3.

²⁾ Антокольская, М. В. Семейное право: учебник / М. В. Антокольская. - М.: Юристъ, 2008. - С. 250.

перед кредитором независимо от содержания брачного договора. Это, в частности, означает, что на имущество должника может быть наложено взыскание, как если бы договор не был заключен, изменен или расторгнут, независимо от того, что это имущество по условиям брачного договора стало совместной собственностью супругов или перешло в собственность другого супруга.

Кредиторы супруга-должника вправе потребовать изменения или расторжения с супругом договора, что соответствует положениям ст. 451 ГК РФ, которая устанавливает в качестве общего основания изменения или расторжения договора «существенное изменение обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении договора».

Таким образом, кредитор, которого должник не уведомил о заключении, изменении или расторжении брачного договора, имеет право выбора между возможностями, указанными в п. 1 и 2 ст. 46 СК РФ. Он может потребовать от должника исполнения обязательства независимо от содержания брачного договора или потребовать изменения либо расторжения заключенного с супругом договора в связи с существенно изменившимися обстоятельствами, если эти изменения соответствуют условиям, предусмотренным в ст. 451 ГК РФ.

Если основанием для изменения или расторжения договора послужило существенное нарушение брачного договора одной из сторон, другая сторона вправе требовать возмещения убытков, причиненных изменением или расторжением договора.

Закон предусматривает и иные основания для изменения или расторжения брачного договора, которые стороны могут указать в самом тексте договора. Вопрос об основаниях изменения или расторжения брачного договора решается супругами при заключении брачного договора по собственному усмотрению и взаимному согласию. Обязательным условием изменения или расторжения брачного договора по решению суда является соблюдение досудебной процедуры урегулирования спора непосредственно между сторонами брачного договора, т.е. между супругами. Требование об изменении или о расторжении брачного договора может быть заявлено одним из супругов в суд только после получения отказа другого супруга на

предложение изменить или расторгнуть брачный договор либо неполучения ответа в срок, указанный в предложении или в брачном договоре, а при его отсутствии — в тридцатидневный срок.

Для того чтобы расторгнуть или изменить договор по рассматриваемому основанию в судебном порядке, заинтересованной в этом стороне придется доказать наличие практически всех условий, предусмотренных в ст. 451 ГК РФ. В противном случае суд откажет в удовлетворении иска по мотивам необоснованности.

Суд будет оценивать доводы супруга, обратившегося с иском об одностороннем изменении или прекращении брачного договора, с точки зрения соответствия их требованиям ГК РФ, а также принципам семейного права, установленным в ст. 1 СК РФ.

В случае удовлетворения требования супруга, обратившегося в суд за изменением брачного договора, брачный договор считается измененным и в измененном виде действует с момента вступления в законную силу решения суда. Если же брачный договор расторгается в судебном порядке, то он прекращает свое действие так же с момента вступления решения суда в законную силу.

Для того, чтобы брачный договор служил средством защиты интересов и мужа, и жены в равной степени, а главное, чтобы его условия были понятны каждому из супругов, необходимо проконсультироваться с адвокатом.

Целесообразно обсудить и хорошо продумать с супругом или супругой условия брачного договора, если принято решение о его заключении, чтобы в последствии не прибегать к изменению или расторжению договора без существенных причин.

Таким образом, можно прийти к выводу, что существенным условием брачного договора является предусмотрение в данном документе условий расторжения или изменения данного документа. Соглашение об изменении или о расторжении брачного договора совершается в той же форме, что и сам брачный договор.

Односторонний отказ от исполнения брачного договора не допускается. Вместе с тем, при отсутствии взаимного согласия супругов об изменении или

расторжении брачного договора действующее законодательство Российской Федерации предоставляет право заинтересованному супругу обратиться в суд с исковым заявлением об изменении или расторжении брачного договора.

9 Тема 9 Особенности совершения протестов

План

9.1 Особенности нотариального протеста векселя

9.2 Особенности совершения морского протеста

9.1 Особенности нотариального протеста векселя

При совершении данного нотариального действия нотариуса обязан принимать во внимание Женевскую конвенцию от 7 июня 1930 г. № 358 «О переводном и простом векселе».

Вексель (от нем. Wechsel) - ценная бумага, не обусловленное обязательство векселедателя (простой вексель), либо предложение иному указанному в векселе плательщику (переводной вексель) уплатить по долг денежную сумму в течение определенного срока и в конкретном месте¹⁾.

Сумма векселя может быть выражена не только в рублях, но и в валюте.

Векселедатель по такому векселю должен иметь лицензию на совершение валютных операций. Денежная сумма по векселю может быть указана как цифрами, так и прописью, а также и цифрами, и прописью.

Обязательными реквизитами любого векселя (простого и переводного) являются:

- наименование «вексель»;
- номер ценной бумаги;
- наименование плательщика по векселю;
- место платежа;

¹⁾ Материалы сайта. – Режим доступа: <http://ru.wikipedia.org>.

- сумма платежа;
- наименование держателя векселя;
- сроки платежа;
- дата составления ценной бумаги;
- место составления;
- подпись векселедателя;
- при переводном векселе указание перевода на третье лицо и наименование плательщика.

Протест векселя представляет собой акт нотариуса, составленный с соблюдением основных правил совершения нотариального действия, который удостоверяет определённые юридически значимые факты.

Значение нотариального протеста векселя заключается в том, что такое нотариальное действие подтверждает те обстоятельства, которые свидетельствуют о том, что обязательство имело место, но не было выполнено, подтверждение факта законного держания векселя у кредитора и законность его требований.

Нотариусом могут совершаться несколько видов протестов векселей:

- неакцепт ценной бумаги - в отношении переводного векселя (несогласие плательщика выплатить долг);
- недатирование векселя (отсутствие даты выдачи векселя);
- невизирование векселя (отсутствие визы должника на векселе).

Нотариус может лично предъявить вексель к платежу, даже если векселедержатель не обращался к плательщику.

При принятии векселя в делопроизводство нотариус истребует письменное заявление о предъявлении векселя к платежу, либо совершении протеста векселя, соблюдая при этом основные правила совершения нотариального действия.

Нотариус истребует только подлинник ценной бумаги.

Совершение протеста векселя в неакцепте производится в сроки, установленные для предъявления к акцепту. Если протестуется вексель, подлежащий оплате «во столько-то времени от предъявления» и если первое предъявление такого векселя имело место в последний день срока, то протест может

быть совершен и на следующий день. Последнее имеет силу и в отношении протеста в неплатеже векселя сроком «по предъявлении».

Протест в неплатеже векселя сроком на определенный день или «во столько-то времени от составления», а также «во столько-то времени от предъявления» должен быть совершен в один из двух рабочих дней, которые следуют за днем, в который вексель подлежит оплате.

Если имело место совершение протеста векселя в неакцепте, предъявления его к оплате и совершения протеста в неплатеже не требуется.

Совершая данное нотариальное действие, нотариус взимает ставки тарифа до предъявления векселя к платежу или совершения его протеста.

Сумма тарифа (пошлины) составляет 1 % от суммы указанной в векселе. При этом следует принимать во внимание, что векселедержатель может указать в заявлении иную сумму. В этом случае нотариус обязан принять во внимание только данную сумму, указанную в заявлении.

Как правило, протест векселя, либо предъявление векселя к платежу совершаются в день обращения векселедержателя к нотариусу. При этом нотариус, принимая в дело производство подлинник ценной бумаги, выдает соответствующую расписку векселедержателю.

По общему правилу, нотариус сразу совершает протест векселя (при отсутствии каких либо реквизитов ценной бумаги).

В других случаях, независимо с каким заявлением обратился векселедержатель (с предъявлением векселя к платежу или его протесте), нотариус снова обращается к плательщику лично. Свое несогласие акцептовать вексель плательщик обязан изложить на подлиннике ценной бумаги. Несогласие плательщика выплатить долг, либо несогласие учинить запись об отказе на ценной бумаге дает основания нотариусу сделать исполнительную надпись на документе.

Кроме того, нотариус составляет акт о протесте векселя, один экземпляр которого вместе с опротестованным векселем передается заявителю.

9.2 Особенности совершения морского протеста

В случае происшествия во время плавания или стоянки судна, в целях предъявления судовладельцу имущественных претензий, капитан морского судна может сделать заявление о морском протесте.

Целью морского протеста является обеспечение полной информации об обстоятельствах происшествия, об ущербе причиненного в результате происшествия, о мерах, принятых в целях предотвращения ущерба.

Морской протест это вид письменных доказательств, которые подлежат оценке судом или арбитражем. Последние оценивают ситуацию по обстоятельствам.

Морскому протесту присущи следующие особенности:

- при рассмотрении заявления не производится осмотр вещественных доказательств, не назначается экспертиза;
- извещение о времени и месте обеспечения доказательств, сторонам и заинтересованным лицам не направляется;
- капитан и члены экипажа судна не предупреждаются об ответственности за дачу заведомо ложных показаний.

Заявление о морском протесте делается именно капитаном судна, на которого возлагается управление судном, в том числе судовождение, принятие мер, необходимых для обеспечения безопасности мореплавания.

Заявление о морском протесте делается капитанами во время их плавания как по морским, так и по внутренним водным путям; капитанами судов внутреннего плавания, а также смешанного (река - море) плавания - во время плавания их по морским путям, а также по внутренним водным путям при осуществлении перевозки грузов, пассажиров и багажа с заходом в иностранный морской порт, спасательной операции и при столкновении с морским судном; капитанами судов, находящихся в собственности Российской Федерации и субъектов Российской Федерации или эксплуатируемых ими и используемых исключительно в некоммерческих целях (кроме военных кораблей и военно-вспомогательных судов) -

при столкновении и спасании; командирами военных кораблей и военно-вспомогательных судов - при осуществлении спасательных операций.

В заявлении о морском протесте в связи с совершившимися или предполагаемыми утратой или повреждением груза должно указываться событие, которое повлекло или могло повлечь утрату или повреждение (шторм, перепады температуры), а также меры, принятые капитаном и экипажем к сохранности груза при подготовке судна к рейсу, при погрузке, креплении, во время рейса и т. д.

Описание принятых мер должно представлять собой совокупность сведений о добросовестном выполнении капитаном и экипажем своих обязанностей.

Заявление о морском протесте должно содержать следующие сведения:

- наименование судна и его флага,
- фамилию капитана,
- наименование судовладельца,
- порты отправления и назначения,
- данные о мореходном состоянии судна,
- наименование груза, обстоятельства погрузки (размещение, крепление),
- данные о рейсе,
- меры, предпринимаемые экипажем во время рейса для обеспечения сохранности груза.

При описании других происшествий приводятся данные об основных маневрах судна.

Сведения, излагаемые в заявлении о морском протесте, должны точно соответствовать записям в судовом журнале. Заявление подписывается капитаном судна и заверяется судовой печатью.

Необходимыми документами для совершения протеста нотариусом являются не только заявление о совершении протеста надлежащего образца, но и паспорт капитана судна, выписка из судового журнала, справка о прибытии в порт и другие документы.

Кроме нотариусов, морской протест совершают должностные лица консульских учреждений.

Заявление о морском протесте подается лично капитаном судна, выступающим как должностное лицо и представитель судовладельца. Срок подачи заявления о морском протесте составляет 24 часа от момента прибытия судна в порт (если происшествие произошло во время плавания), от момента прибытия в порт капитана с экипажем (если судно затонуло или попало в аварию), от момента события (если оно произошло в порту) или от момента истечения события (если оно имеет продолжительный характер: пожар, ураган и т.д.). В случае, когда срок подачи заявления приходится на нерабочее время нотариуса, капитан судна подает ему заявление о морском протесте в виде радиограммы.

Принимая заявление о морском протесте, нотариус делает на нем пометку о времени его принятия. Следующим шагом является составление акта о морском протесте на основании заявления о морском протесте, данных судового журнала, а также опроса капитана и, по меньшей мере, четырех свидетелей. Акт о морском протесте удостоверяется подписью и печатью нотариуса.

10 Тема 10 Общая характеристика альтернативных форм рассмотрения гражданских дел

План

10.1 Сущность и формы альтернативного разрешения правовых споров

10.2 Исторические аспекты становления третейского суда как альтернативной формы рассмотрения гражданских дел

10.1 Сущность альтернативного разрешения правовых споров

В предыдущих разделах нами выяснено, что защита прав, как правило, осуществляется добровольно, самостоятельно теми гражданами, которые вступают в правовые отношения.

К юрисдикционным формам защиты гражданских прав закон относит я и альтернативные формы разрешения правовых споров. Например, в некоторых

случаях при возникновении спора о праве вмешательство со стороны компетентных государственных органов просто необходимо. Другими словами, гражданин, чье право нарушено может защитить свои права и в юрисдикционной, альтернативной форме, которая представляет собой деятельность уполномоченных государством органов по защите нарушенных или оспариваемых субъективных прав. Такая форма защиты прав применяется в виде исключения, и только в случаях, прямо предусмотренным законом.

Альтернативные формы разрешения правовых споров в России появились не так давно и были заимствованы из системы зарубежных стран. Такие формы защиты гражданских прав позволяют при минимальной затрате сил и денежных средств, избежании длительной процедуры рассмотрения спора решить конфликт.

Разнообразие альтернативных процедур дают возможность выбора между государственной или негосударственной формами разрешения правовых споров, при этом позволяя сторонам самим выбирать, какой вид процедуры разрешения спора наиболее приемлем в конфликтной ситуации.

Понятие «альтернатива» в переводе от лат. *alter* - один из двух, означает как один из возможных вариантов поведения, сравниваемый с другим вариантами¹⁾.

Конфликт в переводе от лат. *Conflictus* - наиболее острый способ разрешения противоречий в интересах, целях, взглядах, возникающий в процессе социального взаимодействия, заключающийся в противодействии участников этого взаимодействия, и обычно сопровождающийся негативными эмоциями, выходящий за рамки правил и норм²⁾.

Понятие же «спор» Т. Ефремова определяет как словесное состязание при обсуждении чего-либо двумя или несколькими лицами, при котором каждая из сторон отстаивает свое мнение, свою правоту³⁾.

¹⁾ Кураков, Л. П. Экономика и право: словарь-справочник / Л. П. Кураков, В. П. Кураков, А. Л. Кураков. – М.: Гелиос-АРВ, 2004. - С. 1042.

²⁾ Материалы сайта. – Режим доступа: <http://ru.wikipedia.org>.

³⁾ Ефремова, Т. Ф. Современный толковый словарь русского языка / Т. Ф. Ефремова. – М.: АСТ, 2006. – С. 1100.

По нашему мнению, применение термина «спор» при определении альтернативных форм защиты прав является более целесообразным, так как спор не всегда может «перерасти» в конфликт.

Таким образом, альтернативные формы разрешения гражданских споров представляют собой ряд определенных процедур, в результате которых участники процесса достигают разрешения правового конфликта, при этом сама процедура рассмотрения спора не обладает признаками судебного разбирательства.

На практике, в том числе зарубежной, применяются следующие формы разрешения споров:

1) медиация (примирительные процедуры) - вмешательство независимого лица (посредника), для проведения совместных переговоров;

2) посредничество – также вмешательство третьего лица при проведении переговоров, отличие от медиации заключается в том, что действия посредника по разрешению спора более активны, но при этом следует заметить, что он не наделяется правом принятия решений;

3) сочетание арбитража и посредничества - процедура, при которой спорные вопросы устанавливаются самим посредником, а разрешаются третейским судьей в ходе арбитражного процесса;

4) урегулирование споров, связанных с недостатками в деятельности уполномоченных лиц, правительства или частных организаций - омбудсмен.

В некоторых странах закон требует соблюдение обязательного досудебного урегулирования споров, например в Италии.

В случаях, если стороны не смогли достигнуть соглашения по спорному вопросу с применением альтернативных процедур конфликт должен быть разрешен в судебном порядке.

При рассмотрении споров с применением альтернативных форм защиты гражданских прав очень важно правильно применять технологию альтернативного разрешения.

По мнению А. А. Брыжанского технологию альтернативного разрешения правового спора можно определить как специально созданную и эмпирически

обоснованную систему методов и правил целенаправленной поэтапной деятельности в данном направлении.

Разрешение спора включает в себя несколько стадий, начиная с подготовительной части, когда происходит выяснение сути спора, изучаются позиции сторон, делаются прогнозы разрешения спора во временных рамках и заканчивая стадией выхода из спора, когда осуществляется контроль за согласованными решениями, при этом процесс применения форм альтернативного разрешения спора можно выделить в отдельную стадию.

А. А. Брыжанский считает, что при разрешении правового конфликта процесс ведения переговоров должен включать следующие этапы:

- 1) выявление и осмысление позиций, точек зрения друг друга;
- 2) уточнение собственной позиции и позиции оппонента на непротиворечие правовым нормам;
- 3) диагностика личностных характеристик оппонента для выработки дальнейшей тактики поведения;
- 4) обсуждение, в ходе которого стороны стремятся реализовать собственные позиции (обсуждение, обоснование выдвинутых предложений);
- 5) совмещение интересов и целей сторон на основе закона, взаимных уступок и перспективных проектов;
- 6) согласование позиций, разработка вариантов в достижении соглашения;
- 7) окончательные итоги (оформление соглашения в виде устного или письменного договора, протокола о намерениях, а при желании сторон - в форме правового документа, проверка его на соответствие правовым нормам).

10.2 Исторические аспекты становления третейского суда как альтернативной формы рассмотрения гражданских споров

Первые зачатки становления третейского суда появились еще в Риме. При этом уже в законах того времени указывалась специфика осуществления альтернативного правосудия, суд должен был быть максимально посторонним для

всех спорящих сторон. В древнем мире роль третейских судов выполняли амфикионии, так называемые религиозные союзы, а в случаях возникновения спора между государствами - Римский сенат). Позже, в средние века роль третейских судьи была выполняли: Папа Римский, консулы, императоры и т.д.

Примечательно то, что становление третейского суда на Руси приходится также на средние века. Свидетельством тому, являются тому многочисленные памятники права (Ипатьевская летопись 1169 г., договорная грамота Великого князя Дмитрия Ивановича Донского с князем Серпуховским Владимиром Андреевичем Храбрым 1362).

В правление Ивана Грозного в 1552 г. появились так называемые кормленщики-наместники и «излюбленные судьи».

Излюбленные судьи были крестьянскими судьями, и хотя по должности они приравнивались в то время к мировым судьям, но выполняемые ими функции больше напоминали характерные черты третейского разбирательства.

Уже в XVI веке третейское судопроизводство получило официальное законодательное закрепление и государственную поддержку. В частности, например, в Соборном Уложении 1649 г. говорилось о силе третейского решения, при этом каждому гарантировалось обращение в третейский суд.

Во второй половине XVII века институт третейского суда вошел в состав общего российского законодательства.

В период XVII-XIX веков, России было принято более 20 законодательных актов, регламентирующих возможность рассмотрения и разрешения споров третейскими судами. И хотя, в данных нормативных актах уделялось внимание порядку формирования состава суда и процедуре функционирования, разрозненность и противоречивость норм создавали много трудностей как для обращающихся в третейский суд, так и для самих третейских судей.

В дальнейшем при императоре Николае I было утверждено «Положение о Третейском суде», в соответствии были созданы так называемые узаконенные третейские суды, предназначенные для рассмотрения споров между членами товариществ, по делам акционерных компаний и т.п. (по существу корпоративные

споры). Судам предписывалось руководствоваться правилами и обычаями, принятыми в коммерции. Истец и ответчик самостоятельно определяли, на основании чего (какого конкретно договора, обычая и т.п.) посредники должны разрешать их конфликт. В противном случае он разрешался третейскими судьями на основании закона. Если одна из сторон уклонялась от выбора посредника, то он назначался представителями судебной власти. Как правило, в посредники назначались канцелярские чиновники правительственного суда, которые не могли отказаться от этой повинности. Наряду с узаконенным третейским судом существовал и добровольный. Отличие добровольного третейского суда от узаконенного было в том, что он устанавливался добровольно по усмотрению сторон, и его решение было окончательным и обжалованию не подлежало.

Генезис становления третейского суда в России свидетельствует, что при проведении судебной реформы 1864 г. была сохранена форма третейского судоустройства, которая нашла отражение в «Уставе гражданского судопроизводства», в частности, в данном нормативном акте сохранялось право избирать посредников для решения спорных дел. предусматривалось в Уставе гражданского судопроизводства 1864 г.

В период революции в России был издан «Декрет о суде», в котором закреплялось право граждан передавать свои споры о праве гражданском на рассмотрение третейского суда.

В России, в начале 30-х годов были образованы Морская арбитражная комиссия (создана в РФ в 1930 г.), а затем Внешнеторговая арбитражная комиссия при Всесоюзной ТПП в 1932 г. (Международный коммерческий арбитражный суд).

Новый этап становления третейского разбирательства в России начался в 1991 г. с принятием Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г.¹⁾ Право на обращение в третейский суд было закреплено и в ст. 7 Закона РФ «Об арбитражном суде» от 4 июля 1991 г.

¹⁾ Молчанов, В. В. Правовое регулирование деятельности третейских судов для разрешения экономических споров / В. В. Молчанов // Законодательство. – 1997. - № 1. – С. 93.

В 1993 г. появляется общее регулирование деятельности международного коммерческого арбитража, так как 7 июня 1993 г. принимается ФЗ «О Международном коммерческом арбитраже».

В соответствии с Федеральным законом РФ «О саморегулируемых организациях» от 1 декабря 2007 года № 315-ФЗ одной из функций саморегулируемых организаций является образование третейских судов для разрешения споров, возникающих между членами саморегулируемой организации, а также между ними и потребителями произведенных членами саморегулируемой организации товаров (работ, услуг), иными лицами, в соответствии с законодательством «О третейских судах».

Особенность третейского разбирательства заключается в том, что производится не по правилам, установленным соответствующими процессуальными кодексами, а по установленным в соответствующем третейском суде, или выбранным самими сторонами правилам. Вынесенное третейским судом решение носит обязательный характер и обеспечивается принудительной силой государства.

Отличительными чертами третейского разбирательства являются:

- отсутствие досудебного порядка разрешения возникшего спора;
- возможность самостоятельного выбора судей;
- возможность разрешения споров в одной инстанции;
- минимальные сроки рассмотрения споров;
- регрессивная шкала третейских сборов.
- конфиденциальность рассмотрения споров.

В соответствии с положениями Закона «О третейских судах в Российской Федерации» третейский суд вправе рассматривать любые споры, вытекающие из гражданских правоотношений, если иное не установлено федеральным законом. Это могут быть споры между юридическими лицами; между юридическими лицами и предпринимателями, гражданами; между предпринимателями; между гражданами.

Непременным условием для обращения за разрешением спора в третейский суд является наличие третейского соглашения, которое может быть предусмотрено как в договоре, так и путем составления между сторонами отдельного документа.

11 Тема 11 Международный коммерческий арбитраж (третейский суд) как один из способов рассмотрения правовых конфликтов

План

11.1 Понятие и структура Международного коммерческого арбитража (третейского суда). Рассмотрение и разрешение гражданских дел Международным коммерческим арбитражем

11.1 Понятие и структура Международного коммерческого арбитража (третейского суда). Рассмотрение и разрешение гражданских дел Международным коммерческим арбитражем

Различные споры, связанные с внешнеторговыми операциями могут рассматриваться судом, так и независимым арбитражем.

Под арбитражем понимается любой арбитраж (третейский суд) независимо от того, образуется ли он специально для рассмотрения отдельного дела или осуществляется постоянно действующим арбитражным учреждением.

Арбитраж представляет собой институт частного (негосударственного) разбирательства, так, стороны, участвующие в споре, могут избирать любой арбитраж и тех арбитров, которых они сочтут наиболее подходящими для рассмотрения спора.

Арбитражное разбирательство отличается элементарный процессуальный порядок и в достаточно короткие сроки рассмотрения спора.

Особенностью деятельности коммерческого арбитража является то, что при рассмотрении гражданско-правовых споров применяются специальные правила,

которые утверждаются органом, при котором действует арбитраж (торговой палатой, биржей, ассоциацией и т.п.), либо в соответствии с порядком, определенным сторонами по спору (изолированный арбитраж).

Преимуществом рассмотрения споров в арбитраже является меньшее количество затрат, в том числе и денежных, позволяет также рассматривать споры в закрытых заседаниях, что способствует сохранению коммерческой тайны.

Можно выделить две формы Международного коммерческого арбитража: изолированный и институционный.

Отличие двух форм заключается в том, что изолированный арбитраж создается спорящими сторонами для рассмотрения только одного спора, институционный же арбитраж действует постоянно, при этом необходимо обратить на то, что постоянно действующим он называется номинально, поскольку состав суда может постоянно обновляться из списков арбитров арбитражного института.

Международный коммерческий арбитраж может рассматривать споры вытекающие из гражданско-правовых или договорных отношений, которые возникают при осуществлении внешнеторговых экономических связей, в том случае, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей, а также споры предприятий, созданных с участием иностранного капитала.

По общему правилу, если существует международный договор между странами и в нем предусматриваются иные, отличные от российских нормы правила разрешения спора, то в последнем должны применяться нормы международного договора.

Письменное сообщение о передаче спора в арбитраж считается полученным, если оно доставлено лично в руки стороне, по месту жительства, либо регистрации или на его коммерческое предприятие, При невозможности установления места жительства стороны спора сообщение можно направить по последнему адресу коммерческого предприятия, постоянному месту жительства или почтовому адресу стороны заказным письмом или любым иным образом. Сообщение считается полученным в день его доставки.

Соглашение сторон о передаче в арбитраж различных споров, называется арбитражным соглашением. Арбитражное соглашение может быть заключено в виде арбитражной оговорки в договоре или в виде отдельного соглашения.

Арбитражное соглашение заключается в письменной форме.

Если в договоре упоминается ссылка на документ, который содержит арбитражную оговорку, он будет считаться арбитражным соглашением при условии, что сам договор заключен в письменной форме и данная ссылка является частью этого договора.

В течение установленного срока, истец должен заявить об обстоятельствах, подтверждающих его исковые требования, о спорных вопросах и о требуемом удовлетворении, а ответчик должен заявить свои возражения по этим пунктам.

Стороны могут представить вместе со своими заявлениями все документы, которые они считают относящимися к делу, или сделать ссылку на документы или другие доказательства, которые они представят в дальнейшем.

Стороны могут по своему желанию определять количество арбитров. Если они не могут прийти к единому мнению по данному вопросу, то по общему правилу они назначаются в количестве 3 человек. При рассмотрении спора с тремя арбитрами – каждая сторона назначает своего арбитра, и назначенные сторонами спора независимые арбитры самостоятельно выбирают третьего.

Если в течение одного месяца стороны не могут назначить самостоятельно независимых арбитров, либо два арбитра в течение данного времени не достигнут соглашения по поводу третьего арбитра, по просьбе любой стороны назначение производится Президентом ТПП РФ или судом субъекта РФ.

При рассмотрении спора с участием одного арбитра стороны либо выбирают его самостоятельно, либо назначение производится Президентом ТПП РФ.

Стороны спора могут по своему усмотрению договориться о месте арбитража, при отсутствии такого соглашения вопрос регулируется самим судом.

В соответствии с законом РФ «О международном коммерческом арбитраже» стороны могут по своему усмотрению договориться о процедуре ведения разбирательства третейским судом. В частности, например, по своему усмотрению

договориться о языке или языках, которые будут использоваться в ходе арбитражного разбирательства.

При разбирательстве спора арбитражем осуществляемом коллегией арбитров, решение принимается простым большинством голосов, при этом вопросы, связанные с процедурой проведения может разрешаться тем арбитром, который является председателем данного суда.

Третейский суд прекращает свое разбирательство, если стороны урегулировали спор на согласованных условиях в ходе рассмотрения дела, при этом это отражается в арбитражном решении. Это решение должно содержать указание на то, что оно является арбитражным решением и имеет ту же силу и подлежит исполнению так же, как и любое другое арбитражное решение по существу спора.

12 Тема 12 Третейские суды. Организация деятельности третейских судов

План

12.1 Правовое положение третейских судов в соответствии с ФЗ «О третейских судах в РФ»

12.2 Организация деятельности третейских судов

12.3 Субъекты третейского разбирательства

12.4 Порядок рассмотрения дела третейским судом

12.5 Рассмотрение третейских споров и вынесение решения. Акты третейского суда

12.6 Оспаривание решения третейского суда. Исполнение решения третейского суда

12.1 Правовое положение третейских судов в соответствии с ФЗ «О третейских судах в РФ»

В условиях развития альтернативных форм защиты нарушенных прав третейское производство является актуальной и достаточно эффективной формой защиты нарушенных прав и законных интересов граждан. В цивилизованных странах предприниматели чаще всего разрешают возникшие разногласия в торговых судах, которые не входят в судебную систему. Такие суды, по своей сущности являются третейскими судами.

Процедура рассмотрения споров третейскими судами основывается на принципах законности, соблюдении и защиты интересов конкретных участников гражданского оборота, состязательности сторон, конфиденциальности, быстроты и экономичности разбирательства. Процедура третейского рассмотрения споров позволяет участникам самостоятельно избрать судей, квалификации и опыту которых они доверяют. Данное обстоятельство предоставляет широкие возможности для достижения компромиссов, в частности мирового соглашения. Важнейшей предпосылкой обращения к таковой форме, а впоследствии основой решений выступают договоры сторон, обычаи и обыкновения.

Третейские суды не подчиняются никаким государственным органам, однако, в настоящее время они широко признаются и поддерживаются государством в качестве юрисдикционных органов, осуществляющих разбирательство по гражданским спорам. Эти обстоятельства обеспечивают перспективы развитие третейского суда.

Под Третейским судом понимается суд, постоянно действующий или создаваемый самими сторонами соответствующего спора для его разрешения.

Мы знаем, что тот или иной спор может стать предметом разбирательства в таком суде только при наличии соглашения об этом самих спорящих сторон¹⁾. В этом его принципиальное отличие от государственного суда, который создается

¹⁾ Российская Федерация. Законы. О третейских судах в РФ: [федер. закон : принят Гос. Думой 21 июня 2002 г. : одобр. Советом Федерации 10 июля 2002 г.] // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2002. - № 30. - Ст. 3019.

публичной властью в порядке, установленном законодательством о судопроизводстве, компетенция которого определена процессуальным законом и не зависит от усмотрения сторон рассматриваемого спора.

Ст. 2 ФЗ «О третейских судах в РФ» не дает понятия Третейского суда как постоянно действующего третейского суда или третейского суда, образованного сторонами для решения конкретного спора, но раскрывается через указание на 2 вида: 1) постоянно действующий третейский суд; 2) третейский суд, образованный сторонами для разрешения конкретного спора (который в литературе иногда называют изолированным третейским судом).

Обозначенное определение нельзя признать рациональным, поскольку оно не определяет правовой сути, не отграничивает Российские третейские суды от международных и иностранных третейских судов.

В соответствии с гражданским законодательством (ст. 11 ГК РФ) третейские суды по своей значимости стоят в 1 ряду с федеральными судами.

Но в отличие от них третейский суд не является органом судебной власти. Он представляет собой альтернативное правосудие, которое применяется только на основе взаимного соглашения спорящих сторон и осуществляется избранными ими лицами.

В последнее время интерес к данной форме разрешения спора значительно возрос в РФ.

Как мы знаем, третейское разбирательство имеет целый ряд преимуществ по сравнению с длительным дорогостоящим и сложным судебным процессом. Оно является более быстрым, экономичным и характеризуется упрощенной процедурой, основанной в целом на усмотрении участников спора, и принципе конфиденциальности. Несмотря на эти особенности, решение третейского суда по своей юридической силе ничем не отличается от решений государственных судов. Оно точно так же в случае необходимости подлежит принудительному исполнению.

Третейское разбирательство позволяет освободить перегруженную судебную систему от значительного количества гражданско-правовых споров. Кроме того, предполагается добровольное исполнение решений третейского суда, поэтому

необязательно приводить в действие дорогостоящий государственный механизм принудительного исполнения.

Третейские суды были прочно забыты за годы существования советского государства. Сейчас, безусловно, требуется время для формирования в нашем обществе новых подходов к правовым конфликтам и способам их разрешения.

Всегда нужно иметь в виду, что альтернативное рассмотрение споров не может заменить правосудие, не может и преградить доступ к нему, не конкурирует с ним. Оно должно являться его составной частью.

Альтернативное правосудие в форме третейского разбирательства отвечает интересам любого правового государства, поскольку способствует: созданию эффективной судебной системы; снижению объема судебных дел и затрат, связанных с их рассмотрением; обеспечению быстрого урегулирования конфликтов и погашению их отрицательных последствий; поощрению такого урегулирования конфликтов, которое отвечает интересам сторон; способствует обеспечению доступности и разнообразия процессуальных форм; вытеснению неправомерных, силовых способов разрешения конфликтов.

Предметная компетенция внутреннего третейского суда РФ.

Одной из предпосылок права на обращение в суд за рассмотрением какого-либо гражданско-правового спора является подведомственность данного спора. Подведомственность нужно рассматривать в одном из значений, присущих этому понятию в российской правовой науке. Подведомственность определяется как относимость нуждающихся в государственно-властном разрешении споров о праве и иных дел к ведению различных государственных, общественных, смешанных органов и третейских судов. В теории третейского разбирательства имеется предположение о необходимости обозначения относимости некоторых категорий гражданских дел к компетенции третейского суда термином «Подведомственность».

Другое теоретическое направление пользуется термином «Подсудность дел третейским судам», иные теоретики говорят о предметной допустимости. Рассуждая, заметим, что дела, относимые к ведению арбитража сложно называть подведомственными, поскольку чаще всего о подведомственности говорят

применительно к государственным органам, чья предметная компетенция прямо установлена законом. Теоретически именно такое отнесение той или иной категории дел к ведению конкретного органа позволяет говорить о подведомственности.

Что касается третейских судов, то на их рассмотрение могут быть переданы дела, уже отнесенные к предметной компетенции того или иного государственного органа, если возможность такой передачи прямо указана в законе. Главную роль в передаче дела на рассмотрение играет соглашение сторон.

Для определения предметной компетенции третейских судов не подходит и термин «подсудность», поскольку он обозначает относимость дел именно к компетенции государственных судов, которые разрешают их в соответствующих процессуальных формах, установленных в законе. Само название термина указывает на судебную систему. Третейские суды частью судебной системы не являются, поэтому говорить о подсудности мы не можем.

Проанализировав имеющиеся точки зрения, можно сделать вывод о том, что правильнее вести речь о допустимости рассмотрения спора третейским судом, но в рамках альтернативной подведомственности (т.е. стороны могут сделать выбор между судом государственным или третейским с учетом характера спора, могущего быть предметом рассмотрения третейского суда). Саму допустимость рассмотрения спора третейским судом определяют 2 критерия: предметный характер спора и субъектный состав.

Рассмотрим предмет спора.

В ст. 1 ФЗ Закона «О третейских судах» подчеркнуто, что третейский суд может рассматривать любой спор, вытекающий из гражданских правоотношений, в случае если: об этом достигнуто соглашение сторон третейского разбирательства, и если иное не установлено законом.

Все ли гражданско-правовые споры могут быть переданы на рассмотрение третейского суда? На началах диспозитивности в третейский суд могут передаваться любые гражданско-правовые споры, вытекающие из частноправовых отношений.

Публично-правовые споры, в частности жалобы на действия различных органов государственной или муниципальной власти, например, по поводу

государственной регистрации объектов недвижимости, не могут быть предметом третейского разбирательства.

В соответствии с гражданским законодательством предметом третейского разбирательства не могут стать споры, вытекающие из частноправовых по своей природе отношений, но не входящих в предмет гражданского права. Сюда относятся: семейно-правовые, земельно-правовые, трудовые отношения. Следует иметь в виду, что отношения имущественного характера, отвечающие признакам, перечисленным в ст. 2 ГК РФ, будут являться гражданско-правовыми, даже будучи в той или иной мере урегулированы нормами семейного или земельного права. В связи с этим, и возникающие из них споры предполагает и должны быть предметом третейского разбирательства (например, споры по поводу раздела имущества между супругами, споры, вытекающие из различных договоров по использованию земельных участков, и некоторых других). Практическим критерием, позволяющим выделить такие споры, можно считать возможность заключения между их участниками мирового соглашения. То есть, когда имеется возможность прийти к компромиссному решению.

Кроме того, федеральный закон может устанавливать специальные правила разбирательства некоторых споров, вытекающих из гражданско-правовых отношений, которые исключают применение к ним третейской процедуры. Например, процессуальным законодательством установлено, что споры об установлении юридических фактов и другие дела «особого производства» рассматриваются только судами, входящими в судебную систему (в частности, районным судам); а дела о банкротстве юридических лиц и граждан, подведомственны исключительно арбитражным судам.

Предметом третейского разбирательства не могут быть и жалобы на решения по спорам, связанным с защитой гражданских прав, первоначально принятые в административном порядке (п. 2 ст. 11 ГК), например, жалобы на отказ в регистрации юридического лица или в выдаче патента на изобретение.

В ФЗ Законе «О третейских судах» (ст.1) подчеркнуто, что третейский суд может рассматривать любой спор, вытекающий из гражданских правоотношений, в

случае если: об этом достигнуто соглашение сторон третейского разбирательства, и если иное не установлено законом.

Возникает вопрос, «Все ли споры гражданско-правового характера могут быть переданы на рассмотрение третейского суда?» На началах диспозитивности, в третейский суд могут быть переданы гражданско-правовые споры, вытекающие из частноправовых отношений.

Публично-правовые споры, а именно, жалобы на действия органов власти, не могут быть предметом третейского разбирательства.

В соответствии с законодательством, предметом разрешения спора третейским судом не могут стать те, что вытекают из частноправовых отношений, но не входят в предмет гражданского права. Сюда относятся: семейно-правовые, земельно-правовые, трудовые отношения. Следует иметь в виду, что отношения имущественного характера, отвечающие признакам, перечисленным в ст. 2 ГК РФ, будут являться гражданско-правовыми, даже будучи в той или иной мере урегулированы нормами семейного или земельного права. В связи с этим, и возникающие из них споры предполагает и должны быть предметом третейского разбирательства (например, споры по поводу раздела имущества между супругами, споры, вытекающие из различных договоров по использованию земельных участков, и некоторых других). Практическим критерием, позволяющим выделить такие споры, можно считать возможность заключения между их участниками мирового соглашения. То есть, когда имеется возможность прийти к компромиссному решению.

Кроме того, законодательство может устанавливать особые правила разбирательства гражданских дел, которые исключают возможность применения к ним процедуры третейского рассмотрения. Например, гражданским процессуальным законодательством установлено, что дела «особого производства» рассматриваются только судами общей юрисдикции; а дела, например, о банкротстве юридических лиц, подведомственны исключительно арбитражным судам.

Предметом третейского разбирательства не могут быть и жалобы на решения по спорам, связанным с защитой гражданских прав, первоначально принятые в административном порядке (п. 2 ст. 11 ГК), например, жалобы на отказ в регистрации юридического лица или в выдаче патента на изобретение.

Так и обозначается предметная компетенция третейского суда РФ.

Источники третейского разбирательства.

Третейское разбирательство осуществляется на основании Конституции РФ, Федеральных конституционных законов, ФЗ, Указов Президента РФ, Постановлений Правительства, нормативных правовых актов органов исполнительной власти, актов субъектов РФ и органов местного самоуправления. Если международным договором установлены иные правила, то применяется правило международного договора.

Следует обозначить, что представляет собой само понятие «источник права».

Как правило, под источником права принято понимать специальную юридическую категорию, которая используется для обозначения формы внешнего выражения правовых норм. Этому мнению придерживается Ф. М. Раянов.

Однако существуют и другие трактовки этого понятия. Например, Н. И. Матузов и А. В. Малько под источником права предлагают понимать способ выражения воле государственной воли, юридических правил поведения.

Таким образом, сделаем вывод, что под источниками третейского разбирательства нужно понимать различные нормы права, призванные регулировать третейское разбирательство и торговые обычаи, которые позволяют принимать законное и обоснованное решение.

Источники можно классифицировать по различным основаниям. Наиболее всеобъемлющей и отражающей особенности третейского разбирательства нужно признать следующую классификацию: международные договоры и двусторонние соглашения РФ; Конституция РФ; подзаконные нормативно-правовые акты; положения, регламенты; торговые обычаи.

Среди источников третейского разбирательства важнейшее место занимает Конституция РФ. Конституция РФ 1993 г. регламентирует широкий круг вопросов,

особенно тех, которые связаны с закреплением основных прав и свобод человека и гражданина.

Хотя нынешняя Конституция не содержит прямого указания на регулирование такого вида альтернативного разбирательства как третейское, тем не менее, она обладает высшей юридической силой, верховенством на территории РФ (ст. 4 Конституции РФ). Будучи актом прямого действия, она указывает на необходимость обращения к нормам Конституции РФ как к основному фундаменту всей правовой системы РФ. Не последнее место в ней занимают третейские суды.

Ст. 6 ФЗ «О Третейских судах в РФ» указывает на нормы, применяемые третейским судом при разрешении споров, среди прочих особое значение уделяет Конституция РФ.

Однако существуют и другие трактовки этого понятия. Например, Н. И. Матузов и А. В. Малько под источником права предлагают понимать способ выражения воле государственной воли, юридических правил поведения.

Таким образом, сделаем вывод, что под источниками третейского разбирательства нужно понимать различные нормы права, призванные регулировать третейское разбирательство и торговые обычаи, которые позволяют принимать законное и обоснованное решение.

Источники можно классифицировать по различным основаниям. Наиболее всеобъемлющей и отражающей особенности третейского разбирательства нужно признать следующую классификацию: международные договоры и двусторонние соглашения РФ; Конституция РФ; подзаконные нормативно-правовые акты; положения, регламенты; торговые обычаи.

Среди источников третейского разбирательства важнейшее место занимает Конституция РФ. Конституция РФ 1993 г. регламентирует широкий круг вопросов, особенно тех, которые связаны с закреплением основных прав и свобод человека и гражданина.

Хотя нынешняя Конституция не содержит прямого указания на регулирование такого вида альтернативного разбирательства как третейское, тем не менее, она обладает высшей юридической силой, верховенством на территории РФ (ст. 4

Конституции РФ). Будучи актом прямого действия, она указывает на необходимость обращения к нормам Конституции РФ как к основному фундаменту всей правовой системы РФ. Не последнее место в ней занимают третейские суды. Ст. 6 ФЗ «О Третейских судах в РФ» указывает на нормы, применяемые третейским судом при разрешении споров, среди прочих особое значение уделяет Конституция РФ.

Гл. 7 Конституции РФ «Судебная власть» начинается с указания на то, что правосудие в РФ осуществляется только судом, а также на то, что судебная власть осуществляется посредством гражданского, административного и уголовного судопроизводства. Таким образом, мы делаем вывод о том, что производство по разбирательству гражданских дел третейскими судами не только не охватывается понятием «правосудие», но и подлежит регулированию в ином порядке, т.е. как альтернативная форма рассмотрения гражданских дел. Вот почему третейские суды не нашли своего достойного места в системе судебной власти и соответственно в Конституции.

Среди иных норм Конституции РФ не последнее место занимают следующие статьи, обозначающие то, что человек, его права и свобода являются высшей ценностью (ст. 2 Конституции), значит, допускаются любые формы защиты, которые не противоречат закону.

П. 4 ст. 15 указывает на то, что общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ являются составной частью российской правовой системы. Данное положение Конституции РФ находит дословное отражение в ФЗ «О Третейских судах в РФ» (ст. 1 п. 4, ст. 6 п.2). Конституция РФ является гарантом прав и свобод человека и гражданина. Но осуществление прав и свобод не должно нарушать права и свободы других лиц, кроме того, в ст. 19 Конституции указано, что все равны перед законом и судом, подчеркнуто равенство прав и свобод человека и гражданина, в том числе закреплено право на судебное разбирательство.

П. 2 ст. 24 Конституции РФ обозначил органы государственной власти и органы местного самоуправления и их должностные лица обязаны обеспечить

каждому возможность ознакомиться с документами и материалами, непосредственно затрагивающие его права и свободы.

В пункте 2 ст. 45 Конституции подчеркнуто, что каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом. Из анализа дополнительных норм можно сделать вполне правомерный вывод, что одним из законных способов защиты является обращение в третейский суд.

В Конституции РФ (ст. 55) указано, что в РФ не должны издавать законы, отменяющие или умаляющие права и свободы человека и гражданина.

В Конституции РФ и других федеральных законах предусматривается ряд важных принципов организации и осуществления правосудия, требования, предъявляемым к судьям. Эти принципы и начала организации судов конкретизируются и развиваются в текущем законодательстве, в первую очередь в Федеральном конституционном законе «О статусе судей РФ» от 26.06.92 с последующими изменениями. Нормы данного законодательства не имеют непосредственного отношения к судьям третейского суда, но, тем не менее, многие из них подлежат применению при третейском разбирательстве. То есть Федеральный конституционный закон «О статусе судей РФ» устанавливает обязательные требования, предъявляемые к судьям (соблюдение Конституции РФ, поддержание авторитета судебной власти и др.). Эти параметры распространяются и на судей третейского суда. Таким образом, данные положения позволяют отнести данные закон к источникам третейского разбирательства.

К нормативным актам, являющимся источниками третейского разбирательства, следует отнести ГК РФ, который допускает защиту гражданских прав посредством третейского судопроизводства. Хотя термин «судопроизводство» в данном случае, не совсем уместен¹⁾.

К тому же само рассмотрение гражданских дел происходит со ссылками на нормы материального права, в частности и Гражданского кодекса. Таким образом, мы можем сказать, что нормы СК РФ, ТК РФ можно признавать источниками

¹⁾ Носенко, Л. И. Некоторые вопросы применения принципа «Осуществления правосудия только судом» / Л. И. Носенко // Вестник Оренбургского государственного университета. – 2010. - № 3. - С. 132-136.

третейского разбирательства. Особое значение будут иметь нормы ГПК РФ и АПК РФ, поскольку со ссылкой на нормы обозначенных законных актов производится обжалование решений третейских судов. Следовательно, ряд положений может найти непосредственное отражение в процедуре третейского разбирательства.

Далее хотелось бы уделить внимание:

Указам Президента РФ и Постановлениям Правительства. В Конституции они охватываются понятием «иные правовые акты». Имея подзаконный характер, они не могут противоречить ФЗ, а при наличии противоречия должны применяться акты высшей юридической силы (п.5 ст. 3 ГК РФ).

Нормативные правовые акты субъектов РФ и органов местного самоуправления не могут содержать норм гражданского и гражданско-процессуального права, поскольку это законодательство относится к исключительной федеральной компетенции. Поэтому на основании таких актов не могут разрешаться споры, вытекающие из гражданско-правовых отношений, в том числе, которые входят в компетенцию третейских судов.

В нормативных актах субъектов РФ могут содержаться лишь нормы административно-правового или публично-правового характера, которые в некоторых случаях могут служить основанием для отдельных выводов и положений, имеющих значение для рассмотрения конкретного спора.

Международные договоры согласно Конституции являются составной частью ее правопорядка и источником гражданского и гражданско-процессуального права.

Речь идет как о многосторонних, так и о двухсторонних договорах. Нормы этих договоров могут применяться непосредственно. Хотя в ст. 6 ФЗ «О третейских судах» не упоминаются общепризнанные принципы и нормы международного права, которые согласно Конституции и ГК РФ также являются источниками гражданского права, их обычно используют при толковании и применении тех или иных гражданско-правовых норм.

Особое внимание нужно уделить международным договорам, которые имеют преимущественное право в применении перед нормами национального законодательства (поэтому имеют более высокую юридическую силу, чем законы).

Поэтому в случае противоречий между конкретными правилами законов РФ и соответствующими правилами международных договоров должны быть применимы последние.

При разрешении спора, вытекающего из гражданско-правового договора, третейский суд должен опираться на содержание этого договора, выражающего волю его сторон в соответствии с основополагающим принципом свободы договора (п. 1 ст. 421 ГК РФ). Для уяснения содержания конкретного договора используются также принципы его толкования (ст. 43 ГК РФ). Положения договора должны иметь преимущество в применении, перед диспозитивными правилами закона, которые рассчитаны на восполнение недостающей воли сторон.

Вместе с тем, к числу источников нужно отнести обычаи делового оборота. Под обычаями делового оборота следует понимать не предусмотренное законодательством или договором, но сложившееся, т. е. достаточно определенное в своем содержании правила поведения, которыми стороны должны руководствоваться при исполнении своих обязательств. Обычаи оборота не применяются, если противоречат нормам права либо условиям договора. Следовательно, по юридической силе они уступают как положениям нормативных актов, так и условиям договора, а поэтому не подлежат учету и применению, если тот или иной вопрос прямо урегулирован законом или договором. Таким образом, их применение допустимо лишь при наличии пробела в регулировании конкретной ситуации. Обычаи делового оборота должны также учитываться при толковании третейским судом условий конкретного договора (ч. 2 ст. 431 ГК РФ).

Обычаи делового оборота нужно отличать от обыкновения и заведенного в отношениях сторон порядка (под обыкновением принято понимать сложившееся в предпринимательской практике правило, которым согласились руководствоваться стороны договора и поэтому оно приобрело для них юридическое значение).

Заведенный порядок представляет собой практику взаимоотношений сторон договора, сложившуюся между ними в пределах взаимосвязи.

Аналогия закона – согласно п. 1 ст. 6 ГК РФ состоит в применении к соответствующим отношениям норм гражданского права, регулирующим сходные отношения. Она допустима при наличии определенных условий:

Во-первых, это существование пробела в законе.

Во-вторых, наличие прямого регулирования сходных отношений.

При отсутствии сходного правового регулирования для рассмотрения спора третейский суд может использовать аналогию права. Она состоит в определении (квалификации) прав и обязанностей сторон рассматриваемого правоотношения на основе конкретных правовых норм, условий договора или обычаев оборота, исходя из общих начал и смысла законов.

Применять аналогию права допустимо лишь с учетом требований добросовестности, разумности и справедливости.

Принципы третейского разбирательства.

Третейское разбирательство осуществляется на основе принципов законности, конфиденциальности, независимости и беспристрастности третейских судей, диспозитивности, состязательности и равноправия сторон.

Законодательное закрепление принципов третейского разбирательства не сопровождается определением каждого из них.

Они являются принципами именно третейского разбирательства, поскольку определяют пределы и специфику их применения, обусловленную частной, негосударственной природой третейского суда.

Рассмотрим подробнее:

Принцип законности является межотраслевым и имеет лишь некоторые особенности в третейском разбирательстве.

Прежде всего, законность выражается в дозволении государством института третейского разбирательства, что выражается в конституционно закрепленном праве «свободы действий граждан и их частной автономии». Право каждого на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом деятельности провозглашено (ч. 1 ст. 34) Конституцией Российской Федерации. Так, согласно ч. 2 ст. 45

Конституции Российской Федерации «каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом».

Кроме того, В ч. 1 ст. 11 ГК РФ содержится право на судебную защиту как одну из важнейших гражданско - правовых гарантий. Фактическая реализация права на защиту оспариваемых гражданских прав осуществляется в соответствии с относимостью споров о праве к компетенции тех или иных юрисдикционных органов, которая установлена законодательством. Принятые в 2002 г. ГПК РФ и АПК РФ приветствуют возможность передачи по соглашению сторон на рассмотрение третейского суда подведомственного им спора, если судом первой инстанции еще не принято судебное постановление, которым заканчивается рассмотрение дела по существу (ч. 3 ст. 3, ч. 4 ГПК РФ). В этом тоже прослеживается законность третейского разбирательства.

Особенности реализации принципа законности процедуры третейского разбирательстве означает следующее:

1) гражданские дела должны быть рассмотрены в соответствии с нормами (материального) права;

2) рассмотрение спора осуществляется по правилам, определенным в соответствии с ФЗ «О третейских судах»;

3) ч. 2 ст. 233 и ч. 2 ст. 239 АПК; ч. 2 ст. 422 и ч. 1 ст. 426 ГПК РФ содержат исчерпывающий перечень нарушений Закона о третейских судах.

Принцип конфиденциальности распространяется на всех лиц, участвующих в деле, а так же на судей, избранных, но утративших полномочия по основаниям, содержащимся в ст. 13 и 38 федерального закона. Конфиденциальность обеспечивается как при подготовке дел к разбирательству, так и впоследствии.

Независимость и беспристрастность третейских судей - общепризнанный принцип судопроизводства, закрепленный в большинстве национальных законов. Также он содержится в международных договорах и в правилах третейского разбирательства.

Третейский судья, осуществляющий третейское разбирательство, должен отвечать требованиям, обеспечивающим реализацию права граждан и их

объединений на «справедливое разбирательство дела» «независимым и беспристрастным судом» это подтверждается (ч. 1 ст. 6 Европейской конвенции о правах человека).

Требования независимости и беспристрастности не могут быть ниже чем те, что предъявляются к судьям государственных судов, Никто, будь то даже органы государственной власти, не вправе оказывать какое бы то ни было влияние на работу третейского судьи (ст. 18).

Существуют гарантии реализации принципа «независимость», выражающиеся в следующем:

- в праве на образование третейских судов;
- на избрание третейским судьей лица.

Независимость судей должна быть и от учредителей постоянно действующих третейских судов. Имеем в виду, что включение граждан в список третейских судей и выплата гонораров за рассмотрение спора, не означают зависимость их учредителя.

Кроме того, судьи не должны зависеть от сторон, что означает отсутствие финансовых, например и трудовых связей.

Беспристрастность выражается в отсутствии у судьи предрасположенности к какой либо стороне или к существу спора» (ч. 1 ст. 8 ФЗ «О третейских судах»).

Между независимостью и беспристрастностью существует тесная взаимосвязь. Третейские судьи беспристрастны, пока не доказано обратное. Беспристрастность является условием независимости. Чтобы определить пределы принципов независимости и беспристрастности нужно проанализировать понятие третейского судьи. Третейским судьей следует считать лиц, которые выразили согласие о принятии предложения стать судьей, а так же лиц, уже избранных для рассмотрения спора.

Принцип диспозитивности третейского разбирательства является похожим на одноименный принцип в материальных и процессуальных правоотношениях, например, свободы гражданско-правовых отношений. Поскольку, в соответствии с

принципом диспозитивности, стороны третейского разбирательства вправе заключить третейское соглашение, как одну из форм договора.

Процессуальный принцип диспозитивности также выражается в праве сторон по своему усмотрению изменять иск, его предмет, пределы.

Особенностью принципа диспозитивности в третейском разбирательстве следует признать преобладание самостоятельности сторон в согласовании правил третейского разбирательства. Состязательность и равноправие сторон – принципы процессуального права, которые имеют в третейском разбирательстве самостоятельную специфику.

Как и в гражданском процессуальном праве, равноправие сторон является условием состязательности. Стороны равны перед судом при отправлении правосудия по гражданским делам. Нарушение равного отношения к сторонам выражается не только в том, что судья к кому-либо предвзято относился, но не действовал качественно по отношению к какой-либо стороне. Следует иметь в виду, что в третейском разбирательстве существует правило, повествующее об обязанности доказывать те обстоятельства на которые сторона ссылается как в обоснование своих требований и возражений.

Договорная природа третейского суда определяет диспозитивность правовых основ при формировании правил третейского разбирательства. Гибкость большинства процессуальных правил, а также его конфиденциальный характер обуславливают состязательное начало в третейском суде.

12.2 Организация деятельности третейских судов

В РФ могут образовываться постоянно действующие третейские суды и третейские суды для рассмотрения конкретного спора.

Эти разновидности отличаются друг от друга не только компетенцией, где выделяется общая для определённых категорий споров и частная – исключительно для одного конкретного спора, но и временем существования (продолжительностью). Главное - они отличаются процедурой разбирательства

споров, которые они могут рассматривать в соответствии с предметной компетенцией и порядком создания.

Выделим и разберём порядок создания постоянно действующих третейских судов.

Закон предусматривает создание постоянно действующих третейских судов при организациях - юридических лицах. Сам третейский суд юридическим лицом не является, следовательно, от своего имени не может заключать договоры, связанные с материальным обеспечением его деятельности, не имеет банковского счёта, бухгалтерии и не обладает правом нанимать и увольнять работников. Его основная функция – разбирательство споров, а также оформление и ведение документации. Все хозяйственные, финансовые функции, включая выплату гонорара, выполняет учредитель.

Постоянно действующие третейские суды образуются при юридических лицах, часто при союзах юристов. В некоторых случаях постоянно действующие третейские суды создаются в соответствии с прямым указанием закона (Закон «О биржевых сделках»). Вместе с тем они не создаются при органах публичной власти, в том числе и наделёнными признаками юридического лица, поскольку в таком случае неизбежно было бы использование публично-властных полномочий, а это противоречило бы природе третейского суда.

К условиям создания постоянно действующего третейского суда относятся:

1) принятие решения о его создании соответствующим органом юридического лица (собранием, правлением, советом директоров и др.). На практике такое решение принимается коллегиальным исполнительным органом (правлением торговой палаты и др.), действующим в соответствии с уставом и иными документами (хотя закон об этом непосредственно ничего не говорит);

2) организация – учредитель утверждает положение о постоянно действующем третейском суде. В нём определяется: статус и компетенция, а также процедура разбирательства; размер третейского сбора; определяются расходы и другое;

3) юридическое лицо – учредитель должно утвердить список третейских судей. Он может иметь обязательный характер (тогда выбор должен быть произведён только из этого списка) или носить рекомендательный характер.

С момента принятия учредителем решения о создании постоянно действующего третейского суда, утверждения Положения о нём и списка судей, суд считается созданным. Какой-то дополнительной регистрации положения о третейском суде или решения о его создании закон не требует.

Главное, что нужно сделать – направить в компетентный суд по территории нахождения третейского суда копии документов, свидетельствующих об образовании. Однако такая передача очень важна, например, для принятия заявления на принудительное исполнение принятых решений, поскольку указанные действия совершаются компетентным судом.

Порядок образования третейского суда для разрешения конкретного спора Федеральный закон «О третейских судах в РФ» отдаёт на усмотрение самих спорящих сторон. Однако в соглашении, определяющем этот порядок, не могут содержаться пункты, противоречащие некоторым правилам ФЗ, императивно установленным для формирования третейского суда, поскольку в ином случае нарушались бы определённые принципиальные основы третейского разбирательства споров. В данном случае речь идёт о правилах, определяющих требования, предъявляемые к:

- гражданам, избираемым третейским судьёй (см. п. 1,2 ст. 8 ФЗ);
- количественному составу третейского суда, который должен быть нечётным (п. 1 ст. 9 ФЗ);
- случаям прекращения полномочий третейского суда (п. 1,2 ст. 13 ФЗ);
- случаям замены третейского судьи (ст. 14 ФЗ).

Если же стороны договорились о рассмотрении спора судом *ad hoc*, но не определили соглашением порядок формирования, то этот порядок определяется ФЗ «О третейских судах» (ст. 8-14).

Нормы процессуального права, применяемые в государственных судах, не подлежат применению в третейском разбирательстве, в том числе и по аналогии.

Передача спора на разрешение третейского суда.

Предпосылкой третейского разбирательства является заключенное соглашение, которому должна быть придана письменная форма. Это правило привносит стабильность во взаимоотношения сторон на стадии разрешения между ними споров. Третейское соглашение считается заключенным в письменной форме, если оно содержится в документе, подписанном сторонами, либо заключено посредством обмена письмами, сообщениями по телетайпу, телеграфу или с использованием других средств электронной или иной связи, обеспечивающих фиксацию такого соглашения. Ссылка в договоре на документ, содержащий условие о передаче спора на разрешение третейского суда, является третейским соглашением при условии, что договор заключен в письменной форме и данная ссылка такова, что делает третейское соглашение частью договора.

Соглашение о передаче спора на разрешение третейского суда может быть включено в правила организованных торгов, правила клиринга, которые зарегистрированы в соответствии с законодательством Российской Федерации. Такое соглашение является третейским соглашением участников организованных торгов, сторон договора, заключенного на организованных торгах в соответствии с правилами организованных торгов, или участников клиринга.

При несоблюдении правил заключения, третейское соглашение является несостоятельным.

В российском законодательстве о третейском разбирательстве существует правило, что предусматривается недействительность третейских оговорок, включенных в договоры присоединения. Определение таких договоров заимствовано из п. 1 ст. 428 ГК РФ. Целью данной нормы признаётся невозможность доминирующей стороны навязать другой стороне третейское разбирательство. Этот подход обоснован, когда истцом является доминирующая сторона, а другая сторона отказывается от третейского разбирательства со ссылкой на недействительность третейской оговорки. Вместе с этим ссылка составителя договора на недействительность содержащейся в нем оговорки и его отказ от заключения третейского соглашения после возникновения спора в случае, когда на

третейском разбирательстве настаивает другая сторона, должна быть логичной. Третейское соглашение касающееся спора, находящегося на разрешении компетентного суда может быть заключено до принятия решения.

Обращаем внимание, что при передаче спора в постоянно действующий третейский суд Правила суда должны рассматриваться как неотъемлемая часть третейского соглашения, при условии, что стороны не договорились об ином.

Соглашение о передаче спора на рассмотрение третейского суда может включать следующие условия:

- наименование сторон их адреса;
- предмет спора;
- указание на кандидатуры избранных судей;
- срок разрешения спора;
- место и время составления соглашения.

После заключения соглашения о передаче спора на разрешение третейского суда односторонний отказ от его исполнения не допускается. Исключением является случай, когда эта сторона докажет, что кто-либо и третейских судей заинтересован в исходе дела и что об этом обязательстве ей не было известно при заключении договора.

Правила постоянно действующих третейских судов при Торговой промышленной палате Оренбургской области говорят о том, что соглашение о передаче спора третейскому суду может касаться конкретного спора, определённых или всех без исключения споров (которые возникли или могут возникнуть между сторонами), вытекающих из организационно-правовых отношений, независимо от того, носило ли оно договорной характер. Граждане, заключившие соглашение о передаче спора на рассмотрение третейского суда, не вправе отказаться от него до истечения срока, предусмотренного соглашением.

Расходы, связанные с разрешением спора можно разделить на 3 группы:

1 Деятельность третейского суда государством не финансируется, однако по экономической сути и составу расходы, связанные с разрешением спора, совпадают

с расходами, связанными с деятельностью государственных судов. По составу эти расходы можно разделить на:

- общие, связанные с рассмотрением спора и деятельностью третейского суда;
- дополнительные расходы (издержки) сторон в связи с третейским разбирательством, которые возникают по их инициативе в зависимости от обстоятельств дела.

К общим расходам следует отнести гонорары третейских судей, к ним относятся также вознаграждение секретариата суда, расходы на аренду помещения, организацию делопроизводства, техническое обеспечение, типографские и почтовые расходы.

Как правило, общие расходы включаются в третейский сбор, который оплачивается при подаче искового заявления.

Размер сбора определяется с учётом экономических расходов. При этом часто размер сбора устанавливается ниже размера государственной пошлины.

Ставки третейского сбора зависят от цены иска. Если постоянно действующий третейский суд образован и действует при юридических лицах, то ставки сбора (и, соответственно, гонораров судей) устанавливаются этой организацией. Главное при определении суммы сбора то, чтобы третейский суд компенсировал все общие расходы, связанные с деятельностью третейского суда.

К дополнительным расходам следует отнести: расходы, понесённые третейскими судьями, связанные с участием в деле, включая оплату проезда к месту рассмотрения; суммы, подлежащие выплате экспертам, переводчикам; расходы, понесённые судьями в связи с осмотром и исследованием письменных и вещественных доказательств на месте их нахождения; расходы, понесённые свидетелями.

Дополнительные расходы не включаются в третейский сбор и оплачиваются отдельно. Третейский суд может потребовать от стороны внесения аванса на покрытие расходов третейского суда.

Особое место в составе расходов занимают расходы на оплату услуг представителя стороны, в пользу которой состоялось решение.

Закрепилась практика по взысканию расходов за юридические услуги по подготовке и ведению дела, которая соответствует международной практике. Такие расходы подлежат возмещению той стороне, в пользу которой состоялось решение.

Представляется, что независимо от того, в каком порядке будет определено, как стороны несут расходы, размер третейского сбора целесообразно указывать в регламенте третейского суда или положении о третейских сборах.

Такой подход оправдан тем, что сторонам заранее видно, какие расходы они понесут при рассмотрении, и в каком порядке оплачивается сбор.

Следует отметить, что третейскому разбирательству не характерно освобождение от расходов, исходя из принципа равенства сторон. Это важно, поскольку до уплаты сбора дело остается без движения.

2 Судейский гонорар определяется с учётом цены иска, сложности спора, времени, затраченного на разбирательство и др. В зависимости от этих обстоятельств, размер гонорара может быть повышен путём увеличения сбора, в зависимости от Правил суда. Если повышение невозможно, вознаграждение может быть повышено организацией, при которой образован суд, по представлению председателя суда за счёт общих расходов. Безусловно, правила об этом должны быть определены в документах, регулирующих деятельность судов.

В третейских судах по рассмотрению конкретного спора как количество судей, так и размер гонорара определяется по договорённости сторон. Как правило, гонорар перечисляется либо на счета судей, либо на счёт председателя авансом, который после принятия решения по делу передаёт гонорар судьям.

При отсутствии договорённости размер определяется составом суда, однако обозначенные в норме критерии должны быть учтены.

3 Правила распределения расходов определяются в Регламенте или Положении о третейских сборах и расходах. Особенность заключается в том, что стороны могут договориться об этом между собой. Если соглашение отсутствует, то по общему правилу они распределяются в зависимости от судьбы иска. Если иск удовлетворён частично, то сбор возлагается на ответчика пропорционально части требований, в которой ему отказано.

В регламенте может быть установлено иное правило, в соответствии с которым суд может взыскать в пользу одной из сторон с другой стороны понесённые излишние расходы, вызванные нецелесообразными или недобросовестными действиями другой, приведшими к затягиванию сроков рассмотрения дела.

Любой вопрос по распределению разрешается третейским судом и излагается в мотивах решения или определения со ссылкой на Регламент или Положение. Возможно, уменьшение размера и частичный возврат сбора в случаях рассмотрения спора единолично судьёй, отзыва иска до первого слушания.

12.3 Субъекты третейского разбирательства

Понятие субъектов третейского разбирательства. К субъектам третейского разбирательства следует отнести третейского судью (арбитра); сторон разбираемого спора и других лиц, участвующих в деле.

В понятии «третейского суда» сфокусировано общее понятие о лицах, осуществляющих третейское разбирательство. Данное положение подчёркивает главное в статусности третейского судьи – наделение его разными полномочиями, надиктованными исключительной волей сторон, просящих о третейском разбирательстве. Причём наделение полномочиями может проходить двумя способами – либо через непосредственное избрание третейских судей сторонами, либо через назначение в порядке, который сторонами согласован.

Это положение отражает свободу волеизъявления лиц, передающих свой спор на разрешение третейского суда. В этом кроется одна из основных отличительных особенностей третейского разбирательства от государственного судопроизводства, осуществляемого профессиональными судьями.

Третейским судьёй может быть физическое лицо, причём понятие «физическое лицо» включает в себя не только граждан РФ, но и граждан иных государств, а также лиц без гражданства.

Суд как основной участник процесса.

Также установлено, что судьёй может быть лицо, независимое от сторон и прямо или косвенно не заинтересованное в исходе спора. От избранного в качестве судьи лица необходимо получить согласие на рассмотрение спора. Следует сказать, что судьёй не обязательно должно быть лицо, имеющее высшее юридическое образование, но единоличный арбитр или председательствующий состава суда должен его иметь. Это позволяет обеспечивать юридическую чистоту выносимых решений с позиции материального и процессуального права, а так же его принудительную исполнимость.

Стороны сами согласовывают требования, предъявляемые к квалификации судей. Правила третейских судов предусматривают, чтобы третейские судьи, включённые в список, обладали должной квалификацией. Третейским судьёй не может быть физическое лицо, имеющее судимость либо привлечённое к уголовной ответственности. Лицо, претендующее на должность судьи, должно быть дееспособно. Он не должен состоять под опекой или попечительством. Судье предъявляются высокие этические нормы. Требования к нему не могут быть ниже, чем к судьям в государственных судах. А это значит, что судьёй не может быть лицо, полномочия которого в качестве адвоката, нотариуса, следователя, прокурора прекращены в установленном законном порядке, за совершение проступков, несовместимых с профессиональной деятельностью. Третейским судьёй не может стать судья федерального суда и некоторые другие лица, поскольку их должностной статус не позволяет быть избранными в качестве таковых. Такой запрет позволяет исключить возникновение конфликта интересов.

Стороны определяют число судей, которое обязательно должно быть нечетным. Это предусмотрено для того, чтобы возможно было принимать решение большинством голосов. Если стороны не договорились об ином, то избираются 3 судьи.

Если при трех судьях все три голоса расходятся по поводу принимаемого решения, то Правилами можно предусмотреть, что голос председательствующего имеет решающее значение. Но сторонам предоставлено право передавать спор на рассмотрение судьи единолично. Это правило должно строго выполняться, т. к. его

нарушение может послужить основанием к отмене или к отказу в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда.

Состав третейского суда формируется сторонами путем избрания.

Термин «избрание» употребляется, когда стороны избирают судью либо из списка судей, либо из числа квалифицированных специалистов избранные сторонами судьи избирают председателей третейского суда.

Термин «назначение» употребляется, когда стороны поручают председателю третейского суда за них назначить судей из списка суда, либо когда судьи, избранные сторонами в установленный Регламентом срок не избирают председателя состава, и его назначает в соответствии с Регламентом председатель третейского суда.

Рассматривая вопрос о составе, важно избрать или назначить председателя. Поскольку по сложившейся практике на него возлагаются функции по подготовке и назначению дела к слушанию, организации и ведению устного процесса. Эти же функции возлагаются и на единственного судью.

В регламенте необходимо чётко определить процедуру и сроки формирования состава третейского суда, который должен предусматривать то, что третейский суд формируется в составе трёх судей, если стороны не договорились о том, что дело рассматривается единолично. Определяется порядком формирования состава суда. Истцу по обыкновению предлагается избрать третейского судью со своей стороны, обычно с подачей искового заявления. По его просьбе ему предоставляется список судей. А ответчику список направляется вместе с копией искового заявления. В регламенте рекомендуется предусмотреть, что если ответчик в установленный срок не избирает судью, то его назначает Председатель третейского суда.

Избранные сторонами или назначенные председателем судьи избирают из своего состава председателя. Если они нарушают срок избрания, то он назначается председателем третейского суда. Рекомендуется избирать также и запасных судей, которые впоследствии могут пригодиться, дабы обеспечить непрерывность разбирательства, когда основной судья не сможет участвовать в процессе.

Список третейских судей является, практически, визитной карточкой суда, поскольку в списке содержатся конкретные данные о каждом. Каждая кандидатура подлежит обсуждению по нравственным и деловым качествам, список утверждается президентом Торгово-промышленной палаты.

В случае, когда спор рассматривается единолично, и стороны в течение 15 дней не избирают его, то разбирательство прекращается, а дело передается на рассмотрение в компетентный суд.

Стороны третейского разбирательства

Стороны третейского разбирательства – организации; юридические лица; граждане, осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица и имеющие статус индивидуального предпринимателя, приобретенный в установленном законом порядке, которые предъявили иск в третейский суд в защиту своих прав и интересов, либо те, к которым иск предъявлен.

Иными словами, это тяжущиеся стороны. Поскольку третейский процесс имеет исковой характер, то сторона, которая предъявляет исковое требование в третейский суд, именуется истцом. Истец изыскивает возможность защитить нарушенное право или охраняемый законом интерес.

Сторона, к которой предъявлено такое требование, называется ответчиком (он призывается к ответу по заявленным требованиям).

Гражданское процессуальное законодательство, устанавливает более широкий круг участников гражданского процесса. Так, в государственном процессе помимо сторон участвуют заявители и заинтересованные лица, третьи лица, прокурор, государственные органы и органы местного самоуправления. Главное, что определяет стороны третейского разбирательства – это их добровольность на передачу рассмотрения спора в третейский суд. К тому, же мы должны определить их правосубъектность. Касаясь этого вопроса, логически правильно было бы применять нормы гражданского права. Юридическое лицо становится правосубъектным после регистрации в качестве такового. Гражданин становится

дееспособным по достижении возраста 18 лет, момента вступления в брак или эмансипации.

Далее у сторон в течение всего процессуального разбирательства имеются равные права и обязанности. Они в полной мере используют принцип диспозитивности.

Например, сторона, представляющая документы не на языке третейского разбирательства, обеспечивает их перевод.

Особенности участия в третейском разбирательстве других лиц.

Закон о третейских судах не упоминает о других лицах, участвующих в деле, за исключением экспертов.

В третейском разбирательстве, не могут участвовать прокурор, государственные органы и другие. Также в третейском споре не участвуют «заинтересованные лица» и «заявители», поскольку они участвуют в делах особого производства. Возникает вопрос о возможности быть участником третейского разбирательства третьих лиц. В ФЗ «О третейских судах в РФ» о третьих лицах ничего не сказано. В то же время невозможно исключить ситуацию, когда при разрешении спора могут быть затронуты права и интересы третьих лиц, в деле не участвующих, но связанных со сторонами по делу материальными правоотношениями. Процедура вступления указанных лиц в дело рассматривается третейским судом. Для привлечения к разбирательству третьего лица помимо согласия обеих сторон, требуется согласие самого привлекаемого.

Предполагается, что в некоторых случаях и без их на то согласия, третьих лиц следовало бы привлекать в процесс. Однако если рассмотреть этот вопрос с позиции третейского разбирательства в целом, то оно вступает в противоречие с главным правилом третейского разбирательства. Потому что в нашем случае должна обязательно присутствовать добровольность подчинения сторон юрисдикции третейского суда.

Что же касается процессуального правопреемства, то следует отметить, что отсутствует серьёзная теоретическая проработка данного вопроса.

На наш взгляд, доверительный характер отношений между сторонами невозможно передать правопреемнику. Следовательно, правильнее было бы продолжать рассмотрение спора через систему государственных судов. Исключением нужно признавать случаи отказа сторон третейского соглашения от сохранения доверительного характера отношений участников третейского разбирательства и соблюдения принципа добровольности волеизъявления сторон. Это может проявиться в возложении на председателя соответствующего суда в соответствии с регламентом назначение судьи, подчинение разбирательства определенной процедуре и др.

Согласно ФЗ «О третейских судах в РФ» в процедуре разбирательства могут принимать участие эксперты и переводчики. Они должны участвовать в деле с учётом воли одной из сторон. Давать законные заключения, и перевод должен быть надлежащим.

Стороны сами оплачивают услуги переводчика и эксперта.

При разбирательстве дела в процессе могут участвовать также свидетели. Их участие имеет большое значение в формировании доказательственной базы.

12.4 Порядок рассмотрения дела третейским судом

Если стороны не договорились об ином, третейское разбирательство осуществляется с участием сторон или их представителей. Это положение соответствует ст. 48 ч. 1 ГПК РФ и ст. 59 ч. 1 АПК РФ. Причём следует иметь в виду, что участие в деле лично не лишает стороны права иметь в деле представителей. В этом находит реализацию право каждого гражданина на получение квалифицированной юридической помощи, закреплённое в ст. 48 Конституции РФ.

Полномочия представителя оформляются доверенностью, оформленной надлежащим образом, а также удостоверенной в порядке ст. 185 ГК РФ, а полномочия адвоката - ордером. Поскольку речь может идти о рассмотрении

экономических споров, то доверенность должна быть подписана руководителем организации и скреплена печатью (согласно ст. 61 АПК РФ).

Следует заметить, что непредставление документов и неявка на заседания третейского суда участников разбирательства, надлежащим образом уведомленных о времени и месте заседания, не являются препятствием для принятия решения, если причина непредставления документов и иных материалов или неявки сторон на заседание признана судом неуважительной. Эта норма касается как обязанности сторон по доказыванию тех обстоятельств, на которые они ссылаются, так и выполнения сторонами требования суда о предоставлении дополнительных доказательств (в соответствии со ст. 27, 28 ФЗ).

Предусматриваются два условия, при которых третейское разбирательство может быть осуществлено, а решение принято: первым условием является надлежащее уведомление сторон или их представителей, под которым понимается уведомление или в порядке, согласованном сторонами, или в порядке, установленном ст. 4 ФЗ «О третейских судах в РФ».

Вторым условием является признание третейским судом причины непредставления документов или неявки сторон неуважительной. Следовательно, в обязанность третейского суда входит анализ ситуации, её оценка и отражение позиции суда в решении. Непредставление же ответчиком возражений против иска не может рассматриваться как признание требований истца. Это положение основано на презумпции неответственности. Истец должен доказать факты, свидетельствующие о том, что ответчиком допущено нарушение права. Поэтому само по себе отсутствие возражений ответчика без оценки иных, собранных по делу доказательств, не может быть положено в основу положительного для истца решения третейского суда.

Для того, чтобы рассмотреть спор по существу, третейский суд должен разрешить вопрос о своей компетенции. Этот вопрос рассматривается третейским судом неоднократно:

1) прежде всего на стадии принятия искового заявления к производству, которая в постоянно действующем третейском суде завершается соответствующим постановлением председателя третейского суда;

2) после того, как состав суда сформирован, ещё раз определяется с компетенцией. Это важно для придания силы принятому решению суда.

В ходе изучения исковых материалов третейский суд должен убедиться:

1) в наличии заключённого между сторонами третейского соглашения;

2) в юридической действительности соглашения;

3) в том, что третейское соглашение распространяется на данный спор.

Отрицательный ответ на любой из обозначенных параметров исключает компетенцию третейского суда. Если, например, по мнению председателя третейского суда соглашение имеет силу, но недействителен договор, частью которого это соглашение является, исковое заявление следует принять к производству, сформировать арбитражный состав, рассмотреть вопрос о своей компетенции применительно к данному договору.

Если арбитражный состав сочтёт, что соглашение недействительно, он не вправе рассматривать спор по существу и обязан вынести определение о прекращении третейского разбирательства, ввиду отсутствия компетенции третейского суда (по ст. 38 ФЗ).

Если, по мнению состава, третейское соглашение действительно, но ничтожен договор, все это оценивается по существу и выносится решение применительно к данному спору.

Суд, убедившись в своей компетенции, главное, не должен выходить за её пределы в момент рассмотрения спора.

Истец излагает свои требования в исковом заявлении, которое в письменной форме подается в суд. В нем должны быть указаны: дата, наименование сторон, обоснование компетенции третейского суда, требования истца, обстоятельства, на которых основаны требования, доказательства, подтверждающие их, цена иска, перечень прилагаемых к исковому заявлению материалов. Правилами третейского разбирательства могут быть предусмотрены дополнительные основания к

оформлению искового заявления. Оно подписывается истцом или представителем (с подтверждением полномочий). В ходе разбирательства стороны вправе изменить и дополнить требования и возражения.

Ответчик вправе представить в третейский суд отзыв на иск, изложив своё несогласие с иском. Оформляется отзыв по правилам и в сроки, которые предусмотрены Правилами третейского разбирательства. Если в Правилах ничего по данному поводу не сказано, то отзыв должен быть представлен до первого заседания третейского суда.

Встречный иск возможно предъявить при условии, что существует взаимная связь встречного требования с требованием истца, а также при условии, что встречный иск может быть рассмотрен третейским судом в соответствии с третейским соглашением. Он может быть предъявлен в любой момент в ходе третейского разбирательства, если какой-либо другой срок сторонами не согласован. Против встречного иска третейским судом принимаются возражения.

Само третейское разбирательство проводится в месте, о котором стороны договорились с учётом фактора удобства или обозначенном правилами, на русском языке (если стороны об ином не договорились). Обязательность перевода ложится на нуждающуюся в переводе сторону.

Разбирательство осуществляется по правилам – согласованным сторонами (*ad hoc*) или теми, что действуют в постоянно действующем третейском суде.

Сторонам предоставляются равные возможности для защиты своих прав. Действует правило о том, что каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основания своих требований и возражений.

Суд может лишь предложить сторонам изменить дополнительную доказательственную базу.

Если стороны не договорились об ином, то в заседании третейского суда ведётся протокол. Эта норма диспозитивная, т.е. позволяющая сторонам договариваться о том, должен ли составляться протокол заседания третейского суда. Требования к содержанию и правилам составления протокола законодателем чётко

не установлены. По всем этим вопросам стороны и постоянно действующий третейский суд свободны в их установлении.

Договоренность о содержании, порядке ведения протокола и его подписания может быть достигнута в соответствии с общим подходом к определению правил разбирательства.

Обычно в протоколе целесообразно указывать: дату и номер дела; место рассмотрения спора; наименование истца, ответчика и их представителей; состав суда; заявления, ходатайства и результаты их рассмотрения; наиболее важные пояснения сторон. Представляется целесообразным полностью излагать в протоколе резолютивную часть решения. Можно установить, что протокол подписывается составом суда или лицом, которое вело протокол.

Если это предусмотрено правилами или соглашением сторон, то протокол ведется секретарем либо иным лицом.

Предполагается, что это лицо должно входить в состав суда, поскольку заседания третейского суда преимущественно носят закрытый характер. Постороннее лицо недопустимо вводить в состав суда, поскольку не на члена суда нельзя распространить обязанность неразглашения сведений, полученных в ходе третейского разбирательства и невозможность допроса его в качестве свидетеля.

Особое внимание нужно уделить вопросу права сторон ходатайствовать о принятии обеспечительных мер.

Предполагая то, что ответчик может принять меры к сокрытию имущества, если узнает о том, что к нему предъявлен иск. Важно принять меры к сохранности, посредством обеспечительных мер – как разновидности правовой гарантии реальности исполнения в будущем вступившего в законную силу судебного акта предотвращения причинения значительного ущерба лицу, обратившемуся за защитой своих прав и законных интересов.

Теория третейского разбирательства выделяет два способа применения обеспечительных мер: 1) диспозитивный; 2) императивный.

Диспозитивный способ заключается в вынесении третейским судом определения об обеспечительных мерах и его добровольном исполнении стороной, в

отношении которой оно вынесено. Императивный способ заключается в обращении заинтересованной стороны в государственный суд с заявлением об обеспечении иска. В п. 1 ст. 25 ФЗ указано, если стороны не договорились об ином, третейский суд может по просьбе любой стороны распорядиться о принятии какой-либо стороной таких обеспечительных мер в отношении предмета спора, которые он считает необходимыми.

Третейский суд может потребовать от любой стороны предоставить надлежащее обеспечение в связи с обеспечительными мерами.

В исследуемом институте, стороны вправе добровольно исполнить решение третейского суда об обеспечительных мерах. При этом другая сторона может обеспечить возможные убытки другой стороне (например, путём резервных средств).

Обеспечительные меры в третейском суде могут быть самыми различными, например, предусмотренные ст. 91 АПК РФ, но с учётом специфики третейского разбирательства. Так, третейский суд не может применять такие меры как приостановление взыскания по исполнительному документу, поскольку такие дела не отнесены к компетенции третейского суда. Кроме того, обеспечительные меры третейского суда не могут распространяться на лиц, не являющихся участниками третейского разбирательства, в связи с чем третейский суд не может запретить третьим лицам исполнять обязательства перед одной из сторон.

Следует иметь в виду, что если рассматриваемый спор был подведомствен арбитражному суду, то заявление об обеспечении иска нужно подавать в арбитражный суд (27 АПК РФ). Соответственно, если суду общей юрисдикции, следовательно, заявление подаётся в суд общей юрисдикции (ч. 3 ст. 22 ГПК РФ).

Заявление об обеспечении иска, рассматриваемого в третейском суде, подаётся стороной в компетентный суд по месту рассмотрения спора. (ч. 5 ст. 238 АПК РФ).

Согласно ФЗ «О третейских судах в РФ» к заявлению об обеспечении следует приложить доказательства предъявления иска в третейский суд, определение третейского суда о принятии обеспечительных мер, а также доказательства уплаты

государственной пошлины в порядке и размерах, установленных федеральным законодательством.

В ч. 5 ст. 92 АПК РФ предусмотрен несколько иной круг прилагаемых документов. К их числу отнесены помимо заявления стороны третейского разбирательства об обеспечении иска:

- заверенная копия искового заявления, принятого к рассмотрению;
- заверенная копия соглашения;
- документ об оплате государственной пошлины (5-кратный минимальный размер оплаты труда).

Возникает вопрос: следует ли представлять определение третейского суда о принятии обеспечительных мер.

Представляется, чтобы принятие обеспечительных мер имело эффект неожиданности, имеет смысл сторонам сразу обращаться в арбитражный суд.

Поскольку на рассмотрение заявления об обеспечении иска, поданного в третейский суд, распространяются правила АПК РФ, то заявитель не лишён права предоставить встречное заявление, приложив об этом соответствующие документы.

Рассмотрение заявления об обеспечении иска компетентным судом и вынесение определения об обеспечении иска или об отказе осуществляются в порядке, установленном арбитражным или гражданским процессуальным законодательством.

Поскольку в ГПК РФ этот порядок чётко не прописан, рассмотрим на примере АПК РФ. В ст. 90 АПК РФ обеспечительные меры называются срочными и временными. Срочность означает безотлагательность разрешения заявления об обеспечительных мерах, а также процедурную упрощённость разрешения данного вопроса.

Наиболее важным является определение условий удовлетворения заявления об обеспечении иска, т.е. арбитражному суду необходимо установить предмет доказывания, в частности, юридические факты, образующие локальный предмет доказывания.

12.5 Рассмотрение третейских споров и вынесение решения. Акты третейского суда

Акты третейского суда принимаются в форме решений и определений.

Решение – это акт третейского суда, которым спор разрешён по существу.

Определение – это акт третейского суда, которым спор не разрешается по существу, но разрешается какой-либо вопрос, возникающий в третейском суде по взаимному спору.

Определения могут приниматься третейским судом по различным вопросам, возникающим в ходе третейского разбирательства на всех его этапах. В некоторых случаях это является обязательным:

1) о принятии искового заявления и назначении арбитров, о назначении дня и места третейского разбирательства по делу;

2) о наличии или отсутствии у третейского суда компетенции рассматривать переданный на его разрешение спор (ст. 17 ФЗ);

3) о принятии встречного иска и о его рассмотрении вместе с основным иском в рамках одного дела (ст. 24 ФЗ);

4) о принятии обеспечительных мер (ст. 25 ФЗ);

5) о назначении экспертизы (ст. 29 ФЗ);

6) об отказе в удовлетворении заявления о принятии данного решения (ст. 34 ФЗ);

7) о разъяснении решения либо об отказе в разъяснении решения (ст. 35 ФЗ);

8) об исправлении опечаток, опечаток, арифметических ошибок (ст. 36 ФЗ);

9) о прекращении третейского разбирательства (ст. 38 ФЗ);

10) о новом рассмотрении дела в случае отмены решения третейского суда компетентным судом и повторного обращения в третейский суд одной из сторон спора (ст. ст. 43 ФЗ).

Определения третейского суда могут быть вынесены в виде протокольного определения и в виде отдельного акта.

Определения, которые необходимо предъявить в какие-либо органы (например, в арбитражный суд о принятии обеспечительных мер) целесообразно выносить в виде отдельного акта.

Если оно выносится в виде отдельного акта, то должно содержать дату, место принятия, состав третейского суда, наименование сторон, номер дела, суть вопроса, позиции сторон по вопросу и как именно этот вопрос судом разрешён.

Определение подписывается всеми судьями и выдается сторонам по их просьбе.

В протокольном определении должны быть указаны: суть вопроса, позиции сторон и как этот вопрос разрешён. Если стороны захотят иметь такое определение на руках, то его следует оформить в виде выписки из протокола заседания суда.

Прекращение третейского разбирательства.

Случается, что разбирательство прекращается определением.

Перечень оснований, по которым можно вынести определение о прекращении, является исчерпывающим:

1) истец отказывается от своего требования, если ответчик не заявит возражений против разбирательства в связи с наличием у него интереса в разрешении спора по существу.

Отказ оформляется в письменной форме. Заявление должно быть рассмотрено третейским судом на своём заседании, где ответчику представится возможность высказать мнение о целесообразности прекращения третейского разбирательства. Если суд определит наличие у ответчика интереса, то правильнее продолжить рассмотрение;

2) если стороны достигли соглашения о прекращении третейского разбирательства. Это соглашение может быть достигнуто на любой стадии процесса до вынесения решения по существу. Соглашение обличается в письменную форму, где стороны обозначают свое согласие. Суд, получив соглашение, проверяет его оформление и, не вдаваясь в побудительные аспекты, прекращает разбирательство;

3) при заключении мирового соглашения о прекращении. Оно отличается от соглашения о прекращении тем, что в первом не могут содержаться условия по

предмету спора. А мировое соглашение – это способ разрешения спора по существу, который выработан самими сторонами. Оно обязательно должно быть в письменной форме, но, предположительно, должно содержать сведения об условиях, размере и сроках исполнения обязательств. Оно утверждается судом;

4) если третейский суд вынес определение об отсутствии компетенции для разрешения конкретного спора. Это может возникнуть на начальной стадии разбирательства (п. 2 ст. 17), а также в ходе разбирательства (п. 3 ст. 17);

5) ликвидация юридического лица или смерть гражданина, являющегося стороной по делу. Однако нужно иметь в виду, что о прекращении речь пойдёт, когда спор связан с личностью умершего (ст. 418 ГК РФ). В остальных случаях возможно предусмотреть правопреемство;

б) не рассматривается в суде спор в том случае, когда имеется вступившее в силу решение суда общей юрисдикции, арбитражного суда или третейского суда по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям. Это правило является отражением принципа всеобщей обязательности судебного акта, устанавливающего недопустимость повторного рассмотрения спора, уже разрешенного по существу. Единственное исключение сделано для случаев, когда суд отказывает в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда (п. 3 ст. 150 АПК РФ и ст. 220 ГПК РФ). В этом случае дело рассматривается по существу (чтобы не нарушить ст. 46 Конституции РФ). В этом случае также оформляется определение о прекращении.

В процессе разбирательства до вынесения третейским судом решения по существу спора стороны могут заключить мировое соглашение. Оно представляет собой договорённость сторон о порядке и условиях урегулирования разногласий. Мировые соглашения являются результатом компромисса, т.е. взаимных уступок сторон друг другу. Заключая его, стороны исходят из намерения охранять и развивать в последующем сложившиеся между ними хозяйственные отношения.

Заключив соглашение в процессе разбирательства, стороны могут обратиться к третейскому суду с просьбой о его утверждении. В этом случае третейскому суду следует проверить:

- соответствует ли соглашение предмету и основаниям возникшего спора, разрешение которого входило в компетенцию третейского суда;
- является ли соглашение выражением действительной воли сторон;
- соответствует ли соглашение законодательству, и не нарушает ли оно прав третьих лиц.

Если установлено отсутствие оснований, препятствующих принятию мирового соглашения, третейский суд утверждает его. Если сравнивать с АПК РФ, то согласно с АПК РФ (п. 5 ст. 141) арбитражный суд выносит определение об утверждении, а третейский суд должен изложить мировое соглашение в решении. Это связано с тем, что данным решением дело разрешается по существу.

Стороны, заключившие третейское соглашение, принимают на себя обязанность добровольно исполнять решение третейского суда и должны приложить все усилия к тому, чтобы решение было юридически исполнимо. Юридические затруднения с исполнением решения могут возникнуть как при добровольном, так и при принудительном исполнении.

Принятие решения третейским судом – заключительная часть процесса, итог исследования обстоятельств дела и их оценка. Закон устанавливает, что решение принимается большинством голосов судей, входящих в состав третейского суда. Из этого следует, что судьи имеют равные права при решении спора, мнение ни одного из судей не является приоритетным. Равенство судей определяется равенством сторон, их избравшим. Преимущество при голосовании не имеет и председатель третейского суда. Следовательно, при наличии разногласий арбитров решение может быть принято в том случае, если ими будет достигнут компромисс. Для этого и предлагается избирать судей в нечётном количестве, чтобы образовалось большинство.

Как правило, до принятия решения судом должны быть исследованы все обстоятельства дела. Однако нельзя исключить, что в процессе работы над решением арбитры признают необходимым отложить его принятие и провести дополнительные заседания для выяснения или уточнения некоторых обстоятельств. Такое право третейскому суду представлено при условии заблаговременного

направления сторонам уведомления о времени и месте заседания суда (п. 3 ст. 27 ФЗ).

Определение места принятия решения имеет большое значение для сторон, т.к. от него зависит, в какой именно суд они должны обращаться, если решат оспорить решение. Большое значение имеет также указание в решении дня его принятия, потому что с этого дня исчисляется срок для добровольного исполнения стороной решения третейского суда, по истечении которого в течение трёх лет сторона может подать заявление о выдаче исполнительного листа (п. 4 ст. 45).

Решение третейского суда излагается в письменной форме и подписывается третейскими судьями, входящими в состав третейского суда, в том числе третейским судьёй, имеющим особое мнение, которое прилагается к решению. В таком случае его мнение удостоверяет факт участия в разбирательстве дела и принятия решения. Особое мнение должно быть объявлено с самим решением, хотя прямого указания на это в законе нет. Юридической силы решения особое мнение не затрагивает, однако очевидно, что сторона, не согласная с решением, может в особом мнении найти аргументы для обоснования своего отношения к решению и обжалованию.

В решении должны быть указаны:

- 1) дата принятия решения;
- 2) место разбирательства;
- 3) состав третейского суда и порядок его формирования;
- 4) наименование адреса сторон и места нахождения организаций, являющихся сторонами третейского разбирательства;
- 5) обоснование компетенции третейского суда;
- 6) требование истца, возражения ответчика, ходатайства сторон;
- 7) обстоятельства дела, установленные третейским судом, доказательства, на которых основаны выводы третейского суда об этих обстоятельствах, законы и иные нормативные акты, которыми он руководствовался при принятии решения.

Резолютивная часть содержит выводы суда об удовлетворении или отказе в удовлетворении каждого требования. В резолютивной части определяется сумма

расходов, а так же их распределение. При необходимости – срок и порядок исполнения принятого решения.

Решение объявляется сразу же, что исключает постороннее влияние на судей, которое могло бы быть оказано на них в перерыве между окончанием рассмотрения дела и объявлением решения суда.

По сложным делам трудно, а иногда и невозможно написать сразу весь текст решения. Учитывая это, третейскому суду представлено право объявить только резолютивную часть решения. О форме, в которой объявляются решения, ФЗ умалчивает. Но, например, Регламент третейского суда при Торгово-промышленной палате РФ определяет, что резолютивная часть решения объявляется устно.

Если стороны не согласовали срок для направления решения, мотивированное решение должно быть направлено сторонам в срок, не превышающий 15 дней со дня объявления резолютивной части решения.

Следует иметь в виду, что эта норма диспозитивная, т.е. стороны могут установить и более длительный срок.

По общему правилу решение третейского суда является окончательным. Однако иногда третейский суд при определённых обстоятельствах вправе его дополнить (ст. 34), разъяснить (ст. 35) или исправить (ст. 36). Любая из сторон, уведомив другую сторону, может в течение 10 дней после получения решения третейского суда обратиться в этот же третейский суд с заявлением о принятии дополнительного решения в отношении требований, которые были заявлены в ходе третейского разбирательства, однако не нашли отражения в решении.

Разрешено данное заявление должно быть в течение 10 дней после получения.

Данное правило не должно применяться, если между сторонами отсутствует договорённость о недопустимости инициирования процедуры вынесения дополнительного решения. Это соглашение должно быть письменно подтверждено.

Следует иметь в виду, что инициировать принятие сможет только сторона третейского разбирательства, либо уполномоченный на это представитель, причём в

обязательном порядке нужно уведомить об этом другую сторону (отправить копии заказным письмом с уведомлением).

Получив заявление о принятии дополнительного решения, состав третейского суда выносит определение о назначении судебного заседания с указанием места и времени его проведения в пределах 10-дневного срока.

По результатам рассмотрения заявления о принятии дополнительного решения могут быть приняты следующие процессуальные акты:

- 1) определение об отказе в удовлетворении заявления о принятии дополнительного решения;
- 2) дополнительное решение.

При рассмотрении заявления третейский суд не вправе рассматривать и разрешать новые вопросы, которые не исследованы в судебном заседании. Принимая данное решение, третейский суд устраняет неполноту ранее принятого основного решения, если:

- 1) по одному из заявленных требований не было принято решение;
- 2) вопрос о праве стороны разрешён в принципе, но не принято конкретное решение;
- 3) в решении не разрешён вопрос о распределении между сторонами понесённых расходов.

Дополнительное решение является неотъемлемой частью основного решения, приобщается к нему и к материалам дела, а также вручается сторонам третейского разбирательства. На дополнительное решение также может быть выдан исполнительный лист.

В. Разъяснение решения третейского суда инициируется исключительно стороной. Необходимость в разъяснении решения возникает в случаях нечёткости или противоречивости содержащихся в резолютивной части положений, что влечёт за собой невозможность или затруднительность его исполнения. Главное, суд не должен затрагивать или изменять само решение. То есть суд, разъясняя решение, может лишь изложить его же в более полной, ясной форме.

По результатам рассмотрения заявления о разъяснении третейский суд выносит определение об отказе в разъяснении либо о разъяснении решения.

Последнее является неотъемлемой частью разъясняемого решения. По заявлению любой из сторон и по своей инициативе третейский суд вправе исправить допущенные описки, опечатки, арифметические ошибки.

Об исправлении описок, опечаток, арифметических ошибок третейский суд вносит определение, которое является составной частью решения.

12.6 Оспаривание решения третейского суда. Исполнение решения третейского суда

Понятие и процедура оспаривания решения третейского суда.

Когда в соглашении не предусмотрено условие об окончательности и неоспоримости решения, то оно может быть оспорено участвующей в деле стороной путём подачи заявления об отмене решения в компетентный суд в течение 3-х месяцев со дня получения стороной, решения третейского суда.

В качестве основания, исключающего оспаривание решения третейского суда в компетентный суд, может быть признано лишь включение сторонами в заключённое ими третейское соглашение условия о том, что решение суда будет являться для них окончательным.

Право на оспаривание принадлежит только сторонам. Оспаривание осуществляется путём подачи заявления об отмене решения в компетентный суд.

Дела об оспаривании решений, принятых по спорам, вытекающим из экономических отношений, а также из предпринимательской деятельности, подведомственны арбитражному суду. В этом случае подаётся заявление в арбитражный суд, на территории которого принято решение третейского суда.

Дела об оспаривании решений третейского суда по спорам, вытекающим из иных правоотношений, подведомственны судам общей юрисдикции.

Рассмотрим на примере АПК РФ.

Заявление подаётся в письменной форме (ст. 231 АПК РФ) и подписывается лицом, оспаривающим решение или его представителем.

В заявлении должны быть указаны:

- 1) наименование суда;
- 2) наименование и состав третейского суда;
- 3) наименование сторон третейского разбирательства, их место нахождения или жительства;
- 4) дата и место принятия решения, номер дела;
- 5) дата получения оспариваемого решения;
- 6) требования заявителя об отмене решения третейского суда, основания, по которым оно оспаривается.

К заявлению об отмене важно приложить:

- 1) заверенное подлинное решение или заверенная нотариусом копия;
- 2) соглашение или его заверенная копия;
- 3) документы, предоставляемые в обоснование требований об отмене решения;
- 4) документ, подтверждающий оплату государственной пошлины;
- 5) уведомление о вручении или иной документ, подтверждающий направление копии заявления другой стороне;
- 6) доверенность или иной документ, подтверждающий полномочия лица на подписание заявления.

Порядок оспаривания решения третейского суда.

Оспаривание решений третейского суда прописана гл. 46 ГПК РФ «Производство по делам об оспаривании решений третейского суда» и гл. 30 АПК РФ «Производство по делам об оспаривании решений третейского суда и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов».

Поскольку основные споры, рассматриваемые третейскими судами, исходят из экономических отношений, рассмотрим на примере АПК РФ (232). Заявление об оспаривании рассматривается судьёй единолично в срок, не превышающий месяца со дня его поступления в арбитражный суд, включая срок на подготовку дела к

судебному разбирательству и вынесения определения. При подготовке дела к разбирательству по ходатайству сторон судьей могут быть истребованы из третейского суда материалы дела, решение по которому оспаривается в арбитражном суде. Стороны извещаются о времени и месте заседания. Однако неявка не является препятствием для рассмотрения дела.

В соответствии со ст. 234 АПК РФ по результатам рассмотрения заявления об отмене решения, суд выносит определение, содержащее в себе:

- 1) сведения об оспариваемом решении третейского суда и о месте его принятия;
- 2) наименование и состав суда, принявшего решение;
- 3) наименование сторон разбирательства;
- 4) основания к отмене решения либо отказ в удовлетворении требования заявителя.

Основания для отмены решения скоординированы в 2 группы.

Первая охватывает случаи, когда решение оспаривается по мотивам нарушения процедуры разбирательства, причем бремя доказывания возложено на сторону, подавшую в компетентный суд заявление об отмене. К этой группе относятся:

- 1) недействительность третейского соглашения. Это может быть обусловлено нарушением требований, которым соглашение должно удовлетворять. (В соответствии с ФЗ «О третейских судах»);
- 2) несоответствие решения третейского суда условиям третейского соглашения;
- 3) нарушение порядка формирования состава третейского суда либо процедуры третейского разбирательства;
- 4) отсутствие у проигравшей стороны возможности представить третейскому суду свои объяснения. Это может быть обусловлено неуведомлением о месте и времени заседания или, например, при отклонении третейским судом своевременно поданного ходатайства об отложении и др.

Вторая группа оснований для отмены включает случаи, когда дефекты решений обусловлены нарушением предметной компетенции третейского суда либо противоречием решения основополагающим принципам российского права.

Неподведомственность выражается в том, что спор не может быть предметом третейского разбирательства.

Противоречие решения суда основополагающим принципам права можно констатировать, когда третейский суд своим решением обязывает стороны исполнить сделку, совершённую с целью, заведомо противоречащей основам правопорядка или нравственности (ст. 169 ГК РФ). В этих случаях решение подлежит отмене, независимо от того, имеется ли ссылка именно на эти основания в заявлении проигравшей стороны. То есть у компетентного суда есть право по собственной инициативе проверить обозначенные параметры.

Последствия отмены решения третейского суда.

По общему правилу, отмена решения третейского суда компетентным судом не препятствует сторонам повторно обратиться в суд, если возможность таковой не утрачена. В случае отмены, стороны вправе передать спор на рассмотрение третейского суда (повторно) или обратиться в арбитражный суд или суд общей юрисдикции в порядке, предусмотренном арбитражным процессуальным и гражданским процессуальным законодательством.

В некоторых случаях возможность повторного обращения в третейский суд (после отмены) исключается.

Это происходит, когда решение отменено полностью или в части вследствие недействительности соглашения о третейском разбирательстве.

При этих условиях стороны вправе обратиться за разрешением соответствующего спора в компетентный суд.

Исполнение решения третейского суда.

Добровольно принимая на себя обязанности подчиниться принятому решению, стороны принимают на себя обязанности по исполнению решения. Поскольку по общему правилу решение должно быть исполнено в срок, оговоренный в решении, если же срок не установлен в решении, то оно должно

подлежать немедленному исполнению. Допустимо воспользоваться механизмом принудительного исполнения, если после получения письменного предложения о добровольном исполнении в пределах разумного срока (необходимого для пробега корреспонденции) нет ответа от проигравшей стороны, равно как и нет исполнения.

Если решение не исполнено добровольно в обусловленный сторонами срок, то оно подлежит принудительному исполнению. Принудительное исполнение решения третейского суда осуществляется по правилам исполнительного производства.

Заявление о выдаче исполнительного листа подается в компетентный суд стороной, в пользу которой было вынесено решение.

Требование к заявлению о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда по экономическому спору изложено в ст. 237 АПК РФ, где предусмотрено, что заявление должно быть оформлено в письменной форме и подписано лицом, в пользу которого принято решение.

Заявление должно содержать:

- 1) наименование суда, в который подаётся заявление;
- 2) наименование и состав суда, принявшего решение;
- 3) наименование сторон;
- 4) дату и место принятия решения суда;
- 5) требование заявителя о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда;

В заявлении рекомендуется указать номера телефонов, факсов, адреса электронной почты и иные сведения. Аналогичные требования сформулированы в ст. 424 ГПК РФ, предусматривающие кроме этого, что в заявлении должна быть указана дата получения решения третейского суда стороной, обратившейся с заявлением.

К заявлению прилагаются:

- 1) оригинал или копия решения третейского суда;
- 2) оригинал или копия третейского соглашения;
- 3) документы, подтверждающие уплату государственной пошлины.

Заявление подается не позднее трех лет, если оно было подано с пропуском срока, возвращается компетентным судом без рассмотрения, о чем выносится определение.

Компетентный суд вправе восстановить срок.

Заявление о выдаче исполнительного листа рассматривается судьей компетентного суда единолично в течение одного месяца. О времени и месте рассмотрения указанного заявления уведомляются стороны. В результате рассмотрения выносится определение о выдаче исполнительного листа либо об отказе.

Основания для отказа в выдаче исполнительного листа.

Рассматривая заявление о выдаче исполнительного листа суд не вправе исследовать обстоятельства, установленные третейским судом, либо пересматривать решение третейского суда по существу.

Суд выносит определение об отказе в случаях:

- третейское соглашение является недействительным;
- решение суда принято по спору, не предусмотренному третейским соглашением;
- состав третейского суда или третейское разбирательство не соответствовали требованиям закона;
- сторона, против которой было принято решение третейского суда, не была должным образом.

Так же решение отменяется, когда компетентный суд установит, что:

- спор не может быть предметом третейского разбирательства в соответствии с федеральным законом;
- решение третейского суда нарушает основополагающие принципы российского права.

В случае вынесения компетентным судом определения об отказе в выдаче исполнительного листа стороны вправе в соответствии с третейским соглашением обратиться в третейский суд либо компетентный суд с соблюдением правил подведомственности и подсудности.

Список использованных источников

- 1 Российская Федерация. Конституция (1993). Конституция Российской Федерации : офиц. текст. – М. : Маркетинг, 2001. – 39 с. – ISBN 5-94462-025-0.
- 2 Российская Федерация. Законы. Гражданский кодекс Российской Федерации: в 4 ч. : Часть первая : федер. закон : [принят Гос. Думой 21 октября 1994 г.: по состоянию на 6 апреля 2011 г.] // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1994. - № 32. - Ст. 3301.
- 3 Российская Федерация. Законы. Арбитражный процессуальный кодекс: [федер. закон : принят Гос. Думой 14 июня 2002 г.: одобрен Советом Федерации 10 июля 2002 г. : по состоянию на 06 апреля 2011 г.] // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2002. - № 30. - Ст. 3012.
- 4 Российская Федерация. Законы. О третейских судах в РФ: [федер. закон : принят Гос. Думой 21 июня 2002 г. : одобр. Советом Федерации 10 июля 2002 г.] // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2002. - № 30. - Ст. 3019.
- 5 Российская Федерация. Законы. О саморегулируемых организациях: [федер. закон : принят Гос. Думой 16 ноября 2007 г. : одобр. Советом Федерации 23 ноября 2007 г.] // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2007. - № 49. - Ст. 6076.
- 6 Российская Федерация. Законы. Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации): [федер. закон : принят Гос. Думой 7 июля 2010 г. : одобр. Советом Федерации 14 июля 2010 г.] // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2010. - № 31. - Ст. 4162.
- 7 О практике рассмотрения судами дел о защите прав потребителей: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 сентября 1994 г. № 7 // Российская газета. – 1994. – 26 ноября (№ 230). – С. 5.
- 8 Антокольская, М. В. Семейное право: учебник / М. В. Антокольская. - М.: Юристъ, 2008. – 342 с. - ISBN 978-5-91768-069-9.
- 9 Вергасова, Р. И. Нотариат в РФ: учеб. пособие / Р. И. Вергасова. – М.: Юрист, 2003. – 363 с. - ISBN 978-5-91768-008-8.

- 10 Гражданское право: учебник: в 3 т. / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. – Т. 1. - 765 с.; Т. 2 – 848 с.; Т. 3 – 784 с. - ISBN 5-98032-911-0; 5-98032-379-1; 5-482-00028-1.
- 11 Гражданский процесс / под ред. В. А. Мусина, Н. А. Чечиной, Д. М. Чечота. - М.: ПРОСПЕКТ, 1998. - 467 с.
- 12 Грибанов, В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав / В. П. Грибанов. - М.: Статут, 2000. – 284 с.
- 13 Дэна, Д. Преодоление разногласий: как улучшить взаимоотношения на работе и дома / Д. Дэна. – СПб: АОЗТ «Институт личности», 1994. - 138 с.
- 14 Ефремова, Т. Ф. Современный толковый словарь русского языка / Т. Ф. Ефремова. – М.: АСТ, 2006. – 1168 с. - ISBN 5-17-029521-9.
- 15 Запрудский, Ю. Г. Социальный конфликт (политологический анализ) / Ю. Г. Запрудский. – Ростов-на-Дону: Изд-во Ростовского ун-та, 1992. - 120 с.
- 16 Калинин, В. В. Образцы нотариальных документов с комментариями / В. В. Калинин. – М.: Омега-Л, 2007. – 208 с. - ISBN 978-5-365-008.
- 17 Кураков, Л. П. Экономика и право: словарь-справочник / Л. П. Кураков, В. П. Кураков, А. Л. Кураков. – М.: Гелиос-АРВ, 2004. - 1072 с. - ISBN 5-94378-062-9.
- 18 Ожегов, С. И. Словарь русского языка / С. И. Ожегов; под ред. Ю. Н. Шведовой. - М.: Русский язык, 1983. – 916 с.
- 19 Плетнев, М. Ю. Нотариат: учеб. пособие / М. Ю. Плетнев. – М.: Экзамен, 2003. – 192 с. - ISBN - 5-94692-172-X.
- 20 Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / под ред. А. Я. Сухарева. – М.: Норма, 2003. – 976 с. - ISBN 5-89123-725-3.
- 21 Пчелинцева, Л. М. Семейное право России: учебник для вузов / Л. М. Пчелинцева - М.: Юрист, 2007. – 720 с. - ISBN 978-5-468-00090-8.
- 22 Свердлык, Г. А. Защита и самозащита гражданских прав / Г. А. Свердлык, Э. Л. Страунинг. - М.: Лекс-книга, 2002. - 208 с. - ISBN 5-94558-002-3.
- 23 Фишер, Р. Путь к согласию или переговоры без поражения / Р. Фишер, У. Юри. – М.: Наука, 1992. - 158 с.

- 24 Альбиков, И. Р. Особенности изменений и расторжения брачного договора / И. Р. Альбиков // Мировой Судья. - 2010. - № 9. - С. 2-3.
- 25 Богданова, Е. Е. Формы и способы защиты гражданских прав и интересов / Е. Е. Богданова // Российское право. – 2003. - № 6. – С. 25-31.
- 26 Брагинский, М. И. Возникновение гражданских прав и обязанностей, осуществление и защита гражданских прав / М. И. Брагинский // Комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей / под общ. ред. М. И. Брагинского. - М.: Фонд «Правовая культура», 1995. - С. 5-15.
- 27 Витман, Е. В. Разграничение самоуправства и самозащиты права / Е. В. Витман // Юридические науки. - 2006. - № 2. – С. 23-27.
- 28 Восковский, А. Медиация в России: легализация и перспективы развития / А. Восковский // Экономика и жизнь. - 2010. - № 31. – С. 4-9.
- 29 Городисская, Е. Ю. Особенности правового регулирования брачного договора / Е. Ю. Городисская // Закон. - 2010. - № 1. - С. 44-48.
- 30 Давыденко, Д. Л. Примирительные процедуры в России: не пора ли ликвидировать отставание? – Режим доступа: http://mediators.ru/rus/about_mediation/literature/text17.
- 31 Егорычев, А. И. Медиация (примирение сторон). – Режим доступа: <http://zakon.perm.ru/pub/mediaciya>.
- 32 Жуйков, В. Нотариат «разгружает» суды / В. Жуйков // Российская юстиция - 2000. - № 3. - С. 31-34.
- 33 Звенигородская, Н. Ф. Действие брачного договора во времени / Н. Ф. Звенигородская // Нотариус. - 2005. - № 2. - С. 9-11.
- 34 Иванова, Е. Н. Медиация как альтернативный суду способ разрешения конфликтов / Е. Н. Иванова // Развитие альтернативных форм разрешения правовых конфликтов: учебно-методическое пособие / под ред. М. В. Немытиной. – Саратов: Изд-во Саратовской гос. акад. права, 1999. – С. 28-33.
- 35 Калашников, Д. В. Переговорный метод управления конфликтом / Д. В. Калашников // Социологические исследования. – 1998. – № 5. – С. 27-31.

- 36 Калашникова, С. И. Медиация в сфере гражданской юрисдикции. – Режим доступа: <http://www.usla.ru/structure/dissovet/Kalashnikova-aref.pdf>.
- 37 Костычева, А. И. Наследование по завещанию / А. И. Костычева // Нотариальный вестник. - 2003. - № 2. - С. 14-16.
- 38 Литвинов, А. В. Введение в медиацию. – Режим доступа: http://samlib.ru/l/litwinow_aleksandr_walentinowich/med1.shtml.
- 39 Львова, О. А. Медиация-шаг вперед к гражданскому обществу / О. А. Львова // Российская юстиция. – 2010. - № 1. – С. 11-14.
- 40 Модестов, В. А. Понятие и сущность медиации в современной России / В. А. Модестов, А. В. Модестова. - Режим доступа: <http://library.krasu.ru/ft/ft/b72/0227142/pdf/10/37a.pdf>.
- 41 Молчанов, В. В. Правовое регулирование деятельности третейских судов для разрешения экономических споров / В. В. Молчанов // Законодательство. – 1997. - № 1. – С. 93-102.
- 42 Носенко, Л. И. Некоторые вопросы применения принципа «Осуществления правосудия только судом» / Л. И. Носенко // Вестник Оренбургского государственного университета. – 2010. - № 3. - С. 132-136.
- 43 Носырева, Е. И. Нотариат и альтернативные процедуры урегулирования споров / Е. И. Носырева // Нотариат, государственная власть и гражданское общество: современное состояние и перспективы: материалы Всероссийской научно-практической конференции. – М.: ФРПК, 2007. – С. 63-67.
- 44 Осутин, С. В. Пресс интервью с Осутиным Сергеем Владимировичем. – Режим доступа: <http://centernpm.com/menu/mediation/media.press>.
- 45 Правовое регулирование медиации: материалы сайта юридической компании Аймрайт. – Режим доступа: <http://imright.ru/analitika/pravovoe-regulirovanie-mediacii>.
- 46 Удова, О. Медиация как альтернативный способ разрешения споров. – Режим доступа: <http://www.legist.md/rus/mediation>.
- 47 Циллессен, Х. Команда на взлетной полосе / Х. Циллессен // Медиация и право. – 2006. – № 1. – С. 32-39.

48 Шамликашвили, Ц. А. Внедрение медиации в России. – Режим доступа: <http://www.mediacia.com/publications/81.html?PHPSESSID=ou0gp78af66efl2dsvtpb9b913>.

49 Яковлев, В. Ф. Закон свободного примирения / В. Ф. Яковлев // Медиация и право. – 2006. – № 1. – С. 16-19.

50 Ярков, В. В. Нотариат в правовой системе России / В. В. Ярков // Нотариус. - 1997. - № 2. - С. 4-8.