

М. М. Мальський
керівник Західноукраїнської філії
адвокатського об'єднання Arzinger,
канд. юрид. наук, адвокат

ГЕНЕЗИС ТРАНСНАЦІОНАЛЬНОГО ВИКОНАВЧОГО ПРОЦЕСУ КРИЗЬ ПРИЗМУ РОЗВИТКУ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

© Мальський М. М., 2016

Розглянуто шлях розвитку та становлення правовідносин, що виникають при виконанні рішень чи інших актів, за участю іноземного елемента, в окрему групу, що тісно пов'язана із міжнародним приватним правом та виконавчим процесом. Саме через розвиток міжнародного приватного права і виокремлення в його структурі окремих інститутів та підгалузей, зокрема міжнародного цивільного процесу, міжнародного торговельного права та транснаціонального торгового права (*Lexmercatoria*), доводиться динамічність системи права, безперервність трансформування її структури та створення в ній нових елементів, зокрема, і групи правовідносин, які доцільно окреслити як транснаціональний виконавчий процес.

Ключові слова: транснаціональне право, транснаціональний виконавчий процес, міжнародний цивільний процес, міжнародне приватне право, виконавчий процес, іноземний елемент.

М. М. Мальський

ГЕНЕЗИС ТРАНСНАЦІОНАЛЬНОГО ИСПОЛНИТЕЛЬНОГО ПРОЦЕССА СКВОЗЬ ПРИЗМУ РАЗВИТИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

Рассмотрены пути развития и становления правоотношений, возникающих при исполнении решений или других актов, с участием иностранного элемента, в отдельную группу, которая тесно связана с международным частным правом и исполнительным процессом. Именно через развитие международного частного права и выделение в его структуре отдельных институтов и подотраслей, в том числе международного гражданского процесса, международного торгового права и развитие транснационального торгового права (*Lexmercatoria*), доказываемся динамичность системы права, непрерывность трансформации ее структуры и создания в ней новых элементов, в частности, группы правоотношений, которые целесообразно определить как транснациональный исполнительный процесс.

Ключевые слова: транснациональное право, транснациональный исполнительный процесс, международный гражданский процесс, международное частное право, исполнительный процесс, иностранный элемент.

GENESIS OF TRANSNATIONAL ENFORCEMENT PROCESS THROUGH DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL LAW

The article deals with development and establishment of legal relations arising in the enforcement of decisions and other acts involving a foreign element, in a separate group, which is closely linked to private international law and to the enforcement process. Development of private international law and allocation of separate institutions and sub-sectors within the scope of its regulation, including international civil procedure, international trade law and transnational commercial law (*lex mercatoria*), confirms the dynamism of the legal system, the continuity of the transformation of its structure and creation new elements within it, in particular – a group of relations, that are appropriate to define as the transnational enforcement process.

Key words: transnational law, transnational enforcement process, international civil procedure, private international law, enforcement process, foreign element.

Аналіз останніх досліджень. Міжнародне приватне право досліджували як вітчизняні, так і зарубіжні вчені, завдяки чому в науковій думці вже сформовано певне уявлення про таку групу правовідносин, яку виділяють в окрему галузь права і наукову дисципліну. Дослідженням питань у сфері транснаціонального торгового права (*Lex mercatoria*) також приділено увагу в правовій доктрині, зокрема в роботах О. О. Мережко, С. П. Коломацької, О. В. Аблезгової, М. Н. Богуславського, Н. А. Корсакової. Однак проблематика транснаціонального виконавчого процесу є малорозкритою в міжнародній правовій думці, а у вітчизняній правовій доктрині залишається взагалі недослідженою.

Метою роботи є дослідження витоків становлення правовідносин, пов'язаних з виконанням рішень та інших актів, що ускладнене іноземним елементом, в цілісну систему правового регулювання – транснаціональний виконавчий процес.

Вступ. Актуальність вивчення зазначеної тематики зумовлена недостатнім рівнем її дослідження як в системі виконавчого права, так і в системі міжнародного права, оскільки на цьому етапі відсутня єдина концепція транснаціонального виконавчого процесу з огляду на новизну дослідження і запропоновані підходи.

Розвиток прогресивних інноваційних технологій останніх десятиліть у геометричній прогресії пришвидшує темпи глобалізації та стирає кордони між державами. Цьому також сприяє поглиблення міжнародної співпраці між державами, зокрема об'єднання в економічні та політичні союзи, як, наприклад, Європейський Союз, Союз Південноамериканських Націй, Митний Союз, Світова організація торгівлі та інші. Поглиблення економічних, культурних, соціальних зв'язків між громадянами різних держав, активна торгівля – все це зумовлює також необхідність регулювання таких правовідносин як на національному, так і на міжнародному рівні.

Виклад основного матеріалу. Традиційно правове регулювання таких правовідносин, що виходять за межі одного правопорядку, називають міжнародним правом. Так, **міжнародне право** – це особлива система юридичних норм і принципів, що регулюють міжвладні міжнародні відносини та висловлюють узгоджену позицію учасників цих відносин, зумовлену дією закономірностей міжнародних відносин на певному етапі розвитку цивілізації шляхом встановлення взаємних прав і обов'язків [1].

Міжнародне право поділяють на міжнародне приватне право та публічне міжнародне право залежно від того, чи такі відносини є міждержавними, чи вони мають приватний характер. Обидві

галузі є тісно пов'язані і, як і в національному регулюванні, приватноправові норми не можуть суперечити публічно-правовим нормам, які мають імперативний характер.

Міжнародне публічне право регулює міждержавні відносини та відносини з міжнародними організаціями. В. Е. Теліпко, А. С. Овчаренко визначають міжнародне публічне право як систему договірних та звичаєвих норм і принципів, що створюють переважно держави в процесі співробітництва і суперництва, що виражають відносно узгоджену волю держав і регулюють відносини між державами, створеними ними міжнародними організаціями та деякими іншими суб'єктами міжнародного спілкування [2, с.11].

Своєю чергою, **міжнародне приватне право** є однією із складових приватного права, яке регулює майнові та особисті немайнові відносини громадян і юридичних осіб не тільки засобами національної правової системи, а й за допомогою відповідних міжнародних документів [3, с. 70]. Саме наявність іноземного елемента відрізняє такі цивільно-правові, господарські чи інші приватно-правові відносини від національного регулювання.

Закон України “Про міжнародне приватне право” визначає іноземний елемент як ознаку, яка характеризує приватно-правові відносини, що регулюються цим Законом, та виявляється в одній або кількох з таких форм:

- хоча б один учасник правовідносин є громадянином України, який проживає за межами України, іноземцем, особою без громадянства або іноземною юридичною особою;
- об'єкт правовідносин знаходиться на території іноземної держави;
- юридичний факт, який створює, змінює або припиняє правовідносини, мав чи має місце на території іноземної держави.

Г. С. Фединяк, Л. С. Фединяк, визначаючи природу міжнародного приватного права, зазначають, що саме взаємодія у ряді випадків національного права та міжнародного публічного права утворює полісистемний комплекс норм **міжнародного приватного права**, які поділяються на матеріально-правові (такі, що регулюють конкретне правовідношення) та колізійні норми (такі, що відсилають до законодавства іншої держави). Водночас норми цих двох правових систем не полишають меж останніх, хоч і регулюють, з одного боку, міжнародні, а з іншого – невладні відносини, майнові та немайнові, що мають цивілістичну природу і виникають у сфері міжнародного спілкування [4, с. 10].

Разом з цим розділяти міжнародне право лише на міжнародне приватне право та міжнародне публічне право – доволі поверхнево. Дійсно, такий поділ дає змогу вдало структурувати міждержавні та приватні правовідносини, що виникають за участю іноземного елемента, разом з цим у межах такої структури є доволі однорідні та відокремлені єдністю предмета правового регулювання правовідносини, що мають приватно- або/та публічно-правовий характер, які або охоплюються змістом міжнародного приватного або міжнародного публічного права, або ж виходять за межі регулювання такого, хоча є тісно пов'язаними із ними.

Науковці виокремлюють також **міжнародне економічне право**. Щодо його сутності склалися в основному два підходи: згідно з першим – це комплексна галузь права, що охоплює норми міжнародного публічного, міжнародного приватного права, а також норми національних правових систем, які регулюють міжнародні економічні відносини. За другим – міжнародне економічне право – самостійна галузь міжнародного права, предметом якої є міжнародні економічні (господарські) відносини [5, с. 7].

В. М. Репецький визначає **міжнародне економічне право** як галузь саме міжнародного публічного права, яка регулює економічні відносини між державами та іншими суб'єктами міжнародного публічного права, предметом якого є міждержавні економічні, в широкому розумінні, комерційні відносини, а також міжнародне економічне співробітництво держав, міжнародних організацій та інших суб'єктів міжнародного публічного права у різних сферах світової господарської діяльності: міжнародній торгівлі, міжнародних валютно-фінансових і кредитних відносинах, міжнародних інвестиційних відносинах, міжнародних митних відносинах, відносинах міжнародної економічної допомоги, у сфері транспорту, зв'язку, енергетики, інтелектуальної та іншої власності, туризму тощо.

Цей автор зазначає, що міжнародне економічне право, яке ґрунтується на нормах і принципах міжнародного публічного права, має свою систему й складові, галузі та інститути. Залежно від сфери правового регулювання виокремлюють такі галузі міжнародного економічного права:

- **міжнародне торговельне право**, в межах якого здійснюється правове регулювання торгівлі не тільки товарами, а й послугами, правами інтелектуальної власності тощо;
- **міжнародне фінансове право**, яке регулює транснаціональний рух капіталів через розрахункові, валютні, кредитні відносини;
- **міжнародне інвестиційне право**, яке тісно пов'язане з міжнародним фінансовим правом і регулює відносини у сфері руху іноземних інвестицій;
- **міжнародне трудове право**, яке регулює публічно-правові відносини у сфері руху міжнародних трудових ресурсів;
- **міжнародне транспортне право**, яке регулює відносини у сфері міжнародного економічного співробітництва з питань використання різних видів транспорту.

Автор також окремо виділяє галузі міжнародного економічного права, які регулюють відносини у сфері регіональної економічної інтеграції (зокрема європейської), промислового, сільськогосподарського та науково-технічного співробітництва [6, с. 420].

У науковій думці міжнародне економічне право виділено в окрему галузь права, в якій також виділяють Загальну і Особливу частини. Ми схилиємося до позиції, що міжнародне економічне право не можна вважати суто частиною міжнародного публічного права, а, навпаки, як і згідно з іншою концепцією міжнародного економічного права, вважаємо, що міжнародне економічне право містить і норми міжнародного приватного права, і національні норми, які регулюють міжнародні відносини або відносини, ускладнені іноземним елементом.

У сфері міжнародного права також виділяють інші галузі, підгалузі та інститути, такі, наприклад, як міжнародне гуманітарне право, міжнародне кримінальне право, міжнародне сімейне право та інші. Для цілей цієї статті ми зупинимося на тих, які мають саме господарський характер та так чи інакше пов'язані із виконанням рішень, винесених за результатами господарських спорів, а саме міжнародне економічне право, торговельне право та міжнародний цивільний процес.

Розвиток системи міжнародного права зумовив виділення **міжнародного торговельного права** в окрему підгалузь чи інститут міжнародного економічного права. В. Ф. Опришко дає визначення міжнародного торговельного права як системи норм і принципів, яка регулює відносини, що виникають у галузі міжнародної торгівлі і є складовою міжнародного економічного права. Автор визначає, що якщо міжнародне економічне право – галузь міжнародного права, то міжнародне торговельне право – його підгалузь [7, с. 139].

На нашу думку, міжнародне торговельне право, очевидно, будучи частиною міжнародного економічного права, характеризується вужчим та однорідним предметом регулювання, що ще більше пов'язує міжнародне торговельне право із міжнародним приватним правом, водночас залишаючи його у безпосередній підпорядкованості міжнародному публічному праву та міжнародному публічному порядку.

У науковій думці також використовується термін “**міжнародний цивільний процес**”, який виділяють як особливу частину міжнародного приватного права [8, с. 411]. До складу міжнародного цивільного процесу входять проблеми транскордонного банкрутства, третейського судочинства, процесуальних прав сторін, іноземних осіб та осіб без громадянства, юридичних осіб іноземної держави, питання підсудності, виконання судових доручень, визнання і виконання іноземних рішень судових та інших юрисдикційних органів [8, с. 510].

Г. С. Фединяк зазначає, що питання про належність міжнародного цивільного процесу до міжнародного приватного права як галузі правознавства не викликає сумнівів. Автор вказує, що у юридичній науці під так званім міжнародним цивільним процесом прийнято розуміти сукупність питань процесуального характеру, пов'язаних із захистом прав іноземців та іноземних підприємств і організацій у суді чи арбітражі [9, с. 351].

Міжнародний цивільний процес тісно переплітається із міжнародним торговельним правом, оскільки часто такий процес є похідним від торговельних та інших економічних відносин, однак не

обмежується такими. Не слід упускати зі сфери регулювання такого процесу також немайнові та майнові цивільно-правові відносини, що не виникають із торгівлі чи договірних прав, а пов'язані із іншими сферами суспільного життя, як, наприклад, сімейне право, спадкове право, відшкодування шкоди та інші.

Різноманітність та динамічність приватно-правових міжнародних відносин та відносин у сфері вирішення міжнародних приватно-правових спорів та виконання рішень, винесених за результатами розгляду таких спорів, зумовлює необхідність створення правових механізмів для координації міжнародного співробітництва щодо виконання рішень та інших актів (вексель, виконавчий напис, інші) в примусовому порядку.

У правовій думці практично не приділено увагу вивченню таких правовідносин чи визначенню їх змісту чи місця, а їх правове регулювання залишається нерозв'язаним як на національному, так і на міжнародному рівнях.

Водночас виконання судових рішень у справах з іноземним елементом має свої особливості, що зумовлені місцем проживання, перебування або місцезнаходженням іноземного суб'єкта виконавчого провадження, місцезнаходженням об'єкта, тлумаченням змісту іноземної, національної чи міжнародної норми, виконанням рішення в іншій або кількох юрисдикціях, відмінних від тієї, в якій рішення було винесено. Також виникає чимало проблемних питань відносно звернення стягнення в іноземній валюті, повідомлення державним виконавцем іноземців про ті чи інші дії, стягнення аліментів з іноземних громадян, виконання іноземних судових рішень на території України і виконання рішень українських судів за кордоном, виконання несудових документів та актів міжнародних комерційних арбітражних установ, тощо.

Тоді як при укладенні та виконанні зовнішньоекономічного договору сторони обирають право, що підлягатиме застосуванню до таких правовідносин або таке право визначається природою договору, як і спосіб та місце вирішення спору, то процес примусового **виконання рішення**, винесеного за результатами розгляду такого спору, не охоплюється сферою регулювання договірних застережень про вирішення спору. Наведене дає можливість зробити висновок про позадоговірний характер процесу примусового виконання рішень. Неможливість обумовлення в договорі порядку примусового приведення до виконання рішення, винесеного за результатами такого спору, зумовлене суб'єктним складом таких правовідносин, тобто наявністю певних суб'єктів, що приводять рішення до виконання, які переважно є або представниками державного органу, або приватними виконавцями, які водночас наділені владно-розпорядчими функціями, поєднуючи в собі приватно та публічно правові складові. Тобто діяльність таких органів, як і сама процедура примусового виконання, виходять за межі договірних прав, а знаходяться в площині виконавчого процесу як професійної діяльності державних або спеціальних приватних органів.

Необхідність врегулювання правовідносин з виконання рішень, прийнятих за результатами спорів чи виконання інших актів, яке водночас ускладнене іноземним елементом, призвела до поєднання правового регулювання двох різних правових сфер: міжнародного приватного права і виконавчого процесу та прийняття окремих норм, що регулюють такі правовідносини, які розкидані в системі різних галузей як національного, так і міжнародного права.

Правовідносини з примусового виконання рішень, що ускладнені іноземним елементом, не можна окремо визначити ні як повністю відокремлений елемент виконавчого права, ні як складову виключно міжнародного цивільного процесу. Так, зважаючи на сферу, джерела та комплексний предмет регулювання таких правовідносин, вони перебувають у тісному зв'язку із обома галузями права, поєднуючи публічно-правові та приватно-правові механізми регулювання. Зважаючи на більшою мірою імперативний метод регулювання згаданих відносин, владно-розпорядчу функцію суб'єктів, на яких покладено виконання, які все ж належать до системи органів тієї чи іншої держави, відповідні відносини транснаціонального виконавчого процесу якнайтісніше пов'язані саме з виконавчим процесом, хоча саме іноземний елемент і виділяє їх з-поміж інших відносин з примусового виконання.

Враховуючи наведене, з метою визначення місця таких правовідносин у системі права, доцільно проаналізувати характер виконавчого процесу загалом. Так, можна стверджувати, що в

науковій думці все міцніше посилюється розуміння виконавчого процесу як окремої галузі права, що є відокремленою від судового процесу та одночасно не є частиною адміністративного права. Ми погоджуємося із таким твердженням, що, своєю чергою, підтверджується можливістю виконання рішення в іншій юрисдикції, можливістю примусового виконання не лише судових рішень, але й інших актів, наявністю відокремленої системи органів виконавчої влади, завданням яких є приведення рішень та інших актів до виконання, а також приватних виконавців, які також, очевидно, не входять ані до судової системи, ані до системи державних органів.

Виконавчий процес, що ускладнений іноземним елементом, можна назвати “міжнародним виконавчим процесом”, “виконавчим процесом з іноземним елементом”, “транснаціональним виконавчим процесом” тощо. Ми схилиємося до думки про те, що для окреслення таких правовідносин доцільно використовувати саме термін “**транснаціональний виконавчий процес**”.

У міжнародній правовій думці транснаціональне право відділяють від міжнародного права і визначають **транснаціональне право** (transnationallaw) як національне, міжнародне або змішане право, що поширюється на всіх осіб, підприємства та уряди. Транснаціональний закон регулює дії чи події, які виходять за межі національних кордонів, і містить не лише міждержавні правовідносини, але правовідносини, що виникають із залученням фізичних осіб, корпорацій, держав чи інших груп [10].

Транснаціональне право також визначають як право недержавних систем управління [11]. Так, Філіп С. Джессап (Philip C. Jessup) суддя Міжнародного Суду, визначає “транснаціональний закон” як “*все право, яке регулює дії чи події, які виходять за рамки національних кордонів*”, включаючи колізійні норми та матеріальне право [12].

Як зазначають вітчизняні автори, транснаціональне торгове право (lexmercatoria) відіграє важливу роль у процесі уніфікації та гармонізації таких сфер права міжнародної торгівлі, як: міжнародні договори купівлі-продажу товарів, міжнародні транспортні зобов’язання, міжнародні фінансові зобов’язання та міжнародний захист іноземних інвестицій. У зв’язку з цим ми можемо говорити про поступове формування в межах транснаціонального торгового права своєрідних підгалузей, наприклад, таких, як транснаціональне договірне право, транснаціональне транспортне право, одним із прообразів якого було середньовічне lexmaritima, а також транснаціональне банківське право [13].

Предметом lexmercatoria, або “транснаціонального торгового права” вважаються транснаціональні торгові відносини, які виходять за межі національних правових систем, тобто купівля-продаж, оренда, перевезення, фінансові і кредитні відносини [14].

Висновок. Виникнення та розвиток транснаціонального виконавчого процесу тісно пов’язані із розвитком таких галузей права, як виконавчий процес та міжнародне приватне право. Саме із виділенням цих правових категорій в окремі галузі права в науковій думці України, а також розвитком міжнародної приватно-правової та публічно-правової співпраці з вирішення спорів та виконання рішень можна пов’язувати виникнення транснаціонального виконавчого процесу.

Виконання рішень, що ускладнене іноземним елементом, дуже тісно пов’язане із міжнародним приватним правом, а саме його процесуальною частиною, а також і з виконавчим процесом. Враховуючи комплексність відповідного поняття і зв’язок таких правовідносин відразу з кількома правопорядками, як і поєднання приватно-правової та публічно-правової складових, використання терміна “транснаціональний виконавчий процес” для окреслення таких правовідносин виглядає доцільним.

1. *Міжнародне право: навч. посібник / За ред. М. В. Буроменського. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 336 с.* 2. *Телітко В. Е., Овчаренко А. С. Міжнародне публічне право: навч. посіб. / за заг. ред. В. Е. Телітко. – К.: Центр учбової літератури, 2010. – 608 с.* 3. *Юлдашев О. Х. Міжнародне приватне право: Теоретичні та прикладні аспекти. – К.: МАУП, 2004. – 576 с.* 4. *Фединяк Г. С., Фединяк Л. С. ФЗО Міжнародне приватне право: навч. посіб. – 2-ге вид., допов. – К.: Юрінком Інтер, 2000. – 416 с.* 5. *Гайворонський В. М., Жушман В. П. Міжнародне приватне право: навч.*

посібник / За ред. В. М. Гайворонського, В. П. Жушмана. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 368 с.

6. Міжнародне публічне право // Міжнародне публічне право : підручник / В. М. Репецький, В. М. Лисик, М. М. Микієвич та ін.; за ред. В. М. Репецького. – 2-ге вид., стер. – К. : Знання, 2012. – 437 с.

7. Опришко В. Ф. Міжнародне економічне право: підручник. – 2-ге вид., перероб. і доп. – К.: КНЕУ, 2003. – 311 с.

8. Богуславський М. М. Міжнародне приватне право / М. М. Богуславський. – М. : Юристъ, 2005. – 604 с.

9. Федіняк Г. С. Міжнародне приватне право : підруч. / Г. С. Федіняк, Л. С. Федіняк. – 4-те вид., перероб. і допов. – К. : Атіка, 2009. – 500 с.

10. [Електронний ресурс]. – Режим доступу <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Transnational+Law>.

11. Larry Catá Backeя Principles of Transnational Law: The Foundations of an Emerging Field. [Електронний ресурс]. – Режим доступу <http://lcbackerblog.blogspot.com/2007/03/principles-of-transnational-law.html>.

12. Journal of Transnational Law & Policy. Introduction words. [Електронний ресурс]. – Режим доступу// <http://www.law.fsu.edu/co-curriculars/jtlp>.

13. Мережко О. О. Теорія та принципи транснаціонального торгового права (lex mercatoria): дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.11 / Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2002. – 388 арк. – Бібліогр.: арк. 355–388.

14. Панькевич В. М., Дорошук А. І. Підходи до розуміння існуванні lex mercatoria як правового явища [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://наука.kushnir.mk.ua/?p=64596>.