

УДК 347.9

DOI <https://doi.org/10.32840/pdu.2021.1.6>

**М. М. Мальський**

доктор юридичних наук,  
керівник  
Західноукраїнського відділення  
Адвокатського об'єднання «Arzinger»,  
почесний консул Республіки Австрія у Львові

## ПРОБЛЕМИ ТЕРМІНОЛОГІЇ У ВИЗНАЧЕННІ МІЖНАРОДНОГО ВИКОНАВЧОГО ПРОЦЕСУ

У статті досліджено поняття виконавчого процесу, ускладненого іноземним елементом, і підходи до його визначення. Розмежовано поняття, які використовують для характеристики виконавчого процесу, ускладненого іноземним елементом. Зокрема, проаналізовано терміни «транскордонний виконавчий процес», «транснаціональний виконавчий процес» і «міжнародний виконавчий процес». У цілях дослідження проаналізовано праці вітчизняних та іноземних учених. Термін «транскордонний» проаналізовано в його відношенні до транскордонного банкрутства, виявлено, що він використовується щодо понять, які означають рух через простір держав і його перетинання. Транскордонний виконавчий процес – це сукупність правил і процедур, що регулюють виконання рішень судів та інших органів (посадових осіб) на території двох або кількох держав. Норми, які визначають загальний (світовий, глобальний) порядок приведення до виконання рішень та інших актів, становлять собою транснаціональний (глобальний) виконавчий процес. Зокрема, висловлено позицію, що транснаціональний виконавчий процес містить Глобальний кодекс примусового виконання, який є джерелом «м'якого права». Проаналізовано значення Глобального кодексу примусового виконання та діяльності Міжнародного союзу судових виконавців для розвитку міжнародного виконавчого процесу, що полягає в гармонізації законодавства у сфері виконання рішень судів та інших органів (посадових осіб). Утім, наголошено, що Глобальний кодекс примусового виконання не є обов'язковим джерелом міжнародного виконавчого процесу, що зумовлює його віднесення до джерел транснаціонального виконавчого процесу. Доведено, що поняття «міжнародний виконавчий процес» найкраще відбиває зміст правовідносин, які виникають у процесі примусового виконання рішень та інших органів (посадових осіб), що ускладнено іноземним елементом, та об'єднує норми національного, іноземного та міжнародного права.

**Ключові слова:** міжнародний, виконавчий процес, транскордонний, транснаціональний, іноземний елемент, примусове визнання.

**Постановка проблеми.** У юридичній літературі та в законодавстві України немає визначення поняття виконавчих правовідносин, ускладнених іноземним елементом, хоча українські вчені досліджують це питання на рівні теорії та національного законодавства. Сукупність правил і процедур, що виражені в джерелах національного, іноземного та міжнародного права, які регулюють виконання рішень та інших актів, ускладнене іноземним елементом, можна назвати «міжнародним виконавчим процесом», «виконавчим процесом з іноземним елементом», «транскордонним виконавчим процесом», «транснаціональним виконавчим процесом», втім, однозначності у використанні цих термінів немає.

**Мета статті** полягає в розмежуванні понять, які використовуються щодо виконавчого процесу, ускладненого іноземним елементом, і визначенні найбільш доцільного терміна для характеристики цих правовідносин.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** У дослідженні використовувалися праці вітчизняних та іноземних учених, зокрема Л.П. Ануфрієвої, М.В. Вербі-

цької, О.М. Бірюкова, Ю.Н. Малєєва, В.В. Яркова, Корнеліса Хендріка Ван Рее та інших. У дослідженні використовувалися методи аналізу та синтезу, дедукції, індукції, порівняння та протиставлення в систематизації емпіричного матеріалу й отримання теоретичних результатів і практичних висновків.

У юридичній літературі, особливо іноземній, термін «транскордонний» (cross-border) використовується щодо понять, які означають рух через простір держав і його перетинання, наприклад: cross-border insolvency – транскордонна неплатоспроможність; cross-border bankruptcy – транскордонне банкрутство.

Щодо цього Л.П. Ануфрієва зазначає, що в літературі з міжнародного приватного права під транскордонним банкрутством розуміється самостійний правовий інститут, який володіє як матеріально-правовими, так і процесуальними характеристиками. Характерно, що в цьому визначенні вчений звертає увагу на матеріальні та процесуальні аспекти транскордонного банкрутства. Якщо ж враховуються процесуальні аспекти, то вони мають врегулюватися певною процедурою, на що звертають увагу інші вчені та зазначають, що транскордонне банкрутство є процедурою банкрутства з іноземним елементом.

На думку М.В. Вербіцької, транскордонне банкрутство – це інститут міжнародного приватного права, який складається із сукупності норм, що регулюють відносини щодо сплати боргових зобов'язань, які виникають через неплатоспроможність боржника, що перебуває в іншій правовій системі, ніж його активи або кредитори. З цієї позиції впливає приватноправовий характер відносин, пов'язаних із банкрутством, з чим важко однозначно погодитися, оскільки участь у цих відносинах беруть і публічні органи та особи. Однак погоджуємося з тими вченими, які визнають межу між публічним і приватним міжнародним правом занадто неконкретною, щоб концентрувати увагу й докладати зусилля до її впровадження в усі дослідження.

Питанню транскордонного банкрутства присвячено дисертацію О.М. Бірюкова, у якому обґрунтовано визначення поняття транскордонного банкрутства як комп-

лексу приватноправових відносин з іноземним елементом, пов'язаних із неспроможністю приватної особи виконати свої майнові зобов'язання коштом наявного майна та з визнанням її неспроможною чи банкрутом; причому іноземний елемент у цих правовідносинах виступає в одній із таких форм: а) стороною в цих правовідносинах виступає іноземна особа чи особи; б) майно боржника міститься на території щонайменше двох країн; в) порушено кілька судових проваджень у справі про банкрутство особи на території кількох країн. З цією позицією важко не погодитися, але її можна доповнити положенням про необхідність врахування вимог відповідного законодавства.

Узагальнюючи наведені думки вчених, доходимо висновку про те, що поняття «транскордонний» визначає відносини, які склалися між двома або кількома державами. Отже, транскордонний виконавчий процес – це сукупність правил і процедур, що регулюють виконання рішень судів та інших органів (посадових осіб) на території двох або кількох держав і які аналізують учені на предмет їх оптимізації.

Ю.Н. Малєєв пише про це так: «Транснаціональне право – це умовне позначення якогось інституційно-правового явища в міжнародній системі, суть якого полягає в тому, що приватні особи (переважно це багатонаціональні підприємства, банки, біржі) різних країн створюють на двосторонньому та багатосторонньому рівнях свої власні норми взаємин». Така позиція, на нашу думку, спрощує перехід від транскордонного права до транснаціонального. Сутність цієї концепції можна звести до того, що бізнес і потоки капіталів зрушують процес відкриття кордонів, сприяють налагоджуванню відносин між країнами тощо. Така тенденція є очевидним явищем, але сутність міжнародних відносин значно глибша, її не можна зводити до створення умов, сприятливих для розміщення капіталів.

**Виклад основного матеріалу.** У міжнародній правовій думці транснаціональне право відмежовують від міжнародного права й визначають транснаціональне право (transnational law) як національне, міжнародне або змішане право, що поши-

рюється на всіх осіб, підприємства та уряди. Транснаціональний закон регулює дії або події, які виходять за межі національних кордонів, і передбачає не тільки міждержавні правовідносини, а й правовідносини, що виникають із залученням фізичних осіб, корпорацій, держав або інших груп. У такій концепції фактично змішуються категорії «правова думка» і «закон», які не можна ототожнювати. Справді, сучасні концепції міжнародного, транскордонного і транснаціонального права обмежуються порівнянням правових моделей у кожній країні, поясненням процесів або міжнародних договорів, саме через це помилково ототожнюються «транснаціональне право» і «транснаціональний закон», хоча перший термін мав би позначати наукову інформацію, а другий – нормативну.

На відміну від внутрішніх правових норм, транснаціональне право охоплює широке коло правовідносин, що одночасно існують у різних юрисдикціях і не підпорядковуються праву однієї держави чи не є однаково врегульованими. Транснаціональне право може бути визначене як система принципів і правил, що застосовується замість або як додаток до внутрішнього закону держави чи спільноти держав, відносин між особами та організаціями – публічними та приватними, фізичними та юридичними. Така позиція так само може спростити сприйняття транснаціонального права, оскільки згадані «принципи і правила» стають частиною національного законодавства України й лише матимуть пріоритет над іншими законодавчими актами, крім Конституції України.

Термін «транснаціональність» використовують також у торговельному праві. Зокрема, предметом *lex mercatoria*, або «транснаціонального торговельного права», вважаються транснаціональні торговельні відносини, які виходять за межі національних правових систем.

У межах дослідження транснаціонального виконавчого процесу доцільно згадати Глобальний кодекс примусового виконання, ухвалений у липні 2015 р. на 22-му Всесвітньому конгресі Міжнародного союзу судових виконавців. В.В. Ярков

називає цей акт прикладом «м'якого права», який поєднує найбільш загальні та принципові положення у сфері виконавчого провадження, характерні для національних систем примусового виконання окремих країн. Така позиція цікава для дослідження, оскільки варто взяти до уваги, що перед підготовкою Кодексу вчені та практики провели узагальнювальний аналіз виконавчого провадження в багатьох країнах світу, які мають власну правову систему. Отже, доцільно вважати науково-практичну роботу зі створення Глобального кодексу примусового виконання транснаціональним виконавчим процесом, оскільки така діяльність була орієнтована не на реформування судочинства в окремій країні, а на вироблення загальноприйнятних правил виконання рішень в усьому світі. У створенні Кодексу брали участь об'єднані єдиною метою провідні фахівці з багатьох країн та їхній професійний досвід, який базувався на знаннях специфіки виконавчого провадження у власній або декількох країн, що дало змогу узагальнити відповідний досвід переважної більшості країн.

Розмірковуючи про гармонізацію законодавства в глобальному масштабі, Корнеліс Гендрік Ван Рее виокремив три її типи: 1) гармонізація в результаті реформи національного законодавства; 2) гармонізація в результаті конкуренції між процесуальними системами; 3) гармонізація в результаті міжнародних проєктів гармонізації. Наприклад, гармонізація в глобальному (світовому) масштабі відбувається, на думку Корнеліса Гендріка Ван Рее, завдяки застосуванню принципів транснаціонального права.

Але вважаємо за доцільне надати оцінку не стільки змісту Глобального кодексу примусового виконання, скільки правовому значенню проведеної роботи. Міжнародний союз судових виконавців – це неурядова міжнародна громадська організація, тому запропонований нею Глобальний кодекс примусового виконання має рекомендаційний характер, тобто є актом «м'якого права» (*soft law*) і, на нашу думку, може слугувати тільки орієнтиром для вдосконалення законодавства окремих країн, урахування його положень під

час укладання дво- або багатосторонніх міждержавних договорів про виконання рішень на їхніх територіях.

З метою приєднання України до Міжнародного союзу судових виконавців і започаткування співпраці у сфері виконання судових рішень заступник міністра з питань виконавчого провадження Міністерства юстиції України підписав Меморандум про співпрацю між Міністерством юстиції та Міжнародним союзом судових виконавців в особі його президентки Франсуази Андріус. Ця угода спрямована на тісну співпрацю в науковому, професійному, комунікаційному аспектах, а також участь у міжнародних заходах та обмінах. Наголосимо, що обмін інформацією завжди має бути вигідний обом сторонам, але характер обміну і зміст інформації визначають подальші кроки з реалізації досягнутих домовленостей. Наприклад, щодо співпраці в науковому аспекті, то вона була б більш корисною для вчених, які після вивчення досвіду примусового виконання рішень у державах-членах Союзу можуть його узагальнити та сформулювати науково обґрунтовану концепцію розвитку органів примусового виконання та виконавчого провадження з урахуванням іноземного досвіду. Тому Міністерство юстиції України має залучати до спільних проектів учених, які є фахівцями в галузі виконавчого процесу. Комунікація між Міністерством юстиції та неурядовою організацією, здається нам, була б ефективнішою, якби Меморандум був підписаний із Асоціацією приватних виконавців на кшталт того, як Нотаріальна палата України 8 жовтня 2013 року стала членом Міжнародного союзу нотаріату. Тому нескладно прогнозувати, що положення цього Меморандуму не просто буде втілити в практичну діяльність. Хоча за правильної організації співпраці така неурядова організація мала б сприяти Міністерству юстиції в отриманні інформації про особливості виконавчого провадження в багатьох країнах світу, щоб таку інформацію можна було використовувати для обґрунтованого вдосконалення законодавства України, підписання міжнародних договорів, а також розв'язання питань співпраці з відповідними органами зару-

біжних країн у питаннях транскордонного виконання рішень.

Отож, немає загальнообов'язкових норм, які визначають загальний (світовий, глобальний) порядок приведення до виконання й виконання рішень судів та інших органів (посадових осіб), але існують напрацьовані вченими, фахівцями відповідні концепції, доктринальні підходи до трактування природи виконавчого провадження, його принципів, процедур і правил, що становлять собою транснаціональний (глобальний) виконавчий процес.

З огляду на комплексність відповідного поняття виконавчого процесу, ускладненого іноземним елементом, а також на зв'язок таких правовідносин одночасно з кількома правопорядками, як і поєднання приватноправової та публічно-правової особливостей, неможливість класифікації таких відносин як таких, що є суто національними, вважаємо найбільш доцільним використання терміна «міжнародний виконавчий процес» для характеристики відносин щодо виконання рішень судів чи інших органів (посадових осіб), що ускладнено іноземним елементом.

**Висновки і пропозиції.** Підсумовуючи, потрібно зазначити, що, попри розбіжність у поняттях щодо виконавчого процесу, ускладненого іноземним елементом, потрібно розуміти значення використовуваного терміна для визначення доцільності його вживання. Оскільки, на відміну від понять транскордонного виконавчого процесу, яке регулює такі правовідносини тільки на території двох або кількох держав, та транснаціонального виконавчого процесу, яке охоплює загальний порядок виконавчого процесу на глобальному рівні, міжнародний виконавчий процес зображає саме правовідносини, ускладнені іноземним елементом.

#### **Список використаної літератури:**

1. Ануфриева Л.П. Международное частное право : в 3 т. Т. 3 : учебник. Москва : БЕК, 2001. 768 с.
2. Ніколаєв І.С. Транскордонне банкрутство: запровадження в українському законодавстві механізмів реалізації процедур банкрутства з іноземним елементом. *Українське комерційне право*. 2013. № 13. С. 27–35.

3. Вербіцька М.В. Транскордонне банкрутство за законодавством України. *Актуальні проблеми правознавства*. 2016. Вип. 3. С. 46–49.
4. Бірюков О.М. Транскордонні банкрутства і міжнародне приватне право : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право». Київ, 2010. 36 с.
5. Мальський М.М. Співвідношення транснаціонального виконавчого процесу і виконавчого процесу. *British Journal of Science, Education and Culture*. 2014. Vol. 2. № 1. P. 294–302.
6. Малеев Ю.Н. Транснаціональне право: быть или не быть. *Международное право = International Law*. 2010. № 1. С. 5–25.
7. Transnational Law. *The free dictionary*. URL: <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Transnational+Law> (дата перегляду: 28.05.2018).
8. Backer L.C. Principles of Transnational Law: The Foundations of an Emerging Field. URL: <http://lcbackerblog.blogspot.com/2007/03/principles-of-transnational-law.html> (дата перегляду: 18.01.2019).
9. Панькевич В.М., Дорошук А.І. Підходи до розуміння існування *lex mercatoria* як правового явища. URL: <http://nauka.kushnir.mk.ua/?p=64596> (дата перегляду: 25.12.2018).
10. Ярков В.В. Глобальний кодекс принудительного исполнення як основа гармонізації исполнительного производства. *Закон*. 2017. № 7. С. 43–50.
11. Ван Рее К.Х. Гармонізація гражданского процесса в глобальном масштабе. *Европейский гражданский процесс и исполнительное производство*. Москва : Статут, 2012. С. 8–25.
12. Мальський М.М. Про проект глобального кодексу виконавчого провадження та його роль у транснаціональному виконавчому процесі. *Цивілістична процесуальна думка*. 2016. № 3. С. 59–64.
13. Шкляр С.В. Підписано Меморандум про співпрацю між Міністерством юстиції та Міжнародним союзом судових виконавців. URL: <http://politinfo.com.ua/raznoe/14556-sergij-shklyar-pidpysano-memorandum-pro-spivpratsyu-mizh-ministerstvom-yustytseyi-ta-mizhnarodnym-soyuzom-sudoviy-vykonavtsiv.html> (дата перегляду: 10.12.2018).
14. Міжнародне співробітництво. *Нотаріальна палата України*. URL: <http://npu.org.ua/palata/mizhnarodne-spivrobotnictvo/> (дата перегляду: 07.12.2018).

### **Malsky M. Problems of terminology in defining the international executive process**

*The article explores the concept of the executive process complicated by a foreign element and approaches to its definition. The concepts used to characterize the executive process complicated by a foreign element are distinguished. In particular, the terms "cross-border enforcement process", "transnational enforcement process" and "international enforcement process" are analyzed. For the purposes of the research the works of domestic and foreign scientists are analyzed. The term "cross-border" is analyzed in relation to cross-border bankruptcy, it is determined that it is used in relation to the concepts that mean movement through the space of states and its intersection. Cross-border enforcement process is a set of rules and procedures governing the implementation of decisions of courts and other bodies (officials) in the territory of two or more states. Norms that determine the general (global, global) procedure for enforcement of decisions and other acts are a transnational (global) enforcement process. In particular, it is suggested that the transnational enforcement process includes the Global Code of Enforcement, which is a source of "soft law". The significance of the Global Code of Enforcement and the activities of the International Union of Enforcers for the development of the international enforcement process, which is to harmonize legislation in the field of enforcement of court decisions and other bodies (officials), is analyzed. However, it is emphasized that the Global Code of Enforcement is not a mandatory source of international enforcement, which makes it a source of transnational enforcement. It is proved that the concept of "international enforcement process" best reflects the content of legal relations arising in the process of enforcement of decisions and other bodies (officials), which is complicated by a foreign element, and combines the rules of national, foreign and international law.*

**Key words:** international, enforcement process, cross-border, transnational, foreign element, coercive enforcement.