Марія
ДЕВ'ЯТКІНА

Питання публічного порядку в контексті виконання рішень міжнародного комерційного арбітражу

В статті розглядаються теоретичні та практичні аспекти застереження про публічний порядок. Основним досягненням статті є розробка методу для недопущення використання застереження про публічний порядок недобросовісними боржниками для скасування рішення міжнародного комерційного арбітражу.

Ключові слова: застереження про публічний порядок, міжнародний комерційний арбітраж, визнання і виконання арбітражних рішень, транснаціональний публічний порядок.

The paper deals with the theoretical and practical aspects of the ordre public. The main purpose of the paper is the development of a method to prevent dishonest debtors to invoke a *ordre public* to set aside the awards of international commercial arbitration.

Keywords: ordre public, international commercial arbitration, recognition and enforcement of arbitral awards, transnational public order.

Вступ. Застереження про публічний порядок зустрічаються в законодавствах переважної більшості держав світу. Функція такого застереження зводиться до захисту основних засад правопорядку держави. Таким чином, застереження про публічний порядок обмежує застосування норм іноземного права у тому разі, якщо наслідки від застосування таких норм будуть суперечити основоположним нормам права і моралі даної держави. Це призводить до того, що, якщо рішення іноземного суду, чи міжнародного комерційного арбітражу суперечить публічному порядку держави, клопотання про визнання і приведення до виконання такого рішення буде відхилено, а саме рішення в судовому порядку можна визнати недійсним. Разом з цим, чітке визначення терміну «публічний порядок», а також визначення його складових частин відсутнє як в Україні, так і в інших державах світу. Відповідно, у недобросовісних боржників виникає дуже зручна можливість уникнути виконання рішення іноземного суду чи арбітражу. Така ситуація може бути вирішена якщо надати визначення терміну «публічний порядок», або надати перелік його складових частин.

Аналіз останніх досліджень. Питання визнання та виконання рішень іноземних судів та арбітражів широко досліджується як в працях вітчизняних, так і зарубіжних науковців, серед яких слід виокремити праці Л.Ануфрієва, С.Фурси, В.Чубарева, М.Штефана та О.Юлдашина. Говорячи про питання публічного порядку, слід звернути увагу на праці Д.Боброва, І.Дахно, І.Дзери, В.Жушмана, М.Сибільова, В.Кисіля, М.Мальського, Ф.Хейфена, І.Шуміла. У вітчизняній науці питання публічного порядку особливо ретельно досліджено у працях В.Кисіля, зокрема, детально викладена історія виникнення поняття «публічний порядок», розкрито суть механізму дії застереження про публічний порядок, вказується підходи до наукового обґрунтування та законодавчого закріплення цього терміну.

Метою даного дослідження є розробка методу для позбавлення можливості уникнення відповідальності недобросовісного боржника на підставі застосування застереження про публічний порядок.

Виклад основного матеріалу. Як було зазначено вище, основну роль у формуванні поняття «публічний порядок» відіграла доктрина міжнародного приватного права. Так, в доктрині виділяють декілька видів «публічного порядку», а саме: національний або внутрішній публічний порядок та міжнародний або зовнішній публічний порядок [1]. Деякі вчені виділяють ще третій вид «трансна-

УДК: 347.918.2

<https://doi.org/10.36952/uail.2020.3.149-153>

© М. Дев'яткіна

ДЕВ'ЯТКІНА Марія

аспірантка кафедри міжнародного приватного права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ціональний публічний порядок» [2]. Поняття внутрішнього (національного) публічного порядку сформувалося ще у 1804 році з прийняттям Кодексу Наполеона. Застереження про публічний порядок було сформовано у статті 6 Кодексу і передбачало, що приватними угодами не можна було порушувати суспільний порядок та добрі звичаї [3]. Таким чином, дана норма передбачає недопущення зміни імперативних норм права за згодою сторін. В українському законодавстві положення про внутрішній публічний порядок викладені у статті 228 Цивільного кодексу України, де визначено, що 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, Автономної Республіки Крим, територіальної громади, незаконне заволодіння ним. Такий правочин є нікчемним.

Відповідно, публічний порядок у внутрішньому розумінні цього терміну, не вирішує питання, яке ставиться міжнародним приватним правом, а саме, що робити у випадку, коли норма іноземного права суперечить імперативним нормам права і моралі держави. Тому, була розроблена концепція міжнародного (зовнішнього) публічного порядку, яка передбачає недопущення застосування іноземних законів. При цьому, в судовій практиці держав світу, в більшості випадків застосовується негативна концепція зовнішнього публічного порядку, згідно з якою, іноземний закон не підлягає застосуванню не тоді, коли сам цей закон не відповідає вимогам внутрішнього правопорядку, а тоді, коли при застосуванні такого іноземного закону для місцевого правопорядку будуть негативні наслідки [1]. В Україні застереження про публічний порядок у зовнішньому контексті закріплено у статті 12 Закону України «Про міжнародне приватне право», де вказано, що: «Норма права іноземної держави не застосовується у випадках, якщо її застосування призводить до наслідків, явно несумісних з основами правопорядку (публічним порядком) України.» Таким чином, в українському законодавстві застереження про публічний порядок у зовнішньому розумінні цього терміну закріплено у негативній концепції. Разом з цим, в українському Законі одразу міститься колізійні прив'язки, якими визначено, що якщо наслідки від застосування іноземного законодавства явно не сумісні з правопорядком України слід застосовувати право, яке має найбільш тісний зв'язок з правовідносинами, а якщо таке право визначити або застосувати неможливо, застосовується право України. Недолік даного положення полягає в тому, що ним можна скористатися для скасування рішення іноземного суду або арбітражу у тому випадку, якщо боржник доведе у процесі визнання іноземного рішення, що таке рішення не сумісні з правопорядком України. Для цього законодавець у частині 2 статті 12 ввів положення про те, що: «Відмова в застосуванні права іноземної держави не може ґрунтуватися лише на відмінності правової, політичної або економічної системи відповідної іноземної держави від правової, політичної або економічної системи України». Нажаль, на практиці даного положення виявилось недостатньо, адже однією з найпоширеніших підстав скасування арбітражних рішень в Україні є саме невідповідність рішень арбітражу публічному порядку України [4].

Концепція транснаціонального публічного порядку є порівняно новою. Такий публічний порядок захищає цінності світового співтовариства і використовується у міжнародних органах правосуддя і міжнародних арбітражах. Виникнення транснаціонального публічного порядку обумовлюється тим, що різні держави, не дивлячись на те, що мають приблизно однакове законодавче закріплення поняття публічного порядку, мають різні концепції власної державної політики та імперативних норм права і моралі. Це означає, що існує ризик відмови у визнанні та приведенні у виконання іноземного арбітражного рішення в одній державі, у той час як в іншій державі таке рішення буде дійсним. Відповідно, транснаціональний публічний порядок може стати інструментом для вирішення проблеми використання застереження про публічний порядок недобросовісними боржниками для відмови у виконанні арбітражного рішення, оскільки саме транснаціональний публічний порядок є вираженням міжнародної арбітражної практики і є більш уніфікованим, ніж міжнародний публічний порядок [5, с. 120].

В Україні поняття зовнішнього публічного порядку надане в статті 12 Закону України «Про міжнародне приватне право» [6]. Відповідно до Закону, застереження про публічний порядок працює у тому випадку, коли застосування норми іноземної держави призводить до наслідків, явно не сумісних з основами правопорядку України. В таких випадках застосовується право, яке має найбільш тісний зв'язок з правовідносинами, а якщо таке право визначити або застосувати неможливо, застосовується право України. При цьому, Закон не містить тлумачення які саме норми складають основу правопорядку України. Крім того, застереження про публічний порядок також міститься у статті 5 Нью-Йоркської Конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р.

Щодо внутрішнього публічного порядку, визначення міститься у статті 228 Цивільного Кодексу України [7], де вказано, що 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, Автономної Республіки Крим, територіальної громади, незаконне заволодіння ним. Крім того, Пленум Верховного Суду України у своїй Постанові від 06.11.2009 надав роз'яснення, які норми підпадають під категорію «публічний порядок» [8]. Відповідно до Постанови, перелік правочинів, які є нікчемними як такі, що порушують публічний порядок, є:

- 1) правочини, спрямовані на порушення конституційних прав і свобод людини і громадянина;
- 2) правочини, спрямовані на знищення, пошкодження майна фізичної або юридичної особи, держави, Автономної Республіки Крим, територіальної громади, незаконне заволодіння ним. Такими є правочини, що посягають на суспільні, економічні та соціальні основи держави, зокрема: правочини, спрямовані на використання всупереч закону комунальної, державної або приватної власності; правочини, спрямовані на незаконне відчуження або незаконне володіння, користування, розпорядження об'єктами права власності українського народу – землею як основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави, її надрами, іншими природними ресурсами; правочини щодо відчуження викраденого майна; правочини, що порушують правовий режим вилучених з обігу або обмежених в обігу об'єктів цивільного права тощо. Усі інші правочини, спрямовані на порушення інших об'єктів права, передбачені іншими нормами публічного права, не є такими, що порушують публічний порядок.

Не дивлячись на те, що, начебто, у Постанові Верховного Суду достатньо чітко визначено перелік норм, які підпадають під поняття «публічний порядок», на практиці вона не застосовується українськими судами, коли справа стосується визнання та виконання іноземних судових чи арбітражних рішень, так як вони підпадають під категорію міжнародного публічного порядку. Для прикладу можна навести ухвалу по справі № 354/81/15-ц, яка була винесена Яремченським міським судом Івано-Франківської області 26 січня 2016 року, де було встановлено, що рішення Міжнародного комерційного арбітражу при Торгово-промисловій палаті України не підлягає визнанню та виконанню через те, що воно суперечить публічному порядку України через те, що «...особа, яка подала та підписала від імені Plan Team GmbH позовну заяву до Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України та представляла інтереси Plan Team GmbH у вказаному суді, а також подала та підписала клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення <...>, не має належних повноважень, передбачених законодавством України, на представлення інтересів Plan Team GmbH у судах, господарських та третейських, зокрема в Міжнародному комерційному арбітражному суді при ТПП України, <...> тобто не було дотримано публічного порядку розгляду справи» [9]. Станом на жовтень 2019 року ця справа знаходиться на розгляді Касаційного цивільного суду [10]. Дана справа є яскравим прикладом блокування виконання рішення завдяки застереженню про публічний порядок.

Слід також навести приклад того, в яких випадках повинен працювати механізм застереження про публічний порядок. Для прикладу наведемо Ухвалу Апеляційного суду м. Києва у провадженні № 2-к/824/63/2019[11] від 16 вересня 2019 року та Ухвалу Апеляційного суду м. Києва у провадженні № 2-к/796/29/2018 від 30 травня 2018 [12]. По обидвом справам Апеляційний суд м. Києва постановив відмовити у визнанні та виконанні арбітражних рішень на підставі застереження про публічний порядок, аргументуючи його застосування тим, що боржники повинні були виплатити кошти на користь держави-агресора.

Слід відмітити, що не тільки в Україні актуальна проблема неправильного застосування застереження про публічний порядок. Для прикладу наведемо рішення Верховного суду Індії у справі *Oil & Natural Gas Corp v Saw Pipes* [13]. Ця справа була передана в арбітраж у зв'язку знеустойкою, яка виникла з договору поставки. Арбітраж виніс рішення за яким *Oil & Natural Gas Corp* (далі – ONGC) не мала права стягнути неустойку з *Saw Pipes*. Тому ONGC звернулася до індійського суду для того щоб відмінити дію арбітражного рішення на підставі застереження про публічний порядок. У результаті, клопотання ONGC було задоволено Верховним судом Індії і арбітражне рішення було скасоване. Це рішення широко критикується багатьма коментаторами міжнародного приватного права [14]. На основі рішення *Saw Pipes* Верховним судом Індії було винесене рішення у справі *Bhatia International v Bulk Trading* [15], яким було скасоване рішення міжнародного комерційного арбітражу по цій справі. У 2010 році Верховний суд Бомбею скасував арбітражне рішення по справі *Western Maharashtra Development Corporation Ltd. V Bajaj Auto* [16].

Таким чином, недобросовісні боржники часто посиляються на застереження про публічний порядок для скасування рішення міжнародного комерційного арбітражу. Для вирішення цієї проблеми необхідно встановити чіткі стандарти для визначення норм, які підпадають під категорію публічний порядок. Для цього, необхідно розвинути концепцію транснаціонального публічного порядку і в рамках неї слід розробити перелік норм, які складають міжнародний публічний порядок у сфері між-

народної торгівлі. Разом з цим, необхідно забезпечити щоб стаття V Нью-Йоркської Конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень у частині, яка стосується публічного порядку тлумачилася саме через єдині норми публічного порядку для міжнародної торгівлі. Суть в тому, що норми моралі і права у сфері міжнародної торгівлі майже однакові у всіх державах світу, тому уніфікація розуміння публічного порядку в цій сфері цілком можливо досягнути.

Висновки. На сьогодні, поняття терміну «публічний порядок» є вкрай розмитим і невизначеним, що дає можливість для недобросовісних боржників уникнути виконання рішень міжнародного комерційного арбітражу. Цю тезу доводить низька судових рішень, які або не надають визнати та виконати таке арбітражне рішення, або його скасовують. Для того, щоб вирішити цю проблему, необхідно розвинути поняття транснаціонального публічного порядку і в рамках цієї концепції чітко прописати ті норми, які підпадають під розуміння публічного порядку в сфері міжнародної торгівлі.

1. Кисіль В.І. Питання публічного порядку і законодавче регулювання в міжнародному приватному праві / Василь Іванович Кисіль. // Наукові записки НаУКМА. Спеціальний випуск. – 2001. – №19. – С. 212–219.

2. Мальський М.М. Публічний порядок у транснаціональному виконавчому процесі / Маркіян Маркіянович Мальський. // Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Юридичні науки. – 2015. – № 827. – С. 79–84.

3. Code civil [Електронний ресурс] // Legifrance. – 2019. – Режим доступу до ресурсу: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>.

4. Белоусов П. Скасування рішень міжнародного арбітражу в Україні [Електронний ресурс] / Павло Белоусов // AEQUO: Legal High School: Школа судової практики. – 2018. – Режим доступу до ресурсу: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://lhs.net.ua/wp-content/uploads/woocommerce_uploads/2018/01/3_Skasuvannia-rishen-mizhnarodnoho-arbitrazhu-v-Ukraini.-Bielousov-Pavlo-radnyk-IuF-Aequo-arbitr-MKAS-pry-TPP-Ukrainy.pdf&ved=2ahUKEwJvwsbql6PIAhVKlIsKHehNCXIQFjAAegQIBRAB&usg=AOvVaw0bGLXi6FzVKK9NtIUoAxPS.

5. Hunter M. Transnational public policy and its Application in Investment Arbitrations [Електронний ресурс] / M. Hunter, G. C. Silva // Journal of World Investments, June 2003, Vol.4 No. 3. – 2003. – Режим доступу до ресурсу: http://www.arbitration-icca.org/media/0/12232929401680/martin_and_gui-conde_e_silva.pdf.

6. Закон України №Про міжнародне приватне право» [Електронний ресурс] // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2005, № 32, ст.422. – 2005. – Режим доступу до ресурсу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15/print>.

7. Цивільний кодекс України [Електронний ресурс] // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – Режим доступу до ресурсу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15/ed20191021>.

8. Постанова Пленум Верховного Суду України «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» [Електронний ресурс] // Законодавство України. – 611. – Режим доступу до ресурсу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-09>.

9. Даців С. Арбітраж: слідувати за порядком [Електронний ресурс] / Сергій Даців // Український Юрист. – 2016. – Режим доступу до ресурсу: <http://jurist.ua/?article/1121>.

10. Справа № 354/81/15-ц [Електронний ресурс] // Судова влада України. – 2019. – Режим доступу до ресурсу: <https://court.gov.ua/fair/>.

11. Ухвала Апеляційного суду м. Києва у провадженні № 2-к/824/63/2019 від 16 вересня 2019 року [Електронний ресурс] // Zakon Online. – 2019. – Режим доступу до ресурсу: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/84813717>.

12. Ухвала Апеляційного суду м. Києва у провадженні № 2-к/796/29/2018 від 30 травня 2018 [Електронний ресурс] // You Control. – 2018. – Режим доступу до ресурсу: <https://youcontrol.com.ua/catalog/amp/court-document/74342825/>.

13. Oil & Natural Gas Corp v Saw Pipes [Електронний ресурс] // Supreme Court of India. – 2001. – Режим доступу до ресурсу: <https://indiankanoon.org/doc/919241/>.

14. Kachwaha S. Enforcement of Arbitration Awards in India / Kachwaha. // Asian International Arbitration Journal. – 2008. – №65.

15. Bhatia International v Bulk Trading [Електронний ресурс] // Supreme Court of India. – 2001. – Режим доступу до ресурсу: <https://indiankanoon.org/doc/110552/>.

16. Western Maharashtra Development Corporation Ltd. V Bajaj Auto. [Електронний ресурс] // Bombay High Court. – 2010. – Режим доступу до ресурсу: <https://indiankanoon.org/doc/180770753/>.

Summary

The *ordre public*, or public policy, exception is a prominent and controversial feature of private international law. Today it is specifically provided for in many treaties on choice of law questions and in most treaties on the enforcement of foreign judgments. The main purpose of the public policy exception is to protect the *jus cogens* and moral principles of the state. Thus, a public policy exception restricts the application of foreign law in the event that the consequences of such application would be contrary to the fundamental rules of law. So, if the decision of the international commercial arbitration contradicts the public order of the state, the request for recognition and enforcement of such decision would be rejected, and the arbitration award could be declared invalid. At the same time, there is no single definition of the «public order exception». This leads to inconsistent practice of national courts in resolving of cases which falls under public order exception. As the result unscrupulous debtors may invoke on public order exception not to pay their debt. This issue can be resolved by providing a definition of the term «public order» or by providing a list of its constituent parts.

In doctrine, it is generally accepted, that the term *ordre public* possesses two somewhat distinct meaning. In the first place, it has a meaning of *internal or national ordre public*. The definition of national *ordre public* is closely connected with definition given in The Napoleonic Code of 1804. Article 6 of the Code defines the following: «Statutes relating to public policy and morals may not be derogated from by private agreements». This definition may be found in many legislations of the continental law states.

The term *ordre public international* possesses two shades of meanings, namely positive and negative. Under positive aspect of *ordre public international* a foreign law, which in a particular instance would be applicable under the general private international law principles, will not be applied where it would sanction conduct that offends against the forum's concept of fundamental norms. Under negative aspect, a foreign law is not subject to application not when the law itself does not meet the requirements of the domestic law, but when the application of such foreign law will have negative consequences in the local law.

The issue of recognition and enforcement of international commercial arbitration awards cannot be solved using definitions of international and national *ordre public* because for each state, there would be different set of rules, which fall under public order exception. So, the crucial point is to define clear standards to define which rules fall under the public order category. To do this, it is necessary to develop the concept of transnational public order and to create a list of norms that constitute transnational public order in the field of international trade. At the same time, it must be ensured that Article V of the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in so far, as it concerns public order, is interpreted precisely through uniform rules of transnational public order for international trade.