

Понимание публичного
порядка:
опыт Украины

Евгений Кубко

Public Policy Considerations: Ukrainian Experience

Evgen Kubko

Факторы, влияющие на публичный порядок в Украине

- ❖ Трансграничный публичный порядок
- ❖ Публичное право Украины
- ❖ Частное право Украины
- ❖ Практика международных судебных и арбитражных учреждений (Европейский Суд по правам человека, международный коммерческий арбитраж, международный инвестиционный арбитраж)
- ❖ Судебная практика Украины

Public Policy Considerations in Ukraine

- ❖ Transnational Public Policy
- ❖ Ukrainian Public Law
- ❖ Ukrainian Private Law
- ❖ Practice of international courts and arbitral tribunals (European Court of Human Rights, international commercial arbitration, international investment arbitration)
- ❖ Ukrainian court practice

Трансграничный публичный порядок

- *Содержание понятия Трансграничного публичного порядка*
 - Принципы, которые признаются в правовых системах разных стран;
 - основополагающие принципы естественного права, *jus cogens*, общие принципы морали, арбитражные прецеденты, а также, цели, провозглашенные международными соглашениями;
 - Предварительный отчет о публичном порядке (2000), опубликованный Ассоциацией международного права:

«действительно международный публичный порядок ... включающий в себя основополагающие нормы естественного права, принципы всеобщей справедливости, *jus cogens* в международном публичном праве, общие принципы морали, признанные ... цивилизованными нациями»;

- Ассоциация международного права. Финальный отчет о публичном порядке (2002):

“публичный порядок, который является общим для многих государств”

Transnational Public Policy

- *Definition of Transnational Public Policy*
 - Principles commonly recognized by legal systems around the world;
 - Fundamental principles of natural law, *jus cogens*, general principles of morality, arbitral precedents, spirit of international treaties;
 - International Law Association, Interim Report On Public Policy, 2000:

“truly international public policy ... comprising fundamental rules of natural law, principles of universal justice, *jus cogens* in public international law, general principles of morality accepted by ... civilized nations”;
 - International Law Association, Final Report On Public Policy, 2002:

“public policy which is common to many States”

Публичное право Украины

- ❖ В публичном праве определения публичного порядка не содержится
- ❖ Статья 18 Конституции Украины:
«Внешнеполитическая деятельность Украины направлена на обеспечение ее национальных интересов и безопасности путем поддержания мирного и взаимовыгодного сотрудничества с членами международного сообщества в соответствии с общепризнанными принципами и нормами международного права».
- ❖ Статья 8 Кодекса административного судопроизводства Украины: «Суд при решении дела руководствуется принципом верховенства права, в соответствии с которым, в частности, человек, его права и свободы признаются наивысшими ценностями и определяют содержание и направленность деятельности государства».

Ukrainian Public Law

- ❖ Ukrainian public law does not provide for a definition of “public policy”
- ❖ Article 18 of the Constitution of Ukraine: “Foreign political activity of Ukraine is aimed at ensuring Ukraine’s national interests and security by maintaining peaceful and mutually beneficial co-operation with members of the international community, according to generally acknowledged principles and norms of international law”.
- ❖ Article 8 of the Ukrainian Code of Administrative Procedure: «When considering a case the court shall be guided by the rule of law principle, according to which, inter alia, an individual, its rights and freedoms are considered to be of the highest value and determine the subject-matter and the focus for the state’s activity”.

Частное право Украины

Статья 3 Гражданского кодекса Украины:

«Общие принципы гражданского законодательства

1. Общими принципами гражданского законодательства являются:

- 1) недопустимость своевольного вмешательства в сферу личной жизни человека;
- 2) недопустимость лишения права собственности, кроме случаев, установленных Конституцией Украины и законом;
- 3) свобода договора;
- 4) свобода предпринимательской деятельности, которая не запрещена законом;
- 5) судебная защита гражданского права и интереса;
- 6) справедливость, добросовестность и умность».

Статья 12 Закона «О международном частном праве»

«Предостережение о публичном порядке

1. Норма права иностранного государства не применяется в случаях, если ее применение приводит к последствиям, явно несовместимым с основами правопорядка (публичным порядком) Украины...»

Ukrainian Private Law

Article 3 of the Civil Code of Ukraine:

General principles of civil legislation are:

- 1) Prohibition of willful interference with one's private life;
- 2) Prohibition of deprivation of property rights, except as required by the Constitution of Ukraine and the law;
- 3) Freedom of contract;
- 4) Freedom of business activity that is not prohibited by law;
- 5) Judicial protection of civil rights and interests;
- 6) Fairness, integrity and reasonableness.

Article 12 of the Law of Ukraine on Private International Law

Clause on public policy

A foreign state's rule of law shall not be applied in cases where its application leads to consequences manifestly incompatible with the general principles of Ukraine's public law and order (public policy)..."

Практика международных судебных и арбитражных учреждений

1. **Решения Европейского Суда по правам человека:**
 - источники права в Украине (квазипреcedент)
 - позитивная обязанность государства по защите права собственности (Статья 1 Протокола № 1 к Конвенции)
 - обязанность справедливого судебного процесса (Статья 6 Конвенции)
2. **Решения международных инвестиционных арбитражей**
 - установление и правовое признание международных стандартов прав инвесторов
3. **Решения международных и национальных коммерческих арбитражей**
 - презумпция законности арбитражных решений

Practice of international courts and arbitral tribunals

- 1. Decisions of the European Court of Human Rights:**
 - Sources of law in Ukraine (quasi-precedents)
 - A positive obligation of the state to protect property rights (Article 1 of Protocol No.1 to the Convention)
 - The obligation to a conduct fair trial (Article 6 of the Convention)
- 2. Awards in international investment arbitration**
 - Determination and recognition of international standards of the protection of investor rights
- 3. Awards in international and national commercial arbitrations**
 - Presumed validity of an arbitral award

Судебная практика в Украине

- В законодательных актах определения публичного порядка не содержится
 - Определение публичного порядка дано Верховным Судом Украины (постановление от 24.12.1999 №12):
 - ❖ правопорядок государства;
 - ❖ основополагающие принципы и устои, являющиеся основой существующего строя государства и касающиеся:
 - ❖ независимости,
 - ❖ целостности,
 - ❖ неприкосновенности государства;
 - ❖ основных конституционных прав, свобод, гарантий
- (Этот перечень открытый)

Practice of Courts in Ukraine

- Laws do not provide for a definition of public policy
- “Public policy” was defined by the Supreme Court of Ukraine in Ruling No.12 dated 24 December 1999 as follows:
 - ❖ the law and order of the state
 - ❖ the basic principles and foundations of the existing constitutional system relative to:
 - ❖ the independence of the state
 - ❖ integrity of territory
 - ❖ inviolability of borders
 - ❖ basic constitutional rights, freedoms, and safeguards

(this list is not exhaustive)

Судебная практика в Украине

Общая характеристика за пять лет

1. Официальная статистика решений национальных судов об отказе в признании и исполнении арбитражных решений по причине нарушения публичного порядка в Украине отсутствует
2. Исследования, проведенные сотрудниками ЮФ «Салком»:
(источники: реестр судебных решений по выбранным регионам, публикации в научных изданиях, анализ средств массовой информации, конференции с участием судей и др.)
 - отказ в признании и исполнении арбитражных решений **от 5% до 15%** по различным регионам;
 - из общего числа отказов в признании и исполнении судебных решений – **90%** по причинам, не связанным с нарушением публичного порядка или с нарушениями не только публичного порядка
 - **10%** из числа отказов связаны с нарушением публичного порядка

Practice of Courts in Ukraine

General Characteristics in Five Years

1. No official statistics in Ukraine in relation to judgments denying the recognition and enforcement of arbitral awards based on public policy
2. Research conducted by the Salkom Law Firm lawyers:
(Sources: Register of court decisions entered the selected regions, articles in academic publications, mass media analysis, conferences with participation of judges, etc.)
 - Refusal to recognize and enforce arbitral awards – varying **from 5% to 15 %** depending on the region;
 - **90%** of the refusals in the recognition and enforcement – for reasons unrelated or not exclusively related to the breach of public policy
 - **10%** of refusals are related to the violation of public policy

Судебная практика в Украине

Основные современные тенденции (проблемы и противоречия)

- Противоречивое толкование судами категории публичного порядка
- Отсутствие в судебных решениях дифференцированных критериев удовлетворения требований о признании и принудительном исполнении арбитражных решений (делает затруднительным обжалование решений национальных судов Украины)
- «Процессуальная неопределенность» решений национальных судов
- Низкая квалификация судов первой инстанции

Practice of Courts in Ukraine

Basic modern trends (problems and contradictions)

- Lack of a uniform interpretation of the “public policy” by courts
- Lack of differential criteria for satisfying the requirements applicable to the recognition and enforcement of arbitral awards (resulting in difficulties with appealing against decisions made by Ukrainian national courts)
- Domestic court judgments lack “legal certainty”
- Low qualification of first instance courts

Судебная практика в Украине

Противоречивое толкование судами категории «публичный порядок»

- Некоторые судебные решения возлагают бремя доказывания нарушения публичного порядка на заинтересованную сторону.

Нью-Йоркская конвенция: суды самостоятельно решают вопрос о нарушении публичного порядка

Решение Апелляционного суда г. Киева от 14 марта 2013 г. о выдаче разрешения на принудительное исполнение Рижского Международного третейского суда: «... в ходе судебного разбирательства (представителем стороны) не предоставлено доказательств того, что исполнение решений международного суда физическим лицом, которое взяло на себя обязательства по договору поручения, будут противоречить публичному порядку и угрожать интересам Украины».

Practice of Courts in Ukraine

Contradictory interpretations of “public policy” by courts

- Some judicial decisions place the burden of proof of the breach of public policy on the interested party.
New York Convention: courts have competence to determine whether an award is contrary to the public policy of the state

The Decision of the Kiev City Court of Appeal dated 14 March 2013 on granting permission to enforce the decision of Riga International Arbitration Court: “... in the course of the proceedings (the representatives of the party) failed to provide any proof that the enforcement of an arbitral award against an individual who undertook obligations under a surety agreement would be contrary to the public policy and endanger the interests of Ukraine”.

Судебная практика в Украине

Противоречивое толкование судами категории «публичный порядок»

Жесткое толкование

- Под публичным порядком понимается любое отклонение международного арбитражного решения от процессуальных и материальных норм украинского законодательства

Определение Апелляционного суда Одесской области от
05.06.2013 г.: об отказе в выдаче разрешения на
принудительное исполнение решения арбитражного суда
ФОСФА:

«Если бы дело было рассмотрено национальным судом, то
при таких обстоятельствах с высокой степенью вероятности
можно было бы прогнозировать отказ в удовлетворении
иска...»

Practice of Courts in Ukraine

Contradictory interpretation of the public policy by courts:

Strict Interpretation

- The public policy is understood as any departure from procedural and substantive norms of Ukrainian law by an international arbitral award

The Ruling of the Odessa Oblast Court of Appeal dated 5 June 2013 refusing to allow the enforcement of the FOSFA arbitral award:

“If the case had been adjudicated by a national court, under the present circumstances the claim most probably would have been denied by the court”

Судебная практика в Украине

Противоречивое толкование судами категории «публичный порядок»

Мягкое толкование

- Под публичным порядком понимается только основополагающие принципы правопорядка и правовой системы

Определение Апелляционного суда Черкасской области от 22.07.2013 г. об исполнении арбитражного решения, вынесенного Арбитражным Судом при Торговой палате г. Женева:

«... под публичным порядком понимают правопорядок государства, фундаментальные принципы и основы, которые составляют основу существующего строя (касается независимости, целостности, самостоятельности и неприкосновенности, основных конституционных прав, свобод, гарантий.)»

«Суд не проверяет правильность арбитражного решения по сути спора, поскольку это нарушало бы суверенитет государства, суд которого принял решение...»

Practice of Courts in Ukraine

Contradictory interpretation of public policy by courts:

Soft Interpretation

- Public policy is understood only as basic principles of the law and order and the legal system

Ruling of the Cherkassy Oblast Court of Appeal dated 22 July 2013 on the enforcement of an award made by the Swiss Chamber's Arbitration Institution (Geneva):

“... the public policy is understood as the law and order the state and principles and foundations of the existing constitutional system relative to the independence of state, integrity of the territory, inviolability of borders, basic constitutional rights, freedoms and guarantees”

“The court does not examine whether an arbitral award is correct from the standpoint of the merits of the claim as it would be contrary to the sovereignty of the state whose court made a decision in question...»

Неисполнение арбитражного решения по причинам нарушения публичного порядка: потенциальная опасность

1. Отождествление категории «публичный порядок» и категории «интересы Украины»

ГПК использует понятие «интересы Украины», если другие основания отказа в исполнении не предусмотрены международным договором

2. Интерпретация несоответствия арбитражного решения положениям (принципам) законодательства Украины как нарушения основополагающих принципов правопорядка

Refusal in enforcement of an arbitral award for the public policy reasons: potential threats

1. Identification of public policy with interests of Ukraine

The Code of Civil Procedure relies on the notion “interests of Ukraine” if an international agreement does not provide for other reasons for the refusal in enforcement

2. Interpretation of an arbitral award as being contrary to the provisions (principles) of Ukrainian law as a violation of the fundamental principles of the law and order

Неисполнение арбитражного решения по причинам нарушения публичного порядка: потенциальная опасность

3. Наличие существенных «недостатков» арбитражного решения с точки зрения правовых традиций и категорий национальной правовой системы (оценка обстоятельств, интерпретация фактов и другие)
4. Длительность рассмотрения дел о признании и исполнении арбитражных решений

Противодействие: ЕСПЧ, дело «Regent Company против Украины»

Refusal in enforcement of an arbitral award for the public policy reasons: potential threats

3. **Material “shortcomings” of an arbitral award from the perspective of legal traditions and categories of the national legal system (assessment of circumstances, interpretation of facts, etc.)**
4. **Excessive length of the proceedings in cases relative to the recognition and enforcement of arbitral awards**

Solutions: the ECHR, the case of *Regent Company v. Ukraine*