

Транснациональный публичный порядок

А. А. Качулис

Для цитирования: Качулис А. А. Транснациональный публичный порядок // Правоведение. 2022. Т. 66, № 1. С. 80–100. <https://doi.org/10.21638/spbu25.2022.105>

Статья посвящена правовому институту транснационального публичного порядка, который незнаком российской правоприменительной практике. Эта разновидность публичного порядка, как правило, лишь вскользь упоминается в исследованиях, затрагивающих вопросы применения оговорки о публичном порядке. Между тем транснациональный публичный порядок следует признать весьма сложным правовым явлением, а точки зрения на его правовую природу и даже на целесообразность применения значительно разнятся. Споры эти во многом проистекают из более глобальных противоречий, вызванных существованием различных теорий правовой природы международного арбитража. При этом транснациональный публичный порядок давно не является исключительно теоретической конструкцией и применяется международными коммерческими и инвестиционными арбитражами, хотя и нечасто. Опасения арбитров при использовании этого правового института обусловлены неопределенностью его содержания, отсутствием устойчивой практики использования, а также вполне объяснимым нежеланием обобщать собственные выводы в своем решении путем ссылки на сомнительную (с позиции национального суда, который будет впоследствии приводить такое решение в исполнение) правовую концепцию. Между тем редкие случаи, когда арбитры все же решили прибегнуть к ссылке на транснациональный публичный порядок, становятся объектом пристального внимания зарубежных исследователей как примеры весьма прогрессивного подхода к разрешению споров и аргументации принятых решений. В статье определены и сопоставлены основные теоретические воззрения на сущность и содержание транснационального публичного порядка, изучена практика его применения международными коммерческими и инвестиционными арбитражами, намечены возможные перспективы использования национальными судебными органами. Также представлены мнения исследователей, в том числе негативные, относительно жизнеспособности самой концепции транснационального публичного порядка. Основным материалом для исследования стали зарубежные научные статьи, в которых изложены различные взгляды на правовую природу транснационального публичного порядка; приводятся немногочисленные примеры из решений международных арбитражей, в которых использовался этот правовой институт. Сделаны выводы о перспективах применения транснационального публичного порядка государственными судами и о целесообразности его использования международными коммерческими и инвестиционными арбитражами.

Ключевые слова: транснациональный публичный порядок, оговорка о публичном порядке, международный коммерческий арбитраж, международный инвестиционный арбитраж, место арбитража, применимое право.

Введение

Институт публичного порядка имеет глубокие корни во французском праве, где он является одним из центральных понятий и из которого его постепенно заимствовали другие национальные правовые системы. Одновременно публичный

Качулис Антон Алексеевич — магистр международного частного права, Санкт-Петербургский государственный университет, Российская Федерация, 199034, Санкт-Петербург, Университетская наб., 7–9; kachulis.anton@mail.ru

© Санкт-Петербургский государственный университет, 2022

порядок был закреплен в некоторых международно-правовых актах, касающихся международного коммерческого арбитража, в частности в Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г.¹ (далее также — Нью-Йоркская конвенция 1958 г., Конвенция), которая является наиболее известным и часто применяемым международно-правовым актом, где закреплен данный механизм. Известная сложность применения ст. V Конвенции и механизма публичного порядка в целом связана с тем, что правовые нормы, касающиеся публичного порядка, всегда представляют собой примеры нормативного обобщения и не раскрывают содержание этого понятия. Причина такого подхода связана с правовой природой публичного порядка: сложно нормативно закрепить основы национального правопорядка, если учесть их свойство меняться с течением времени. Более того, базовые устои, на которых строится общество, не являются едиными для всех стран мира, поэтому в каждой стране публичный порядок свой.

Назначение оговорки о публичном порядке — защита национального правопорядка от неблагоприятных последствий действия принципа свободы договора (назначение внутреннего публичного порядка), применения иностранного права или признания и/или приведения в исполнения иностранного судебного или арбитражного решения (назначение международного публичного порядка). Эта защитная функция публичного порядка чаще всего становится объектом научных исследований.

Одновременно публичный порядок может использоваться законодателем для установления пределов осуществления субъективных прав, пределов автономии воли сторон (данная функция публичного порядка присуща внутреннему национальному публичному порядку). В некоторых странах, например в США, категория публичного порядка обозначает преобладающие в обществе нравственные нормы. Также отмечается, что категория публичного порядка может использоваться для идентификации норм, наиболее важных для правовой системы, несоблюдение которых влечет такие последствия, как отмена судебного акта, вынесенного без их соблюдения².

Международный публичный порядок государства применяется в случае, когда, как отмечает Ю. Г. Богатина, «источник дестабилизации национального публичного порядка возник за пределами территории государства»³.

Внутренний публичный порядок — это совокупность императивных норм национального права, от соблюдения которых стороны правоотношений не могут отклониться и чье действие не вправе отменять своим соглашением.

Обе эти категории публичного порядка представляют собой подвиды публичного порядка каждого государства, но внутренний публичный порядок применяется только в правоотношениях, подчиненных национальному праву, следовательно он более широк по сравнению с международным публичным порядком государства.

¹ Здесь и далее, если не указано иное, нормативно-правовые акты и судебная практика приводятся по СПС «КонсультантПлюс». URL: <http://www.consultant.ru> (дата обращения: 01.06.2022).

² См. об этом: *Давыденко Д. Л., Хизунова А. Н.* Значение и функции оговорки о публичном порядке в иностранном и российском праве // Закон. 2013. № 2. С. 32.

³ *Богатина Ю. Г.* Оговорка о публичном порядке в международном частном праве: теоретические проблемы и современная практика. М.: Статут, 2010. С. 20.

1. Теория транснационального публичного порядка

В XX в. во французской правовой литературе возникла еще одна разновидность публичного порядка: транснациональный публичный порядок (по мнению С. В. Крохалева, концепция так называемого абсолютного публичного порядка зародилась еще в конце XIX в.)⁴.

В юридической литературе данный правовой институт иногда именуется «наднациональным» или «действительно международным» публичным порядком; в англоязычных источниках наиболее часто встречаются термины *transnational public policy* и *truly international public policy*⁵. В очень редких случаях этим терминам придается разное значение⁶. Концепция транснационального публичного порядка разрабатывается преимущественно в сфере международного арбитража, что объясняется прежде всего его гораздо меньшей связью с правопорядком того или иного государства по сравнению с национальными судами.

Транснациональный публичный порядок иногда рассматривается как противовес международному публичному порядку⁷. Если международный публичный порядок и внутренний публичный порядок представляют собой две грани одного и того же публичного порядка — публичного порядка каждого конкретного государства, — то транснациональный публичный порядок не является публичным порядком государства в принципе: это международно-правовой институт, который отражает фундаментальные моральные и правовые принципы, признаваемые всеми «цивилизованными странами» (термин из п. 3 ст. 38 Статута Международного суда ООН). Эти принципы — универсальные стандарты поведения, принятые в цивилизованном обществе и осуждающие такие явления, как рабство, взяточничество, пиратство, убийство, терроризм, коррупция и т. д.⁸ Поэтому в значительной степени транснациональный публичный порядок состоит из правовых предписаний, нарушение которых в подавляющем большинстве национальных правопорядков карается нормами уголовного законодательства. Иногда отмечается, что транснациональный публичный порядок отражает «общечеловеческую мораль»⁹. Однако концептуально транснациональный публичный порядок и национальный публичный порядок схожи, поэтому их противопоставление некоторыми исследователями представляется нам не вполне корректным.

С точки зрения содержания транснациональный публичный порядок — более узкая категория по сравнению с международным публичным порядком государства. С. В. Крохалев выделяет следующие правовые принципы, которые, по его мнению, составляют содержание транснационального публичного порядка: «...*pacta sunt servanda* (лат. договоры должны исполняться), требование добросовестности, принцип запрета злоупотребления правом, запрет коррупции и согла-

⁴ Крохалев С. В. Категория публичного порядка в международном гражданском процессе. СПб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2006. С. 107.

⁵ Однако термин «транснациональный публичный порядок» как таковой впервые использован только в 1980-х годах: *Kessedjian C. Transnational public policy // International Arbitration 2006: Back to Basics? / ed. by A. J. van den Berg. ICCA Congress Series. 2007. Vol. 13. P. 857. URL: <https://www.kluwerarbitration.com/document/ipn31653?q=Transnational%20Public%20Policy> (дата обращения: 18.10.2020).*

⁶ См., напр.: *Fry J. D. Désordre Public International under the New York Convention: Wither truly international public policy // Chinese Journal of International Law. 2009. Vol. 8, no. 1. P. 85–89.*

⁷ См., напр.: *Moses M. L. Chapter 11: Public policy under the New York Convention: National, international, and transnational // 60 years of the New York Convention: Key issues and future challenges / eds K. F. Gomez, A. M. Lopez-Rodriguez. The Hague; London; Boston: Kluwer Law International, 2019. P. 179.*

⁸ *Ibid.*

⁹ Богатина Ю. Г. Оговорка о публичном порядке... С. 23.

шений, его нарушающих, фундаментальные права и свободы человека, признание определенных вещей вне коммерческого оборота (в частности, атомного, химического и бактериологического оружия), защита культурного наследия, защита окружающей среды»¹⁰.

Кроме того, отмечается, что в содержание транснационального публичного порядка входят общепризнанные принципы и нормы международного права, запреты расовой и религиозной дискриминации, коррупции, контрабанды. В качестве возможных источников данного правового института называются Устав ООН, Всеобщая декларация прав человека (1948) и Международный пакт о гражданских и политических правах (1966)¹¹.

Ссылаясь на одного из главных идеологов концепции транснационального публичного порядка, швейцарского исследователя Пьера Лалива (Pierre Lalive), А. В. Асосков указывает, что в категорию транснационального публичного порядка могут включаться такие принципы, как запрет коррупции для государственных и муниципальных служащих; запрет финансирования действий, направленных на свержение признанных легитимными правительств; запрет финансирования террористических организаций; запрет незаконного оборота оружия (точнее, Пьер Лалив указывает на торговлю оружием между частными лицами)¹² и наркотических веществ; запрет работорговли и приравненных к ней действий. Также швейцарский ученый относит к этой категории контракты, связанные с убийством, похищениями людей, подрыв императивных законов суверенного государства (например, посредством использования наемников) или уклонение от них либо нарушения прав человека¹³.

Иногда в содержание транснационального публичного порядка включаются запрет торговли наркотиками, проституция, экспроприация без компенсации стоимости имущества¹⁴. Как можно заметить, несмотря на узость содержания транснационального публичного порядка, его границы довольно размыты, хотя ядро транснационального публичного порядка следует признать вполне определенным. Перечисленные выше принципы действительно широко признаются в мировом сообществе, правда, закономерно встает вопрос, насколько тот или иной принцип должен быть универсальным, чтобы считаться составной частью транснационального публичного порядка.

Профессор Парижского университета Кэтрин Кесседжан указывает, что транснациональный публичный порядок «состоит из императивных норм, которые могут быть использованы в отношении участников рынка либо потому, что эти нормы были созданы или ими самими, или гражданским обществом в целом либо получили широкое признание обществами по всему миру. Эти нормы стремятся быть универсальными и являются признаком зрелости международных сообществ

¹⁰ Крохалев С. В. Категория публичного порядка в международном гражданском процессе. С. 108.

¹¹ Международное частное право: учебник: в 2 т. / под ред. С. Н. Лебедева, Е. В. Кабатовой. М.: Статут, 2011. Т. 1. С. 198.

¹² Lalive P. Transnational (or truly international) public policy and international arbitration // Comparative arbitration practice and public policy in arbitration / ed. P. Sanders. ICCA Congress Series. 1987. Vol. 3. P. 294.

¹³ Асосков А. В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 420.

¹⁴ См., напр.: Seelig M. L. The notion of transnational public policy and its impact on jurisdiction arbitrability and admissibility // Annals of the Faculty of Law in Belgrade, International Edition. 2009. Vol. 57, no. 3. P. 125.

(торговцев и гражданских обществ), которые очень хорошо осознают, что у предпринимаемых ими действий есть пределы»¹⁵.

Известный специалист в сфере международного арбитража Одли Шеппард отмечает, что под термином «транснациональный публичный порядок» понимаются принципы, «отражающие международный консенсус касательно универсальных стандартов и норм поведения, которые должны применяться всегда. Концепция “транснационального публичного порядка”, как считается, включает фундаментальные принципы естественного права, принципы всеобщей справедливости, нормы *jus cogens* (лат. императивная норма) в международном публичном праве и общие принципы морали, разделяемые тем, что называется “цивилизованными нациями”»¹⁶.

В 2002 г. на конференции в Нью-Дели Комитет Ассоциации международного права (International Law Association) по международному коммерческому арбитражу представил доклад, содержащий рекомендации по применению оговорки о публичном порядке государственными судами (далее также — Доклад, Рекомендации)¹⁷.

В Рекомендациях 2 (а) и 2 (b) отмечается: «Определяя, является ли принцип, составляющий часть правовой системы, достаточно фундаментальным для отказа в признании или приведении в исполнение международного коммерческого арбитража, суд должен принять во внимание, с одной стороны, международный характер спора и его связь с правовой системой места приведения в исполнение решения, а с другой — наличие в мировом сообществе консенсуса относительно существования исследуемого принципа (международные договоры могут свидетельствовать о наличии такого консенсуса). Если консенсус существует, то для обозначения подобных норм может использоваться термин “транснациональный публичный порядок”». Особо подчеркивается, что суду следует изучить практику других судов и иные источники (в том числе доктринальные) при исследовании данного вопроса с целью обеспечения согласованного подхода при определении содержания публичного порядка.

Идея транснационального публичного порядка предполагает существование некоего сообщества, юридически отличного от сообщества каждого отдельно взятого государства или региона, а также существование особого корпуса фундаментальных ценностей, которые в таком сообществе признаются. Этим сообществом следует признать все мировое сообщество. При этом те принципы, которые составляют содержание транснационального публичного порядка, очень часто практически совпадают с содержанием международного публичного порядка каждого из государств, хотя, безусловно, они не тождественны. Один из примеров такого «несовпадения» — игорный бизнес, который в некоторых странах запрещен, рассматривается как нарушающий общественную мораль, но его запрет не относится к тем фундаментальным ценностям всего мирового сообщества, которые включаются в транснациональный публичный порядок¹⁸.

¹⁵ Kessedjian C. Transnational public policy. P. 862.

¹⁶ Seelig M. L. The notion of transnational public policy... P. 122.

¹⁷ ILA final report on international public policy 2002 // Academia.edu. 2015. URL: www.academia.edu/18312524/ila_final_report_on_public_policy_as_a_bar_to_enforcement_of_international_arbitral_awards_new_delhi_2002 (дата обращения: 18.10.2020).

¹⁸ См. об этом: Chukwumerije O. Mandatory rules of Law of International Commercial Arbitration // African Journal of International and Comparative Law. 1993. Vol. 5, no. 3. P. 576.

2. Применение категории транснационального публичного порядка государственными судами

В исследовательской литературе встречаются попытки найти применение транснациональному публичному порядку для защиты национальных правопорядков, хотя его практическая ценность в этой области весьма туманна. Так, данный порядок состоит из ряда широко признаваемых ценностей, которые уже содержатся в большинстве национальных правопорядков, являются их ядром, т. е. и так признаются национальными публичными порядками. В данной ситуации национальному суду нет необходимости обращаться к транснациональному публичному порядку, кроме как для придания большего веса своим аргументам.

В этом контексте стоит упомянуть Постановление Конституционного Суда РФ от 19.01.2017 № 1-П — едва ли не единственный в российской правоприменительной практике пример, когда суд обратился к категории универсального публичного порядка, хотя и без использования слова «транснациональный»¹⁹. Конституционный Суд РФ, рассуждая о возможности исполнения решения Европейского суда по правам человека (далее — ЕСПЧ) и соотношении его решений с положениями Конституции РФ, указал: «Соответственно, постановление ЕСПЧ не может считаться обязательным для исполнения Российской Федерацией, если конкретное положение Конвенции о защите прав человека и основных свобод, на которое опирается это постановление, в результате толкования, осуществленного в нарушение общего правила толкования договоров, по своему смыслу вступает в противоречие с имеющими свои основания в международном публичном порядке и формирующими национальный публичный порядок положениями Конституции РФ, прежде всего относящимися к правам и свободам человека и гражданина и к основам конституционного строя России» (п. 2).

Конституционный Суд РФ использовал термин «международный публичный порядок», но в данном контексте явно подразумевался именно транснациональный публичный порядок, в котором «имеют основания» положения Конституции РФ. С такой точки зрения решение ЕСПЧ (точнее, то расширительное толкование положений Европейской конвенции по правам человека, которое избрал ЕСПЧ) вступает в противоречие уже не просто с нормами Конституции РФ, а с основными принципами международного права (в данном случае упоминался принцип уважения государственного суверенитета и невмешательства во внутренние дела государств). Однако Д. В. Литвинский отмечает: во французской доктрине, где идея транснационального публичного порядка наиболее развита, существует мнение, что сфера применения этого правового института ограничена исключительно международным коммерческим оборотом, поэтому, например, права человека (и, видимо, принципы международного публичного права) не входят в его содержание²⁰. Этот подход предполагает, что основным источником транснационального публичного порядка выступает *lex mercatoria* (лат. *торговое право*).

¹⁹ Постановление Конституционного Суда РФ от 19.01.2017 № 1-П «По делу о разрешении вопроса о возможности исполнения в соответствии с Конституцией РФ постановления Европейского суда по правам человека от 31.07.2014 по делу «ОАО Нефтяная компания 'ЮКОС' против России» в связи с запросом Министерства юстиции РФ».

²⁰ Литвинский Д. В. Признание иностранных судебных решений по гражданским делам (сравнительно-правовой анализ французского законодательства, судебной практики и юридической доктрины). СПб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2005. С. 536. — Вместе с тем между частными лицами также возможно заключение контрактов, чей предмет нарушает права человека (например, контракт, предусматривающий торговлю людьми).

Так или иначе, данная разновидность публичного порядка не может выполнять традиционную для национального публичного порядка защитную функцию, поскольку транснациональный публичный порядок не учитывает те основы правопорядка, которые существуют в стране, где испрашивается признание и исполнение иностранного судебного решения, но в то же время не являются универсальными правовыми принципами. В такой ситуации судья государственного суда, обращаясь исключительно к транснациональному публичному порядку, рискует признать и привести в исполнение иностранное судебное или арбитражное решение, нарушающее международный публичный порядок государства — места исполнения такого решения.

Между тем некоторые исследователи пытаются обосновать целесообразность обращения национального суда к концепции транснационального публичного порядка, апеллируя к ее «позитивной», а не «негативной» (т.е. защитной) функции. В основе такой позиции лежат следующие рассуждения. Любое государство является частью международного сообщества. Обращение национального суда к концепции транснационального публичного порядка — демонстрация такого членства, подтверждение того, что национальный правопорядок солидарен с теми моральными и правовыми принципами, которые поддерживаются международным сообществом, а также того, что в правовой системе провозглашается принцип верховенства права (под которым в данном случае следует понимать правовые принципы, сформировавшиеся и применяемые множеством правопорядков по всему миру). Кроме того, транснациональный порядок выступает тем ограничителем, который сдерживает международный публичный порядок государства от его расширительного применения²¹. Границы национальных категорий публичного порядка размыты, поэтому трактовки судами оговорки о публичном порядке могут варьироваться даже в пределах одного государства. Транснациональный же публичный порядок устанавливает более узкие рамки для национального публичного порядка, способствуя его более единообразному применению и уменьшению риска того, что в содержание национального публичного порядка будут включены принципы, не отражающие основы правопорядка и нравственности, лежащие в основе национальной правовой системы²².

Идея об ограничительном применении национального публичного порядка даже вызвала дискуссию среди стран при обсуждении проекта Нью-Йоркской конвенции 1958 г.: некоторые специалисты предлагали трактовать термин «публичный порядок», содержащийся в п. «b» ч. 2 ст. V Конвенции, именно как транснациональный публичный порядок, поскольку, по их мнению, Конвенция призвана создать единообразную общемировую систему признания и приведения в исполнение арбитражных решений²³. Тогда всеобщего одобрения эта идея не получила и окончательные формулировки положений Конвенции не закрепили такой подход. Однако, как полагают некоторые исследователи, имплицитная цель создания «универсального режима признания и исполнения арбитражных решений» осталась, и государства должны стремиться к ее достижению, поскольку согласно ч. 1 ст. 31 Конвенции о праве международных договоров 1969 г. договор должен толковаться в том числе в свете объекта и целей договора²⁴. Минус данного подхода заключается в том, что он значительно расширяет буквальный смысл положений Конвенции, в том числе о публичном порядке.

²¹ См. подробнее: *Trakman L. Aligning state sovereignty with transnational public policy // Tulane Law Review. 2018. Vol. 93, no. 2. P. 223.*

²² *Ibid. P. 229.*

²³ *Fry J. D. Desordre Public International under the New York Convention. P. 120.*

²⁴ *Ibid.*

Таким образом, обращение национальных судов к транснациональному публичному порядку способствует, по мнению сторонников этой идеи, выработке единообразной и предсказуемой правоприменительной практики признания и исполнения иностранных судебных и арбитражных решений. В то же время указанный подход не предполагает, что суд будет следовать исключительно принципам транснационального публичного порядка (это противоречило бы буквальному толкованию ч. 2 ст. V Конвенции), отказываясь от поддержки и защиты принципов, которые признаются исключительно важными для сохранения национальной «правовой идентичности»²⁵. Транснациональный публичный порядок помогает выделить правовые принципы, которые заслуживают безусловной защиты даже в ущерб частным интересам.

Разумеется, подобные рассуждения могут выглядеть не более чем юридической схоластикой, оторванной от реальности. Такого рода идеи можно трактовать как подрывающие национальный суверенитет и умаляющие «защитную» функцию национального публичного порядка. Вопрос целесообразности применения национальными судами транснационального публичного порядка остается дискуссионным и, видимо, будет таковым в обозримом будущем. В целом сама концепция транснационального публичного порядка свойственна больше западной правовой традиции, лучше знакомой с идеей естественного права, которая во многом лежит в основе теории транснационального публичного порядка. Представляется, что в тех правовых системах, где сам институт публичного порядка появился относительно недавно или правовая система сконструирована под сильным влиянием местных социокультурных или политических особенностей, он рассматривается прежде всего как утилитарный инструмент с вполне конкретной задачей защиты национального порядка.

Однако, несмотря на внешнюю эфемерность изложенных выше идей, в сущности, они нацелены на решение вполне приземленной проблемы расширительного толкования национального публичного порядка. Не случайно в юридических исследованиях термин «публичный порядок» нередко называют «неуправляемой лошадью» (*unruly horse*), поскольку в руках разных правоприменителей он ведет себя по-разному и зачастую непредсказуемо (в системе континентального права публичный порядок иногда называют «хамелеоном»)²⁶. Такая непредсказуемость очень болезненна для международного коммерческого арбитража, эффективность и востребованность которого напрямую зависят от возможности принудительно исполнить его решение. Поэтому транснациональный публичный порядок может стать для суда инструментом, способствующим если не устранению, то хотя бы смягчению этой проблемы.

3. Категория транснационального публичного порядка в международном коммерческом арбитраже

В сфере международного коммерческого арбитража, по сравнению с национальными судами, транснациональный публичный порядок получил большее распространение: подавляющее большинство исследований категории транснацио-

²⁵ Ibid.

²⁶ *Chang-fa Lo*. Principles and criteria for international and transnational public policies in commercial arbitration // *Contemporary Asia Arbitration Journal*. 2008. Vol. 1, no. 1. P. 70. — Еще одним отражением этой проблемы стало то, что французский термин *ordre public* в юридической литературе иногда иронично именуется *disordre public*: *Fry J. D. Désordre public international under the New York Convention*. P. 81.

нального публичного порядка, изученных автором данной статьи, рассматривают этот правовой институт исключительно применительно к сфере международного коммерческого и инвестиционного арбитража²⁷.

Предпосылкой появления особой разновидности публичного порядка в первую очередь именно в этой сфере, как уже было отмечено, стало отсутствие тесной связи международного арбитража с правопорядком того или иного государства. Так, согласно автономной теории (теории делокализации) правовой природы международного коммерческого арбитража, легитимность арбитражу придает особый «автономный» правопорядок, не зависящий от национальных правопорядков²⁸. Эта теория в числе прочего предполагает, что арбитры могут не следовать сверхимперативным нормам (в англоязычной литературе такие нормы чаще всего называются *mandatory norms*) как *lex arbitri* (лат. право места арбитража), так и правопорядков, где решение будет приводиться в исполнение путем обращения исключительно к транснациональному публичному порядку, принципы которого входят, например, в *lex mercatoria* (точнее, являются императивными нормами *lex mercatoria*, если рассматривать *lex mercatoria* как некий независимый от национальных правовых систем правопорядок)²⁹. Также сами стороны арбитражного разбирательства имеют возможность выбрать не конкретный национальный правопорядок в качестве применимого материального права, а, например, нормы *lex mercatoria*³⁰. Выбор в пользу *lex mercatoria* вправе сделать и сам арбитр³¹. Кроме того, арбитр может выступать в роли «дружеского посредника» (*amiable compositeur*) и выносить решение на основе принципов справедливости, руководствуясь только широко признаваемыми в мировом сообществе правовыми принципами³². Считается, что в описанных выше случаях автономии воли сторон ограничивают только нормы транснационального публичного порядка³³.

Эммануэль Гайяр (*Emmanuel Gaillard*) указывает, что арбитры стремятся вынести максимально эффективное решение и для этого им следует принимать во внимание публичный порядок тех государств, где решение нужно будет привести в исполнение. При этом просто учитывать особенности публичного порядка нескольких стран недостаточно, также не стоит игнорировать и базовые требования справедливости³⁴. Поскольку основания полномочий арбитров, по сути, проистекают из права нескольких стран — тех, которые выражают готовность признать арбитражное решение на определенных условиях, — то арбитры, рассматривающие международный спор, не должны быть связаны только одним пониманием категории международного публичного порядка (т. е. пониманием,

²⁷ Например, С. В. Крохалев в своей работе «Категория публичного порядка в международном гражданском процессе» в принципе не рассматривает транснациональный публичный порядок вне сферы международного арбитража.

²⁸ См. об этом: *Асосков А. В.* Коллизионное регулирование договорных обязательств. С. 358.

²⁹ Там же.

³⁰ См. подробнее: *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* / eds E. Gaillard, J. Savage. The Hague; London; Boston: Kluwer Law International, 1999. P. 32.

³¹ ICC International Court of Arbitration Case no. 8385/1995 // *Trans-Lex.org*. URL: https://www.trans-lex.org/208385/_icc-award-no-8385-clunet-1997-at-1061-et-seq/&#head_0 (дата обращения: 20.12.2020).

³² См. об этом: *Литвинский Д. В.* Признание иностранных судебных решений по гражданским делам. СПб.: Изд-во С.-Петерб. ун-та, 2005. С. 538. — Пример: дело ICC № 6503 (1990) (*Calliess G.-P., Renner M.* Transnationalizing private law — the public and the private dimensions of transnational commercial law // *German Law Journal*. 2009. Vol. 10, no. 10. P. 1350).

³³ *Асосков А. В.* Коллизионное регулирование договорных обязательств. С. 369.

³⁴ *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. P. 862.

принятым в одной стране)³⁵. Стремление арбитров вынести решение, которое не нарушит публичный порядок одного или нескольких стран, не должно преобладать над универсальными стандартами правосудия и справедливости. Комментируя данную мысль, С. В. Крохалев отмечает, что «в этом смысле именно обращение к концепции транснационального публичного порядка способно обеспечить решению максимальную эффективность»³⁶. Указанная идея связана с максимальной универсальностью категории транснационального публичного порядка, но, как уже отмечалось выше, он не способен обеспечить абсолютную эффективность арбитражного решения, его «непротиворечивость» публичным порядкам множества стран, ведь транснациональный публичный порядок не учитывает особенности понимания публичного порядка, принятые в той или иной стране.

Как видно из его рассуждений, Э. Гайяр придерживается мультилокального подхода к правовой природе арбитража, которая носит более прикладной характер по сравнению с автономной теорией арбитража — скорее теоретической и слишком отстраненной от ключевого вопроса приведения в исполнение решения международного коммерческого арбитража. Если считать, что в транснациональный публичный порядок входят только принципы международного коммерческого оборота, являющиеся составной частью *lex mercatoria*, едва ли ссылка на них будет иметь практический эффект, если такие принципы не поддерживаются национальными правовыми порядками. Поэтому арбитры могут принять во внимание транснациональный публичный порядок как базовый правовой стандарт, но при этом они также должны учитывать и то, как понимается публичный порядок в тех странах, где планируется приводить в исполнение арбитражное решение, а также нормы непосредственного применения правовых порядков, с которыми исполнение контракта тесно связано (даже если это «иностранное» по отношению к материальному праву нормы, которые стороны контракта избрали своим соглашением).

В данном случае защитная функция этой категории публичного порядка является в защите всеобщих ценностей, признаваемых международным сообществом: в процессе признания и приведения в исполнение иностранного судебного решения или решения международного коммерческого арбитража национальным судом, ссылающимся на транснациональный публичный порядок, ссылка на транснациональный публичный порядок будет декларацией признания таких ценностей³⁷. Как однажды отметил Апелляционный суд Парижа, «безопасность международных коммерческих и финансовых отношений требует признания (существования. — А. К.) публичного порядка, который если и не является универсальным, то хотя бы признается различными правовыми системами»³⁸. С практической точки зрения основное назначение транснационального публичного порядка — это защита непосредственно арбитражного решения, и используется такой механизм составом международного арбитража, не имеющего *lex fori* (лат. право страны суда). В частности, арбитр должен отказаться применять императивную норму применимого права, если она вступает в противоречие с транснациональным публичным порядком³⁹, например, если национальный закон устанавливает какие-

³⁵ См. об этом: Крохалев С. В. Категория публичного порядка в международном гражданском процессе. С. 219.

³⁶ Там же.

³⁷ См. об этом: Литвинский Д. В. Признание иностранных судебных решений по гражданским делам. С. 534.

³⁸ Приводится по: *Chukwumerije O. Mandatory rules of Law of International Commercial Arbitration*. P. 577.

³⁹ См. об этом: Канашевский В. А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. М.: Волтерс Клувер, 2008. С. 135.

либо ограничения, основанные на расовой или религиозной сегрегации⁴⁰. Правда, представляется, что сейчас возникновение подобных ситуаций маловероятно.

В юридических исследованиях весьма широко распространено мнение, что арбитраж обязан отказать в рассмотрении споров, вытекающих из контрактов, которые противоречат транснациональному публичному порядку, т. е. признать отсутствие своей юрисдикции на рассмотрение спора⁴¹. Это проявление «негативной» функции транснационального публичного порядка, которая вступает в действие на так называемой *admissibility stage*, т. е. когда решается вопрос, должен ли тот или иной спор в принципе быть рассмотрен составом арбитража. Например, контракты, предмет которых фактически представляет собой дачу взятки, традиционно признаются недействительными, поскольку запрет коррупции выступает составной частью транснационального публичного порядка. Яркий пример подобной ситуации — дело № 1110, которое администрировалось Международным арбитражным судом при Международной торговой палате⁴². В данном деле заявитель требовал взыскать с ответчика сумму комиссионных за помощь в заключении контракта с правительством Аргентины на поставку электроэнергии, которые, как установил арбитр, в значительной степени были средствами для дачи взяток должностным лицам аргентинского правительства. В п. 18 решения отмечено: «Нельзя оспаривать то, что существует принцип, признаваемый цивилизованными народами, согласно которому контракт, серьезно нарушающий нравственность (*bonos mores*) или международный публичный порядок, является недействительным или, как минимум, не может быть приведен в исполнение и не может быть санкционирован судами или арбитрами. Применение этого принципа особенно уместно международными арбитражными трибуналами, которые не имеют “закона суда” в привычном понимании этого термина». При этом арбитр Гуннар Лагергрэн (*Gunnar Lagergren*) принял во внимание, что такая практика при режиме Х. Перона в Аргентине широко распространена и к ней относятся терпимо. В итоге арбитр признал отсутствие своей юрисдикции на рассмотрение спора и отклонил иск.

Однако должен ли арбитр, который обнаружил, что контракт нарушает транснациональный публичный порядок, признать себя некомпетентным рассматривать спор, либо ему следует все же вынести решение по существу?⁴³ И нужно ли арбитражу самостоятельно поднимать этот вопрос, если ни одна из сторон не заявляет о противоречии транснациональному публичному порядку? В «аргентинском» деле арбитр сам поднял вопрос о нарушении транснационального публичного порядка, признал контракт недействительным и отказался рассматривать дело по существу. Данный подход явно идет вразрез с принципом автономности арбитражного соглашения⁴⁴.

В деле № 3916/1982, которое было рассмотрено Международным арбитражным судом при Международной торговой палате, одна из сторон заявила

⁴⁰ *Chukwumerije O.* Mandatory rules of Law of International Commercial Arbitration. P. 577.

⁴¹ См., напр.: *Канашевский В. А.* Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. С. 136.

⁴² ICC Award no. 1110 of 1963 by Gunnar Lagergren // Trans-Lex.org. URL: https://www.trans-lex.org/201110/_/icc-award-no-1110-of-1963-by-gunnar-lagergren-ysa-1996-at-47-et-seq- (дата обращения: 17.12.2020).

⁴³ См. подробнее: *Baniassadi M.* Do Mandatory Rules of Public Law Limit Choice of Law in International Commercial Arbitration // *International Tax & Business Lawyer*. 1992. Vol. 10, no. 1. P. 80.

⁴⁴ Как отметил П. Лалив, скорее всего, арбитр, действуя подобным образом, следовал британской концепции, которая на тот момент не признавала доктрину автономности арбитражного соглашения: *Lalive P.* Transnational (or truly international) public policy and international arbitration. P. 292.

о нарушении транснационального публичного порядка⁴⁵. Фактические обстоятельства этого дела схожи с делом № 1110/1963: истец требовал с греческого ответчика комиссионные за помощь в заключении контрактов с иранским правительством, тогда как фактически роль истца заключалась в подкупе официальных лиц Ирана. При этом арбитр признал, что на момент рассмотрения спора торговля влиянием и коррупция были повсеместным явлением в Иране, поэтому получить государственный контракт исключительно законными методами практически невозможно. Хотя прямых доказательств того, что истец занимался подкупом должностных лиц, не было, арбитр пришел к такому выводу, приняв во внимание как «эндемичность» коррупции для иранского режима, так и то, с какой скоростью (*l'étonnante rapidité*, букв. «с удивительной скоростью») истец смог добиться заключения контракта между греческой компанией и иранским правительством, а также отказ истца прояснить, какие именно действия он предпринимал как посредник. Рассмотрев фактические обстоятельства дела с позиций иранского и французского права, арбитр также провел анализ без привязки к какому-либо национальному правопорядку и пришел к выводу, что действия истца противоречили транснациональному публичному порядку. В своих рассуждениях он прямо сослался на «аргентинское» дело⁴⁶. В итоге арбитр признал себя компетентным рассматривать спор, но отклонил жалобу, которая была основана на ничтожном положении контракта⁴⁷.

Рассмотренный подход более корректен. После появления решения Гуннара Лагергрена Пьер Лалив отметил, что функции арбитра больше не сводятся к определению того, подлежит ли иск рассмотрению или нет. Скорее, защита высших интересов международного сообщества предписывает арбитру не признавать отсутствие собственной юрисдикции на рассмотрение спора, а рассматривать спор по существу и исследовать соответствие существа контракта транснациональному публичному порядку⁴⁸.

Представляется, что арбитр все же должен реагировать на явные нарушения транснационального публичного порядка, даже если сторона спора не заявляет о них⁴⁹. Но так как эта обязанность арбитра связана с его обязанностью убедиться, что решение можно будет привести в исполнение впоследствии, то арбитру также нужно принять во внимание публичные порядки тех стран, где решение скорее всего будет приводиться в исполнение. Каждая из сторон имеет свои ожидания того, каким будет исход рассмотрения дела в арбитраже. Но такие ожидания должны быть законными, и лишь в этом случае арбитр следует воле сторон, поскольку его правомочия на рассмотрение спора проистекают из арбитражного соглашения. Однако если интересы и ожидания сторон имеют порочное с точки зрения права основание (как в приведенных выше случаях), арбитр может не следовать им.

⁴⁵ ICC Award no. 3916/1982 // Trans-Lex.org. URL: https://www.trans-lex.org/203916/_icc-award-no-3916-coll-icc-arb-awards-1982-507-et-seq/#head_0 (дата обращения: 17.12.2020).

⁴⁶ См. подробнее: *Baniassadi M. R.* Do mandatory rules of public law limit choice of law in international commercial arbitration // *International Tax & Business Lawyer*. 1992. Vol. 10, no. 1. P. 81.

⁴⁷ См. об этом: *Fazilatfar H.* Transnational public policy: Does it function from arbitrability to enforcement // *City University of Hong Kong Law Review*. 2012. Vol. 3, no. 2. P. 299. — Еще один пример: ICC Case no. 2730/1982 (*Baniassadi M.* Do mandatory rules of public law limit choice of law in international commercial arbitration. P. 83).

⁴⁸ *Laliv P.* Transnational (or truly international) public policy and international arbitration. P. 294.

⁴⁹ *Baniassadi M.* Do mandatory rules of public law limit choice of law in international commercial arbitration. P. 81. — Здесь явно прослеживается аналогия с обязанностью судьи проверять *ex officio* (лат. в силу занимаемой должности) иностранное судебное или арбитражное решение на предмет соответствия национальному публичному порядку.

Нормы транснационального публичного порядка также служат для разрешения вопросов арбитрабельности того или иного спора⁵⁰. Поскольку международный арбитраж не связан с одним правовым порядком, арбитры не обязаны защищать интересы национальных правовых порядков, а компетенция арбитра может быть ограничена только универсальными стандартами арбитрабельности, входящими в транснациональный публичный порядок. Отмечается, что в качестве таких стандартов выступают имущественный характер спора и право сторон урегулировать его по своему соглашению⁵¹. Между тем такая позиция носит больше теоретический характер, поскольку игнорирование арбитрами национальных стандартов арбитрабельности неизбежно отрицательно скажется на перспективах приведения в исполнение такого решения.

Транснациональный публичный порядок может использоваться арбитрами как весьма действенный инструмент, препятствующий применению тех сверхимперативных норм национальных правовых порядков, которые подлежат применению в деле. По мнению ряда исследователей, арбитр в первую очередь связан нормами транснационального (универсального) публичного порядка и нормами публичного порядка места рассмотрения спора и лишь во вторую — публичным порядком, сверхимперативными нормами того правового порядка, с которым договор имеет более тесную связь⁵². Или, наоборот, арбитр может отказаться от применения избранного сторонами права, если неприменение права, с которым договор фактически имеет более тесную связь, нарушит универсальный публичный порядок. Более того, арбитр может игнорировать подлежащее применению право (даже если его прямо избрали стороны), если его применение нарушит транснациональный публичный порядок. Типичный пример подобной ситуации — тесная связь договора со страной, в которой коррупция широко распространена. «В таких исключительных случаях автономия воли сторон перекрывается высшими соображениями о благе, диктуемыми международным публичным порядком», — отмечает немецкий юрист Ричард Крейндлер⁵³. Полагаем, такая точка зрения основана на идее о том, что арбитр не должен подгонять свое решение под правовые порядки нескольких государств, имеющих связь с контрактом, с целью увеличить шансы на последующее принудительное исполнение этого решения. Безусловно, правильность такого подхода сложно оспорить, поскольку в противном случае арбитр ставит во главу угла не объективность и справедливость своего решения, а скорее пытается угодить стороне, в пользу которой решение принято.

Однако именно в этом месте обнаруживается трудноразрешимое противоречие между сторонниками обозначенного подхода и теми исследователями, которые прагматично указывают на возможные проблемы с последующим принудительным исполнением решения арбитража. Профессор Йельского университета Майк Рейсман (Michael Reisman) оспаривает целесообразность использования транснационального публичного порядка в международном арбитраже, предлагая взглянуть на вопрос с позиции международного права. Так, он обращает вни-

⁵⁰ Зачастую нормы об арбитрабельности рассматриваются в качестве составной части публичного порядка, что, в свою очередь, ставит под сомнение целесообразность выделения в ч. 2 ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г. сразу двух оснований для отказа в признании и приведении в исполнение решений международного арбитража.

⁵¹ Чупрунов И. С. Арбитрабельность: применимое право и влияние со стороны сверхимперативных норм // Новые горизонты международного арбитража: сб. статей. Вып. 1 / под ред. А. В. Аскокова, Н. Г. Вилковой, Р. М. Ходыкина. М.: Инфотропик Медиа, 2013. С. 160.

⁵² См., напр.: *Kreindler R. Approaches to the application of transnational public policy by arbitrators* // *Journal of World Investment*. 2003. Vol. 4, no. 2. P. 243–244.

⁵³ *Ibid.*

мание на то, что, например, рабство, работорговля, запрет которых, как правило, включается в содержание транснационального публичного порядка, по-прежнему существуют в некоторых странах, но в международном праве нет межгосударственного соглашения, которое запрещало бы эти явления (Всеобщая декларация прав человека 1948 г. выступает рекомендательным актом). Сейчас борьба с рабством по-прежнему остается в первую очередь внутренним делом государств. Поэтому арбитр, который считает, что запрет рабства является принципом транснационального публичного порядка, и применяет этот механизм при разрешении спора, в сущности, наделяет своим решением норму мягкого права обязательной юридической силой⁵⁴. Также, по мнению ученого, принципы транснационального публичного порядка не подвержены анализу, который используется для выяснения существования международного обычая (т.е. доказывание существования широкой практики того или иного правила поведения и того, что этому правилу придается свойство нормы права). С этим аргументом можно поспорить, поскольку, как видно из немногочисленных примеров, арбитры, применяя тот или иной принцип транснационального публичного порядка, проводят довольно тщательный анализ законодательства и правоприменительной практики многих государств, хотя, разумеется, количество правопорядков, которые необходимо и достаточно проанализировать, остается на усмотрение арбитра⁵⁵.

Главный аргумент против применения арбитром транснационального публичного порядка заключается в том, что вопросы, стоящие перед арбитром, обычно разрешаются с помощью норм применимого или подлежащего применению права. Если принцип транснационального публичного порядка закреплен в международных соглашениях и его действие распространяется на правоотношения сторон, он может быть применен как часть применимого права. Также данный принцип существует в форме международного обычая. Кроме того, едва ли найдется правопорядок, где не преследовались бы по закону взяточничество, наркоторговля и другие правонарушения, запрет которых традиционно рассматривается в качестве составной части транснационального публичного порядка.

4. Категория транснационального публичного порядка в международном инвестиционном арбитраже

В международном коммерческом арбитраже действует принцип автономности арбитражного соглашения, поэтому вопрос, являются ли нарушения транснационального публичного порядка настолько серьезными, что нивелируют действие этого принципа, сохраняет свою актуальность. В международном инвестиционном арбитраже ситуация иная. Большинство инвестиций защищаются двусторонними арбитражными соглашениями (*bilateral investment treaty*, далее — BIT), которые содержат арбитражные соглашения, предусматривающие возможность передать спор на рассмотрение третейского суда (*ad hoc* или, например, в Международный центр по урегулированию инвестиционных споров, *International Centre for Settlement of Investment Disputes*, далее — ICSID), т.е. государства, ратифицируя такие соглашения, в том числе дают согласие на рассмотрение спора в третейском

⁵⁴ *Reisman M.* Law, international public policy (so-called) and arbitral choice in international commercial arbitration // *International Arbitration 2006: Back to Basics?* / ed. Albert Jan Van den Berg. ICA Congress Series. 2007. Vol. 13. P. 855–856. URL: [https://www.kluwerarbitration.com/document/ipn31652?q=Law%2C%20International%20Public%20Policy%20\(So-called\)%20and%20Arbitral%20Choice%20in%20International%20Commercial%20Arbitration](https://www.kluwerarbitration.com/document/ipn31652?q=Law%2C%20International%20Public%20Policy%20(So-called)%20and%20Arbitral%20Choice%20in%20International%20Commercial%20Arbitration) (дата обращения: 26.12.2020).

⁵⁵ *Ibid.* P. 855–856.

суде. При этом ВIT заключаются между государствами, а не между государством и частным инвестором, поэтому какие-либо противоправные действия инвестора (которые в международном коммерческом арбитраже вызвали бы вопрос о действительности арбитражного соглашения) не могут повлиять на действительность арбитражного соглашения, содержащегося в международном договоре.

Вместе с тем в практике ICSID сложился подход, в соответствии с которым согласие принимающего государства (необходимое согласно ст. 25 Вашингтонской конвенции 1965 г.) передать спор на рассмотрение третейского суда ограничено условием соответствия инвестиционных вложений законодательству принимающего государства⁵⁶. Двусторонние инвестиционные договоры, в свою очередь, защищают только те инвестиции, которые были сделаны с соблюдением законодательства принимающего государства. Поэтому, если инвестор замешан в каких-либо противоправных деяниях, государства применяют доктрину «чистых рук», препятствующую инвестору воспользоваться защитой инвестиционного арбитража в соответствии с ВIT⁵⁷. В практике ICSID доктрина «чистых рук» иногда применяется в связке с аргументом о нарушении транснационального публичного порядка.

Так, в деле *Inceysa Vallisoletana S. L. против Республики Эль-Сальвадор*, рассмотренном ICSID в 2006 г., трибунал ICSID признал, что инвестиции в данном случае не защищаются ВIT, поскольку они сделаны с нарушением законодательства Сальвадора (т. е. «легальность» инвестиций является одним из условий возникновения юрисдикции ICSID на рассмотрение спора)⁵⁸. Конкретно арбитраж отметил, что инвестиции были сделаны с нарушением принципа *bona fides* (лат. добросовестность)⁵⁹. В данном случае предметом рассмотрения был двусторонний инвестиционный договор, заключенный между Сальвадором и Испанией, в п. 1 ст. 3 которого содержалось следующее положение: «Каждая из договаривающихся Сторон будет обеспечивать на своей территории защиту капиталовложений, осуществляемых в соответствии с ее законодательством инвесторами другой стороны»⁶⁰. Кроме того, в деле присутствовал «коррупционный» элемент: трибунал пришел к выводу, что инвестор также нарушил принцип *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (лат. никто не может извлекать выгоду из своего собственного мошенничества). В связи с этим третейский суд исследовал вопрос нарушения транснационального публичного порядка (в тексте решения использован термин «международный публичный порядок»; во избежание путаницы далее применительно к рассуждениям арбитража будет использоваться общепринятый термин «транснациональный»). По мнению арбитража, «транснациональный публичный порядок состоит из ряда фундаментальных принципов, составляющих

⁵⁶ В сфере инвестиционного арбитража в содержание транснационального публичного порядка входят такие процессуальные принципы, как запрет государства возражать против юрисдикции арбитража со ссылкой на свое внутреннее законодательство; отсутствие иммунитета государства к арбитражному разбирательству, если оно ранее выразило согласие.

⁵⁷ См. об этом: *Fazilatfar H.* Transnational public policy: Does it function from arbitrability to enforcement. P. 299

⁵⁸ *Inceysa Vallisoletana S. L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case no. ARB/03/26 // Itlaw.com. URL: <https://www.italaw.com/cases/562> (дата обращения: 20.12.2020).

⁵⁹ Нарушения проявились в том, что инвестор, в частности, представил ложные финансовые сведения для участия в тендере, ложные сведения о своем опыте и компетенции, необходимых для выполнения контракта, и т. д.

⁶⁰ Acuerdo para la promocion y proteccion reciproca de inversiones entre el reino de España y la Republica de El Salvador // Itlaw.com. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6098.pdf> (дата обращения: 20.12.2020). — Кстати, аналогичная оговорка содержится в ст. 3 Соглашения между СССР и Испанией о содействии осуществлению и взаимной защите капиталовложений.

сущность государства, и его главное назначение заключается в защите ценностей международной правовой системы от действий, ее нарушающих» (п. 245). Тот факт, что во многие ВІТ включается оговорка о том, что защите подлежат только инвестиции, сделанные с соблюдением законодательства принимающего государства, выступает проявлением транснационального публичного порядка. Соответственно, арбитраж пришел к выводу, что признание себя компетентным рассматривать такой спор будет означать признание того, что инвестиции были сделаны с соблюдением законодательства принимающей стороны. Это станет нарушением принципа уважения к закону, который, по мнению трибунала, входит в содержание транснационального публичного порядка. В итоге трибунал ICSID признал отсутствие своей юрисдикции на рассмотрение данного спора.

В деле *Hesham T. M. Al Warraq против Республики Индонезия* истец обвинил ответчика (Индонезия) в нарушении Соглашения о поощрении, защите и гарантировании инвестиций между государствами — членами Организации исламского сотрудничества (вступило в силу в 1988 г.)⁶¹. Ответчик указал, что истец нарушил положения ст. 9 этого Соглашения, согласно которой инвестор обязан соблюдать законы, действующие в принимающем государстве, и воздерживаться от любых действий, способных нарушить публичный порядок (*public order*) или нравственность или нанести ущерб общественным интересам (*public interest*). Также, как следует из этой же статьи, инвестор должен воздерживаться от попыток достичь выгоды незаконными методами. В упомянутом деле истец в ходе инвестиционной деятельности был замешан в совершении мошеннических действий. В результате иск был отклонен, поскольку имело место нарушение доктрины «чистых рук» со стороны инвестора⁶².

В деле *Copper Mesa Mining Corporation против Республики Эквадор*⁶³ трибунал указал, что доктрина «чистых рук» и принцип законности инвестиций — это все же разные правовые концепции, поскольку доктрина применяется только на последующем этапе инвестиций⁶⁴. Соответственно, возражения ответчика, основанные на доктрине, применимы на *admissibility stage*, т. е. на этапе, когда решается вопрос, рассматривать ли иск по существу. Если же инвестор на начальном этапе инвестирования совершил правонарушение, следует вести речь о нарушении принципа законности, что, в свою очередь, может быть положено в основу аргумента об отсутствии у трибунала юрисдикции на рассмотрение спора, т. е. на более раннем этапе. В деле *Plama Consortium Limited против Республики Болгария* трибунал заключил, что инвестиции не подлежат защите согласно ВІТ, поскольку были сделаны с нарушением международного (транснационального) публичного порядка⁶⁵.

В научной литературе распространена точка зрения, согласно которой арбитр обязан отклонить иск, если имеет место нарушение транснационального публичного порядка, поскольку «игнорирование незаконности или терпимость по отношению к ней в подобных ситуациях могут рассматриваться как содействие

⁶¹ *Hesham T. M. Al Warraq v. Republic of Indonesia*, Final Award of 15.12.2014 // Itlaw.com. URL: <https://www.italaw.com/cases/1527> (дата обращения: 20.12.2020).

⁶² См. подробнее: *Amianto L. The role of “unclean hands” defences in international investment law* // McGill Journal of Dispute Resolution. 2019–2020. no. 6. P. 10.

⁶³ *Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*, Permanent Court of Arbitration Case no. 2012-2 // Itlaw.com. URL: <https://www.italaw.com/cases/4206> (дата обращения: 20.12.2020).

⁶⁴ *Ibid.* P. 12.

⁶⁵ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case no. ARB/03/24 // Itlaw.com. URL: <https://www.italaw.com/cases/857> (дата обращения: 20.12.2020).

искажению и подавлению конкурентных сил, а также расхолаживание будущих инвестиций»⁶⁶.

Известный пример обращения трибунала ICSID к концепции транснационального публичного порядка — дело *World Duty Free Company* против Республики Кения⁶⁷. В этом деле арбитраж подробно исследовал вопрос о том, является ли взятка нарушением транснационального публичного порядка (в данном деле она была передана президенту страны, принимающей инвестиции), и, придя к утвердительному заключению, отклонил иск. При этом арбитраж применил оговорку о транснациональном публичном порядке не на стадии выявления собственной компетенции рассматривать спор (*jurisdiction stage*), а на стадии изучения вопроса о приемлемости иска (*admissibility stage*). Как отмечено в § 141 решения, «трибуналы должны очень внимательно устанавливать существование каждой нормы [принципа] транснационального публичного порядка, идентифицируя их через международные конвенции, компаративное право и арбитражные решения». Далее арбитраж отметил, что взяточничество, торговля влиянием преследуются уголовным правом в большинстве, если не во всех странах мира. Законодательство Кении (государства, принимающего инвестиции) не является исключением. Затем арбитраж отметил ряд универсальных международных договоров, посвященных борьбе с коррупцией, а также региональных соглашений между африканскими странами и пришел к выводу, что государства, заключая подобные международные договоры, выразили общую волю бороться с коррупцией, причем не только с помощью своего национального законодательства, как раньше, но и посредством международной кооперации (§ 146). Дополнительно арбитраж исследовал практику использования концепции транснационального публичного порядка национальными судами и международными арбитражами и признал, что во многих делах коррупция была повсеместным явлением в той или иной стране, а исполнение контрактов едва ли было бы возможно без дачи взяток. Однако во всех без исключения случаях арбитражи следовали в первую очередь принципу запрета коррупции. В рассматриваемом деле арбитраж последовал этой практике и не поддержал требования, вытекающие из контракта, исполнение которого было связано с коррупционными правонарушениями (§ 157). Правда, в доктрине касательно принципа запрета коррупции высказываются и более сдержанные мнения⁶⁸.

В приведенных примерах недобросовестность выражалась в нарушении принципов транснационального публичного порядка, поэтому даже формально арбитрабельные споры не были рассмотрены трибуналами ICSID по существу.

В деле *Metal-Tech Ltd.* против Республики Узбекистан арбитры отклонили иск, поскольку, как и в предыдущем деле, инвестиции сопровождалась коррупционными преступлениями⁶⁹. Любопытно, что арбитры сослались на это дело, указывая, что международное сообщество и законодательство «подавляющего большинства государств» рассматривает коррупцию как противоправное деяние (п. 290). Ответчик также отметил, что истец нарушил не только законодательство Узбекистана, но и «транснациональные принципы и международный публичный порядок» (*transnational principles and international public policy*), запрещающие

⁶⁶ Ibid. P. 10.

⁶⁷ *World Duty Free Company v. Republic of Kenya*, ICSID Case no. Arb/00/7, Award of 04.10.2006 // *Italaw.com*. URL: <https://www.italaw.com/cases/documents/3281> (дата обращения: 20.12.2020).

⁶⁸ См., напр.: *Kreindler R.* Approaches to the application of transnational public policy by arbitrators. P. 246.

⁶⁹ *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case no. ARB/10/3, Award of 04.10.2013 // *Italaw.com*. URL: <https://www.italaw.com/cases/2272> (дата обращения: 26.12.2020).

коррупцию. Однако на этот раз арбитры, принимая решение отказать в иске, опирались именно на нарушение инвестором законодательства принимающего государства, а не на нарушение транснационального публичного порядка, что лишний раз ставит вопрос о практической ценности этого правового института.

Таким образом, в сфере инвестиционного арбитража механизм транснационального публичного порядка оказался чуть более востребованным, чем в сфере международного коммерческого арбитража⁷⁰. Добавим, что далеко не всякое нарушение инвестором законодательства принимающего государства является основанием для признания юрисдикции арбитража на рассмотрение спора отсутствующей. Это возможно только в случае, если противоправные действия инвестора идут вразрез с принципами транснационального публичного порядка⁷¹. В остальных случаях нарушения со стороны инвестора должны рассматриваться арбитрами по существу в совокупности с остальными фактами по делу и представленными доказательствами.

Заключение

Транснациональный публичный порядок — это инструмент в первую очередь арбитра международного арбитража. Транснациональный публичный порядок действительно становится полезен, когда стороны соглашаются провести разбирательство, исходя из соображений справедливости (*ex aequo et bono*). В этом случае арбитр не связан правом какой-либо страны и действительно будет опираться на общепризнанные правовые принципы. Хотя содержание транснационального публичного порядка остается предметом дискуссий, по нашему мнению, в доктрине и практике сложился консенсус относительно основного набора принципов транснационального публичного порядка. Правда, в доктрине сохраняются споры касательно того, входят ли в содержание транснационального публичного порядка принципы международного публичного права или исключительно принципы международного коммерческого оборота.

Что касается признания иностранных судебных или арбитражных решений, то в 2005 г. Д. В. Литвинский, отметил: «Восприятие данной области (т.е. признание и приведение в исполнение иностранного судебного или арбитражного решения. — А. К.) пока еще слишком сильно связывается с понятием государственного суверенитета»⁷². В связи с этим идея использования категории транснационального порядка в этой области на тот момент показалась ему преждевременной. Полагаем, сейчас, спустя 15 лет, ситуация не изменилась. В случае столкновения транснационального публичного порядка и национального вряд ли какой-либо государственный суд решится сделать выбор в пользу первого, иначе не только потеряет всякий смысл концепция национального публичного порядка, но и будет ущемлен государственный суверенитет. Это, в свою очередь, наводит на мысль о бесперспективности попыток придать транснациональному публичному порядку функцию защиты национального правопорядка, которая ему, как порождению «международного правопорядка», чужда. Содержание транснационального порядка уже, чем содержание международного публичного порядка, где-то они могут практически совпадать, но полная тождественность принципов

⁷⁰ См. об этом: *Amianto L.* The role of “unclean hands” defences in international investment law. P.24.

⁷¹ См. подробнее: *Sneij F.* Are IIAs old-fashioned: How consistency in the use of public policy fosters the object and purpose of investment agreements // *Uniform Law Review.* 2016. Vol. 21, no. 2–3. P. 213.

⁷² См. об этом: *Литвинский Д. В.* Признание иностранных судебных решений по гражданским делам. С. 544.

невозможна, поскольку различие между этими двумя категориями, даже если это различие минимально, и есть сама возможность государства «наполнить» национальный публичный порядок тем содержанием, которое наилучшим образом отражает особенности национального правопорядка, особенности, не учитываемые транснациональным публичным порядком. Декларация того, что национальный публичный порядок и транснациональный полностью совпадают, будет означать, что государство намеренно лишает себя такой возможности.

Что касается использования транснационального публичного порядка в качестве ориентира для определения содержания публичного порядка государства, разграничения между внутренним публичным порядком государства и международным публичным порядком государства, то это допустимо и в теории способно оказать положительный эффект на формирование единообразной судебной практики в рамках той или иной правовой системы, однако, по нашему мнению, труднореализуемо на практике в связи с неопределенностью содержания национального публичного порядка, факт нарушения которого судья должен устанавливать в каждом случае с учетом обстоятельств дела. При таком подходе судье государственного суда придется устанавливать содержание национального публичного порядка, транснационального публичного порядка, сравнивать их между собой в попытке выявить те принципы национального публичного порядка, которые действительно заслуживают поддержки, а также те, которые в действительности в содержание национального публичного порядка не входят. Безусловно, подобный анализ придаст значительно больший вес судебному решению, однако пока что подобный подход встречается на практике в единичных случаях. Вдобавок ни Нью-Йоркская конвенция 1958 г., ни национальное законодательство большинства государств не указывают на необходимость сопоставлять национальный публичный порядок с транснациональным.

Транснациональный публичный порядок служит главным образом арбитрам международных арбитражей и в определенных условиях становится весьма эффективным инструментом, защищающим те правовые принципы, которые разделяет мировое сообщество. В то же время отсутствие всеобщего согласия относительно содержания транснационального публичного порядка, его функций и правил применения может негативно сказаться на определенности арбитражного решения и, как следствие, перспективах его успешного приведения в исполнение. Кроме того, сложно представить ситуацию, в которой вопросы, стоящие перед арбитром, не могли бы быть разрешены с помощью норм применимого или подлежащего применению права.

Между тем, если обратиться к практике разрешения международных коммерческих и инвестиционных споров, нельзя не признать, что теория транснационального публичного порядка уже получила реальное воплощение, хотя это тот случай, когда доктрина оказала влияние на развитие правоприменительной практики, а не наоборот. Арбитр может использовать различные правовые источники, делать в некоторых ситуациях выбор между различными правопорядками, каждый из которых будет для него «иностранным». Поэтому он может опираться на транснациональный публичный порядок, однако практика показывает, что это не будет его единственной и тем более главной опорой. Пока ссылки арбитров на транснациональный публичный порядок носят скорее вспомогательный характер и говорить о каком-либо кардинальном изменении в подходах международных арбитражей к использованию этого правового института в обозримом будущем не приходится.

Статья поступила в редакцию 15 сентября 2021 г.
Рекомендована к печати 15 февраля 2022 г.

Transnational public policy

A. A. Kachulis

For citation: Kachulis, Anton A. 2022. Transnational public policy. *Pravovedenie* 66 (1): 80–100. <https://doi.org/10.21638/spbu25.2022.105> (In Russian)

The article explores the legal institution of transnational public policy, which is unfamiliar in Russian judicial practice. This type of public policy is usually only mentioned in passing in studies dealing with the application of the public policy clause. Meanwhile, the transnational public policy is a quite complex phenomenon, on the legal nature and even application expediency of which, there are diametrically opposed opinions. The disputes concerning transnational public policy largely stem from the more global contradictions caused by the existence of various theories about the legal nature of international arbitration. At the same time, the transnational public policy is no longer exclusively a theoretical construction and is used by international commercial and investment arbitrations, although infrequently. The arbitrators' concerns when using this legal institution are due to the uncertainty of its content, the lack of a stable practice of use, as well as an understandable reluctance to justify their own conclusions in their award by referring to a dubious (from the position of the national court, which will subsequently enforce such an award) legal concept. Meanwhile, rare cases when arbitrators nevertheless decided to resort to a reference to a transnational public policy become the object of close attention of foreign researchers as examples of a very progressive approach to dispute resolution and argumentation of decisions made. The article defines and compares the main theoretical views on the essence and content of the transnational public policy, examines the practice of its application by international commercial and investment arbitrations, and also examines the possible prospects for its application by national judicial authorities. The opinions of researchers, including negative ones, regarding the viability of the concept of transnational public policy itself are also presented. The major material for the study were foreign scientific articles, which set out various views on the legal nature of the transnational public policy, as well as a few examples from international arbitral practice. Based on the results of the study, conclusions are drawn about the prospects of transnational public policy application by state courts, as well as about the feasibility of its use by international commercial and investment arbitrations.

Keywords: transnational public policy, public policy clause, international commercial arbitration, international investment arbitration, seat of arbitration, applicable law.

References

- Amianto, Lodovico. 2019. The role of “unclean hands” defences in international investment law. *McGill Journal of Dispute Resolution* 6: 1–37.
- Asoskov, Anton V. 2012. *Conflict of laws regulation of contractual obligations*. Moscow, Infotropic Media Publ. (In Russian)
- Baniassadi, Mohammad R. 1992. Do mandatory rules of public law limit choice of law in international commercial arbitration. *International Tax & Business Lawyer* 10 (1): 59–84.
- Bogatina, Julia G. 2010. *Public policy clause in private international law: Theoretical problems and modern practice*. Moscow, Statut Publ. (In Russian)
- Calliess, Galf-Peter, Renner, Moritz. 2009. Transnationalizing private law — the public and the private dimensions of transnational commercial law. *German Law Journal* 10 (10): 1341–1356.
- Chukwumerije, Okezie. 1993. Mandatory rules of Law of International Commercial Arbitration. *African Journal of International and Comparative Law* 5 (3): 561–580.
- Chuprunov, Ivan S. 2013. *Arbitrability: applicable law and influence of mandatory norms. Novye gorizonty mezhdunarodnogo arbitrazha: collection of articles*. Iss. 1, eds by Asoskov, Anton V., Vilkova, Nina G., Khodykin, Roman M. Moscow, Infotropic Media Publ.: 297–361. (In Russian).
- Davidenko, Dmitriy L., Hizunova, Aleksandra N. 2013. The meaning and functions of the public policy clause in foreign and Russian law. *Zakon* 2: 31–38. (In Russian)
- Fazilatfar, Hossein. 2012. Transnational public policy: Does it function from arbitrability to enforcement? *City University of Hong Kong Law Review* 3 (2): 289–313.

- Fry, James D. 2009. Désordre Public International under the New York Convention: Wither truly international public policy. *Chinese Journal of International Law* 8 (1): 81–134.
- Gaillard, Emmanuel, Savage, John, eds. 1999. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague, London, Boston, Kluwer Law International.
- Kanashevsky, Vladimir A. 2008. *Foreign economic transactions: substantive and conflict of laws regulation*. Moscow, Wolters Kluwer. (In Russian)
- Kessedjian, Catherine. 2007. Transnational public policy. *International Arbitration 2006: Back to Basics?* Ed. by Albert Jan Van den Berg, *ICCA Congress Series* 13: 857–870. Available at: <https://www.kluwerarbitration.com/document/ipn31653?q=Transnational%20Public%20Policy> (accessed: 18.10.2020).
- Kreindler, Richard. 2003. Approaches to the application of transnational public policy by arbitrators. *Journal of World Investment* 4 (2): 239–250.
- Krokhalev, Sergei V. 2006. *The category of public policy in international civil procedure*. St Petersburg, St Petersburg University Press. (In Russian)
- Lalive, Pierre. 1987. Transnational (or truly international) public policy and international arbitration. *Comparative arbitration practice and public policy in arbitration*, ed. by Pieter Sanders, *ICCA Congress Series* 3: 258–318. Available at: [https://www.kluwerarbitration.com/document/ipn14788?q=Transnational%20\(or%20Truly%20International\)%20Public%20Policy%20and%20International%20Arbitration](https://www.kluwerarbitration.com/document/ipn14788?q=Transnational%20(or%20Truly%20International)%20Public%20Policy%20and%20International%20Arbitration) (accessed: 18.07.2021).
- Lebedev, Sergey N., Kabatova, Elena V., eds. 2011. *International private law*. In 2 vols. Moscow, Statut Publ. (In Russian)
- Litvinsky, Dmitriy V. 2005. *Recognition of foreign judgments in civil cases (comparative legal analysis of French legislation, judicial practice and legal doctrine)*. St Petersburg, St. Petersburg University Press. (In Russian)
- Lo, Chang-fa. 2008. Principles and criteria for international and transnational public policies in commercial arbitration. *Contemporary Asia Arbitration Journal* 1 (1): 67–90.
- Moses, Margaret L. 2019. Chapter 11: Public policy under the New York Convention: National, international, and transnational. *60 Years of the New York Convention: Key issues and future challenges*, eds Katia F. Gomez, Ana M. Lopez-Rodriguez, 184–196. The Hague, London, Boston, Kluwer Law International.
- Reisman, Michael. 2007. Law, international public policy (so-called) and arbitral choice in international commercial arbitration. *International Arbitration 2006: Back to Basics?* Ed. Albert Jan Van den Berg, *ICCA Congress Series* 13: 855–856. Available at: [https://www.kluwerarbitration.com/document/ipn31652?q=Law%2C%20International%20Public%20Policy%20\(So-called\)%20and%20Arbitral%20Choice%20in%20International%20Commercial%20Arbitration](https://www.kluwerarbitration.com/document/ipn31652?q=Law%2C%20International%20Public%20Policy%20(So-called)%20and%20Arbitral%20Choice%20in%20International%20Commercial%20Arbitration) (accessed: 26.12.2020).
- Seelig, Marie L. 2009. The notion of transnational public policy and its impact on jurisdiction arbitrability and admissibility. *Annals of the Faculty of Law in Belgrade, International Edition* 57 (3): 116–134.
- Sneij, Florentine S. 2016. Are IIAs old-fashioned: How consistency in the use of public policy fosters the object and purpose of investment agreements. *Uniform Law Review* 21 (2–3): 197–215.
- Trakman, Leon E. 2018. Aligning state sovereignty with transnational public policy. *Tulane Law Review* 93 (2): 207–268.

Received: September 21, 2021
Accepted: February 15, 2022

Anton A. Kachulis — Master of International Private Law, St Petersburg State University, 7–9, Universitetskaya nab., St Petersburg, 199034, Russian Federation; kachulis.anton@mail.ru