

НЕСКОЛЬКО ЗАМЕЧАНИЙ ПРИМЕНИТЕЛЬНО К СТАТЬЕ 11 ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Статья содержит комментарий к статье 11 Гражданского кодекса Российской Федерации. Автор рассматривает актуальные проблемы защиты субъективных гражданских прав, анализирует особенности защиты гражданских прав как института гражданского права.

Ключевые слова: *защита гражданских прав, комментарий.*

Статья 11 ГК РФ «Судебная защита гражданских прав» содержит всего два коротких абзаца: «1. Защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляет в соответствии с подведомственностью дел, установленной процессуальным законодательством, суд, арбитражный суд или третейский суд (далее – суд).

2. Защита гражданских прав в административном порядке осуществляется лишь в случаях, предусмотренных законом. Решение, принятое в административном порядке, может быть оспорено в суде».

Как правило, и комментарии к данной статье весьма коротки. В большинстве случаев они ограничиваются упоминанием того, что ст. 11 ГК РФ закрепляет правило о том, что субъективные гражданские права подлежат судебной защите вне зависимости от специального указания на это в ГК РФ и других законах, а также ссылки на то, что суд может защищать как нарушенное, так и оспариваемое право. Кроме того, в комментариях обычно перечисляются осуществляющие судебную защиту органы – это суд, арбитражный суд, третейский суд.

В рамках настоящей статьи предполагается разобрать несколько аспектов защиты гражданских прав, скрывающихся за столь краткими формулировками закона и немногословными комментариями.

I. О «равноправии» объектов правовой защиты – субъективного гражданского права и охраняемого законом интереса

В литературе нередко встречаются указания на значительное многообразие содержания субъективных гражданских прав. Но, придер-

живаясь позиции В.С. Ема, следует признать, что это многообразие исчерпывается разновариантными комбинациями трех правомочий: (1) *правомочие требования*; (2) *правомочие на собственные действия*; (3) *правомочие на защиту прав*¹.

Очевидно, что третье правомочие – правомочие на защиту прав (право на защиту субъективных гражданских прав) входит в качестве составляющей в каждое субъективное гражданское право². Но это правомочие неактивно и находится в «дремлющем» состоянии ровно до того момента, когда требуется его реализация.

В отечественном праве сложилось мнение, что защита гражданских прав должна иметь место в двух случаях, упомянутых в п. 1 ст. 11 ГК РФ. К ним, как известно, относятся:

– **нарушение гражданских прав**, которое рассматривается в большинстве случаев как *посягательство* на субъективное гражданское право управомоченного лица либо *противодействие управомоченному лицу* в осуществлении принадлежащих ему прав³;

– **оспаривание гражданских прав**, под которым принято понимать *разногласия сторон гражданского правоотношения в отношении их прав и обязанностей*, что создает управомоченному лицу препятствия в нормальном осуществлении принадлежащего ему права⁴.

Практически общепризнанной стала позиция, согласно которой *в отсутствие явного нарушения или оспаривания прав* нет оснований поднимать и вопрос о защите. Поэтому в ситуациях, когда участники оборота пытаются, в частности, заблаговременно подкрепить прочность своего правового положения в условиях отсутствия посягательства на их права или оспаривания их прав (предъявляя,

¹ Гражданское право: Учебник: В 2 т. / Под ред. Е.А. Суханова. М.: БЕК, 1993. Т. 2. С. 47 (автор – В.С. Ем).

² И обеспечивая возможность применения лицом, право которого нарушено, различных средств правовой защиты (см. подробнее: *Рожкова М.А. Средства и способы правовой защиты сторон коммерческого спора*. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 19–25).

³ Нарушение прав может осуществляться как путем совершения действия (т.е. активная форма: например, незаконное владение чужой вещью, нарушение договорных обязательств и т.д.), так и посредством бездействия (т.е. пассивная форма: в частности, нарушение договорных обязательств в большинстве случаев состоит в неисполнении принятой обязанности).

⁴ В частности, такого рода разногласия могут возникнуть в отношении объекта права (например, несколько лиц претендуют на исключительное право на произведение, оспаривая права друг друга), в отношении предмета договора (например, между сторонами договора возникли разногласия в отношении объема обязанностей одной из сторон договора) и т.п.

например, исковое требование о признании договора заключенным или сделки — действительной), их действия не признаются реализацией права на защиту. Именно в отношении подобных ситуаций Т.М. Яблочков и писал в свое время: «Суд не работает зря и на всякий случай!»¹

Вместе с тем в условиях развития гражданского оборота возникает все большее число случаев, когда **в защите нуждается** не нарушенное или оспариваемое право, но **охраняемый законом интерес лица** (физического или юридического).

Следует специально подчеркнуть, что в подобных случаях речь идет, конечно, не о всяком интересе — защите подлежит именно *охраняемый законом* (т.е. законный) *интерес*². Но интерес может быть и противоправным: это имеет место, например, при совершении действий по осуществлению гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу³. Как определить, в каких случаях интерес должен получить полноценную защиту подобно той, какую получает субъективное гражданское право?

Отвечая на данный вопрос, надо отметить, что иногда закон прямо признает, что лицо, не обладающее субъективным гражданским пра-

¹ Цит. по: *Попов Б.В.* Мировая сделка, прекращение дела и судебное решение // Вестник права. 1915. № 29. С. 842.

² Существует, впрочем, целая плеяда отечественных авторов, которые обосновывают необходимость различия понятия «законный интерес» и «охраняемый законом интерес», углядывая в этом какую-то научную значимость и полезность.

³ Разновидности злоупотребления правом в ГК РФ не представлены исчерпывающим образом: в п. 1 ст. 10 упоминаются только использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции и злоупотребление доминирующим положением на рынке, а также совершение действий по осуществлению принадлежащего права исключительно с намерением причинить вред другому лицу. Иные разновидности случаев злоупотребления правом упоминаются в Обзоре практики применения арбитражными судами статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации, утв. Информационным письмом Президиума ВАС РФ от 25.11.2008 № 127. В нем, в частности, упоминаются:

— расторжение учредителем учреждения договора аренды и выселение учреждения из занимаемых помещений, направленное, по сути, на прекращение деятельности данного учреждения (п. 3);

— предъявление акционером требования о созыве внеочередного собрания акционеров по одному и тому же вопросу, нацеленное на причинение вреда акционерному обществу (п. 4);

— определение в уставе или внутреннем документе акционерного общества в качестве мест проведения общих собраний акционеров населенных пунктов, находящихся за пределами России (п. 5) и проч.

вом, может при этом иметь охраняемый законом интерес, который подлежит защите. Так, ст. 13 ГК РФ закрепляет возможность признания недействительным ненормативного акта не только в случае нарушения им гражданских прав, но и охраняемых законом интересов гражданина или юридического лица.

Однако в большинстве случаев материальное законодательство не упоминает возможность защиты охраняемого законом (законного) интереса. В этих условиях при обосновании потребности в защите заинтересованные лица опираются на нормы *процессуального законодательства*, которое традиционно выделяет законный интерес в качестве самостоятельного объекта правовой защиты наряду с полноценным субъективным правом (см., например, ст. 2 ГПК РФ¹; п. 1 ст. 2 АПК РФ²; п. 2 ст. 3 КАС РФ³).

Сравнительно редкое упоминание охраняемого законом (законного) интереса в материальном законодательстве и обязательность его защиты, установленная процессуальным законом, привели к тому, что законный интерес в какой-то момент стал пониматься практически как категория процессуального права, разработкой которой вплотную занялись ученые-процессуалисты.

Анализируя рассматриваемую категорию, М.А. Гурвич пришел к выводу, что в отличие от субъективного права охраняемый законом интерес (законный интерес) — это «выгода, обеспеченная не нормой материального права, а охранительной, прежде всего, процессуаль-

¹ Предложение первое ст. 2 ГПК РФ закрепляет: «Задачами гражданского судопроизводства являются правильное и своевременное рассмотрение и разрешение гражданских дел в целях защиты нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан, организаций, прав и интересов Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований, других лиц, являющихся субъектами гражданских, трудовых или иных правоотношений».

² Пунктом 1 ст. 2 АПК РФ к задачам судопроизводства в арбитражных судах отнесены: «защита нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов лиц, осуществляющих предпринимательскую и иную экономическую деятельность, а также прав и законных интересов Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, органов государственной власти Российской Федерации, органов государственной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц в указанной сфере».

³ В соответствии с п. 2 ст. 3 КАС РФ задачами административного судопроизводства являются в том числе «защита нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан, прав и законных интересов организаций в сфере административных и иных публичных правоотношений».

ной нормой»¹. В литературе обычно отмечается, что предложенное ученым понимание не встретило поддержки как у цивилистов того времени, так и у представителей процессуальной науки². Однако такой вывод делается без учета того, что существующие в 60–70 гг. прошлого столетия реалии не позволяли отечественным ученым соглашаться с «приравнением» законных интересов к выгоде, в принципе чуждой социалистическому правосознанию.

Между тем предложенное М.А. Гурвичем понимание охраняемого законом интереса, если не подходить к нему буквально (как исключительно к финансовой пользе, прибыли), а рассматривать как пользу, полезность в широком смысле, на самом деле весьма точно отражает сущность разбираемого понятия. При этом следует отметить, что исходя из смысла п. 3 ст. 1 ГК РФ обман или злоупотребление правом, допускаемые лицом при извлечении выгоды или пользы (либо их защите), исключают возможность причисления их к «охраняемым законом интересам»³.

Важно подчеркнуть и еще одно обстоятельство: в отличие от субъективного гражданского права, которое подлежит защите в случае его нарушения или оспаривания, охраняемый законом интерес может потре-

¹ Гурвич М.А. Гражданские процессуальные правоотношения и процессуальные действия // Труды ВЮЗИ. М., 1965. Т. 3. С. 86.

² Так, В.В. Субочев пишет о том, что «данная точка зрения была подвергнута справедливой критике, причем не только представителями науки материального права (см.: Грибанов В.П. Интерес в гражданском праве // Советское государство и право. 1967. № 1. С. 52; Тархов В.А. Некоторые вопросы охраны имущественных прав трудящихся по советскому гражданскому законодательству // Ученые труды Саратовского юридического института. Саратов, 1969. Вып. 2. С. 91), но и самими процессуалистами (см.: Лукасян Р.Е. Проблема интересов в советском гражданском процессуальном праве. Саратов, 1970. С. 37; Четот Д.М. Субъективное право и формы его защиты. Л., 1968. С. 42–43)» (Субочев В.В. Законные интересы / Под ред. А.В. Малько. М.: Норма, 2008 (СПС «КонсультантПлюс»)).

³ В связи с этим под заинтересованным лицом следует понимать субъекта права, который добросовестно защищает то, что для него является выгодным, полезным (в широком смысле). Следует согласиться с позицией о недопустимости при определении заинтересованности лица использовать какие-либо дополнительные критерии, прямо не вытекающие из закона, притом что наличие злоупотребления или обмана исключают законность и, следовательно, признание за лицом охраняемого законом (законного) интереса (см. об этом: Михайлов С.В. К вопросу об определении заинтересованности лица, подавшего заявление о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака в связи с его неиспользованием // Журнал Суда по интеллектуальным правам (<http://ipcmagazine.ru/trademark-law/to-the-question-about-the-definition-of-interest-of-the-person-who-submitted-the-application>)).

бовать защиты и в ситуации *отсутствия его нарушения*. В литературе упоминаются различные случаи наличия у лица охраняемого законом интереса, среди которых, в частности:

– интерес, который *еще «не оформлен»* субъективным гражданским правом (например, в случае, когда стороны не могут договориться на стадии заключения договора и обязательственное правоотношение между ними еще не возникло, обращение в суд с требованием о разрешении разногласий по ст. 446 ГК РФ нацелено на защиту именно законного интереса. Обращение в суд свидетельствует о том, что по крайней мере для истца выгодно (полезно) заключение этого договора);

– интерес, который имеет место в том случае, если в результате нарушения было *уничтожено субъективное право* (обычно в качестве примера приводится случай уничтожения вещи, вместе с которой погибает и право собственности на нее, – в результате право собственности не может быть защищено, а защищается законный интерес бывшего собственника вещи, требующего соответствующей компенсации);

– интерес, который *не требует «оформления»* субъективным правом, но прямо защищается гражданским законодательством (в частности, это тот случай, когда лицо, не участвующее в спорном правоотношении в силу закона, имеет право оспаривать действительность гражданско-правовой сделки в силу ст. 173 ГК РФ);

– интерес, который нуждается в защите по причине *незаконного возложения на лицо обязанностей или ответственности*, причем как гражданско-правовых (например, начисление санкции за неисполнение обязательств по незаключенному договору), так и административных, вытекающих из публичных отношений (необоснованное взыскание административного штрафа).

Таким образом, в отличие от субъективного гражданского права, подлежащего защите в случае его нарушения или оспаривания, *защита охраняемого законом интереса* может иметь место тогда, когда *лицо, не обладающее субъективным гражданским правом и добросовестно действующее к своей выгоде или пользе, использует предусмотренные законом способы и средства правовой защиты*.

При этом изложенное в данной части настоящей статьи позволяет сделать следующий вывод. Защита не может рассматриваться как субъективное *гражданское* право, поскольку «сопровождает» охраняемый законом интерес, в том числе возникающий, например,

из административных и иных публичных отношений (в частности, при незаконном возложении на лицо публичной обязанности или ответственности, неправомерном изъятии имущества актом органа власти и проч.).

II. О защите гражданских прав в административном порядке и административной юрисдикции

Как известно, в гражданском праве традиционно различают две формы защиты прав: *неюрисдикционную* (когда лицо самостоятельно защищает свои права, не прибегая к помощи административных или судебных органов) и *юрисдикционную* (о ней речь идет тогда, когда за защитой своих прав лицо обращается к соответствующим органам, уполномоченным выносить обязательное для спорящих сторон решение)¹.

Использование *неюрисдикционной* формы защиты права подразумевает, что субъект, чьи гражданские права нарушаются или оспариваются, может:

– *применять к нарушителю меры оперативного воздействия* – традиционные для договорных обязательств способы защиты, которые не предполагают обращение кредитора (субъекта защиты) к компетентным органам. Это может быть, например, задержка выдачи груза получателю или отправления груза до внесения нарушителем всех причитающихся платежей, приостановление исполнения в одностороннем порядке, отказ от принятия ненадлежащего исполнения, отказ во встречном удовлетворении по причине ненадлежащего исполнения обязательства и т.д.;

– *использовать самозащиту*, т.е. осуществлять действия не правового, а фактического характера²;

¹ В п. 1.1 § 3 разд. II Концепции совершенствования общих положений ГК подчеркивалась необходимость введения в ст. 11 ГК РФ указаний на возможность применения субъектами права неюрисдикционной формы защиты, обоснованием чего было следующее: «Подобное упоминание всех возможных форм защиты гражданских прав в рамках одной статьи обеспечит необходимые практике ориентиры и создаст правовые основы для развития внесудебных форм защиты прав (например, примирительных процедур)». К сожалению, данное заключение не нашло поддержки у законодателя.

² *Рожкова М.А., Кузнецова Л.В.* Комментарий к главе 2 Гражданского кодекса Российской Федерации // Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий к главам 1–6 / Под ред. Л.В. Санниковой. М.: Статут, 2015. С. 113–117 (автор комментария к ст. 14 – М.А. Рожкова) (СПС «КонсультантПлюс»).

— совершать действия, направленные на урегулирование возникшего спора, — прежде всего это переговоры сторон, претензионный порядок урегулирования спора¹, а также иные действия, не предполагающие обращение к государственным органам и нацеленные на прекращение спора между сторонами² (использование различного рода примирительных процедур, обращение к помощи посредников, не обладающих правом выносить обязательные для сторон решения, в том числе медиаторов)³.

Применение **юрисдикционной** формы защиты права предполагает использование принудительной силы административных и судебных органов, выносящих обязательные для сторон решения.

Пункт 2 ст. 11 ГК РФ закрепляет норму, согласно которой защита гражданских прав в административном порядке осуществляется лишь в случаях, предусмотренных законом. При этом в качестве общего правила установлено, что всякое решение, принятое в административном порядке, может быть оспорено в суде.

Содержание данного пункта ст. 11 ГК РФ позволило Н.И. Клейн заключить: «...как общее правило сторонам гражданских правоотношений предоставлена возможность выбора между судебным и административным порядком защиты своих прав, а при обращении за защитой в административном порядке сохраняется право обжаловать принятое решение в суд»⁴. Причем в литературе обычно отмечается,

¹ См. об этом: *Рожкова М.А.* Правила оформления, предъявления и рассмотрения претензий // Приложение к журналу «Хозяйство и право» № 2/2008.

² См. об этом: *Рожкова М.А.* Мировая сделка: использование в коммерческом обороте. М.: Статут, 2005; *Она же.* Применение в коммерческом обороте мировой сделки. 2004 (СПС «КонсультантПлюс»); *Она же.* Глава V. Мировое соглашение // Договорное право: соглашения о подсудности, международной подсудности, примирительной процедуре, арбитражное (третейское) и мировое соглашения / Под общ. ред. М.А. Рожковой. М.: Статут, 2008 (СПС «КонсультантПлюс»); *Она же.* Об утверждении в арбитражных судах медиативных соглашений в качестве мировых // *Хозяйство и право.* 2011. № 2. С. 3–6; *Она же.* К вопросу о соотношении мирового и медиативного соглашений // *Арбитражная практика.* 2011. № 1. С. 122–127.

³ Надо отметить, что институт примирительных процедур рассматривается большинством отечественных юристов как полностью заимствованный, однако это совсем не так — российские правоведы дореволюционного периода уделяли процедуре применения определенное внимание (см., например: *Нефедьев Е.А.* Склонение сторон к миру в гражданском процессе. Казань, 1890).

⁴ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / Рук. авт. кол. и отв. ред. О.Н. Садиков. М.: Контракт; Инфра-М, 1997. С. 41 (автор комментария — Н.И. Клейн).

что применение административного порядка защиты прав допускается в виде исключения из общего правила, и лишь в прямо установленных законом случаях.

В свою очередь М.И. Брагинский подчеркивал, что возможность защиты прав в административном порядке осуществляется «путем обращения к вышестоящему органу (должностному лицу) в случаях, предусмотренных законом»¹. При этом иногда закон предусматривает *обязательное обращение* к вышестоящему органу (должностному лицу) до обращения в суд: заинтересованное лицо, полагающее свои права нарушенными, должно вначале использовать административный порядок защиты прав и лишь затем — судебный (см., например, обязательный досудебный порядок по налоговым делам).

Таким образом, промежуточным будет вывод о том, что отечественное законодательство разграничивает **административный порядок** защиты, реализуемый *органами исполнительной власти*, и **судебный порядок** защиты, реализуемый как *государственными, так и третейскими судами* (о третейских судах см. третью часть настоящей статьи).

Краткую характеристику некоторых аспектов административного и судебного порядка защиты необходимо предварить разбором основных моделей административной юстиции (не обращая при этом к проблематике содержания понятия «*административная юстиция*»² как выходящей за рамки настоящей работы).

Французская модель административной юстиции³ предполагает создание административных трибуналов в системе исполнительной власти, т.е. **создание судов, входящих в систему не судебной, а исполнительной**

¹ Научно-практический комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей. 2-е изд., доп. и перераб. М.: Спарк; ред. журнала «Хозяйство и право», 1999. С. 68 (автор — М.И. Брагинский).

² В литературе отмечается, что в каждой стране понятие «административная юстиция» толкуется по-разному: в Италии — как деятельность любых органов по контролю за администрацией, во Франции — деятельность административных органов, осуществляющих рассмотрение дел в публичной сфере, в Германии — как деятельность административных судов по разрешению относящихся к их компетенции дел, возникающих из публичных отношений, в США — деятельность как судебных, так и квазисудебных органов (создаваемых в рамках исполнительной власти) по рассмотрению дел, возникающих из публичных отношений. См. также: *Стариков Ю.Н.* Административная юстиция: проблемы теории. Воронеж: Изд-во Воронежского гос. ун-та, 1998 (http://www.law.vsu.ru/structure/admlaw/personal/books/starilov_26.pdf).

³ К этой модели принято относить системы административной юстиции в таких странах, как Италия, Греция, Канада, Египет, Бельгия, Ливан, Тунис, Сенегал, Колумбия, Пакистан и др.

власти. И хотя эти трибуналы формируются из числа чиновников¹, они четко отграничены (независимы) от «активной администрации», т.е. собственно органов исполнительной власти. Административные трибуналы образуют систему административной юстиции, которая имеет самостоятельную трехзвенную структуру, обеспечивающую рассмотрение дел в трех инстанциях (во Франции во главе этой иерархически выстроенной структуры находится Государственный совет). В рамках данной системы выделяют административные трибуналы общей и специальной компетенции. В отличие от административных трибуналов общей компетенции административные трибуналы специальной компетенции имеют весьма узкую специализацию, ограниченную одной сферой деятельности и определенным видом административных дел (что предопределяется соответствующими задачами²). В самой Франции более 50 таких трибуналов, к которым относятся, в частности, Счетная палата (центральная и региональные), Суд бюджетной и финансовой дисциплины, Высший совет по вопросам народного образования, Национальный суд по вопросам права убежища и т.д. Производство по делам, рассматриваемым административными трибуналами, осуществляется в соответствии с Кодексом административной юстиции Франции.

Германская модель административной юстиции³ предполагает обособление государственных судов, компетентных рассматривать дела, возникающие из административных и иных публичных отношений, не только от исполнительной власти, но и от общих судов, рассматривающих частноправовые споры. То есть **административные суды образуют отдельную ветвь судебной власти в рамках государственной судебной системы.** Эти суды подразделяются на суды общей административной юрисдикции и суды специальной административной юрисдикции (финансовые, социальные, дисциплинарные и проч.). Суды административной юстиции образуют систему административной юстиции, которая обеспечивает рассмотрение публично-правовых дел в трех инстанциях (возглавляет эту систему Федеральный административный суд, который признается высшей инстанцией

¹ Соловьев А.А. Французская модель административной юстиции: Монография. М., 2014. С. 36.

² Маклаков В.В. Административная юстиция во Франции // Правовые исследования во Франции: Сб. науч. тр. / Под общ. ред. В.В. Маклакова. М., 2007. С. 138.

³ К этой модели принято относить системы административной юстиции в таких странах, как Австрия, Болгария, Тайланд, Швеция, Финляндия, Чехия, Мозамбик и др.

по рассмотрению исследуемой категории дел¹). По общему правилу обращению в административный суд должно предшествовать обжалование соответствующего акта публичного органа в порядке подчиненности (т.е. в *административном порядке*) — административные суды призваны проверять не целесообразность, но правомерность решений, принимаемых публичными органами. Судопроизводство в административных судах Германии осуществляется в соответствии с Положением об административном судопроизводстве².

Определяющей чертой **испанской модели административной юстиции**³ признается то, что дела, возникающие из административных и иных публичных отношений, рассматриваются общими судами, т.е. **специализированные суды для рассмотрения административных дел не создаются**. Юрисдикция общих судов подразделяется на гражданскую, уголовную и административную⁴, и рассмотрение дел, возникающих из публичных отношений, отнесено к компетенции этих судов, в структуре которых формируются специализированные административные подразделения — коллегии, палаты (правда, на региональном уровне иногда создаются и самостоятельные административные суды). Деятельность квазисудебных органов, относящихся к исполнительной власти и разрешающих отдельные категории административных дел, находится под контролем общего суда — решения таких органов предусматривают обжалование в судебном порядке⁵.

Англосаксонская модель административной юстиции⁶ характеризуется тем, что к органам административной юстиции относят квазисудебные

¹ См., например: *Елисеев Н.Г.* Гражданское процессуальное право зарубежных стран: Учебник. М., 2004. С. 119.

² В литературе при этом указывают на то, что все административные суды (как общей, так и специальной административной юрисдикции) осуществляют судопроизводство в соответствии со специальными актами (например, Закон о судопроизводстве по финансовым делам 1965 г., Закон о судопроизводстве по социальным делам 1975 г. и т.д.) (см. *Зеленцов А.Б.* Административная юстиция: Учеб.-метод. пособие. М.: Изд-во РУДН, 2009. С. 49).

³ К этой модели принято относить системы административной юстиции в таких странах, как Мексика, Аргентина, Украина и др.

⁴ Правда, в самой Испании Органическим законом от 01.07.1985 № 6/1985 «О судебной власти» юрисдикция была классифицирована иным образом: гражданская, уголовная, административная, трудовая и социальная.

⁵ *Соловьев А.А.* Некоторые вопросы функционирования административной юстиции в Испании // Вестник МГПУ (Серия «Юридические науки»). 2015. № 1 (17). С. 41.

⁶ К этой модели принято относить системы административной юстиции в таких странах, как Великобритания, США, Австралия, Новая Зеландия, страны Латинской Америки, Япония и др.

органы, создаваемые в структуре исполнительной власти, в состав которых могут входить должностные лица «активной администрации», т.е. **в системе исполнительной власти создаются отдельные квазисуды**. Такие органы являются специализированными учреждениями с достаточно узко определенной компетенцией, которые могут иметь различные наименования: «трибуналы», «суды», «комиссии», «бюро», «агентства», «советы» и т.п. Это, например, Федеральный налоговый суд, Таможенный трибунал, Трибунал железных дорог, Апелляционный пенсионный трибунал, Федеральный претензионный суд и проч. Важно заметить, что описываемые квазисудебные органы не образуют системы – выносимые ими решения подлежат обжалованию в общий суд. Причем в Англии допускается оспаривание акта публичного органа непосредственно в государственный суд, минуя обращение в квазисудебные органы, а в США в большинстве случаев действует принцип обязательного предварительного обращения в упомянутые квазисудебные органы – предъявлять соответствующее требование в государственный суд допустимо только после рассмотрения дела квазисудебным органом.

Завершая краткий экскурс в сферу административной юстиции, следует подчеркнуть, что Европейский Суд по правам человека (ЕСПЧ), допускает возможность рассмотрения определенных категорий дел несудебными, в частности административными органами, признавая этот порядок защиты по сути **судебным** (а выносимые решения по сути – решениями суда, именуя их **первоначальными решениями по гражданским делам**). Для того чтобы решения административных органов признавались *первоначальными решениями по гражданским делам* по смыслу п. 1 ст. 6 Конвенции по правам человека (т.е. *приравнивались к решениям суда*), при их вынесении должны соблюдаться требования указанной статьи Конвенции, предъявляемые к судебной форме защиты прав¹.

Таким образом, ЕСПЧ четко разграничивает две ситуации, когда *национальное законодательство предусматривает административный порядок рассмотрения дел*.

1. Если административный орган независим от сторон дела и исполнительной власти, создан на основании закона для разрешения опре-

¹ Подробнее см., например: Рожкова М.А., Глазкова М.Е. Аспекты права на суд: новейшие тенденции // Российский ежегодник Европейской конвенции по правам человека / Russian Yearbook on the European Convention on Human Rights. № 1 (2015): Европейская Конвенция: новые «старые» права. М.: Статут, 2015 (СПС «КонсультантПлюс»).

деленных вопросов и осуществляет свои полномочия в соответствии с процедурой, предоставляющей гарантию законности, т.е. соответствует предусмотренным стандартам отправления правосудия (п. 1 ст. 6 Конвенции по правам человека), то его решение рассматривается как *первоначальное решение по вопросу о правах и обязанностях заявителя*¹;

2. Если административный орган не отвечает указанным стандартам отправления правосудия, его решения – это решения административного органа, которые должны подвергаться последующему контролю со стороны судебного органа, обладающего всей полнотой полномочий и призванного обеспечить соблюдение требований п. 1 ст. 6 Конвенции по правам человека².

Иными словами, ЕСПЧ исходит из того, что защита гражданских прав будет расцениваться в качестве *судебной защиты* по смыслу п. 1 ст. 6 Конвенции в ситуации, либо когда административный орган отвечает всем требованиям, предъявляемым к суду (о чем говорилось выше), либо когда она реализуется действительно судебным органом, компетентным осуществлять судебный контроль административных решений. Иной подход, по мнению ЕСПЧ, создает условия для произвольного лишения лиц права на судебную защиту своих прав, свобод и законных интересов, что делает нормы п. 1 ст. 6 в Конвенции бесполезными, априори неэффективными.

Следует признать, что система административной юстиции в России традиционно тяготеет к *испанской модели*. То есть реализация **административного порядка защиты** осуществляется *органами, входящими в систему исполнительной власти* и не образующими иерархически выстроенную структуру административной юстиции. Использование данного порядка предполагает обращение заинтересованного лица к вышестоящему органу (должностному лицу) в соответствии с предписаниями закона. Не исследуя вопрос подлинной независимости этих органов от «активной администрации», т.е. собственно исполнительной власти, следует признать, что *решения таких органов по смыслу п. 1 ст. 6 Конвенции по правам человека не могут рассматриваться в качестве первоначальных решений по гражданским делам*³. Это обусловлено, во-

¹ См., например: постановление ЕСПЧ от 27.05.2003 по делу «Кришан против Румынии» (*Crisan v. Romania*; N 42930/98).

² См., например: постановление ЕСПЧ от 04.03.2014 по делу «Гранде Стивенс и другие против Италии» (*Grande Stevens and Others v. Italy*; N 18640/10 и др.).

³ Как уже указывалось, в странах англосаксонской модели административной юстиции *деятельность квазисудебного органа* (не входящего в государственную судеб-

первых, отсутствием в большинстве случаев предусмотренного законом административного порядка рассмотрения дел, а во-вторых, несоответствием процедуры предусмотренным стандартам отправления правосудия (п. 1 ст. 6 Конвенции по правам человека). Вынесенные административными органами решения могут обжаловаться заинтересованными лицами в соответствующие судебные органы, т.е. они могут реализовать **судебный порядок защиты**.

Таким образом, отечественное право не дает никаких оснований рассматривать административный порядок защиты в качестве *допустимой замены* судебного порядка. Достижением отечественного правопорядка признается провозглашенное Конституцией РФ 1993 г. право на *судебную* защиту, означающее прежде всего доступность правосудия для любого лица и недопустимость ограничений для обращения в суд (что соответствует п. 1 ст. 6 Конвенции по правам человека). Вследствие этого исключена ситуация, в которой *орган, созданный в структуре исполнительной власти, может подменить собой суд, входящий в судебную систему государства*¹.

Завершая настоящую часть данной статьи, нельзя обойти вниманием проблему понятийного аппарата, на самом деле серьезно препятствующую полноценному развитию как административного порядка защиты в целом, так и судопроизводства по делам, возникающим из административных и иных публичных отношений.

ную систему, а созданного в структуре органов исполнительной власти) может *приравняться к отправлению правосудия, осуществляемому судом первой инстанции*. Это приводит к тому, что решения, вынесенные таким квазисудебным органом, предполагают обжалование в суд не первой, а апелляционной инстанции. Так, в США лицо, которому Палатой по рассмотрению дел, связанных с товарными знаками, было отказано в предоставлении правовой охраны товарному знаку, вправе обратиться с апелляционной жалобой в апелляционный суд по федеральному округу (впрочем, признается допустимым и обращение в федеральный суд первой инстанции с новым требованием). Таким образом, англосаксонская модель административной юстиции предусматривает возможность признания за решениями квазисудебных органов значение первоначальных судебных решений.

¹ Абсолютно неожиданным в связи с этим стало использование англосаксонской модели административной юстиции при создании Суда по интеллектуальным правам — значение полноценной судебной инстанции было, по сути, признано за Палатой по патентным спорам, правовой статус и компетенция которой весьма неопределенны. Критику такого законодательного решения см.: *Рожкова М.А.* Защита интеллектуальных прав: законодательные ошибки при определении статуса и компетенции специализированных органов, разрешающих дела в сфере промышленной собственности: Учеб. пособие. М.: Статут, 2016. С. 16–25.

Часть 2 ст. 118 Конституции РФ закрепляет: «Судебная власть осуществляется посредством конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства». М.Е. Глазкова по этому поводу пишет следующее: «Как поясняли специалисты, участвовавшие в процессе подготовки текста Конституции в начале 90-х гг., такое нормотворческое решение было принято с целью сделать акцент на закреплении гарантий судебной защиты по делам частных лиц против органов публичной власти, что должно было найти (и нашло) дальнейшее продолжение в нормах отраслевого (процессуального) законодательства»¹.

Между тем данное положение Конституции РФ нельзя назвать безупречным — оно всегда вызывало дискуссии, поскольку непонятны мотивы указания именно этих разновидностей судопроизводств и неясен критерий, который использовался для градации судопроизводств именно на эти виды.

Если исходить из того, что речь шла об обозначении видов судопроизводств в зависимости от *структуры судебной власти*, то предложенная классификация является неполной, поскольку отечественная судебная система указанными видами не исчерпывается. И как здесь не вспомнить споры относительно допустимости существования в качестве самостоятельной разновидности *арбитражного* судопроизводства?!

Если признать, что разграничение видов судопроизводства в ч. 2 ст. 118 Конституции РФ зависело от *градации судебных дел*, то, по всей вероятности, данное конституционное положение должно было иметь другую редакцию. Оно, например, могло звучать таким образом: «Судебная власть осуществляется посредством судопроизводства по уголовным, административным и гражданским делам»². И надо сказать, что такая редакция не только упростила бы уяснение положения, закрепленного в ч. 2 ст. 118 Конституции РФ, но и сняла многие вопросы, до сих пор волнующие умы отечественных правоведов. Более того, разбираемое конституционное положение в предложенной редакции

¹ Рожкова М.А., Глазкова М.Е., Савина М.А. Актуальные проблемы унификации гражданского процессуального и арбитражного процессуального законодательства / Под общ. ред. М.А. Рожковой. М.: ИЗиСП; ИНФРАМ, 2015 (автор очерка 9 — М.Е. Глазкова) (СПС «КонсультантПлюс»).

² Статус КС РФ и дела, относящиеся к его компетенции, бесспорно, выделяют этот суд из ряда прочих судов, а рассматриваемые им дела в силу присущей им специфики требуют самостоятельного рассмотрения.

в большей степени сблизились бы с п. 1 ст. 6 Конвенции по правам человека, в которой выделяются две категории дел: во-первых, дела «по уголовным обвинениям» и, во-вторых, «споры о гражданских правах и обязанностях», к которым относят дела, рассматриваемые в рамках гражданского и административного производства¹.

Но более проблемным является другой аспект понятийной непроработанности ч. 2 ст. 118 Конституции РФ, на который специально обращает внимание М.Е. Глазкова: «...судопроизводство как форма осуществления правосудия органами судебной власти не может быть административным. Судопроизводство является самостоятельным способом защиты наряду с существованием административного порядка восстановления нарушенных прав и публичного правопорядка. Административный способ защиты предполагает обращение в вышестоящий орган или к вышестоящему должностному лицу и имеет отличные от судебного процесса черты»².

Отечественное законодательство, как уже было показано, разграничивает административный порядок защиты, реализуемый органами исполнительной власти, рассматривающими соответствующие обращения частных лиц, и судебный порядок защиты, реализуемый судебными органами. При этом *органы исполнительной власти*, рас-

¹ В п. 213 Практического руководства по критериям приемлемости, подготовленного ЕСПЧ, отмечается, что понятие «гражданские права и обязанности» не может толковаться сквозь призму внутреннего права государства-ответчика; речь идет об «автономном понятии, вытекающем из Конвенции» (http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_RUS.pdf). Важно заметить, что ЕСПЧ изначально исходил из того, что ст. 6 Конвенции по правам человека применима к разбирательству, происшедшему и в конституционном суде, если результат такого разбирательства непосредственно и существенным образом затрагивает гражданские права и обязанности («Краска против Швейцарии», 19.04. 1993, п. 26). М. де Сальвиа отмечает, что если первоначально практика относилась к числу «гражданских» лишь права и обязанности «частноправового характера» в классическом смысле этого термина (право собственности, семейное право и т.п.), то сейчас под указанное понятие может быть подведено всякое имущественное требование, основанное на предполагаемом нарушении прав и обязанностей частного характера, независимо от того, в соответствии с каким законом (гражданским, административным и др.) должно быть разрешено дело и какой орган компетентен его рассматривать (Сальвиа М. де. Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004.)

² Рожкова М.А., Глазкова М.Е., Савина М.А. Актуальные проблемы унификации гражданского процессуального и арбитражного процессуального законодательства (автор очерка 9 – М.Е. Глазкова).

сматривающие дела, отнесенные к их компетенции, осуществляют свою деятельность в форме **административного производства**, тогда как *государственные суды* осуществляют свою деятельность в форме **судопроизводства по делам, возникающим из административных и иных публичных отношений**.

Неверное обозначение последнего как «административного судопроизводства» препятствует уяснению различий между процедурой рассмотрения дел административным органом и процедурой судопроизводства (производства в суде), позволяет подменять эти два принципиально разные процесса одно другим, создавая условия для выдвигания идей, «не встраиваемых» в отечественный правопорядок: «В частности, обсуждались идеи регулирования данного процесса административными регламентами, утверждаемыми органами исполнительной власти, расширения обязательного досудебного порядка разрешения дел, возникающих из административных отношений, и образования для их рассмотрения «вневедомственного контрольного органа» — Федеральной административной службы Российской Федерации¹ или Административной палаты Российской Федерации²... Такая деятельность воспринимается многими теоретиками и, в особенности, практиками как «административный процесс», зачастую смешиваемый с административным судопроизводством, для осуществления которого многократно предлагалось создание административных судов...»³ Негативные последствия подобного смешения сказываются на содержании соответствующих законодательных актов — как здесь не вспомнить критикуемый специалистами КАС РФ, предметом регулирования которого является «порядок осуществления административного судопроизводства при рассмотрении и разрешении Верховным Судом Российской Федерации, судами общей юрисдикции, мировыми судьями... административных дел о защите нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан, прав и законных интересов организаций, а также других административных дел, возникающих из

¹ См.: *Панова И.В.* Административное судопроизводство и процедура внесудебного, досудебного рассмотрения административных дел // Вестник ВАС РФ. 2007. № 4.

² См.: *Панова И.В.* Медиация: проблемы и пути их решения // Вестник ВАС РФ. 2011. № 10. С. 81–82.

³ *Рожкова М.А., Глазкова М.Е., Савина М.А.* Актуальные проблемы унификации гражданского процессуального и арбитражного процессуального законодательства (автор очерка 9 — М.Е. Глазкова).

административных и иных публичных правоотношений и связанных с осуществлением судебного контроля за законностью и обоснованностью осуществления государственных или иных публичных полномочий» (ч. 1 ст. 1).

Подводя итоги данной части настоящей статьи, хотелось бы выразить надежду на то, что обозначенные терминологические ошибки будут исправлены, что, вне всяких сомнений, позволит более результативно совершенствовать инструменты правовой защиты.

III. О третейском разбирательстве (арбитраже) в условиях проводимой реформы

Пункт 1 ст. 11 ГК РФ, как указано, перечисляет судебные органы, которые наделены полномочиями по защите гражданских прав: это государственные суды (суд общей юрисдикции и арбитражный суд) и суд негосударственный – третейский. Далее по тексту ГК РФ используется общий термин «суд» без уточнения, о государственном или третейском суде идет речь. Сказанное заставляет дать некоторые разъяснения.

Статья 10 Конституции РФ устанавливает, что государственная власть в Российской Федерации осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную. Развивая принцип разделения властей, положения гл. 7 «Судебная власть» Конституции РФ закрепляют основы создания и деятельности *органов государственной судебной власти* – государственных судов, входящих в судебную систему Российской Федерации. С учетом сказанного из ч. 1 ст. 118 Конституции РФ следует, что *правосудие* является формой *государственной деятельности*; осуществлять такую деятельность могут только специально созданные государственные учреждения – государственные суды, составляющие в совокупности судебную систему.

В то же время, как и в большинстве стран, отечественное законодательство устанавливает допустимую альтернативу государственным судебным органам – негосударственные суды, уполномоченные осуществлять защиту нарушенных прав граждан и юридических лиц. Такие суды – третейские суды или иначе арбитражи (далее – арбитражи) не являются государственными учреждениями, не включаются в государственную судебную систему, следовательно, не могут отправлять правосудие, являющееся, как было указано, прерогативой

исключительно государственных судов. А. Дичев в связи с этим отмечает: «...нигде не существует закона, который бы признавал арбитраж в качестве органов государственной власти. Арбитры выносят решения в качестве частных лиц»¹. То есть, не являясь государственным судом, *арбитраж не исполняет функцию государственной (судебной) власти* — осуществлять правосудие, вынося решения от имени Российской Федерации².

Вместе с тем указанное ничуть не ограничивает полномочия арбитража по разрешению отнесенных к его компетенции дел по защите субъективных гражданских прав и законных интересов, не унижает его значимость: п. 1 ст. 11 ГК РФ *арбитраж прямо отнесен к судебным органам, уполномоченным государством на рассмотрение и разрешение таких дел*. То есть арбитражи представляют собой *негосударственные судебные органы* (негосударственные суды), осуществляющие судебную защиту нарушенных или оспоренных прав и охраняемых законом интересов в рамках предоставленной им компетенции³.

¹ Дичев А. Арбитражный договор в международных экономических отношениях. София, 1975. С. 13 (цит. по: Хлестова И.О. Арбитраж во внешнеэкономических отношениях стран — членов СЭВ. М.: Наука, 1980. С. 34).

² Данная позиция уже находила подтверждение в практике КС РФ. В частности, в Определении от 04. 06. 2007 № 377-О-О КС РФ указанное следующее: «...поскольку третейское разбирательство является одной из альтернативных форм защиты гражданских прав, третейский суд не относится к органам осуществления правосудия (статья 118 Конституции Российской Федерации)».

³ Такое понимание в полной мере согласуется с практикой ЕСПЧ, который в прецедентном деле «Литгоу и другие против Соединенного Королевства» (*Lithgow and Others v. The United Kingdom*, жалобы № 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81) отмечал, что под понятием «суд» нельзя понимать только «суд, входящий в государственную судебную систему». ЕСПЧ подчеркнул, что понятием «суд» охватываются также органы, хотя и не входящие в государственную судебную систему, но независимые от спорящих сторон и исполнительной власти, созданные на основании закона для разрешения определенных вопросов и осуществляющие свои полномочия в соответствии с процедурой, предоставляющей гарантию законности. Кроме того, Европейская комиссия по правам человека в решении «Акселссон и другие против Швеции» (*Axelsson and Others v. Sweden*, жалоба № 11960/86) отметила, что, избирая третейский суд, заявитель тем самым отказывается от права на судебное разбирательство в государственном суде, что не противоречит ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Таким образом, Комиссия по правам человека, по сути, подтвердила, что *право на справедливый суд*, гарантированное ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, будет соблюдено и в том случае, если спор между сторонами рассматривался негосударственным судебным органом. Изложенной позиции корреспондирует положение Конституции РФ, согласно которому каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом (ч. 2 ст. 45).

Нельзя не заметить, что объем норм, регламентирующих сам порядок третейского разбирательства, не слишком значителен — это отличает и Закон РФ от 07.07.1993 № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее — Закон о МКА), и Федерального закона от 24.07.2002 № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» (далее — Закон о третейских судах) и вступивший в силу с 01.09.2016 Федеральный закон от 29.12.2015 № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (далее — Закон об арбитраже). Особенно очевидно это в сравнении с «весомыми» ГПК РФ и АПК РФ, в которых весьма подробно определен порядок судопроизводства в государственных судах.

Между тем такое положение вещей закономерно и объяснимо.

Сравнивая процессуальные правоотношения в государственном суде, осуществляемые в форме судебного процесса, и процедурные отношения в арбитраже, осуществляемые в форме третейского разбирательства, необходимо подчеркнуть следующее. В отличие от процессуальных правоотношений в государственном суде, являющихся властеотношениями, процедурные отношения в арбитраже не носят характер власти-подчинения и не относятся к публично-правовым отношениям (именно потому что арбитраж не является государственным судом и не осуществляет функцию судебной власти).

Являясь альтернативой правосудию (властной деятельности государственных судов), арбитражное (третейское) разбирательство имеет соответствующие характерные черты. Е.В. Васьковский так описывал их: «Третейским судом... называются *частные лица, избранные по взаимному соглашению сторон для разрешения их гражданско-правового спора*. От государственного суда третейский отличается, во-1-х, тем, что третейские судьи... *избираются* спорящими сторонами по взаимному соглашению, во-2-х, что они избираются для разрешения *одного определенного дела*, во-3-х, что они разрешают спор не по законам, а по *совести*, и, во-4-х, что при рассмотрении дела они *не руководствуются общими судопроизводственными правилами*»¹.

То есть в отличие от судебного процесса в государственном суде, носящего публично-правовой характер, третейскому разбирательству очевидно присущ частноправовой характер. Принципиальная разница в правовой природе и обуславливает ряд особенностей, серьезно

¹ Васьковский Е.В. Учебник гражданского права. М.: Статут, 2003. С. 371.

отличающих третейское разбирательство от судопроизводства в государственном суде¹.

Изложенное не позволяет подходить с единым мерилom и к регламентации процедуры рассмотрения дел государственным и негосударственным судом. Различия в правовой природе требуют различия в подходах к правовому регулированию **отправления правосудия в государственном суде** (относящемуся к сфере публичных отношений) и правовому регулированию **третейского разбирательства** (относящегося к области частных отношений).

Судебный процесс в государственном суде представляет собой специальный порядок принудительной реализации государственным судом прав частного лица на защиту. При этом, как подчеркивает Г. Бланке, этот порядок полностью подчинен императивным предписаниям законодательства: «Эти нормы разработаны с целью формализации иерархических отношений между судом как органом и выразителем государственной власти и участниками судебного процесса»².

Вследствие этого *нормы арбитражного процессуального и гражданского процессуального законодательства вовсе не подходят для регулирования третейского разбирательства*. В связи с этим Ж.-Ф. Пудре и С. Бессон пишут о том, что стороны и арбитры не связаны национальными гражданско-процессуальными нормами, которые применяются государственными судами, — третейское разбирательство «регулируется особыми нормами, дающими возможность в большей мере реализовать принцип автономии воли сторон»³. Авторы подчеркивают неприменимость национальных процессуальных норм к третейскому разбирательству, что и позволяет адаптировать судебный процесс «к потребностям конкретного дела, правовым традициям сторон, их адвокатов или арбитров, а также избежать формализма национальных процессуальных кодексов»⁴.

¹ Данная позиция была подробно изложена в работе: *Рожкова М.А.* Теории юридических фактов гражданского и процессуального права: понятия, классификации, основы взаимодействия. Дис. ... докт. юрид. наук. М., 2010. С. 276–285.

² *Бланке Г.* Применение национальных гражданско-процессуальных норм в международном коммерческом арбитраже // *Международный коммерческий арбитраж*. 2008. № 3. С. 42.

³ *Poudre & Besson.* Comparative Law of International Arbitration / Sweet & Maxwell, 2nd ed., 2007. P. 522 (приводится по: *Бланке Г.* Указ. соч. С. 43).

⁴ Там же.

С учетом сказанного следует признать, что третейское разбирательство не требует подробного законодательного урегулирования порядка рассмотрения споров – в законодательстве об арбитраже должны быть закреплены лишь базовые идеи и основополагающие принципы, а само разбирательство в значительной степени должно быть зависимо от автономии воли спорящих сторон. Именно «минимализм» правового регулирования порядка третейского разбирательства, наделяет его той гибкостью, которая позволяет учитывать интересы и потребности спорящих сторон в каждом конкретном деле¹. При этом недопустимым является «восполнение недостаточности» правового регулирования третейского разбирательства нормами, регулирующими порядок судопроизводства в государственном суде, как отмечает Н.Г. Елисеев, и государственным судом, и арбитражем «выполняется одна и та же функция – рассматривается правовой спор, но с применением различных процессуальных стандартов»².

Обозначив специфику правовой природы третейского разбирательства, которая на сегодняшний день практически не учитывается³, нельзя обойти вниманием вопрос, нашедший отражение в Законе об арбитраже.

Необходимость принятия названного Закона объяснялась в первую очередь выявляемыми на практике злоупотреблениями институтом арбитража (так называемые карманные третейские суды), а также недостаточной востребованностью третейского разбирательства со стороны участников гражданского оборота. В пояснительной записке к проекту Закона об арбитраже указывалось на то, что он способен решить упомянутые проблемы, «результатом чего должно стать создание современного и эффективного механизма правового регулирования института арбитража (третейского разбирательства) в Российской Федерации с учетом мировой практики в области регулирования деятельности третейских судов и текущего состояния данного института».

¹ См. об этом подробнее: *Рожкова М.А.* О некоторых аспектах вынесения международным коммерческим арбитражем решения на согласованных условиях и его принудительном исполнении // Вестник международного коммерческого арбитража. 2016. № 1. С. 8–18.

² *Елисеев Н.Г.* Допустимость процессуальных договоров в российском и зарубежном праве // Хозяйство и право. 2007. № 8. С. 50, 52.

³ Причем не только на уровне практики – многие теоретики-процессуалисты до сих пор убеждены, что положения о третейском разбирательстве должны рассматриваться как составная часть гражданского процессуального (арбитражного процессуального) права.

Закон об арбитраже содержит значительное число принципиально новых положений, которые не содержались ни в Законе о третейских судах, ни в Законе о МКА. Однако в рамках настоящей статьи с учетом ограниченности ее объема, не предполагается разбор новелл Закона об арбитраже – для целей настоящей статьи значимым будет краткий анализ произведенной в этом Законе понятийной градации, которая со всей очевидностью будет способствовать развитию третейского разбирательства, увеличению его востребованности. Речь идет о проведении демаркационной линии между двумя правовыми явлениями, которые обычно, не разграничивая, обозначают одним термином «третейский суд».

Во-первых, термин «третейский суд» используется для обозначения *единоличного арбитра (третейского судьи) или состава арбитров (третейских судей), компетентных разрешать переданный на их рассмотрение спор.*

Именно в этом контексте третейский суд подпадает под понятие «суд» в смысле п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод¹. Следовательно, когда поднимается вопрос о независимости и беспристрастности суда, имеется в виду независимость и беспристрастность арбитров (третейских судей) при разрешении конкретного дела. Это позволило КС РФ констатировать следующее: «Что касается закрепленного в международных договорах, большинстве национальных законов и правилах третейского разбирательства принципа независимости и беспристрастности третейских судей, то вытекающие из него требования производны от требований к судьям государственных судов, аналогичны и подходы к основополагающим гарантиям их деятельности, направленным на обеспечение реализации гражданами и их объединениями (организациями) права на справедливое разбирательство дела независимым и беспристрастным судом»².

¹ См. постановление ЕСПЧ от 08.07.1986 по делу «Литгоу и другие против Соединенного Королевства» (*Lithgow and Others v. The United Kingdom*; № 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81).

² Постановление КС РФ от 18.11.2014 № 30-П по делу о проверке конституционности положений статьи 18 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации», пункта 2 части 3 статьи 239 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации и пункта 3 статьи 10 Федерального закона «О некоммерческих организациях» в связи с жалобой открытого акционерного общества «Сбербанк России» (г. Санкт-Петербург).

Во-вторых, термином «третейский суд» обычно обозначается также и учреждение, которое призвано обеспечить материально-техническую и организационную сторону проведения третейского разбирательства.

Деятельность такого учреждения подразумевает, в частности, обеспечение арбитров помещением для проведения судебного разбирательства, оргтехникой, средствами связи, иным необходимым оборудованием, ведение делопроизводства, организацию сбора и распределение арбитражных сборов и т.п. То есть само такое учреждение осуществляет не судебную деятельность по разрешению споров, а лишь указанное администрирование, исполняемое соответствующим аппаратом (в который входят председатель третейского суда, секретариат и т.п.).

Сказанное ничуть не выделяет третейские суды из числа прочих (государственных) судов. Точно так же применительно к государственным судам понятие «суд» используется, во-первых, для обозначения судьи или состава судей, разрешающих конкретное дело (и речь о независимости и беспристрастности суда может вестись только применительно к этим судьям), и, во-вторых, учрежденного и финансируемого государством юридического лица, которое создается для материально-технического и организационного обеспечения отправления правосудия и предусматривает соответствующий аппарат (в том числе помощников судей, секретарей судебного заседания и проч.).

Проблема смешения обозначенных категорий становилась предметом рассмотрения в КС РФ¹. С целью исключить негативные последствия такого смешения и дифференцировать правовое регулирование для этих разных по своей сути институтов Закон об арбитраже специально закрепляет следующие положения:

— термин «**третейский суд**» используется для обозначения *единоличного арбитра или коллегии арбитров* (п. 16 ст. 2);

— термин «**постоянно действующее арбитражное учреждение**» — для обозначения *подразделения некоммерческой организации, выполняющего на постоянной основе функции по администрированию арбитража, т.е. по организационному обеспечению арбитража, в том числе по обеспечению процедур выбора, назначения или отвода арбитров, ведению делопроизводства, организации сбора и распределения арбитражных сборов, за исключением непосредственно функций третейского суда по разрешению спора* (п. 2, 9 ст. 2).

¹ Упомянутое постановление КС РФ от 18.11.2014 № 30-П.

Таким образом, по смыслу Закона об арбитраже понятие «третейский суд» не распространяется на учреждение (подразделение), которому переданы функции по администрированию (организационному обеспечению) третейского разбирательства, — для последнего в Законе используется специальный термин «постоянно действующее арбитражное учреждение».

Изложенное позволяет провести четкую границу между понятиями «третейский суд» (п. 16 ст. 2 Закона об арбитраже) и «третейский суд, образованный сторонами для разрешения конкретного спора» (п. 17 ст. 2 Закона об арбитраже). Различие между ними состоит в том, что первый осуществляет свою деятельность **под «патронажем»** соответствующего постоянно действующего третейского учреждения, а второй, будучи создаваемым самими спорящими сторонами для рассмотрения возникшего между ними спора (третейский суд *ad hoc*), — **вне** постоянно действующего третейского учреждения. Причем в п. 17 ст. 2 Закона об арбитраже специально предусмотрено, что спорящие стороны могут договориться о том, что постоянно действующее арбитражное учреждение может выполнять некоторые функции по администрированию спора, переданного спорящими сторонами на рассмотрение третейского суда, образованного сторонами для разрешения конкретного спора. То есть Закон допускает возложение на постоянно действующее арбитражное учреждение функций по организационному обеспечению «не своего» суда — третейского суда *ad hoc*.

При этом ч. 5 ст. 1 Закона об арбитраже закрепляет следующее правило: «Если настоящим Федеральным законом не предусмотрено иное, он распространяется как на арбитраж (третейское разбирательство), администрируемый постоянно действующим арбитражным учреждением, так и на арбитраж (третейское разбирательство), осуществляемый третейским судом, образованным сторонами для разрешения конкретного спора». Это означает, что Закон по общему правилу распространяется на разбирательство споров, осуществляемое как арбитрами при администрировании постоянно действующим арбитражным учреждением, так и арбитрами *ad hoc* в отсутствие такого администрирования.

В завершение настоящего комментария уместно сказать несколько слов и в отношении понятия «подведомственность» — краеугольного камня отечественной юридической науки.

Суд является компетентным в отношении переданного на его разрешение юридического дела в том случае, если это дело ему под-

ведомственно. Правоведы издавна расходились во взглядах в отношении того, что следует понимать под подведомственностью, признавая лишь, что в любом случае речь идет о распределении юридических дел между различными органами гражданской юрисдикции (к таким органам, как известно, относятся не только судебные, но и иные органы – нотариата, опеки и попечительства и т.п.). На сегодня следует признать наиболее верным понимание подведомственности как *свойства нуждающегося в разрешении юридического дела, позволяющего отнести это дело к компетенции одного из органов гражданской юрисдикции*¹.

Сегодня принято разграничивать подведомственность юрисдикционным органам и судебную подведомственность. Причем последняя, как это следует уже из ее наименования, призвана разграничивать компетенцию именно и только между **судами гражданской юрисдикции** – общей юрисдикции, арбитражными, третейскими. Исходя из свойства подведомственности дела и решается вопрос наличия или отсутствия у соответствующего суда полномочий на разрешение дела по существу – вопрос признания суда компетентным (ст. 6 Конвенции по правам человека).

Важно заметить, что компетенция третейских судов распространяется на те же юридические дела, которые рассматривают государственные суды: иными словами к компетенции третейских судов отнесено рассмотрение и разрешение гражданских дел, которые как правило *одновременно подведомственны* и государственным судам. Таким образом, в большинстве своем дела, возникающие из гражданских правоотношений, обладают свойством подведомственности, которое позволяет относить их как к компетенции государственных судов, так и третейских судов (*альтернативная подведомственность*). Причем компетенция государственных судов и третейских судов *не является конкурирующей компетенцией*: нельзя сначала обратиться за разрешением спора к компетентному третейскому суду, а в случае неудовлетворенности исходом дела (третейским решением) – в государственный суд с требованием о разрешении того же спора.

Определение компетентного *государственного суда* не ограничено установлением у дела свойства подведомственности – для решения во-

¹ См. подробнее: *Рожкова М.А.* К вопросу о содержании понятий «компетентный суд» и «подведомственность дела» // Журнал российского права. 2006. № 1. С. 19–29 (СПС «КонсультантПлюс»).

проса о признании суда компетентным в отношении переданного на его рассмотрение дела, необходимо выявлять соответствие дела и иным требованиям. В частности, государственные суды всегда решали вопрос своей компетенции в отношении переданного на их рассмотрение юридического дела, исходя из свойства не только подведомственности, но и *подсудности*.

Понятие «подсудность» рассматривается обычно как понятие, производное от понятия «подведомственность»: подсудность традиционно определяют как разновидность подведомственности применительно к судам одной подсистемы. Вследствие этого подсудность признавалась свойством юридического дела, позволяющим установить *конкретный государственный суд в ситуации, когда данное конкретное дело подведомственно судам соответствующей подсистемы* – арбитражным судам или судам общей юрисдикции.

В условиях объединения двух подсистем в единую судебную систему, возникает определенная проблема. Как уже говорилось, категория «подведомственность» используется для целей разграничения компетенции между *различными* юрисдикционным органами, в том числе и между судами, составляющими разные подсистемы. В условиях слияния систем судов общей юрисдикции и арбитражных судов в *единую судебную систему* возникает вопрос о допустимости использования категории «подведомственность» при разграничении подлежащих рассмотрению дел судам общей юрисдикции и арбитражным судам – обычно для подобных случаев в отечественном цивилистическом процессе используется категория «подсудность».

В отличие от государственных судов *третейский суд* для вывода о наличии компетенции должен, во-первых, дать оценку арбитражному (третейскому) соглашению на предмет того, что это соглашение 1) действительно; 2) не утратило силу; 3) может быть исполнено, и, во-вторых, установить *арбитрабельность спора*, что предусматривает анализ двух факторов, к которым относятся: 1) допустимость передачи такого спора на разрешение третейского суда; 2) включение данного спора в объем арбитражного соглашения.

Литература

1. Бланке Г. Применение национальных гражданско-процессуальных норм в международном коммерческом арбитраже // Международный коммерческий арбитраж. 2008. № 3.

2. *Васьковский Е.В.* Учебник гражданского права. М.: Статут, 2003.

3. Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий к главам 1–6 / Под ред. Л.В. Санниковой. М.: Статут, 2015.

4. Гражданское право: Учебник: В 2 т. / Под ред. Е.А. Суханова. М.: БЕК, 1993.

5. *Грибанов В.П.* Интерес в гражданском праве // Советское государство и право. 1967. № 1.

6. *Гурвич М.А.* Гражданские процессуальные правоотношения и процессуальные действия // Труды ВЮЗИ. М., 1965. Т. 3.

7. *Дичев А.* Арбитражный договор в международные экономические отношения. София, 1975.

8. *Елисеев Н.Г.* Гражданское процессуальное право зарубежных стран: Учебник. М., 2004.

9. *Елисеев Н.Г.* Допустимость процессуальных договоров в российском и зарубежном праве // Хозяйство и право. 2007. № 8.

10. *Зеленцов А.Б.* Административная юстиция: Учеб.-метод. пособие. М.: Изд-во РУДН, 2009.

11. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / Рук. авт. кол. и отв. ред. О.Н. Садииков. М.: Контракт; Инфра-М, 1997.

12. *Михайлов С.В.* К вопросу об определении заинтересованности лица, подавшего заявление о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака в связи с его неиспользованием // Журнал Суда по интеллектуальным правам (<http://ipcmagazine.ru/trademark-law/to-the-question-about-the-definition-of-interest-of-the-person-who-submitted-the-application>).

13. Научно-практический комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей. 2-е изд., доп. и перераб. М.: Спарк; ред. журнала «Хозяйство и право», 1999.

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

15. *Панова И.В.* Административное судопроизводство и процедура внесудебного, досудебного рассмотрения административных дел // Вестник ВАС РФ. 2007. № 4.

16. *Панова И.В.* Медиация: проблемы и пути их решения // Вестник ВАС РФ. 2011. № 10.

17. *Попов Б.В.* Мирная сделка, прекращение дела и судебное решение // Вестник права. 1915. № 29.

18. Правовые исследования во Франции: Сб. науч. тр. / Под общ. ред. В.В. Маклакова. М., 2007.

19. *Рожкова М.А.* Защита интеллектуальных прав: законодательные ошибки при определении статуса и компетенции специализированных органов, разрешающих дела в сфере промышленной собственности: Учеб. пособие. М.: Статут, 2016.

20. *Рожкова М.А.* К вопросу о содержании понятий «компетентный суд» и «подведомственность дела» // Журнал российского права. 2006. № 1.

21. *Рожкова М.А.* Мировая сделка: использование в коммерческом обороте. М.: Статут, 2005.

22. *Рожкова М.А.* О некоторых аспектах вынесения международным коммерческим арбитражем решения на согласованных условиях и его принудительном исполнении // Вестник международного коммерческого арбитража. 2016. № 1.

23. *Рожкова М.А., Глазкова М.Е.* Аспекты права на суд: новейшие тенденции // Российский ежегодник Европейской конвенции по правам человека / Russian Yearbook on the European Convention on Human Rights. № 1 (2015); Европейская Конвенция: новые «старые» права. М.: Статут, 2015.

24. *Рожкова М.А.* Правила оформления, предъявления и рассмотрения претензий // Приложение к журналу «Хозяйство и право». 2008. № 2.

25. *Рожкова М.А.* Средства и способы правовой защиты сторон коммерческого спора. М.: Волтерс Клувер, 2006.

26. *Рожкова М.А.* Теории юридических фактов гражданского и процессуального права: понятия, классификации, основы взаимодействия: Дис. ... докт. юрид. наук. М., 2010.

27. *Рожкова М.А., Глазкова М.Е., Савина М.А.* Актуальные проблемы унификации гражданского процессуального и арбитражного процессуального законодательства / Под общ. ред. М.А. Рожковой. М.: ИЗиСП; ИНФРАМ, 2015.

28. *Сальвиа М. де.* Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004.

29. *Соловьев А.А.* Некоторые вопросы функционирования административной юстиции в Испании // Вестник МГПУ (Серия «Юридические науки»). 2015. № 1 (17).

30. *Соловьев А.А.* Французская модель административной юстиции: Монография. М., 2014.

31. *Старилов Ю.Н.* Административная юстиция: проблемы теории. Воронеж: Изд-во Воронежского гос. ун-та, 1998.

32. *Хлестова И.О.* Арбитраж во внешнеэкономических отношениях стран – членов СЭВ. М.: Наука, 1980.