

МЕЖДУНАРОДНОЕ И ВНУТРИГОСУДАРСТВЕННОЕ ПРАВО

К вопросу о применении оговорки о публичном порядке при признании и исполнении иностранных решений в ФРГ¹ (продолжение, начало см. в №4. 2003.)

*Лаптев А.Н.**

5. Материальный и процессуальный публичный порядок

Характерным для немецкой доктрины является выделение нарушений материального и процессуального публичного порядка². Материальный публичный порядок направлен на отражение негативных последствий содержания решения, разрешения им конкретной жизненной ситуации. Процессуальный публичный порядок в свою очередь охраняет неотъемлемые, с точки зрения правопорядка ФРГ, требования процессуальной справедливости при рассмотрении дела и вынесении решения иностранным судом. Далее приводятся доктринальные положения и судебная практика о применении оговорки по некоторым отраслям и институтам немецкого права.

¹ Автор выражает благодарность за помощь, оказанную в работе над статьёй, магистранту кафедры международного права СПбГУ *Патрикееву Е.А.*

* Лаптев Алексей Николаевич – магистр права (*LL.M.*), Киль, ФРГ.

² *Martiny*: Указ. соч. – S. 459, Rz. 1016.

5.1. Материальный публичный порядок

5.1.1. **Договорное право.** В силу принципа автономии воли сторон, господствующего в договорном праве, публичный порядок может быть затронут здесь крайне редко. Так, Верховный Суд ФРГ установил, что нарушение признанием иностранного решения основного права граждан на самостоятельное оформление своих правоотношений, как правило, может только тогда повлечь применение оговорки, когда должник вследствие особо сильной зависимости был сделан объектом чужой воли и вследствие исполнимости сделки, без всякого сомнения, был бы обречён на существование в пределах прожиточного минимума (в пределах, не подлежащих изъятию в исполнительном производстве имущества и доходов) неопределённо долгое время³.

Приведём пример из судебной практики. Так, Верховный Суд ФРГ признал совместимым с публичным порядком взыскание с иностранного гражданина, проживающего в Германии, в качестве его поручительства перед иностранным банком 154.000 нем. марок, хотя тот был молод и неопытен, поручился за свою сестру – главного должника, только чтобы не испортить с ней отношений, она не рассказала ему о рисках, связанных с поручительством. Кроме того, он должен был погашать собственные долги в размере 30.000 марок, зарабатывая в месяц всего 2.200 марок; т. к. по немецкому исполнительному праву с него можно было взыскивать около 1.000 марок в месяц, что являлось достаточным, чтобы через пять лет погасить 25 % всех денежных обязательств⁴. (Согласно судебной практике Верховного Суда ФРГ, поручитель признаётся не в состоянии исполнить обязательство, если в течение пяти лет он неспособен выполнить четвертую его часть).

Публичный порядок ФРГ может быть затронут в случае, если иностранный суд признаёт действительной сделку, которая по немецкому праву является ничтожной⁵. В качестве примеров обычно называют вынесение иностранным судом решения на основе ростовщического соглашения или иного обязательства, которое не подлежит судебной защите (например, долги в азартных играх). При этом, как показывает

³ Цит. по: *Schulze Anerkennung einer ausländischen Entscheidung bei Einwand strukturell ungleicher Verhandlungsmaxime und nicht wirksamer Vertretung im Erstverfahren // Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht. – 1999. – S. 343.*

⁴ Решение Верховного Суда ФРГ от 24.2.1999 // *Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrecht. – 1999. – S. 371.*

⁵ *Martiny* Указ. соч. – S. 470, Rz. 1043.

судебная практика, даже к значительным отклонениям от немецкого права нужно относиться терпимо. Так, например, было признано решение в части взыскания адвокатского вознаграждения в размере 40 % от суммы удовлетворённого иска (т.н. гонорар успеха), хотя по немецкому праву такие соглашения ничтожны⁶.

5.1.2. Торговое право и право ценных бумаг. Публичный порядок может быть затронут здесь также крайне редко, поскольку, как совершенно справедливо отмечается в немецкой юридической доктрине, регулирование в этой области традиционно является космополитичным⁷. Так, например, Верховный Суд ФРГ разрешил принудительное исполнение иностранного решения, хотя ответчик по немецкому чековому праву мог бы представить возражения из основного обязательства⁸.

5.1.3. Биржевое право. Ранее суды ФРГ неоднократно отказывали в силу оговорки о публичном порядке в признании решений, основанных на биржевых форвардных сделках (сделках на срок), заключённых за границей не обладающими по праву ФРГ соответствующей правоспособностью немецкими гражданами, хотя они и обладали ею по иностранному праву⁹. Форвардные сделки с их высокими рисками формально не были запрещены в ФРГ, однако немецкие суды рассматривали такие обязательства в качестве долгов из азартных игр и лишали их судебной защиты в случае, если речь шла о сделке, заключённой неправопособной стороной. Правоспособными для заключения таких сделок признавались перечисленные в законе о биржах предприниматели, обладающие специальными познаниями.

В 1989 г. в закон о биржах был внесён ряд изменений, среди которых была введена правоспособность на заключение форвардных сделок в силу обладания информацией о связанных с ними рисках. Для этого стало достаточным подписать стандартный формуляр. Верховный Суд ФРГ установил, что закон о биржах обеспечивает теперь за-

⁶ Решение Верховного Суда ФРГ от 4.6.1992 // *Neue Juristische Wochenschrift*. – 1992. – S. 3096, 3101.

⁷ *Martiny* Указ. соч. – S. 472, Rz. 1048.

⁸ Решение Верховного Суда ФРГ от 25.3.1970 // *Neue Juristische Wochenschrift*. – 1970. – S. 1004.

⁹ *Steindorf* *Termingeschäfte an ausländischen Bursen* // *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*. – 1982. – S. 49.

шиту только несведомлённых сладчиков. Для осведомлённых же, которые заключают форвардные сделки за границей, неподписание подобного формуляра является чистой формальностью, несоблюдение которой не может нарушить публичный порядок¹⁰.

5.1.4. Защита прав потребителей. *«Основополагающие принципы защиты прав потребителей, которые должны быть применены независимо от компетентного правопорядка (ст. 29 Вводного закона к ГГУ)¹¹, т. е. которые немецкий суд обязан был бы применить при рассмотрении дела независимо от lex cause, относятся к публичному порядку и должны применяться при признании иностранных решений»¹².* Так, Верховный земельный суд Целле в силу оговорки о публичном порядке не применил иностранное право, которое отказывало потребителю в праве расторжения договора купли-продажи¹³. Поэтому, на наш взгляд, можно предположить, что и в признании иностранных решений при подобных обстоятельствах также будет отказано.

5.1.5. Экспортно-импортные ограничения. Публичный порядок ФРГ включает в себя императивные нормы, направленные на регулирование внешней торговли. Так, несовместимым с публичным порядком считается признание решений, исполнение которых повлечёт нарушение запрета на вывоз валюты или культурных ценностей, а также решений о взыскании ущерба, возникшего вследствие невыполнения подобных обязательств¹⁴. В случае же, если должник принял на себя обязательство получить (само по себе возможное) разрешение на вывоз либо вообще не пытался его получить, взыскание убытков не затрагивает публичный порядок ФРГ¹⁵.

5.1.6. Валютное право. Нарушение сверхимперативных норм европейского и немецкого права означает одновременно нарушение пуб-

¹⁰ Решение Верховного Суда ФРГ от 21.4.1998 // Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen. 138. Band. – 1999. – S. 337.

¹¹ См. например: Международное частное право: Иностранное законодательство. / Ред. Жильцов А.Н., Муранов А.И. - М. – 2000. – С. 280-281.

¹² Geimer Internationales Zivilprozessrecht. – KUlн. – 1997. – S. 747, Rz. 2978.

¹³ Решение от 28.8.1990 // Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht. – 1991. – S. 334.

¹⁴ Martiny Указ. соч. – S. 487, Rz. 1089.

¹⁵ Geimer Internationales Zivilprozessrecht. – KUlн. – 1997. – S. 744 – 745, Rz. 2972.

личного порядка ФРГ, поскольку речь в этом случае идёт об основах национальной экономики¹⁶. Не каждое нарушение валютного права влечёт отказ в признании. Так, например, Верховный Суд ФРГ установил, что признание вынесенного иностранным судом решения в иностранной валюте, что означает в евро или в валюте третьего государства, не влечёт нарушения публичного порядка ФРГ¹⁷.

5.1.7. Ограничение конкуренции. В соответствии с немецкой доктриной запрет соглашений, направленных на ограничение конкуренции и злоупотребление доминирующим положением на рынке, относится к публичному порядку. Поэтому при нарушении экстерриториальных императивных норм антимонопольного права ФРГ и ЕС в признании иностранного решения может быть отказано, если его исполнение повлечёт за собой ограничение конкуренции¹⁸.

5.1.8. Деликтные обязательства. Иные, чем в немецком праве, предпосылки наступления ответственности и её размер по общему правилу не затрагивают публичный порядок ФРГ. Так, например, Верховный Суд ФРГ разрешил исполнение решения о взыскании с владельца автомобиля ущерба, причинённого при совершении ДТП, в установленном иностранным судом размере, хотя он превышал максимально возможный размер ответственности по немецкому праву¹⁹, а также исполнение решения о взыскании с ответчика фиктивных расходов на лечение потерпевшего (т. е. расходов, которые ещё не возникли и, возможно, вообще не возникнут)²⁰. Взыскание с ответчика морального вреда в случаях, в которых оно по немецкому праву невозможно, также не затрагивает публичный порядок. Земельный суд Хайлбронна в связи с этим отметил, что расчёт иностранным судом размера возмещения ущерба может обосновать применение оговорки о публичном порядке только в случае нарушения принципа соразмерности, закреплённого в Основном законе²¹.

¹⁶ *Ebke* Internationales Devisenrecht. – 1991. – S. 214.

¹⁷ Цит. по: *Geimer* Internationales Zivilprozessrecht. – Kulln. – 1997. – S. 750, Rz. 2985.

¹⁸ *Martiny* Указ. соч. – S. 488, Rz. 1093.

¹⁹ Решение от 22.6.1983 // *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*. 88. Band. – 1984. – S. 17, 24.

²⁰ Решение Верховного Суда ФРГ от 4.6.1992 // *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*. 118. Band. – 1993. – S. 312.

²¹ Решение от 6.2.1991 // *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*. – 1991. – S. 262.

5.1.9. **Вещное право и национализация.** Национализация имущества без соразмерной компенсации рассматривается в ФРГ в качестве нарушения публичного порядка. Так, например, Земельный суд Брауншвайга отказал в признании решения итальянского суда о переходе патента в собственность государства, так как оно не предусматривало компенсации бывшему владельцу²². Для применения оговорки достаточно фактической национализации, формального её объявления не требуется²³. Согласно немецкой юридической доктрине, предъявление к должнику требований, имеющих свою основу в национализированном имуществе, является несовместимым с добрыми нравами. Однако это правило не действует, если имущества должника к моменту национализации было недостаточно для выполнения обязательства либо оно являлось обеспечением другого обязательства. Так, было признано решение о выполнении ответчиком обязательства из договора займа, в качестве обеспечения которого выступал национализированный земельный участок²⁴.

5.1.10. **Наследственное право.** *«Правовое регулирование наследственных отношений зачастую очень сильно отличается в разных странах, поэтому оговорка о публичном порядке должна применяться здесь особенно сдержанно и гарантированное Основным законом право на наследование должно рассматриваться именно под этим углом зрения»*²⁵. Поэтому, например, более короткий, чем в немецком праве, срок оспаривания завещания, также как и признание иностранным судом печатного завещания немецкого гражданина действительным (по немецкому праву завещание, под угрозой его ничтожности, должно быть написано полностью собственноручно, § 2247 ПГУ), не нарушают публичный порядок.

Высший земельный суд Хамма установил, что отличие долей в наследуемом имуществе в пользу соответствующего члена семьи при наследовании по закону от немецкого права, само по себе не является нарушением публичного порядка. В данном случае решался вопрос

²² Решение от 26.1.1971 // Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts im Jahre 1971. – 1973. – S. 434.

²³ Решение Земельного суда Берлина от 29.10.1959, цит. по: *Martiny* Указ. соч. – S. 474, Fn. 3062.

²⁴ *Martiny* Указ. соч. – S. 474, Rz. 1051.

²⁵ *Birk* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 7. Band. Internationales Privatrecht. – München. – 1990. – S. 1395, Rn. 110.

о применении коллизивной оговорки в отношении базирующегося на Коране наследственного права Ирана, в соответствии с которым, в случае смерти жены муж наследует 1/4 часть её имущества, жена же в случае смерти супруга – только 1/8 часть его имущества. Дети наследуют оставшееся имущество, однако сын наследует в два раза больше дочери. Немецкий суд применил иранское право и указал, что неравенство прав мужчины и женщины само по себе не обосновывает применение оговорки о публичном порядке, для этого необходимо, чтобы в конкретном случае результат применения иностранного права был абсолютно несовместим с немецкими представлениями о справедливости. В данном же случае этого не наблюдается ввиду того, что по иранскому праву женщины в отличие от мужчин освобождены от некоторых обязанностей, например выплачивать алименты на содержание детей²⁶. Можно исходить из того, что и признание иностранных решений в ФРГ в подобной ситуации не составит большого труда.

Что касается другого принципа исламского наследственного права, а именно запрета наследовать имущество правоверных приверженцами иной религии, то применение оговорки в этом случае обосновывается не отказом в праве наследования, а тем, что посредством этого оказывается влияние на свободу совести²⁷.

5.2. Процессуальный публичный порядок

5.2.1. **Понятие.** Как уже было сказано выше, признание иностранных решений в ФРГ невозможно в случае, если иностранным судом нарушены основополагающие принципы немецкого гражданского процесса. При этом речь идёт не о всех гражданско-процессуальных принципах, а именно об основополагающих, составляющих основу правового государства. Так, например, Высший земельный суд Заабрюкена установил, что вынесение иностранным судом решения в закрытом судебном заседании и нарушение вследствие этого принципа публичности не препятствует его признанию²⁸. Принципы устности и пись-

²⁶ Решение от 29.4.1992 // *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht.* – 1994. – S. 52.

²⁷ *Lorenz* Islamisches Ehegattenerbrecht und deutscher ordre public: Vergleichsmaßstab für die Ergebniskontrolle // *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht.* – 1993. – S. 149.

²⁸ Решение от 3.8.1992 // *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht.* – 1987. – S. 37. Вместе с тем, иностранная судебная система, которая принципиально избегает контроля общественности, вызывает подозрения и поэтому должно быть особенно тщательно проверено, вынесено ли решение незаинтересованным судом в справедливой

менности гражданского процесса также не относятся к публичному порядку²⁹. В литературе ведётся дискуссия, в какой степени принцип состязательности и нормы доказательственного права, направленные на защиту частной жизни, относятся к публичному порядку. Бесспорно, к публичному порядку относятся принцип независимости и беспристрастности суда, принцип предоставления сторонам возможности быть выслушанными судом по обстоятельствам дела и, исходя из этого, принцип, в соответствии с которым каждая сторона имеет право на справедливое судебное разбирательство³⁰.

5.2.2. Независимость и беспристрастность суда. Признание решений иностранных судов возможно только на основе фикции равноценности судов во всём мире³¹. В случаях, если независимость и беспристрастность судебной системы не обеспечены в каком-либо государстве, это не может автоматически влечь отказ в признании всех вынесенных в нём судебных решений. Только в случае, если имеются доказательства того, что решение вынесено иностранным судом под давлением, его признание будет являться нарушением публичного порядка³². Такой же результат наступит и в случае, если иностранный судья вынес заведомо незаконное решение³³. То обстоятельство, что по делу могло быть вынесено другое решение, не имеет никакого значения.

Отличие иностранной судебной системы от немецкой само по себе также не может обосновать применение оговорки о публичном порядке. Так, например, Высший земельный суд Заабрюкена разрешил принудительное исполнение на территории ФРГ решения французского торгового суда, в состав которого входили исключительно предприниматели, а не профессиональные судьи³⁴.

вом судебном разбирательстве (*Geimer Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland*. – München. – 1995. – S. 136).

²⁹ *Martiny* Указ. соч. – S. 494, Rz. 1107.

³⁰ *Geimer Zuller-Zivilprozessordnung*. 21. Aufl. – 1999. – Köln. – S. 976, Rz. 155a.

³¹ *Geimer Zuller-Zivilprozessordnung*. 21. Aufl. – 1999. – Köln. – S. 957, Rz. 15.

³² Решение Верховного Суда ФРГ от 30.9.1964 // *Neue Juristische Wochenschrift*. – 1964. – S. 2350.

³³ *Martiny* Указ. соч. – S. 489, Rz. 1095.

³⁴ Решение от 3.8.1987 // *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*. – 1989. – S. 37.

5.2.3. Право быть выслушанным судом по обстоятельствам дела.

Согласно немецкой доктрине, право быть выслушанным судом (п. 1 ст. 103 Основного закона ФРГ) относится к публичному порядку. Тем самым защищается принцип правового государства, с которым несовместимо вынесение решения прежде, чем заинтересованное лицо получит возможность высказаться по существу дела. Далее, уважение человеческого достоинства требует, чтобы участник судебного разбирательства имел возможность активно воздействовать на его протекание³⁵. Исходя из этого Верховный Суд ФРГ отказал в признании решения французского суда, когда, опасаясь быть арестованным во Франции, гражданин ФРГ (ответчик по делу) не явился в судебное заседание и ему было отказано в представительстве через явившегося адвоката³⁶. В другом случае Высший земельный суд Кёльна отказал в признании решения, поскольку ответчик вообще не знал о проведённом против него процессе³⁷.

Для применения оговорки имеет значение только отсутствие у стороны возможности участия в процессе. Воспользовалась ли она этой возможностью – несущественно. Так, если ответчик, несмотря на надлежащее и своевременное извещение о поданном против него иске, не вступил в процесс и считается поэтому отсутствующим, неизвещение его судом о других датах рассмотрения этого дела само по себе не может рассматриваться как нарушение публичного порядка³⁸. Отличное (от немецкого) оформление гражданского процесса также не имеет значения, необходимо, чтобы была предоставлена возможность быть заслушанным в порядке, установленном иностранным правом. Так, исключение английским судом ответчика от дальнейшего участия в процессе из-за неуважения к суду вследствие несоблюдения вынесенного по делу постановления не нарушает публичный порядок ФРГ (согласно ГПК ФРГ, судья не может этого сделать), так как поведение самого ответчика привело к этому³⁹. То же самое действует для реше-

³⁵ Решение Конституционного Суда ФРГ от 9.3.1983 // *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*. 63. Band. – 1983. – S. 332, 337.

³⁶ Решение от 29.6.2000 // *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*. 144. Band. – 2001. – S. 390.

³⁷ Решение от 29.6.1994 // *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*. – 1996. – S. 269.

³⁸ Решение Верховного Суда ФРГ от 29.4.1999 // *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*. 141. Band. – 2000. – S. 28.

³⁹ Решение Верховного Суда ФРГ от 18.10.1967 // *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*. 48. Band. – 1968. – S. 327; *Итак Х.* Указ. соч. – С. 420.

ний судов Великобритании, вынесенных в ускоренном производстве⁴⁰.

В случае, если иностранное право предусматривает обязательное представительство адвокатами сторон в процессе, стороны сами должны об этом заботиться, даже если помощь, предоставляемая для оплаты судебных расходов существенно менее доступна, чем в ФРГ. Нарушение публичного порядка может наступить в том случае, если иностранное право для неимущих вообще не предусматривает возможности получения юридической помощи и фактически они оказываются не в состоянии защищать свои интересы⁴¹. Также стороны сами должны заботиться о том, чтобы их представители надлежащим образом защищали их интересы⁴². Неэффективное представительство ответчика не должно препятствовать интересу истца в признании решения. К примеру, право ответчика быть выслушанным судом не будет нарушено, если процессуальные документы были вручены его представителю, которому он доверил получать процессуальные документы по делам со своим участием, хотя он сам не знал о вводимом против него процессе, даже если представитель, возможно, сотрудничал с истцом⁴³.

В случае отказа адвоката от дальнейшего ведения дела заинтересованная сторона сама должна заботиться о дальнейшем представительстве своих интересов. Она не может рассчитывать на то, что суд надолго отложит рассмотрение дела. Если же необходимые шаги не будут сделаны и суд продолжит рассмотрение дела, это не затрагивает публичный порядок ФРГ, поскольку заинтересованная сторона имела возможность защищать свои интересы с помощью нового представителя⁴⁴.

5.2.4. Вынесенные вследствие обмана решения. Признание таких решений рассматривается несовместимым с публичным порядком ФРГ.

⁴⁰ Решение Верховного Суда ФРГ от 25.3.1970 // *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*. 53. Band. – 1970. – S. 357. По английскому праву ускоренное судопроизводство без устного слушания производится в случаях, когда ответчик не может представить, что по делу имеются заслуживающие внимание возражения или спорные обстоятельства, которые оправдали бы рассмотрение дела в нормальном процессе с публичным устным разбирательством дела.

⁴¹ *Geimer Internationales Zivilprozessrecht*. – 1997. – Kulln. – S. 739, Rz. 2949.

⁴² Решение Верховного Суда ФРГ от 29.4.1999 // *Neue Juristische Wochenschrift*. – 1999. – S. 3198.

⁴³ *Geimer Zuller-Zivilprozessordnung*. 21. Aufl. – 1999. – Kulln. – S. 976, Rz. 155a.

⁴⁴ *Geimer Internationales Zivilprozessrecht*. – 1997. – Kulln. – S. 739 – 740, Rz. 2950.

«Недостаточно отослать обманутую сторону для подачи реституционного иска в государство, в котором решение было вынесено»⁴⁵. В связи с этим доктриной выработаны некоторые критерии. Предпосылкой обмана является умысел. Обман должен быть начат в иностранном судебном процессе (например, представление фальшивых документов). Он должен иметь причинную связь с решением дела по существу (например, истец представил в качестве ответчика другое лицо, которое признало иск). Только обманутый может ссылаться на это обстоятельство. Обманщик, ссылаясь на свой собственный обман, не может требовать отказа в признании решения, чтобы получить возможность подать иск в ФРГ. В случае, когда обе стороны участвовали во введении иностранного суда в заблуждение, признание такого решения в Германии возможно, если оно не затрагивает сверхимперативных норм права, направленных на защиту непосредственных государственных интересов⁴⁶.

Для иллюстрации вышесказанного приведём пример из судебной практики. Итальянским предпринимателем был подан иск в Италии против своего немецкого коллеги, проживающего в ФРГ, о взыскании покупной цены из договора купли-продажи, которая в действительности уже была уплачена. Ответчик позволил вынести заочное решение, поскольку истец объяснил ему, что он пошёл на этот шаг только чтобы произвести на банк более благоприятное впечатление о своей платёжеспособности для получения кредита. Также после вынесения заочного решения истец подтвердил, что он не собирается его исполнять и оно ему нужно для получения кредита, однако позднее всё же попытался его исполнить в Германии. Верховный Суд ФРГ усмотрел в этом нарушение публичного порядка⁴⁷.

5.2.5. Основания вынесения и форма решения. Основания решения, вынесенного иностранным судом, могут быть несовместимы с публичным порядком ФРГ⁴⁸. Оговорка применяется только при явно несовместимой с публичным порядком мотивировки (например, расистском обосновании)⁴⁹ и одновременном отсутствии обоснования по

⁴⁵ *Geimer Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland.* – München. – 1995. – S. 145.

⁴⁶ *Geimer Internationales Zivilprozessrecht.* – 1997. – Köln. – S. 751, Rz. 2986.

⁴⁷ Решение Верховного суда ФРГ от 10.7.1986 // *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht.* – 1987. – S. 236.

⁴⁸ *Martiny* Указ. соч. – S. 497, Rz. 1112.

⁴⁹ Решение Верховного Суда ФРГ от 19.9.1977 // *Neue Juristische Wochenschrift.* – 1978. – S. 1114.

существу дела⁵⁰. Если же в обосновании решения по отношению к запрашиваемому государству или его населению содержатся оскорбительные или иные некорректные замечания, то само по себе это не обосновывает применение оговорки о публичном порядке. При этом более существенным представляется вопрос, как они соотносятся с решением дела по существу. Если речь идёт только об ироничном или язвительном тоне, но вместе с тем решение по существу дела обосновано, то его признание в ФРГ вполне возможно, так как в соответствии с немецкой доктриной право, регулирующее признание иностранных судебных решений, в первую очередь служит частным интересам и не является полем деятельности внешней политики⁵¹. Прямые или косвенные унижительные замечания должны игнорироваться. Если же решение является исключительно выражением национальной или какой-либо иной предвзятости, его признание исключено⁵². Отсутствие мотивировочной части решения само по себе не является нарушением публичного порядка. Хотя проверка признания такого решения на совместимость с публичным порядком, конечно же, затруднена⁵³.

5.2.6. Доказательственное право. Отличие иностранного доказательственного права также само по себе не является основанием для применения оговорки. Важно, чтобы стороны не были лишены возможности представления доказательств⁵⁴. Распределение бремени доказывания иностранным судом, презумпции и доказательственные привилегии и иные обстоятельства, такие как:

- другая, чем сделал бы немецкий суд, оценка доказательств;
- процессуальные особенности их сбора, представления и исследования (например, перекрёстный допрос);
- иная оценка отказа свидетеля от дачи показаний (признание инос-

⁵⁰ Решение Земельного суда Хайлдесхайма от 23.10.1961 // *Neue Juristische Wochenschrift*. – 1962. – S. 348.

⁵¹ Это иллюстрируется в литературе следующим примером из судебной практики: парижанка обзывала своего супруга немца, используя его национальность как предлог. Брак между ними был расторгнут Земельным судом Берлина, который в свою очередь сделал ироничные замечания о парижанках вообще и об истице в частности. По этой причине, в силу оговорки о публичном порядке, в признании решения немецкого суда во Франции было отказано (*Martiny* Указ. соч. – S. 497, Fn. 3234).

⁵² *Martiny* Указ. соч. – S. 497, Rz. 1113.

⁵³ *Geimer Zuller-Zivilprozessordnung*. 21. Aufl. – 1999. – KUlN. – S. 980, Rn. 173.

⁵⁴ Решение Высшего земельного суда Кёльна от 16.9.1996 // *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*. – 1998. – S. 116.

транным судом права на отказ от дачи показаний, хотя по немецкому праву это невозможно, или наоборот);

- вынесение иностранным судом предварительного решения только на основании проверки убедительности доказательств без (к этому моменту ещё невозможной) их оценки сами по себе не обосновывают применение оговорки⁵⁵.

5.2.7. Иные процессуальные недостатки. Кроме того, судами ФРГ рассматривались следующие вопросы применения оговорки о публичном порядке. В случае если иностранное право не предусматривает возмещения судебных расходов проигравшей стороной, само по себе это не влечёт нарушения публичного порядка⁵⁶. Также было признано решение, когда иностранный суд согласно своему праву признал арбитражную оговорку сторон недействительной, хотя по немецкому праву она была бы, возможно, признана действительной⁵⁷.

5.3 Принцип *punitive damage*

На протяжении долгого времени велась дискуссия, возможно ли признание в ФРГ решений судов США, которые предусматривают возмещение ущерба по принципу *punitive damage*. Этот принцип предусматривает взыскание с должника наряду с возмещением ущерба дополнительной суммы, которая иногда бывает значительно больше суммы ущерба. *Punitive damage* часто применяется при деликтах, в особенности за недостатки произведённой продукции, нарушение антимонопольного законодательства, но иногда и при особо злом нарушении договорных обязательств.

Взыскание таких дополнительных сумм служит, наряду с возмещением обычно не возмещаемых выигравшей стороне процессуальных расходов, искуплением вины и устрашением виновного. Тем самым назначается штраф в смысле специальной и общей превенции. Однако этот штраф имеет гражданско-правовой характер, поскольку он взыс-

⁵⁵ Geimer Internationales Zivilprozessrecht. 3. Aufl.- 1997. – Кюln. – S. 742, Rz. 2962.

⁵⁶ Так, в отношении т.н. *American rule of costs*: Решение Верховного Суда ФРГ от 4.6.1992 // Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen. 118. Band. – 1993. – S. 312.

⁵⁷ Решение Высшего земельного суда Целле от 8.12.1977 // Recht der Internationalen Wirtschaft. – 1979. – S. 131.

кивается в пользу пострадавшего, а не государства, и предпосылки его наступления определены исключительно гражданским правом. Последовательно проводимое в немецкой доктрине деление между материальным и процессуальным публичным порядком в этом случае невозможно, поскольку *punitive damage* охватывает возмещение возникших в связи с процессом расходов (гонорар успеха адвокатов, расходы по сбору доказательств), которые в равной степени могут быть причислены как к процессу, так и к материально-правовому понятию возмещения ущерба⁵⁸.

В 1992 г. Верховный Суд ФРГ впервые столкнулся с этим вопросом и отказал во взыскании *punitive damage* в размере \$ 400 тыс., так как, наказание и устрашение несовместимы с основополагающим принципом немецкого гражданского права – компенсационным характером возмещения ущерба⁵⁹. Вместе с тем Верховный Суд не исключил признание таких решений, в которых *punitive damage* фактически направлен на возмещение в других случаях не возмещаемого ущерба⁶⁰.

6. Заключение

Все представленные проблемы применения оговорки о публичном порядке (за некоторым исключением) являются справедливыми и для российской юридической науки и практики. Остаётся только надеяться, что выработанные в Германии подходы при применении такой сложной правовой материи, которой является оговорка о публичном порядке, будут учтены в России.

⁵⁸ Koch Ausländischer Schadenersatz vor deutschen Gerichten // Neue Juristische Wochenschrift. – 1992. – S. 3075.

⁵⁹ Решение Верховного Суда ФРГ от 4.6.1992 // Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht. – 1992. – S. 316-317.

⁶⁰ Koch Zweimal amerikanische «punitive damages» vor deutschen Gerichten // Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht. – 1993. – S. 291.