

*А.И. Минина\**

**ТРАКТОВКА И ПРИМЕНЕНИЕ ОГОВОРКИ  
О ПУБЛИЧНОМ ПОРЯДКЕ ПРИ ПРИЗНАНИИ И ИСПОЛНЕНИИ  
РЕШЕНИЙ МЕЖДУНАРОДНОГО КОММЕРЧЕСКОГО  
АРБИТРАЖА В ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ**

*Ключевые слова:* публичный порядок, оговорка, признание и исполнение, международный коммерческий арбитраж, зарубежные страны.

*Minina A.I. The determination and application of public policy' clause in recognition and enforcement of international commercial arbitration awards in foreign countries*

*The article deals with the examination of issues concerned with the public policy clause, its determination and application in foreign countries. In particular there is an analysis of various clause' definitions presented in foreign theory and judicial practice. The article also draws attention to the public policy' law regulation covering its national and international levels. The article is devoted to the points of view' variety description, covers peculiarities of clause' application in different legal issues, calls the attention to the doctrine discussion, concerns existing arguments, directions and conclusions.*

*This article is of practical use as it offers legal ways for the public policy' determination and application, detailed picture of its historical development and legal value. An article is intended for the scientists, graduate students and students interested in public policy' determination and application problem, international commercial arbitration and international private law.*

«Неопределенность категории публичного порядка... ныне возводится в один из принципов международного частного права»<sup>1</sup>.

*Л.А. Луниц*

По мнению Дж. Вестлейк, «ни одна из попыток определить границы этой оговорки никогда не была успешной»<sup>2</sup>. Западные специалисты в целях ее уточнения предпринимали попытки классифицировать публичный порядок на «внутренний» и «международный». Американские ученые, к примеру, утверждают, что концепция международного публичного порядка основывается на основополагающих

---

© Минина А.И., 2012

\* Соискатель Московской государственной юридической академии имени О.Е. Кутафина. [Minina.a.i@gmail.com]

<sup>1</sup> Луниц Л.А. Курс международного частного права. Общая часть. М., 1970. С. 268.

<sup>2</sup> Westlake J. A Treatise on Private International Law – With Principal Reference to its Practice in England, 7<sup>th</sup>. ed., London. 1925. P. 51.

нормах естественного права, принципах универсального правосудия, императивных нормах международного права (*jus cogens*), общих принципах морали и публичного порядка, принятых большинством государств, на принципах добросовестности, *pacta sunt servanda*, принципах, которые представлены в большинстве правовых систем мира<sup>3</sup>.

По мнению Дж. Лью, доктрина международного публичного порядка включает отрицание рабства, расовой, религиозной и сексуальной дискриминации, похищения детей, пиратства, терроризма; направлена против любой попытки ниспровергнуть или избежать применения императивных норм суверенного государства; придерживается основополагающих прав человека (как они декларированы во Всеобщей декларации прав человека ООН 1948 г.<sup>4</sup>) и базовых стандартов добросовестности (*bona fides*) и включает определенные нормы и правила, содержащиеся в главных и широко принятых единообразных законах и международных кодексах поведения<sup>5</sup>. Данные подходы нашли отражение в Резолюции Комитета по международному коммерческому арбитражу 2002 г., согласно которой «выражение «международный публичный порядок» следует использовать для обозначения совокупности принципов и норм государства, которые по своей сущности могут быть препятствием для признания и исполнения решения, вынесенного международным коммерческим арбитражем.

Международный публичный порядок любого государства включает: (i) основные принципы нравственности и справедливости...; (ii) нормы, которые защищают политические, социальные или экономические интересы государства, известные как «*lois de police*» или «нормы публичного порядка»; нормы для соблюдения обязательств государства перед другими государствами или международными организациями<sup>6</sup>. Примерами основных принципов являются *pacta sunt servanda*, принцип беспристрастности судов. Примером норм публичного порядка является антитрестовское законодательство.

Некоторые нормы, например, о запрете коррупции, попадают в обе категории. Публичный порядок государства охватывает моральные и этические ценности именно в рамках одного государства, транснациональный публичный порядок выполняет ту же самую роль в международном бизнес-сообществе. В решении Апелляционного суда Парижа по делу Республика Кот Де Вуар говорится, что одной из составляющих международного публичного порядка является добросовестность при исполнении контрактов<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Lew J. *Applicable Law in International Commercial Arbitration: A Study in Commercial Arbitration Awards*. New York. Oceana Publications. 1978. P. 534.

<sup>4</sup> Всеобщая Декларация прав человека (Принята 10.12.1948 Генеральной Ассамблеей ООН) // Российская газета, 1995.

<sup>5</sup> Lew J. *Op. cit.* P. 535.

<sup>6</sup> Резолюция Комитета по международному коммерческому арбитражу (принята на 70-й конференции Ассоциации международного права, 2–6 апреля 2002 г. (Нью-Дели, Индия) // Журнал международного частного права, 2002. № 1. С. 31–33.

<sup>7</sup> Апелл. суд Парижа, 12.01.1993, *Republique de Cote-d'Ivoire et autre c/ Norbert Beyrard* // *Rev. arb.* 1994.685 и комм. P. Mayer.

Требования международного публичного порядка Германии носят более узкий характер по сравнению с национальным публичным порядком. Помимо нарушения основополагающих принципов германского права, иностранное арбитражное решение должно нарушать также нормы права государства по месту его вынесения. Как отметил БСЗ Бремена в одном из своих определений, «в отношении иностранных арбитражных решений необходимо принимать во внимание то обстоятельство, что за рубежом арбитры выносят решения в условиях другой правовой культуры, которая предъявляет к обоснованию решений такие требования, которые являются обычными в их процессуальной системе»<sup>8</sup>.

Что же касается определения публичного порядка вообще, то в действующей редакции Вводного закона к Германскому гражданскому уложению говорится, что «какая-либо правовая норма другого государства не применяется, если ее применение ведет к результату, который явно несовместим с существенными принципами германского права. Она в особенности не применяется, если это применение несовместимо с основными правами» (ст. 6 Вводного закона к ГГУ<sup>9</sup>). В самом же Германском гражданском уложении сказано, что «применение иностранного закона исключается, если это применение противоречило бы добрым нравам или цели германского закона» (ст. 30 Вводного закона к ГГУ). Судебная практика ФРГ, характеризуя публичный порядок, указывает, что: «Нарушение основ немецкого публичного порядка применительно к иностранным арбитражным решениям существует только в случаях, когда арбитражное решение противоречит принципам, на которых базируется общественная или коммерческая жизнь Германии, а также в случаях противоречия фундаментальным представлениям о правосудии.

В этой связи нарушение арбитром той или иной нормы материального права не является достаточным для применения судом оговорки о публичном порядке». Интересным представляется также тот факт, что немецкая судебная практика относит к составляющим публичного порядка и ряд чисто процессуальных принципов. Так, по одному из решений МКАС при ТПП РФ истец обратился в БЗС Баварии для его признания и приведения в исполнение. В возражении на данное заявление ответчик указал на наличие оснований для отмены арбитражного решения – ч. 2, § 1059 ГПУ Германии<sup>10</sup>, «отсутствие возможности представить свои объяснения». БЗС Баварии в своем определении указал следующее: «Право на представление объяснений, один из основополагающих принципов гражданского процесса, является составной частью публичного порядка и подлежит обязательной проверке судом»<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Определение БСЗ Бремена от 30 сентября 1999 г., *Veilage 12 zu BB-Heft 50/2000*. S. 20. <http://archiv.jura.uni-saarland.de/BGBI/> (последнее посещение – 1 мая 2011 г.).

<sup>9</sup> Гражданское процессуальное уложение Германии. Вводный закон к Гражданскому уложению: пер. с немец. / сост., введ.: В. Бергманн. М., Волтерс Клувер, 2006.

<sup>10</sup> Там же.

<sup>11</sup> Определение БЗС Баварии от 24 февраля 1999 г., *Veilage 12 zu BB-Heft 50/2000*. S.24. <http://archiv.jura.uni-saarland.de/BGBI/> (последнее посещение – 1 мая 2011 г.).

Относительно понимания публичного порядка в доктрине и практике судов США следует отметить общее правило применения к этой категории ограничительного метода толкования. В деле *Fertilizer Corp. of India v. IDI Management, Inc.*<sup>12</sup> ответчик (IDI) возражал против исполнения арбитражного решения в США, основываясь на том, что назначенный другой стороной арбитр являлся советником истца (FCI) на протяжении по меньшей мере двух лет до арбитражного разбирательства и что этот факт не был им раскрыт. Ответчик ссылаясь также на решение по делу *Commonwealth Coatings*<sup>13</sup> для обоснования своего утверждения о том, что публичный порядок США требует не просто незаинтересованности, но и свободы от всякого подозрения в ней. Суд указал, что, действительно, американские суды строго придерживаются мнения о необходимости полного раскрытия арбитром всех обстоятельств, способных вызвать подозрения в его беспристрастности. Однако, в отсутствие доказательств заинтересованности других арбитров, а главное, заинтересованности председателя, суд постановил, что заинтересованность, на которую ссылаясь ответчик, не может служить основанием для применения оговорки о публичном порядке.

В деле *Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Societe Generale De L'Industrie Du Papier (РАКТА)*<sup>14</sup> суд указал, что «Основная благоприятная для арбитража направленность, зафиксированная в Конвенции 1958 г. и объясняющая то, что она заменила Женевскую конвенцию<sup>15</sup>, указывает на необходимость узкого толкования публичного порядка как основания для отказа в принудительном исполнении. Широкое истолкование исказило бы основное назначение Конвенции – устранить ранее существовавшие препятствия для принудительного исполнения арбитражных решений. Кроме того, соображения взаимности, получившие явно выраженное признание в Конвенции – являются знаком для судов, призывающим относиться с осторожностью к этому основанию, чтобы суды зарубежных стран также не стали часто использовать его в качестве основания для отказа в признании и исполнении арбитражных решений, вынесенных в США. Понятие публичного порядка должно толковаться узко. В признании и исполнении арбитражного решения по этому основанию может быть отказано только тогда, когда такое ис-

<sup>12</sup> United States District Court for the Southern District of Ohio, 517 F. Supp. 948, 1981. <http://www.archives.gov/> (последнее посещение – 1 мая 2011 г.).

<sup>13</sup> *Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Co.* (393 U.S. 145, 1968); в данном деле Верховный Суд США на основании законодательства США рассматривал вопрос об отмене внутреннего арбитражного решения и постановил, что решение подлежит отмене, так как председатель арбитража, выбранный двумя другими арбитрами, имел тесные деловые контакты с одной из сторон и не раскрыл этого обстоятельства. Верховный Суд указал, что «не может признать допустимым разрешение споров арбитрами, которые не просто не заинтересованы, но и не свободны от любых (разумно допустимых) подозрений в заинтересованности». <http://www.archives.gov/> (последнее посещение – 1 мая 2011 г.).

<sup>14</sup> United States Court of Appeals for the second Circuit, 508 F.2d 969, 1974. <http://www.archives.gov/> (последнее посещение – 1 мая 2011 г.).

<sup>15</sup> Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже (Женева, 21 апреля 1961 г.) // Ведомости ВС СССР. 28.10.1964, № 44. С. 485.

полнение нарушает основные понятия морали и справедливости государства, где испрашивается исполнение».

Таким образом, в решениях американских судов, помимо ограничительного метода толкования категории публичного порядка, можно проследить и его причину, которая подчас имеет политико-дипломатический характер.

Следует также отметить, что единообразие судебной практики в США, как и в РФ, достигается не всегда. В качестве примера можно привести ситуацию, когда суд штата Теннесси отменил арбитражное решение как очевидно игнорирующее нормы законодательства штата о строительстве и, как результат, противоречащее основам публичного порядка данного штата<sup>16</sup>, что едва ли является оправданным с точки зрения ограничительного метода толкования категории публичного порядка.

Приступая к рассмотрению английского подхода к толкованию публичного порядка, следует привести утверждение доктора Лью, который указывает, что «каждому судье известно, что такое публичный порядок. Вместе с тем вряд ли можно найти такое же количество судей, которые бы знали, каковы закономерности применения оговорки на практике. Указанное вытекает из абстрактности понятия “публичный порядок”. Очевидно, что публичный порядок отражает фундаментальные экономические, правовые, нравственные, политические, религиозные стандарты устройства каждого государства или экстра-национального общества. Это те священные принципы, на которых базируется каждое общество»<sup>17</sup>.

Английские юристы Дж. Чешир и П. Норт определяют публичный порядок как «совокупность моральных, экономических и социальных принципов, представляющих особый интерес, который надлежит защищать без каких-либо исключений»<sup>18</sup>. Едва ли описанный в этих определениях подход английской доктрины отличается конкретикой и использует ограничительный метод толкования. Что касается судебной практики, интересным представляется решение Палаты лордов от 1853 г., в котором указывается, что под публичным порядком следует понимать такой принцип, согласно которому никому не должно дозволяться делать то, что способно нанести вред основам любого общества<sup>19</sup>. Несмотря на некоторую абстрактность в определениях, английское правосудие сохраняет единую и конкретную при решении вопросов о противоречии публичному порядку решений, признающих законными преступления. Так, в деле «Солимани против Солимани» Английский апелляционный суд отказал в приведении в исполнение решения, признавшего действительным контракт, направленный на контрабандный вывоз товара<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> *Bishop R.* Enforcement of Awards under the New York Convention. 1990. P. 19.

<sup>17</sup> *Lew.J.* Applicable law in international Commercial Arbitration. 1978. P. 32.

<sup>18</sup> *Cheshire and North.* Private international law. 1999. P. 123.

<sup>19</sup> Материалы доклада Комитета по Международному Коммерческому Арбитражу Ассоциации Международного права: *Shepard A.* Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards. 2000. С.3.

<sup>20</sup> *Miller L.* Public Policy in International Commercial Arbitration in Australia. 1993. P. 167.

Картина понимания публичного порядка в доктрине и практике Великобритании дополняется высказыванием английского судьи, обозначившего общее правило применения оговорки еще в 1824 г.: «о публичном порядке никогда не говорят, если есть другие аргументы»<sup>21</sup>.

Переходя к характеристике французского понимания категории публичного порядка, следует указать на ст. 6 ГК Франции, которая в качестве публичного порядка называет «общественный порядок и добрые нравы»<sup>22</sup>. Судебная практика Франции признает в качестве принципов публичного порядка такие максимы, как *раста sunt servanda*, принцип доброй совести, запрет на экспроприацию без компенсации, добросовестность при исполнении контрактов.

В целом, французское понимание публичного порядка схоже с оным в других европейских странах, сближается с ним благодаря интеграции, образуя его единую для государств-участниц трактовку. Так, Федеральный трибунал Швейцарии в своих решениях неоднократно указывал на необходимость универсального толкования категории публичного порядка в международных коммерческих отношениях. В соответствии с постановлениями Трибунала, иностранное арбитражное решение является несовместимым с публичным порядком только в случае, если его признание или исполнение противоречит фундаментальным принципам правопорядка и нравственности, разделяемых большинством цивилизованных стран.

Следует также отметить, что в рамках Европейского союза действуют нормы, образующие понимание нового публичного порядка. Такая категория была, в частности, разработана в сфере права конкуренции ЕС. Европейский суд Сообщества определил, что положения ст. 81(1) Договора, учреждающего ЕС<sup>23</sup> (о недействительности любого соглашения, противоречащего законам Сообщества о конкуренции), представляют собой «в силу особой важности этих положений» нормы, составляющие как региональный, так и национальный публичный порядок<sup>24</sup>.

В своем решении по делу *Eco Swiss*<sup>25</sup> суд указал, что суды стран-участниц ЕС обязаны отменять арбитражное решение, которое нарушает ст. 81 Договора, если национальное законодательство предусматривает возможность отмены арбитражного решения. Далее суд постановил, что никакое арбитражное решение не должно приводиться в исполнение, если данное решение признает действительным соглашение в нарушение положений антимонопольного законодательства ЕС. Данная позиция Суда Сообществ была поддержана национальным

<sup>21</sup> *Redfern A., Hunter M.* Law and practice of international commercial arbitration. London, 1999. P. 471.

<sup>22</sup> *Боботов С.В.* Наполеон Бонапарт – реформатор и законодатель. М., 1998.

<sup>23</sup> Договор, учреждающий Европейское сообщество (консолидированный текст с учётом Ниццких изменений) 1957 г. <http://eur-lex.europa.eu/en/index.htm> (последнее посещение – 1 мая 2011 г.).

<sup>24</sup> Материалы доклада Комитета по Международному Коммерческому Арбитражу Ассоциации Международного Права: *Shepard A. Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards.* 2000. С. 19.

<sup>25</sup> <http://eur-lex.europa.eu/en/index.htm> (последнее посещение – 1 мая 2011 г.).

судом Швейцарии, который своим Постановлением от 28 апреля 1992 года по спору между испанской и бельгийской компанией отменил решение международного коммерческого арбитража, признавшего действительным, в нарушение законов ЕС о конкуренции, соглашение между двумя компаниями.

Представляется, что позиция, занятая Судом ЕС, явилась первым шагом в определении законов, составляющих новый публичный порядок Европы на основе теории сверхимперативных норм, подлежащих применению вне зависимости от права, регулирующего спорное правоотношение.

Интересными также представляются разработки, направленные на объяснение публичного порядка, сделанные в докладе комиссии ЮНСИТРАЛ в 1985 г.<sup>26</sup>, в соответствии с которым оговорка включает три аспекта: материально-правовой, процессуальный, а также аспект, включающий совокупность основополагающих принципов морали и нравственности. Понимание и соотношение этих аспектов разнятся от страны к стране, но в целом публичный порядок сохраняет указанную структуру, акцентируясь в каждом конкретном случае на одной или нескольких составляющих.

Представленные примеры указывают, что на сегодняшний день в мире не существует какого-либо единого для всех, бесспорного и конкретного определения публичного порядка. Данная оговорка наполняется содержанием с учетом исторических особенностей, специфики правовой системы, уровнем научных исследований и степенью единообразия судебной практики в каждом конкретном государстве. Разумеется, определениям публичного порядка, принятым в разных государствах, присущи общие черты, но гарантии единогласного объявления этими странами того или иного решения, противоречащим публичному порядку, нет. Конкретика и точность в определении публичного порядка до сего дня остается невыгодной ни государствам, ни сторонам арбитражного разбирательства, так как, будучи абстрактной и практически всеобъемлющей, оговорка является удобным инструментом в руках выгоды.

---

<sup>26</sup> Арбитражный Регламент ЮНСИТРАЛ (Одобен 15.12.1976 Резолюцией 31/98 Генеральной Ассамблеей ООН) // Закон, 2003. № 2.