

## Формирование понятия "публичный порядок" в практике российских судов

Возможность отказа в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного или судебного решения по причине противоречия такого решения публичному порядку страны, в которой испрашивается его признание и приведение в исполнение, является одной из наиболее сложных проблем, возникающих в сфере правоотношений, связанных с исполнением иностранных решений в Российской Федерации. Данная проблема является предметом значительного количества научных дискуссий и нашла яркое отражение в немногочисленной и достаточно противоречивой практике арбитражных судов. В каких ситуациях допустимо применять нормы, устанавливающие правомочия суда, по сути, проигнорировать состоявшееся решение другого – иностранного – правприменительного органа? Какими признаками должно обладать судебное или арбитражное решение, противоречащее публичному порядку РФ? Где пролегает граница между несправедливостью и даже незаконностью иностранного решения с точки зрения российского права и его противоречием российскому публичному порядку? Чем отличается и должно ли отличаться понятие «публичный порядок» от понятия национальной системы права? Является ли понятие «публичный порядок» исключительно правовым или включает также какие-либо морально-нравственные составляющие? Любые ли правовые принципы могут быть положены в основу публичного порядка, и если нет, то на каком основании могут быть выделены такие принципы?

Решение вышеназванных и многих иных связанных с применением норм, касающихся публичного порядка, вопросов имеет существенное значение для формирования единой правоприменительной практики в области признания и исполнения иностранных решений, поскольку противоречие публичному порядку может являться весьма мощным

инструментом блокирования фактически любого иностранного решения, несмотря на взаимность, договорные связи, международные и внутригосударственные нормативные предписания о необходимости считаться с судебными и арбитражными решениями, принятыми на территории других государств. Учитывая всю потенциальную силу данного инструмента, суды в большинстве своем весьма осторожно этот инструмент используют и отказывают в признании и приведении в исполнение иностранного решения по мотивам его противоречия публичному порядку сравнительно редко. Подобную практику в настоящий момент нельзя признать негативным явлением, поскольку обратная ситуация неизбежно приводила бы к значительному количеству злоупотреблений со стороны лиц, желающих уклониться от исполнения решения, вынесенного не в их пользу. Как отмечают в литературе, «для российских предпринимателей, в основном выступающих в качестве ответчиков в международных арбитражах, публичный порядок показался универсальной палочкой-выручалочкой, схватившись за которую они смогут нейтрализовать любые невыгодные для них арбитражные решения<sup>1</sup>».

Однако не представляется перспективной и другая крайность – фактический отказ от использования установленной законом и международными актами возможности не допустить исполнения решения, откровенно идущего вразрез с основами национального правопорядка, по причине отсутствия уверенного представления о том, в каких ситуациях такую возможность необходимо использовать.

Итоги анализа судебно-арбитражной практики показывают, что в Российской Федерации имеет место тенденция скорее ко второй ситуации – судам проще вынести решение о недоказанности противоречия спорного решения публичному порядку, чем создавать прецедент наполнения «авторским» содержанием данного понятия. Иными словами, суды не

---

<sup>1</sup> Карабельников Б.Р. «Подход российского законодательства и судебной практики к оговорке о публичном порядке» // Международное публичное и частное право, 2005, № 5. / СПС «Консультант Плюс».

обладают представлением о том, что должно понимать под публичным порядком и потому находятся в поиске, предлагая разнообразные и зачастую противоречивые варианты собственной интерпретации данного понятия. Явление это абсолютно закономерно и объяснимо в ситуации очевидной нормативной неопределенности относительно того, что представляет собой публичный порядок и что может являться его нарушением.

### ***Публичный порядок в международных нормах и российском законодательстве: сфера применения.***

Изначально концепция публичного порядка была выработана французской доктриной и судебной практикой, откуда эта концепция была воспринята другими странами и стала использоваться в международном частном праве. Сам термин "публичный порядок" ("ordre public") как таковой впервые был использован во Французском гражданском кодексе 1804 г.<sup>2</sup> (далее - ФГК). Исходным положением для концепции публичного порядка послужила ст. 6 ФГК, в соответствии с которой "нельзя частными соглашениями отступать от законов, которые затрагивают публичный порядок и добрые нравы"<sup>3</sup>.

Ученые склонны разграничивать так называемый позитивный и негативный публичный порядок<sup>4</sup>. Так, в частности, В.А. Гавриленко пишет, что основу первой концепции (позитивный публичный порядок) положило французское право, второй (негативный публичный порядок) - немецкое. Позитивным публичным порядком считается совокупность особо важных законов, которые должны применяться всегда и ко всем правоотношениям, в том числе с наличием иностранного элемента. Под негативным же публичным порядком считается также «совокупность некоторых особо

---

<sup>2</sup> см. Афанасьев Д.В. «Нарушение публичного порядка как основание признания сделки недействительной в российском и зарубежном праве» / М.: Статут, 2006. с. 2; Абраменков М.С., Журавлев И.В. «Оговорка о публичном порядке в международном частном праве России» // Юридический мир, 2011, № 3. / СПС «Консультант Плюс».

<sup>3</sup> Афанасьев Д.В. Там же.

<sup>4</sup> Гавриленко В.А. «Институт публичного порядка и его определение» // Адвокатская практика, 2006, № 2 ; Кожокару В. «Оговорка о публичном порядке в международном частном праве» // Внешнеторговое право, 2007, № 1. / СПС «Консультант Плюс».

важных законов, которые, однако, исключают применение иностранного права и возможность исполнения иностранного решения не благодаря своим собственным свойствам как особо важным, а благодаря негативным свойствам самого иностранного права или содержания исполнения иностранного решения, негативным с точки зрения законов. В целом же обе концепции публичного порядка преследуют одну и ту же цель - неприменение иностранного права или отказ в исполнении иностранного решения<sup>5</sup>».

Автор указывает на отсутствие закрепления в российском праве концепции публичного порядка в позитивном смысле и констатирует, что, напротив, в российском праве закреплена только негативная концепция публичного порядка<sup>6</sup>. Другие исследователи также отмечают, что «оговорка о публичном порядке понимается как защитный фильтр, препятствующий применению нормы иностранного права<sup>7</sup>»; «российский законодатель явно следует превалирующей в мире тенденции негативной концепции публичного порядка, исключающей применение несовместимой с основами национального правопорядка нормы иностранного права<sup>8</sup>».

Обратимся к существующим на сегодняшний момент нормативным предписаниям относительно категории «публичный порядок» - такие предписания установлены как международными актами, так и национальным законодательством. Ключевые международные нормы, устанавливающие правовые последствия несоответствия иностранного арбитражного решения публичному порядку страны, в которой заявлено требование о приведении его в исполнение, содержатся в Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, заключенной в Нью-Йорке

---

<sup>5</sup> Гавриленко В.А. Указ.соч.

<sup>6</sup> Там же.

<sup>7</sup> Траспов Р.А. «Международный коммерческий арбитраж: оговорка о публичном порядке как основание отказа в признании или приведении в исполнение иностранных арбитражных (третейских) решений» // Арбитражный и гражданский процесс, 2003, № 6. / СПС «Консультант Плюс».

<sup>8</sup> Карабельников Б.Р. Указ.соч.

10 июня 1958г<sup>9</sup> (далее – Нью-Йоркская Конвенция). Согласно пункту 2 статьи 5 данной Конвенции, в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано, если компетентная власть страны, в которой испрашивается признание и приведение в исполнение, найдет, что признание и приведение в исполнение этого решения противоречат публичному порядку этой страны.

Данное правило Конвенции отражено как в российском процессуальном законодательстве, так и в законодательстве о международном коммерческом арбитраже.

Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации<sup>10</sup> (далее – АПК РФ) устанавливает такое правило применительно как к арбитражным, так и судебным решениям, принятым на территории иностранных государств. В соответствии с п. 7 ч. 1 ст. 244 Кодекса, арбитражный суд отказывает в признании и приведении в исполнение решения иностранного суда полностью или в части в случае, если исполнение решения иностранного суда противоречило бы публичному порядку Российской Федерации. Арбитражный суд отказывает в признании и приведении в исполнение полностью или в части иностранного арбитражного решения по данному основанию, если иное не предусмотрено международным договором Российской Федерации.

Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже»<sup>11</sup> предусматривает как возможность отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения в случае его противоречия публичному порядку Российской Федерации (ч. 1 ст. 36), так и возможность его отмены на том же основании (ч. 1 ст. 34). Данный Закон распространяется исключительно на арбитражные решения, поэтому отменить решение

---

<sup>9</sup> "Конвенция Организации Объединенных Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений" (Заключена в г. Нью-Йорке 10.06.1958) // СПС «Консультант Плюс».

<sup>10</sup> Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 N 95-ФЗ // СЗ РФ, 29.07.2002, N 30, ст. 3012.

<sup>11</sup> Закон РФ от 07.07.1993 N 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» // "Российская газета", N 156, 14.08.1993

иностранного суда по мотивам его противоречия национальному публичному порядку с точки зрения действующего законодательства не является возможным.

Помимо вопросов решения судьбы уже состоявшегося судебного или арбитражного решения, законодательство содержит правила также и относительно непосредственного применения права с учетом оговорки о публичном порядке: в соответствии со ст. 1193 Гражданского кодекса Российской Федерации<sup>12</sup> (далее – ГК РФ), «норма иностранного права, подлежащая применению в соответствии с правилами настоящего раздела, в исключительных случаях не применяется, когда последствия ее применения явно противоречили бы основам правопорядка (публичному порядку) Российской Федерации. В этом случае при необходимости применяется соответствующая норма российского права». При этом отказ в применении нормы иностранного права не может быть основан только на отличии правовой, политической или экономической системы соответствующего иностранного государства от правовой, политической или экономической системы Российской Федерации.

Последняя составляющая правила о применении оговорки о публичном порядке является фактически единственной на сегодняшний день законодательной характеристикой публичного порядка, притом негативного характера: закон содержит разъяснение относительно того, что *нельзя* приравнивать к противоречию публичному порядку.

К сожалению, отталкиваясь только от данного нормативного определения, невозможно раскрыть содержание понятия «публичный порядок», в связи с чем, как уже было обозначено выше, судам ничего не остается, кроме как выработать составляющие данного понятия самостоятельно, опираясь на доктринальные разработки, либо

---

<sup>12</sup> "Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья)" от 26.11.2001 N 146-ФЗ // СЗ РФ, 03.12.2001, N 49, ст. 4552.

руководствуясь собственным представлением о том, какими характеристиками должен обладать публичный порядок.

***Высшие судебные органы о публичном порядке: две ключевые позиции.***

В 1998г. Судебной коллегией по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации было предложено следующее утверждение касательно понятия «публичный порядок»: «содержание понятия публичный порядок не совпадает с содержанием национального законодательства Российской Федерации. Поскольку законодательство Российской Федерации допускает применение норм иностранного государства (ст. 28 Закона Российской Федерации "О международном коммерческом арбитраже"), наличие принципиального различия между российским законом и законом другого государства само по себе не может быть основанием для применения оговорки о публичном порядке. Такое применение этой оговорки означает отрицание применения в Российской Федерации права иностранного государства вообще. Под публичным порядком Российской Федерации понимаются основы общественного строя Российского государства. Оговорка о публичном порядке возможна лишь в тех отдельных случаях, когда применение иностранного закона могло бы породить результат, недопустимый с точки зрения российского правосознания<sup>13</sup>».

Таким образом, ключевой установкой Верховного Суда РФ выступает недопустимость отождествления публичного порядка с российским законодательством и применения данной оговорки на основании несоответствия иностранной правовой нормы российским нормам. Тем не менее, попытка дать определение публичному порядку опять-таки носит абстрактный характер: мы можем обнаружить вывод, чем *не* является публичный порядок по определению, но не наблюдаем его позитивных

---

<sup>13</sup> Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 25 сентября 1998 г. N 5-Г98-60 // СПС «Консультант Плюс».

характеристик, не считая указания на то, что под публичным порядком понимаются «основы общественного строя», понятие которых обладает не большей нормативной определенностью.

Таким образом, из приведенного Определения ВС РФ можно вынести пусть и не содержание понятия «публичный порядок», но, во всяком случае, важный *принцип*, на основании которого должны оцениваться иностранные судебные и арбитражные решения: для квалификации решения как нарушающего публичный порядок необходимо нечто большее, чем простое несоответствие российскому закону. Результатом, «недопустимым с точки зрения российского правосознания», может стать только применение нормы, которая не просто отсутствует в отечественном законодательстве, но которая в принципе не может быть в него введена по причине несовместимости с какими-то фундаментальными принципами, на которых строится вся российская правовая система в целом. Воспроизведение данной позиции Верховного Суда РФ можно встретить в некоторых последующих судебных решениях<sup>14</sup>.

В свою очередь, Высший арбитражный суд РФ уже в несколько более поздний период – в 2005 г. – предложил свое определение публичного порядка, но уже непосредственно с точки зрения его содержательного наполнения. В пункте 29 Информационного письма Президиума ВАС РФ № 96 от 22.12.2005г. «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов, об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов» сформулирована позиция, согласно которой публичный порядок основан «на принципах равенства сторон гражданско-правовых отношений, добросовестности их поведения, соразмерности мер гражданско-правовой ответственности последствиям правонарушения с учетом вины<sup>15</sup>».

---

<sup>14</sup> См., напр., Постановление ФАС СЗО от 28 декабря 2009 г. // СПС «Консультант Плюс».

<sup>15</sup> Информационное письмо Президиума ВАС РФ № 96 от 22.12.2005г. «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов, об

Приходится отметить, что позиция Высшего арбитражного суда РФ несколько расходится с позицией Верховного суда РФ: под нарушением публичного порядка предлагается понимать нарушение национальных гражданско-правовых принципов, т.е., по сути, речь идет все-таки о нарушении российского законодательства. Пускай речь идет не о любых нормах Гражданского кодекса РФ как таковых, а о нормах-принципах, тем не менее, «уровень» публичного порядка, так или иначе, снижается - при такой трактовке мыслимо говорить уже не о нормах, как минимум, Конституции РФ или международных договоров, а о базовых отраслевых принципах внутреннего законодательства.

### ***Определение публичного порядка в решениях арбитражных судов.***

Анализ судебных решений за указанный период позволил выявить несколько вариантов содержательного определения категории «публичный порядок», с которыми мы предполагаем вкратце ознакомиться; определения эти варьируются от весьма абстрактных до широко развернутых.

1) Под публичным порядком понимаются основы общественного строя РФ<sup>16</sup>. В данном случае предлагается наиболее скупая формулировка, заимствованная из ст. 1193 ГК РФ без дополнительной конкретизации.

2) Публичный порядок – это основы конституционного строя и существующего в России правопорядка<sup>17</sup>. Данное определение является, по сути, неким «ответвлением» от вышеприведенного, однако формулировка «основы конституционного строя» представляется более определенной нежели «основы общественного строя»: если исходить из данного варианта определения понятия «публичный порядок», то необходимо ориентироваться на нормы соответствующей главы Конституции РФ.

---

оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов» // СПС «Консультант Плюс».

<sup>16</sup> Постановление ФАС ЦО от 9 апреля 2009 г., Постановление ФАС ЗСО от 27 октября 2010 г., Постановление ФАС МО от 22 сентября 2005 г., Постановление ФАС МО от 22.02.2006г. // СПС «Консультант Плюс».

<sup>17</sup> Постановление ФАС ЗСО от 27 октября 2010 г. по делу N А67-1438/2010. // СПС «Консультант Плюс».

3) Публичный порядок - это «основы правопорядка РФ, включающие в себя помимо 1) основ морали, 2) главных религиозных постулатов, 3) главных экономических и 4) культурных традиций, сформировавших российское гражданское общество, и 5) основополагающие принципы российского права. К основополагающим принципам российского права, в частности, относятся 6) основные начала гражданского права<sup>18</sup>». Здесь мы можем наблюдать уже существенное расширение понятия «основы правопорядка», которое, согласно данному «авторскому» определению, объемлет все возможные виды социальных норм, от моральных и религиозных до собственно правовых. Подобное размытие границ понятия «правопорядок» уже само по себе представляется неверным с точки зрения общей теории права, в соответствии с которой нормы права отделены от иных социальных норм, и совершенно однозначно правовые нормы не могут стоять в одном ряду с экономическими и культурными традициями. Возможно, данное определение можно было бы стилистически откорректировать, если его авторы в действительности полагают, что понятие «публичный порядок» включает в себя отнюдь не только правовые принципы, а охватывает значительно более широкую сферу отношений. Такой подход, несомненно, имеет право на существование, однако ошибочно в этом случае отождествлять понятие «публичный порядок» с основами правопорядка.

4) Под публичным порядком подразумеваются 1) фундаментальные начала правопорядка, 2) общепризнанные принципы нравственности и морали, а также 3) интересы обороноспособности страны, в которой испрашивается исполнение иностранного арбитражного решения<sup>19</sup>. В данном варианте формулировки понятия «публичный порядок» можно уже увидеть отграничение основных начал правопорядка от нравственных и моральных принципов, что является более корректным по сравнению с

---

<sup>18</sup> Постановление ФАС СЗО от 10 июня 2009 г., Постановление ФАС СЗО от 28 декабря 2009 г., Постановление ФАС СЗО от 24.04.2009г. // СПС «Консультант Плюс».

<sup>19</sup> Постановление ФАС МО от 29.09.2005г. // СПС «Консультант Плюс».

вышеприведенным определением. В отдельную составляющую выделяется обороноспособность страны, что может свидетельствовать о понимании публичного порядка как средства отражения, в первую очередь, государственного интереса.

5) Публичный порядок отождествляется с основополагающими принципами российского права<sup>20</sup>. Соответственно, наблюдается та же разновидность вышеупомянутого подхода, при этом без попыток размытия границ понятия «правопорядок».

6) Публичный порядок – это «основополагающие принципы права, то есть его основные начала, которые обладают универсальностью, высшей императивностью и особой общезначимостью<sup>21</sup>». В данном решении, как представляется, очевидна попытка указать на то, что не любые правовые принципы (в частности, отраслевые) являются составляющими публичного порядка, а только универсальные и обладающие высшей юридической силой, что приближает нас снова к более узкому пониманию правопорядка – как совокупности основополагающих конституционных норм.

7) Публичный порядок основан на принципах 1) равенства сторон гражданско-правовых отношений, 2) добросовестности их поведения, 3) соразмерности мер гражданско-правовой ответственности последствиям правонарушения с учетом вины<sup>22</sup>. Данный подход уже является классическим примером приравнивания публичного порядка к какой-либо совокупности отраслевых принципов (в данном случае – гражданско-правовых), начало которому было положено упомянутым выше Информационным письмом Президиума ВАС РФ № 96 от 22.12.2005г.

8) По аналогии с данным подходом, можно встретить и другие судебные решения, в которых публичный порядок рассматривается в контексте какого-

---

<sup>20</sup> Постановление ФАС ДВО от 18 февраля 2011 г., Постановление ФАС МО от 10 октября 2011 г., Определение Арбитражного суда г. Москвы от 28 февраля 2008 г. // СПС «Консультант Плюс».

<sup>21</sup> Постановление ФАС МО от 12 мая 2011 г. // СПС «Консультант Плюс».

<sup>22</sup> Информационное Письмо ВАС РФ № 96 от 22.12.2005г., вслед за ним - Постановление ФАС ЦО от 9 апреля 2009 г., Постановление ФАС ДВО от 18 февраля 2011 г., Определение Арбитражного суда г. Москвы от 28 февраля 2008 г., Постановление ФАС СЗО от 12 апреля 2010 г., Постановление ФАС СЗО от 10 марта 2011 г. Постановление ФАС СЗО от 10 мая 2011 г., Постановление ФАС УО от 13 апреля 2011 г. // СПС «Консультант Плюс».

то избранного отдельно взятого правового принципа. Ниже мы рассмотрим более подробно некоторые из них.

***Обзор общеправовых принципов, закладываемых судами в основу публичного порядка.***

Выработке общего подхода к понятию «публичный порядок» отчасти пытаются способствовать арбитражные суды, ставящие во главу угла тот или иной нормативный принцип, через который пытаются объяснить понятие «публичный порядок». Остановимся на наиболее примечательных из них.

В Постановлении ФАС МО от 13 октября 2008 г. N КГ-А40/9254-08 противоречием публичному порядку, являющемся, что особенно важно, основанием для *отмены* арбитражного решения, суд признает нарушение принципа правовой определенности, который, в свою очередь, объясняется через стабильность правового регулирования и исполнимость вынесенных судебных решений. По данному делу спор изначально возник в связи с истечением договора аренды: общество обратилось в суд с требованием о признании за собой права на продление договора аренды на новый 10-летний срок, с сохранением условий, предусмотренных прежним договором аренды. Международным коммерческим арбитражным судом при Торгово-промышленной палате РФ (далее - МКАС при ТПП РФ) было вынесено положительное решение по данному требованию. Ответчик обратился в суд с заявлением об отмене решения, в качестве одного из оснований для отмены было заявлено то обстоятельство, что принятое третейским судом решение не обладает признаками исполнимости, что нарушает один из основополагающих принципов российского права, сформулированного в Постановлении Конституционного Суда РФ от 5.02.2007 г. N 2-П.

Суд счел, что имеется несколько оснований для отмены решения МКАС при ТПП РФ, включая тот факт, что арбитражем были проигнорированы основополагающие принципы российского права. Как

полагает суд, «признав право ЗАО "Калинка-Стокман" на продление существующего договора с сохранением прежних условий, МКАС при ТПП РФ тем самым подтвердил корреспондирующуюся с правом истца, обязанность ответчика - ЗАО "Мосстройэкономбанк" в течение десяти лет предоставлять истцу в аренду помещения *на условиях, заведомо противоречащих целям предпринимательской деятельности*». «Исполнение обязанности арендодателя, вытекающей из решения МКАС при ТПП РФ, а именно, заключение договора по цене существенно ниже рыночной, *повлечет совершение им налогового правонарушения* и принятие на себя связанных с ним неблагоприятных имущественных последствий, предусмотренных статьей 40 НК РФ, что является недопустимым. Решение суда в любом случае не может предписывать совершить правонарушение, поскольку такое решение будет противоречить публичному порядку. В соответствии с Постановлением Конституционного Суда РФ от 05.02.2007 г. N 2-П, общеправовой принцип правовой определенности предполагает стабильность правового регулирования и исполнимость вынесенных судебных решений. Судебная коллегия считает, что вынесенное МКАС при ТПП РФ решение, нарушая вышеуказанный принцип, противоречит публичному порядку РФ. Признав за истцом право на продление заключенного договора с учетом положений ст. 40 НК РФ, арбитраж не указал способа, условий и сроков реализации признанного права, чем сделал вынесенное им решение фактически неисполнимым и не отвечающим требованию правовой определенности».

Таким образом, нарушение публичного порядка суд усматривает в фактическом предписании арбитражем совершить налоговое правонарушение в результате перезаключения договора аренды, а вместе с этим, в нарушении принципа правовой определенности по причине того, что арбитражное решение не отвечает критерию исполнимости. Также судом был сделан вывод о нарушении МКАС при ТПП РФ основополагающего принципа, как российского, так и международного права - принципа

независимости и беспристрастности суда, что было признано альтернативным основанием для отмены решения.

Между тем, практике известны ситуации, в которых суд, в противовес рассмотренному выше постановлению, приходит к выводу о том, что решение, не обладающее признаком исполнимости, не может противоречить публичному порядку. Как указал ФАС МО в Постановлении от 22 сентября 2005 г. по делу № КГ-А40/8723-05-П, «исполнение иностранного арбитражного решения невозможно, а решение, которое невозможно исполнить, не может противоречить публичному порядку Российской Федерации». Таким образом, можно наблюдать различные подходы к решению вопроса о том, как поступить с фактически неисполнимым в соответствии с российским законодательством иностранным решением – признать противоречащим публичному порядку по данному признаку отказать в признании и приведении решения в исполнение (или вовсе отменить, как в описанном выше случае), ссылаясь на требование исполнимости, либо квалифицировать его как неисполнимое, без последствий для его признания как такового.

Нарушение названного выше принципа независимости и беспристрастности суда, являющегося, по мнению ряда арбитражных судов, составляющей публичного порядка Российской Федерации, выступило в одном из недавних судебных решений основанием для отмены решения МКАС при ТПП РФ, при этом наряду с данным принципом в составе понятия «публичный порядок» фигурировал также и **принцип законности**. Рассмотрим это решение более подробно.

Из Постановления ФАС МО от 10 октября 2011 г. по делу N А40-35844/11-69-311 видно, что МКАС при ТПП РФ было вынесено решение о взыскании с ОАО "Новолипецкий металлургический комбинат" в пользу Максимова Н.В. суммы долга (стоимость переданных по договору акций) в совокупности с имущественными санкциями (проценты за пользование чужими денежными средствами). В качестве одного из оснований для

отмены арбитражного решения суд ссылается на противоречие оспариваемого решения публичному порядку в силу нарушения принципов независимости и беспристрастности суда и законности: «поскольку понятие публичного порядка не раскрыто в Законе "О международном коммерческом арбитраже", а судебная практика исходит из того, что *нарушение основополагающих принципов российского права также должно толковаться как нарушение публичного порядка и эти понятия можно признать тождественными*, судебная коллегия находит правильным вывод суда первой инстанции об отнесении к публичному порядку соблюдения процессуальных принципов независимости и беспристрастности суда и законности решения». В обоснование нарушения арбитражным решением принципа законности суд утверждает, что арбитраж не применил императивные нормы гражданского права, устанавливающие порядок определения покупной цены (ст. 485, 424 ГК РФ), а подсчитал цену акций самостоятельно.

Хотелось бы, однако, отметить необходимость с осторожностью применять категорию законности при разрешении споров об установлении противоречия судебного или арбитражного решения российскому публичному порядку, поскольку при подобном вышеописанному подходе возможно практически любое решение признать несоответствующим публичному порядку по причине нарушения принципа законности, пересмотрев дело по существу и придя к иным выводам. Несомненно, принцип законности является универсальным правовым принципом, и нельзя выводить его за рамки публичного порядка, если за основу концепции публичного порядка берется совокупность универсальных принципов российского права. Однако, опираясь на принцип законности, мы получаем дополнительное основание для переоценки принятого арбитражным институтом решения и отмены его по причине несоответствия российскому законодательству – весьма сомнительно, что идея публичного порядка предназначена для подобных целей. Оговорка о публичном порядке не

должна служить альтернативным методом признания недействительным (равно как и отказа в признании и приведении в исполнение) иностранного арбитражного решения, аналогичным предусмотренному процессуальным законодательством институту пересмотра судебных актов. Как справедливо отмечается в литературе, данный институт «должен применяться в экстраординарных случаях<sup>23</sup>».

Весьма примечательно в рассматриваемом контексте судебное дело, впервые рассмотренное в начале 2009г. в Арбитражном суде г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области и дошедшее к сентябрю 2011г. до Высшего арбитражного суда РФ: тремя судами было по-своему оценено на предмет соответствия российскому публичному порядку решение Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма по спору, возникшему из судостроительного контракта между компанией "Stena RoRo AB" и ОАО «Балтийский завод». В отношении ОАО «Балтийский завод» было заявлено требование о применении к нему имущественных санкций в связи с неисполнением обязательств по данному контракту. Арбитражным судом г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области было отказано в приведении решения в исполнение из соображений недопущения нарушения публичного порядка. Суд исходил из того, что исполнение решения арбитража в отношении завода, являющегося стратегическим предприятием со специальным правом управления со стороны государства, может стать причиной банкротства завода и причинит ущерб суверенитету и безопасности государства, а потому противоречит публичному порядку Российской Федерации.

Данное обоснование нарушения публичного порядка является весьма оригинальным на фоне всех предлагаемых судами в различных ситуациях, поскольку оно отсылает нас не к нарушению правовых принципов и не к несовместимости с национальной правовой системой, а к экономической нецелесообразности и невыгодности исполнения арбитражного решения.

---

<sup>23</sup> Абраменков М.С., Журавлев И.В. Указ.соч.

Законность отходит в данном случае на второй план. Суд руководствуется исключительно экономическими и социальными аргументами. Представляется, что данную проблему – недопущение банкротства стратегически важного предприятия – должны решать специальные нормы законодательства о банкротстве, устанавливающих особые условия, при котором возможно признать несостоятельным подобное предприятие. Однако ставить под сомнение правомерность исполнения решения на основании того, что оно может привести к банкротству, является в корне неправильным с юридической точки зрения. Институт несостоятельности не может называться явлением, несовместимым с правопорядком Российской Федерации; банкротство организаций само по себе является правомерной ситуацией, разумеется, если процедура протекает без нарушений закона. Представляется недопустимым отказывать в признании и приведении в исполнение решение иностранного арбитража, мотивируя это вероятностью наступления банкротства российской организации: публичный порядок мог бы быть признан нарушенным, если бы институт банкротства или хотя бы конкретные условия и процедуры банкротства были несовместимыми с отечественной правовой системой, но никак не в результате признания нежелательным банкротства конкретного предприятия.

Вторым основанием к отказу в удовлетворении заявления явился вывод о вынесении арбитражем решения по спору, не предусмотренному третейской оговоркой. Суд указал, что третейская оговорка содержалась в контрактах, не вступивших в силу, поскольку решение совета директоров компании об одобрении сделок не было облечено в форму протокола. Такой протокол заводу не передан, что является нарушением основополагающего принципа российского права, основанного на признании равенства участников гражданско-правовых отношений, закрепленного статьей 1 ГК РФ.

Кассационный суд признал ошибочными выводы суда первой инстанции о нарушении публичного порядка банкротством завода и

причинением ущерба государству вследствие исполнения решения арбитража<sup>24</sup>. Тем не менее, суд счел исполнение решения противоречащим публичному порядку, но по иным основаниям – в связи с тем, что со стороны иностранной компании отсутствовал протокол об одобрении сделки советом директоров. Из анализа данного постановления можно сделать вывод о том, что суд, как и в ряде вышеописанных случаев, приравнивает к публичному порядку несоответствие принятого решения законодательству РФ: поскольку российское законодательство устанавливает определенный порядок одобрения сделки для признания ее легитимной, то несоблюдение данного порядка влечет незаключенность сделки, а стало быть – ответственность за ее неисполнение невозможна и будет противоречить публичному порядку.

Между тем, такой вывод основан исключительно на разнице законодательных требований к процедуре заключения сделки – т.е., вопреки заложенному Верховным Судом РФ принципу, на различии правовых систем двух разных государств.

На недопустимость подобного подхода указывает Президиум ВАС РФ в Постановлении от 13 сентября 2011 г. N 9899/09 по итогам пересмотра настоящего дела. В основу отмены постановления ФАС СЗО кладется утверждение о том, что «требования к порядку и фиксации одобрения крупных сделок юридическими лицами, если таковые имеются, определяются законодательством той страны, по праву которой соответствующие юридические лица созданы. Несовпадение подобных правил, установленных законодательством разных стран, не нарушает принцип равноправия сторон внешнеэкономического контракта и не дает оснований оценивать правомерность действий одной из сторон контракта ссылкой на нормативные требования, предъявляемые к другой стороне контракта законодательством ее страны». «Российский завод по законодательству Российской Федерации должен был оформить и фактически оформил протоколом согласие своего совета директоров на

---

<sup>24</sup> см. Постановление ФАС СЗО от 24.04.2009г. по делу N А56-60007/2008. // СПС «Консультант Плюс».

заключение контрактов. Однако из этого обстоятельства не следует, что у шведской компании исключительно в силу действий завода, обусловленных требованиями российского законодательства, и необходимости соблюдать в гражданско-правовых отношениях принцип равноправия сторон возникла встречная обязанность оформить аналогичное согласие своего совета директоров именно в виде протокола. Правила, предъявляемые российским законодательством к оформлению решений органами управления российских юридических лиц, на шведские компании не распространяются».

Отметим, таким образом, что на уровне высших инстанций последовательно проводится принцип недопустимости отождествления несоответствия публичному порядку с несоответствием нормам российского законодательства.

Иной раз понятие «публичный порядок» объясняется судами через принцип обязательности судебных актов на территории Российской Федерации. В качестве примера можно привести Постановление ФАС УО от 12.10.2005г. по делу Ф09-2110/05-С6. Данным Постановлением было признано противоречащим российскому публичному порядку решение Нидерландского Арбитражного Института о взыскании с должников убытков, причиненных нарушением договорных обязательств. ФАС Уральского округа указал на тот факт, что решением Арбитражного суда Удмуртской Республики договор был признан недействительным как заключенный с нарушением требований ст. 81, 83 Федерального закона "Об акционерных обществах". «Между тем, в соответствии с п. 1 ст. 6 Федерального конституционного закона от 31.12.1996 N 1-ФКЗ "О судебной системе Российской Федерации" вступившие в законную силу постановления федеральных судов, мировых судей и судов субъектов Российской Федерации являются обязательными для всех без исключения органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений, должностных лиц, других физических и юридических лиц и подлежат неукоснительному исполнению на всей территории Российской Федерации».

Федерации. Аналогичное положение закреплено в ст. 16 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации. Обязательная сила судебных актов российского суда о недействительности не соответствующей закону сделки распространяется на территории Российской Федерации на всех участников гражданского оборота, а не только на стороны сделки либо оспоривших ее лиц».

Как отмечает суд, «решение Нидерландского Арбитражного Института принято после вступления в законную силу судебных актов российского суда, установивших недействительность спорного договора. При этом решение основано на выводах о действительности указанной сделки и предусматривает возмещение убытков в связи с неисполнением предусмотренных ею обязательств. В такой ситуации признание и приведение в исполнение на территории Российской Федерации решения иностранного арбитража приведет к существованию на территории Российской Федерации судебных актов равной юридической силы, содержащих взаимоисключающие выводы, и вступит в противоречие с принципом обязательности судебных актов российского суда, являющимся неотъемлемой частью публичного порядка Российской Федерации».

Таким образом, суд указывает на невозможность существования двух взаимоисключающих решений относительно действительности одного и того же договора. Позиция суда представляется логичной и обоснованной, наглядно демонстрирующей, в какой ситуации последствия исполнения вынесенного без нарушений арбитражного решения могут быть несовместимыми с нормальным функционированием общественных отношений, регулируемых российским правом. Исполнение решения о возмещении убытков по сделке, признанной ранее недействительной в судебном порядке, представляется немыслимым с юридической точки зрения и однозначно недопустимым в рамках правовой системы, надо полагать, не только Российской Федерации. Данное судебное решение позволяет составить представление о потенциальной ситуации, в рамках которой

принятое иностранным арбитражем, или же судом, решение, может быть законным и вместе с тем не подлежащим исполнению.

Важно отметить, что в ряде судебных постановлений по спорам о признании и приведении в исполнение иностранного решения можно обнаружить прямое утверждение о том, что для отказа в признании и приведении в исполнение решения необходимо установить, что публичному порядку противоречит не само по себе решение, а его *исполнение* на территории конкретного государства<sup>25</sup>. В данном тезисе отражен весьма продвинутый, на наш взгляд, подход к применению категории «публичный порядок», поскольку в нем обозначена определенная грань между простой незаконностью решения, которую возможно установить путем стандартного пересмотра дела по существу, и несовместимостью его последствий с российским правопорядком, даже если само решение вынесено на основании закона, действующего на территории страны суда (или избранного сторонами, если речь идет об арбитраже) и с безупречным соблюдением установленной процедуры, более того – если решение не противоречит нормам российского права.

***Публичный порядок, объясняемый через гражданско-правовые принципы.***

Как уже было сказано выше, в практике российских арбитражных судов параллельно заложена и вторая тенденция – выведение понятия «публичный порядок» через отраслевые принципы российского права; наиболее ярко она прослеживается при анализе судами иностранных арбитражных и судебных решений о взыскании имущественных санкций в рамках гражданско-правовых споров. Упомянутым выше Информационным письмом № 96 от 22.12.2005г. ВАС РФ провозгласил, что публичный порядок основан «на принципах равенства сторон гражданско-правовых отношений,

---

<sup>25</sup> См., например, Постановление ФАС МО от 29.09.2005г. по делу № КГ-А40/9192-05. // СПС «Консультант Плюс».

добросовестности их поведения, соразмерности мер гражданско-правовой ответственности последствиям правонарушения с учетом вины».

Отдельного внимания в рамках данного направления заслуживает блок вопросов, связанных с применением норм о штрафной неустойке в договорных спорах. Примечательно, что даже при признании составляющими российского публичного порядка принципов гражданского права, включая принцип соразмерности, у судов нет единого мнения относительно того, нарушает ли публичный порядок применение, в частности, штрафной неустойки как санкции за неисполнение обязательства. Так, в одном из судебных решений<sup>26</sup> карательный характер неустойки признан нарушением публичного порядка РФ. Отказывая в признании и приведении в исполнение указанного решения арбитража ad hoc г. Стокгольма, Арбитражный суд г. Москвы исходил из того, что «исполнение упомянутого решения на территории Российской Федерации противоречит публичному порядку Российской Федерации, поскольку взысканная международным арбитражем с ОАО "МНПЗ" сумма неустойки носит карательный характер, т.к. превышает размер убытков, понесенных истцом».

ВАС РФ, между тем, занял противоположную позицию по данному делу, указав на то, что «гражданское законодательство Российской Федерации исходит из принципа равенства прав и обязанностей российских и иностранных юридических и физических лиц и предусматривает в качестве возможной меры ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по договору взыскание штрафной неустойки. Следовательно, она входит в правовую систему Российской Федерации и ее взыскание не может противоречить публичному порядку Российской Федерации<sup>27</sup>». Данная позиция ВАС РФ впоследствии воспроизведена в ряде судебных решений<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> см. постановление ФАС МО от 21.03.2006г. по делу № КГ-А40/922-06. // СПС «Консультант Плюс».

<sup>27</sup> см. Постановление Президиума ВАС РФ от 19.09.2006 N 5243/06. // СПС «Консультант Плюс».

<sup>28</sup> см. Определение Арбитражного суда г. Москвы от 28 февраля 2008 г. по делу N А40-33331/07-8-340, Постановление ФАС СЗО от 28 декабря 2009 г. по делу N А21-802/2009, Постановление ФАС СЗО от 12 апреля 2010 г. по делу N А52-33/2010, Постановление ФАС СЗО от 10 марта 2011 г. по делу N А05-

Соответственно, по утверждению ВАС РФ, законодательное закрепление штрафной неустойки означает, что она «вписывается» в публичный порядок РФ. Вопрос в том, как данный вывод суда соотносится с его же собственным постулатом о построении российского публичного порядка на принципах соразмерности? Очевидно, данная совокупность сделанных в разное время выводов означает, что нарушение публичного порядка образует не само по себе применение штрафной неустойки в рамках договорного спора, а только признанная существенная несоразмерность данной неустойки причиненным убыткам.

В практике арбитражных судов наблюдаются попытки анализа взысканной арбитражем неустойки на предмет ее соразмерности причиненному ущербу. Постановлением ФАС ДВО от 18 февраля 2011 г. N Ф03-9096/2010 существенная несоразмерность неустойки была признана нарушением публичного порядка: «проанализировав решение индийского международного арбитража на предмет соблюдения в нем принципа соразмерности взысканных санкций совершенному правонарушению, арбитражный суд счел, что взыскание с Общества штрафных санкций в размере более 63% от всей суммы контракта с начислением последующих процентов на эту сумму (9% и 18% годовых) без учета 10% уже оплаченных Обществом по условиям контракта нарушает права и законные интересы Общества и последствия исполнения такого решения противоречат публичному порядку Российской Федерации».

В отдельном решении, вынесенном по спору о признании и приведении в исполнение решения, которым с ответчика взыскана штрафная неустойка, помимо ссылок на наличие в российском законодательстве норм о штрафной неустойке, содержится также и вывод о том, что «общество не доказало и из материалов дела не следует несоразмерность примененных арбитражем мер гражданско-правовой ответственности последствиям нарушения договора<sup>29</sup>».

---

10560/2010, Постановление ФАС УО от 13 апреля 2011 г. N Ф09-955/11-С5, Постановление Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. N 9899/09. // СПС «Консультант Плюс».

<sup>29</sup> Постановление ФАС СЗО от 10 мая 2011 г. по делу N А56-68936/2010. // СПС «Консультант Плюс».

В данном случае уже прослеживается реальная оценка санкций на предмет их соразмерности, в соответствии с идеями, заложенными в Информационном письме ВАС № 96, а не просто отрицание нарушения публичного порядка в связи с тем, что такие санкции сами по себе предусмотрены законом.

### ***Основные выводы.***

Проанализировав отраженные в арбитражной практике представления о содержании понятия «публичный порядок», мы готовы предложить следующие выводы относительно квалифицирующих признаков публичного порядка как средства недопущения признания и приведения в исполнение иностранного судебного или арбитражного решения на территории Российской Федерации.

1) Публичный порядок не подлежит отождествлению с нормами российского законодательства, соответственно, сама по себе незаконность решения с точки зрения российского права не может являться основанием для отказа в его признании и приведении в исполнение. Также нарушение публичного порядка недопустимо выводить из отличия правовой, политической или экономической системы страны, на территории которой или по законодательству которой было вынесено решение, от соответствующей системы Российской Федерации. Не отсутствие определенной правовой нормы в российском законодательстве и не различия в правовых нормах, а только несовместимость с российскими правовыми нормами может образовывать нарушение публичного порядка.

2) Для квалификации судебного или арбитражного решения как нарушающего публичный порядок необходимо руководствоваться установкой, что не само по себе решение должно противоречить публичному порядку, а его исполнение на территории РФ. Так, например, реализация спорного решения не должна привести к совершению правонарушения или к наличию взаимоисключающих официальных выводов в отношении одного и того же факта, имеющего юридическое значение. Данный вывод проистекает

из специального назначения публичного порядка, закрепленного в Нью-Йоркской Конвенции и процессуальном законодательстве РФ: основываясь на нормах, устанавливающих возможность отказа в признании и приведении в исполнение решения по причине несоответствия публичному порядку, суды не пересматривают решение по существу и не переоценивают его на предмет законности, а решают вопрос о допустимости его приведения в исполнение на территории конкретного государства.

3) В настоящее время в доктрине и судебной практике отсутствует единая позиция относительно того, охватывает ли понятие публичного порядка исключительно правовую сферу, или же в него могут включаться экономические, социальные, морально-нравственные и иные элементы. Статья 1193 ГК РФ приравнивает публичный порядок к основам правопорядка РФ, таким образом, препятствуя включению неправовых элементов в понятие публичного порядка. Между тем, сферой применения данной нормы не является признание и приведение в исполнение иностранных решений; в то время как использование института публичного порядка в целях блокирования иностранных решений регулируется прежде всего Нью-Йоркской Конвенцией и основанными на ней нормами процессуального законодательства. Представляется, что понятие «публичный порядок» с точки зрения Нью-Йоркской конвенции может признаваться более широким и в его структуру могут быть включены и другие элементы наряду с юридическими, однако, во-первых, это не означает, что в данное понятие могут входить какие угодно произвольные элементы, а во-вторых, объяснять расширение данного понятия через включение тех же морально-нравственных компонентов в основы *правапорядка*, как это периодически имеет место быть в литературе и судебной практике, в любом случае, недопустимо, поскольку это несовместимо с общей теорией права.

4) В арбитражной практике выявлено наличие противоречивых взглядов на содержание публичного порядка именно как правового явления (исключая экономические, социальные и иные элементы) – имеет ли данный

институт надотраслевой, межотраслевой, или даже внутреотраслевой характер. Право на существование имеет каждая из этих теорий, однако важно осознавать, что чем глубже окунаться в отраслевые принципы российского законодательства, которых в настоящее время множество, как, собственно, и отраслей, тем существеннее возрастает риск подмены публичного порядка законодательными нормами и использования данного института в целях фактического пересмотра иностранного решения по существу, вопреки его предназначению. В связи с этим, в целях недопущения подобного расширения сферы применения категории «публичный порядок», рационально было бы ограничиться фундаментальными общеотраслевыми принципами для установления содержания данного понятия. Однако закрытый перечень таких принципов на сегодняшний момент отсутствует, поэтому не исключено, что разумно поступают те суды, которые ориентируются при применении данного понятия, прежде всего, на принципы, установленные Конституцией РФ и международными договорами, на которых и должно строиться российское законодательство в целом.