

М. М. Мальський

кандидат юридичних наук, адвокат,
голова Західноукраїнської філії
адвокаторганізації Arzinger

ПУБЛІЧНИЙ ПОРЯДОК У ТРАНСНАЦІОНАЛЬНОМУ ВИКОНАВЧОМУ ПРОЦЕСІ

© Мальський М. М., 2015

Розкрито зміст принципу “публічний порядок” та здійснено аналіз практики його реалізації в окремих інститутах транснаціонального виконавчого процесу, а саме в процедурі визнання та виконання рішень іноземних судів, зокрема комерційних арбітражів. У роботі також висвітлено проблеми, які виникають в застосуванні принципу “публічний порядок” та досліджено відмінності понять “транснаціональний публічний порядок”, “міжнародний публічний порядок” та “національний публічний порядок”.

Ключові слова: транснаціональний виконавчий процес, публічний порядок, транснаціональний публічний порядок, визнання і виконання іноземних рішень.

М. М. Мальський

ПУБЛИЧНЫЙ ПОРЯДОК В ТРАНСНАЦИОНАЛЬНОМ ИСПОЛНИТЕЛЬНОМ ПРОЦЕССЕ

Раскрыто содержание принципа “публичный порядок” и осуществлен анализ практики его реализации в отдельных институтах транснационального исполнительного процесса, а именно в процедуре признания и исполнения решений иностранных судов, в том числе и коммерческих арбитражей. В работе также освещены проблемы, которые возникают в применении принципа “публичный порядок” и исследованы различия понятий “транснациональный публичный порядок”, “международный публичный порядок” и “национальный публичный порядок”.

Ключевые слова: транснациональный исполнительный процесс, публичный порядок, транснациональный публичный порядок, признание и исполнение иностранных решений.

М. М. Malskyy

PUBLIC POLICY IN TRANSNATIONAL ENFORCEMENT PROCESS

The article deals with the content of the “public policy” principle and analyzes its implementation in some institutes of transnational enforcement process, namely in the procedure of recognition and enforcement of foreign judgments, including international commercial arbitrations’awards. The paper also highlights problems arising in the application of the “public policy” principle and studies the differences in the concepts of “transnational public policy”, “international public policy” and “national public policy”.

Key words: transnational enforcement process, public policy, transnational public policy, recognition and enforcement of foreign decisions.

Аналіз останніх досліджень. Питання визнання і виконання іноземних рішень досліджувало багато науковців, як вітчизняних, так і зарубіжних, серед яких М. Штефан, С. Фурса, В. Чубарев, О. Юлдашин, Л. Ануфрієва та ін. Зокрема, багато уваги було приділено питанню застосування принципу публічного порядку в таких правовідносинах, зокрема в працях таких авторів: Д. Боброва, І. Дзера, М. Сібільов, В. Кисіль, Ф. Хейфец, І. Дахно, І. Шуміло, В. Жушман. Однак поняття транснаціонального публічного порядку недостатньо розкрито у вітчизняній правовій доктрині, а проблематика застосування такої категорії саме в транснаціональному виконавчому процесі залишається взагалі недослідженою.

Вступ. Стрімкий розвиток транснаціональних відносин між суб'єктами приватного та публічного права України зумовлює необхідність вирішення дедалі більшої кількості складних та комплексних транскордонних спорів, що охоплюють одночасно право кількох держав і, як правило, підлягають вирішенню також в різних юрисдикціях. При цьому виконання рішень чи інших актів, прийнятих за результатами вирішення таких спорів чи виконання договорів, повинне здійснюватися згідно з процедурою відповідної юрисдикції виконання, а отже – може бути ускладнене або навіть унеможливлене у випадках, передбачених правилами такої держави. Хоч загалом підстави відмови у виконанні іноземних рішень, що встановлені як національним законодавством, так і міжнародними угодами, є доволі чіткими, то невідповідність рішення, процедури його прийняття чи виконання публічному порядку є окремою підставою для відмови у визнанні та виконанні іноземних рішень, яка допускає широке тлумачення та дискрецію уповноважених органів.

Зокрема, ні міжнародним законодавством, ні національним законодавством України достатньо чітко не визначено зміст та критерії застосування категорії публічного порядку, що зумовлює низку проблем в транснаціональному виконавчому процесі, а саме: відсутність уніфікованої практики визнання та виконання рішень; надмірна дискреція судових органів; зловживання недобросовісних боржників; відсутність передбачуваності судового процесу; втрата довіри до судової системи України, авторитету судової влади та українських контрагентів й інші проблеми.

Із урахуванням наведеного, **метою цього дослідження** є вивчення змісту публічного правопорядку та питання застосування публічного порядку в транснаціональному виконавчому процесі, а саме в його інституті, що регулює визнання та виконання рішень іноземних судів, зокрема комерційних арбітражів. Системний аналіз цього питання є доцільним та важливим як з метою удосконалення нормативного закріплення цього принципу та практики його застосування, так і загалом – з метою підвищення інвестиційної привабливості держави та позиціонування України як “проарбітражної” юрисдикції.

Виклад основного матеріалу. В правозастосовній практиці та юридичній доктрині немає однозначного підходу до визначення змісту публічного порядку. Серед науковців також відсутня єдина позиція щодо того, чи все ж визначення поняття та змісту публічного порядку, і зокрема, підстав, що зумовлюють неможливість виконання судового рішення в іноземній державі, слід передбачати в національному законодавстві, на рівні міжнародних договорів чи, навпаки, такий перелік повинен бути невиключний, зважаючи на об'єктивну неможливість передбачити всі можливі форми порушення публічного порядку, а суди повинні керуватися існуючою правозастосовною практикою.

У науковій літературі доволі часто можна знайти формулювання, що публічний порядок є відображенням фундаментальних суспільних принципів у моральному, релігійному, економічному, політичному та правовому середовищі [1, с. 53].

В. І. Кисіль виділяє низку елементів, які здебільшого входять у зміст і можуть бути характеристикою такого поняття, як “основи правопорядку” України:

(а) основні фундаментальні принципи національного права України, які охоплюють такі імперативні норми публічного, приватного та процесуального права, що становлять скелет правопорядку в Україні;

(б) загальновизнані принципи моралі та справедливості, важливі для українського правопорядку і панівні в українському суспільстві;

(в) законні інтереси українських фізичних та юридичних осіб, української держави та українського суспільства, захист яких є основним завданням української правової системи;

(г) загальновизнані принципи та норми міжнародного права, які є частиною української правової системи і особливо міжнародно-правові стандарти прав людини.

Вказаний автор також зазначає, що через неузгодженість доктринальних підходів законодавці більшості країн вдаються лише до загальних формулювань, тому застереження *ordre public* так нагадують одне одного в різних законодавствах. Як правило, роз'яснення щодо правил застосування застереження про публічний порядок дають суди, на підставі тлумачення норм права, кваліфікації фактичного складу справи й доктринальних викладень [2, с. 228–229].

Для прикладу розглянемо досвід Республіки Австрія щодо визначення критерію публічного порядку в процедурі виконання. Так, згідно з висновками Верховного суду Австрії, **тільки порушення фундаментальних цінностей австрійської правової системи може порушувати принцип *public policy***. Розтлумачено, що **“фундаментальними цінностями”** слід вважати основні принципи федеральної конституції, кримінального права, цивільного права, процесуального права. **Верховний суд Австрії неодноразово зазначав, що порушення публічного порядку завжди супроводжується порушенням імперативних норм права, але, при цьому, не кожне порушення норм австрійської правової системи обов'язково може вважатися порушенням публічного порядку [3].**

Дуже подібне визначення поняття “публічний порядок”, надане у п. 12 постанови Пленуму Верховного Суду України від 24 грудня 1999 року № 12 “Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України”, згідно з яким під **публічним порядком** належить розуміти **правопорядок держави, визначальні принципи і засади, які становлять основу ладу в ній (стосуються її незалежності, цілісності, самостійності й недоторканності, основних конституційних прав, свобод, гарантій тощо)**.

У ст. 12 Закону України “Про міжнародне приватне право” також містяться застереження про публічний порядок, відповідно до якого норма права іноземної держави не застосовується у випадках, якщо її застосування призводить до наслідків, явно несумісних з основами правопорядку (публічним порядком) України. У таких випадках використовується право, яке найтісніше пов'язане з правовідносинами, а якщо таке право визначити або застосувати неможливо, застосовується право України.

Згідно з вимогами ч. 2 ст. 34 Закону України “Про міжнародний комерційний арбітраж”, арбітражне рішення підлягає скасуванню, якщо компетентний суд визнає, що арбітражне рішення суперечить публічному порядку України.

Відмова у визнанні й виконанні іноземного рішення, зокрема арбітражного рішення, у випадку, коли визнання й виконання цього рішення суперечать публічному порядку держави виконання, передбачене і більшістю міжнародних угод, стороною яких є Україна, зокрема, двосторонніми договорами про надання правової допомоги та Конвенцією про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень від 10.06.1958 р. (далі – Нью-Йоркська конвенція).

Цивільний процесуальний кодекс України, який регулює процедуру визнання та часткового приведення до виконання рішень іноземних судів та арбітражних рішень, а саме ст. 396 вказаного кодексу, встановлює, що підставою для відмови у задоволенні клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду (зокрема арбітражного) є те, що виконання рішення загрожувало б інтересам України, та інші випадки, встановлені законами України. Хоча таке визначення прямо не відсилає до категорії публічного порядку, але системно тлумачачи зміст цього

принципу та національне законодавство, можна зробити висновок, що в цій статті також йдеться частково і про публічний порядок.

Зокрема, такими іншими підставами можуть бути загальні підстави недійсності правочинів, що суперечать публічному порядку, передбачені в ст. 228 ЦК України (*Правові наслідки вчинення правочину, який порушує публічний порядок, скоєного з метою, що суперечить інтересам держави і суспільства*), згідно з якою правочин вважається таким, що порушує публічний порядок, якщо він був спрямований на порушення конституційних прав і свобод людини і громадянина, знищення, пошкодження майна фізичної або юридичної особи, держави, АР Крим, територіальної громади, незаконне заволодіння ним. Такий правочин є нікчемним. Крім того, у разі недодержання вимоги щодо відповідності правочину інтересам держави і суспільства, його моральним засадам такий правочин може бути визнаний недійсним.

На основі законодавчого закріплення поняття “публічний порядок” в законодавстві України, можна припустити, що, за задумом законодавця, принцип публічного порядку повинен стояти на захисті головних суспільних інтересів у разі виникнення спорів з іноземним елементом та визнання і виконання іноземних судових рішень національними судовими установами. Однак таке доволі широке та неконкретизоване визначення не дає змоги ефективно використовувати принцип “публічного порядку” в правозастосовній практиці, що часто призводить до необґрунтованого невизнання іноземних рішень з цих підстав.

Прикладом порушення національного публічного порядку, згідно із судовою практикою, є недотримання вимог частини другої статті 12 Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України), за якою забороняється передавати спори про визнання недійсними актів, а також спори, що виникають під час укладання, зміни, розірвання та виконання господарських договорів, пов'язаних із задоволенням державних потреб, на вирішення третейського (арбітражного суду). Так, у справі за клопотанням компанії “Фамед Інжиніринг ГмбХенд Ко КГ” (“VAMED Engineering GmbH & CO KG”) (справа № 6-241цс14), зацікавлена особа – державне підприємство для постачання медичних установ “Укрмедпостач” Міністерства охорони здоров'я України, рішення Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України від 4 квітня 2013 року було скасовано у трьох судових інстанціях з підстав, передбачених частиною другою статті 34 Закону України “Про міжнародний комерційний арбітраж”, оскільки арбітражне застереження про передачу спорів на розгляд МКАС при ТПП України не відповідало положенням національного законодавства, а саме спір, що був предметом розгляду МКАС при ТПП України, виник із приводу виконання компанією обов'язків за договором поставки, укладеним у зв'язку із задоволенням державних потреб на підставі постанови Кабінету Міністрів України від 5 серпня 2009 року № 819, постачання медичного обладнання за яким здійснювалось за кошти, отримані в кредит під державну гарантію України [4].

Ще один цікавий приклад застосування принципу публічного порядку можемо знайти в практиці Верховного Суду Австрії, згідно із законодавством якої державна політика Європейського Союзу автоматично стає частиною національної державної політики всіх держав-членів ЄС. У рішенні від 23 лютого 1998 року № ОВ 115/95 Австрійський Верховний Суд відхилив скаргу щодо скасування рішення про визнання та виконання югославського арбітражного рішення в спорі, що впливав з ліцензійного договору. Так, боржник оскаржував рішення саме з підстав його невідповідності публічному порядку (public policy) як Югославії, так і Австрії. Підставою для скасування рішень скаржник вказав те, що ліцензійна угода спотворює конкуренцію на ринку, отже, порушується конкурентне законодавство ЄС. У цій справі Суд встановив, що істотне порушення законодавства ЄС про конкуренцію, в принципі, може призвести до порушення публічного порядку Австрії, оскільки конкурентне право ЄС є частиною основних принципів Спільного ринку (Common Market). На думку суду, у зв'язку з пріоритетністю норм Європейського права, принципи публічного порядку ЄС автоматично формують частину національного публічного порядку держав-членів. Однак у цьому випадку Суд встановив, що публічний порядок ЄС (і, отже, австрійський публічний порядок) не був порушений [5].

Той факт, що різні держави мають різні концепції власної державної політики, означає ризик того, що одна держава може відмовити в визнанні арбітражного рішення, яке інші держави розглядатимуть як дійсне. На нашу думку, необхідно законодавчо конкретизувати не лише зміст публічного порядку, але й підстави конкретно відмови визнання і виконання арбітражних рішень під час визнання і виконання іноземних рішень в міжнародних угодах, на основі яких гармонізувати національне законодавство держав-учасниць. Щодо України, то конкретизація принципу публічного порядку є невідкладною та не може чекати до конкретизації змісту поняття “публічний порядок” в міжнародному праві, зважаючи на зростання кількості невиконання господарських договорів та збільшення кількості процесуальних диверсій і недобросовісних практик боржників.

І більше, розвиток транснаціональних економічних відносин та їх постійне ускладнення визначають необхідність дослідження зв'язків публічного порядку з суміжними поняттями – “міжнародного” і “транснаціонального” публічного порядку.

Так, визнання рішення іноземного суду є, по суті, поширенням законної сили рішення іноземного суду на територію держави, в якій це рішення підлягає виконанню згідно з правилами та процедурами, що встановлені в цій державі. Також це стосується рішень, винесених міжнародними комерційними арбітражами на підставі арбітражних угод та норм іноземного права. Сенс застереження про публічний порядок у цьому випадку полягає в тому, що права і обов'язки, що виникли на основі іноземного арбітражного рішення і на підставі норм іноземного права, не можуть бути реалізовані в цій державі, якщо наслідки такої реалізації будуть несумісні з основами державного ладу, основними громадянськими правами і свободами [6].

При цьому міжнародні арбітражі, розглядаючи спір, не застосовують внутрішній публічний порядок одної із держав сторін. Визначальною для них буде відповідність їхнього рішення **транснаціональному** публічному порядку, тобто порядку, який покликаний захищати цінності світової спільноти, наприклад, неприйняття расової, релігійної чи статевої дискримінації, заперечення корупційної практики, внаслідок чого він стає особливо важливим для міжнародних комерційних арбітражів [7, с. 114].

Н. Ю. Єрпілева зазначає, що як складові транснаціонального публічного порядку розглядаються загальновизнані принципи і норми міжнародного права; транснаціональний публічний порядок виводять з окремих положень міжнародних договорів. Так, як джерела транснаціонального публічного порядку прийнято розглядати Статут ООН, Загальну декларацію прав людини ООН (1948) та Міжнародний пакт ООН про громадянські та політичні права (1966) [8].

Як слушно зазначають деякі автори, основою для розмежування **внутрішнього і міжнародного публічного порядку** виступає сфера їх застосування. Саме вона визначає особливості публічного порядку, що діє в кожній зі сфер, зокрема відмінності у змісті та механізмі дії. Терміни “внутрішній” і “міжнародний” публічний порядок значною мірою умовні. Вони позначають, відповідно, категорію публічного порядку, що знаходить застосування в сфері регулювання національних (внутрішніх) приватних відносин і у сфері регулювання приватних відносин з іноземним елементом [9, с. 120].

Транснаціональний публічний порядок не є частиною правових порядків публічного чи міжнародного права або будь-якого національного правового порядку. Відповідно, транснаціональний публічний порядок є вираженням міжнародної арбітражної практики, який беззастережно приймає будь-яка сторона арбітражної угоди. Транснаціональний публічний порядок, ймовірно, буде вужчим за обсягом, але більш уніфікованим за міжнародний публічний порядок [10, с. 368].

На цих засадах можливо концептуально відокремити три окремі категорії публічного порядку: “транснаціональний публічний порядок”, “міжнародний публічний порядок” та “національний публічний порядок”. Незважаючи на вже доволі сформоване розуміння відмінностей між названими категоріями в міжнародній науковій правовій думці, ні національне, ані міжнародне законодавство не містить визначення чи розмежування між вказаними термінами, їх застосуванням.

Щодо етапів, на яких до міжнародного спору та його транснаціонального виконання може бути застосовано положення про публічний порядок, то можна виділити три окремі стадії: на етапі арбітражного розгляду – арбітражним судом (арбітрами) у разі неарбітрабельності спору або інших обставин, передбачених міжнародним або національним правом; державним судом в окремому провадженні – як підстава для скасування арбітражного рішення; державним судом на етапі визнання рішення – як підстава для держави відмовити у визнанні та приведенні до виконання іноземного або арбітражного рішення. Треба бути дуже обережним у застосуванні категорії публічного порядку з підстав порушення, допущеного під час розгляду арбітражної справи, як процедурного, так і матеріального, оскільки в такому випадку фактично національний суд виходитиме за межі власних повноважень та переглядатиме справу по суті, підміняючи арбітражний орган.

Висновок. Підсумовуючи, можемо визначити, що категорія публічного порядку і її застосування, як підстави для відмови у визнанні та приведенні до виконання іноземних рішень, зокрема рішень міжнародних комерційних арбітражів, є доволі неоднозначною у зв'язку із відсутністю чіткого визначення змісту публічного порядку та різними підходами до розуміння цього поняття в національному праві різних країн. Зазначена проблема має інтернаціональний характер, оскільки в міжнародній науці і досі немає чіткої позиції щодо того, чи доцільна надмірна деталізація поняття “публічний порядок”, і якщо так – то у якій формі. Ми виділяємо проблему надмірної дискреції національних судів під час вирішення питання про відмову у визнанні і виконанні іноземних та арбітражних рішень з підстав їх невідповідності публічному порядку, як таку, що гостро стоїть на сучасному етапі розвитку транснаціонального виконавчого процесу і, з огляду на недосконалість національної судової системи, потребує детальнішого врегулювання в законодавстві України. Крім того, слід розмежовувати окремі категорії публічного порядку, а саме “транснаціональний публічний порядок”, “міжнародний публічний порядок” та “національний публічний порядок”, кожна з яких характеризується відмінним змістом та джерелами регулювання, що зумовлює необхідність їх глибшого наукового дослідження в національній правовій думці як зокрема, так і в контексті транснаціонального виконавчого процесу.

1. Winnie (Jo-Mei) Ma. *Public Policy In The Judicial Enforcement Of Arbitral Awards: Lessons For And From Australia* – 2005. [Електронний ресурс]: <http://epublications.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1023&context=theses>. 2. Міжнародне приватне право. Загальна частина: підручник / за заг. ред. А. С. Довгерта, В. І. Кисіля. – К.: Алерта, 2012. – 376 с. 3. Draft IBA Country Report Austria// MaxiScherer, Wilmer Cutler Pickering Haleand Dorr LLP // <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUId=F0D34679-E7DD-4F46-AD9C-61E56BBAF6FC> 4. Постанова Верховного суду України від 11.03.2015 у справі № 6-241цс14 // Єдиний державний реєстр судових рішень України / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/43203779> 5. OGH, Urteilvom 23. Februar 1998, 3 Ob 115/95// [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://rdb.manz.at/document/ris.just.JJT_19980223_OGH0002_0030OB00115_9500000_000#/doc-section-dokumentkopf 6. Категория публичного порядка в международном частном праве / Олег Алешин // Юридическая практика № 41 (303) // [Електронний ресурс]: [Ehttp://pravo.ua/article.php?id=10001926](http://pravo.ua/article.php?id=10001926) 7. Канашевский В. А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. – М. : Волтерс Клувер, 2008. – 608 с. (Раздел Арбитраж и публичный порядок. – С. 221–225). 8. Ерпылева Н. Ю. Международное частное право. – М. : Издательский дом НИУ ВШЭ, 2015. – 656 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://books.google.com.ua/books?id=3xPKCQAAQBAJ> 9. Крохалев С. В. Категория публичного порядка в международном гражданском процессе / С. В. Крохалев. – СПб.: Изд. Дом С.-Петербур. гос. ун-та, Изд-во юрид. фак. С.-Петербур. гос. ун-та, 2006. – 472 с. 10. Martin Hunter, Gui Condede Silva, *Transnational public policy and its Application in Investment Arbitrations* / *Journal of World Investments*, June 2003, Vol.4 No. 3 / [Електронний ресурс]: http://www.arbitration-icca.org/media/0/12232929401680/martin_and_gui_conde_e_silva.pdf.