

# МЕЖДУНАРОДНОЕ И ВНУТРИГОСУДАРСТВЕННОЕ ПРАВО

*От редакции\**

## **К вопросу о применении оговорки о публичном порядке при признании и исполнении иностранных решений в ФРГ\*\***

*Лантев А.Н.\*\*\**

Как показывает практика, наиболее сложным обстоятельством при признании иностранных судебных решений в России является применение оговорки о публичном порядке<sup>1</sup>. Ввиду этого, представляется важным учёт тех подходов, которые были выработаны в отношении категории «противоречие публичному порядку» в иностранном праве<sup>2</sup>. Предметом настоящей работы является анализ законодательства, доктрины и судебной практики ФРГ в отношении признания и исполнения<sup>3</sup> иностранных решений государственных судов (что во многом является справедливым и для решений международного коммерческого арбитража). На их основе сделан ряд критических замечаний в отношении формирующихся в настоящее время российской доктрины и судебной практики.

---

\* Публикуем первую часть статьи. Продолжение читайте в № 1/2004.

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

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

<sup>1</sup> *Комаров А.* Это просто разные системы координат // Газета «Коммерсантъ» от 20 фев. 2001. – С. 8.

<sup>2</sup> *Муранов А.И.* Исполнение иностранных судебных и арбитражных решений: компетенция российских судов. – М. – 2002. – С. 134.

<sup>3</sup> О разграничении между признанием иностранного судебного решения и его исполнением в немецкой доктрине. См.: *Шак Х.* Международное гражданско-процессуальное право. – М. – 2001. – С. 381, 453.

## 1. Предыстория вопроса<sup>4</sup>

Контроль над соответствием признания и исполнения иностранных судебных решений публичному порядку осуществлялся в немецких княжествах уже в начале XIX в. После образования единого государства и принятия в 1877 г. ГПК<sup>5</sup> Германии, оговорка о публичном порядке была закреплена в абз. 2 ч. 2 § 661. Согласно оговорке, выносить определение об исполнении иностранного судебного решения не разрешалось, «...если оно принуждало к совершению действия, принуждение к которому по немецкому праву было бы невозможно».

В 1889 г. в Германии была проведена реформа ГПК, которая затронула и интересующую нас норму. Оговорка о публичном порядке была изложена в следующей редакции: «Признание иностранного судебного решения исключается, если оно противоречило бы добрым нравам или цели германского закона», и была истолкована Верховным Судом Германского Рейха как негативная оговорка. При этом ею охватывались почти исключительно нарушения материального права, концепция же процессуального публичного порядка, защищающего основополагающие принципы процессуального права, начала складываться лишь после 1949 г.

В 1986 г. в целях унификации оговорок, закреплённых в различных нормативно-правовых актах (в частности, в абз. 1 ст. 27 Брюссельской конвенции по вопросам юрисдикции и принудительного исполнения судебных решений в отношении гражданских и коммерческих споров 1968 г., ст. 6 Вводного закона к Германскому Гражданскому Уложению) оговорка о публичном порядке в ГПК была ещё раз изменена<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Подробно об истории оговорки о публичном порядке в Германии см., например: *Völker zur Dogmatik des ordre public*. – Berlin. – 1998. – S. 29.

<sup>5</sup> Наряду с вышеуказанным (см. например: *Давтян А.Г.* Гражданско-процессуальное право Германии. – М. – 2000. – С. 17) в литературе встречается и другой перевод названия этого нормативно-правового акта (*Zivilprozessordnung*), например, Уложение гражданского судопроизводства (см., например: *Нешатаева Т.Н.* Международный гражданский процесс. – М. – 2001. – С. 80). Первый вариант перевода является более современным и поэтому предпочтительным.

<sup>6</sup> Поскольку это произошло более 15 лет назад, вызывает недоумение упорное цитирование старой редакции вплоть до настоящего времени некоторыми российскими авторами, см. например: *Шутак И.Д.* Правовые оговорки в доктрине международного права. – СПб. – 1999. С. 70; *Карабельников Б.Р.* Проблема публичного порядка при приведении в исполнение решений международных коммерческих арбитражей // Журнал российского права. – 2001. – № 8. – С. 103. О проблеме цитирования иностранного права в целом см.: *Муранов А.И.* Некоторые замечания по поводу освещения источников иностранного МЧП в современной отечественной науке // Международное право. – 2001. – № 4. – С. 397-416.

## 2. Источники

### 2.1. Автономное право

Согласно п. 4 абз. 1 § 328 ГПК ФРГ, признание иностранного судебного решения исключается, если его признание ведёт к результату, который явно несовместим с основными принципами немецкого права, в особенности, если оно повлечёт нарушение основных прав личности. В этом случае суд должен отказать в выдаче документа на его исполнение (абз. 2 § 723 ГПК ФРГ).

### 2.2. Международные договоры

Оговорка о публичном порядке содержится в ряде двусторонних договоров о признании и исполнении иностранных судебных решений с участием ФРГ, например со Швейцарией 1929 г. (п. 1 абз. 1 ст. 4), с Тунисом 1966 г. (п. 2, 3 абз. 1 ст. 29), с Израилем 1977 г. (п. 2 – 4 абз. 1 ст. 5), с Норвегией 1977 г. (п. 1 абз. 1 ст. 6) и т.д. Хотя формулировки оговорки в этих договорах зачастую существенно отличаются друг от друга, в немецкой доктрине они рассматриваются как частные проявления общей оговорки о публичном порядке, различия же объясняются духом времени, нежели желанием установить различия в содержании<sup>7</sup>. *«Не имеет большого значения, упоминаются ли наряду с публичным порядком публичное право, добрые нравы или нравственность»*<sup>8</sup>.

ФРГ участвует также в ряде многосторонних договоров, регулирующих признание и исполнение иностранных судебных решений, которые также содержат оговорку о публичном порядке. Среди них следует назвать Регламент ЕС № 44/2001 от 22.12.2000 по вопросам юрисдикции и принудительного исполнения судебных решений в отношении гражданских и коммерческих споров (п. 1 ст. 34), Брюссельскую конвенцию по вопросам юрисдикции и принудительного исполнения судебных решений в отношении гражданских и коммерческих споров 1968 г. (п. 1 ст. 27), Луганскую конвенцию по вопросам юрисдикции и принудительного исполнения судебных решений в отношении гражданских и коммерческих споров 1988 г. (п. 1 ст. 27). Первые два соглашения действуют лишь в отношении государств – членов ЕС, к третьему могут присоединиться и другие государства. Оговорки, содержащиеся в названных договорах, дословно совпадают с оговоркой,

<sup>7</sup> *Wähler Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts. Band III/2.* – Tübingen. – 1984. – S. 118. Rz. 247.

<sup>8</sup> *Jellinek*, цит. по: *Völker* Указ. соч. – S. 103.

закреплённой в ГПК ФРГ, за одним исключением: п. 1 ст. 34 Регламента ЕС № 44/2001 требует, чтобы признание было «явно» несовместимо с публичным порядком. Введение этого условия, на наш взгляд, не столько указывает на желание сократить широкое применение данной оговорки, сколько просто фиксирует существующее положение<sup>9</sup>.

### 3. Общие вопросы оговорки о публичном порядке

#### 3.1 Содержание публичного порядка

**3.1.1. Понятие.** Все императивные правовые нормы направлены на утверждение принципов, которые имеют функциональное значение для соответствующей правовой системы и потому могут рассматриваться в качестве публичного порядка соответствующего государства. В немецкой доктрине для этого используется термин внутренний публичный порядок (*ordre public interne*). Вместе с тем, очевидно, что простое несовпадение иностранной правовой нормы с соответствующей национальной не может рассматриваться в качестве нарушения публичного порядка, поскольку в этом случае была бы подорвана основа международного частного и гражданско-процессуального права, которое как раз базируется на различиях национальных правовых систем. Именно поэтому в п. 4 абз. 1 § 328 ГПК ФРГ речь идёт о явном нарушении основных принципов права, которые образуют так называемый международный публичный порядок (*ordre public international*). Международный публичный порядок является более узким понятием, чем внутренний публичный порядок. Нормы и принципы, которые составляют внутренний публичный порядок, не относятся автоматически к международному публичному порядку. Так, например, в литературе отмечается, что нарушение императивных норм трудового или гражданско-процессуального права не должно вести к отказу в признании иностранного судебного решения<sup>10</sup>. Аналогичный подход по данному вопросу был высказан и Верховным Судом ФРГ: «Несовпадение предпосылок возникновения прав и обязанностей и правовых последствий по иностранному праву с соответствующими национальными не зат-

<sup>9</sup> Так, например, за 30 лет существования Брюссельской конвенции 1968 г. Верховный Суд ФРГ применил содержащуюся в ней оговорку о публичном порядке только три раза, см.: *Bruns* Der anerkennungsrechtliche ordre public in Europa und den USA // *Juristenzeitung*. – 1999. – S. 280.

<sup>10</sup> *Martiny* Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts. Band III/1. – Tübingen. – 1984. – S. 450, Rz. 992.

рагивает немецкий публичный порядок»<sup>11</sup>. Кроме того, при рассмотрении вопроса о признании иностранного судебного решения суды ФРГ ограничиваются исследованием правовых обстоятельств дела и не учитывают социально-экономические факторы<sup>12</sup>.

Для отказа в признании (исполнении) иностранного судебного решения оно должно противоречить основным принципам права, которые выражают суть, цели и особый характер правопорядка. При этом немецкий законодатель уточнил, что нужно под ними понимать, а именно – основные права личности. Однако термин «основные принципы права» ни в коем случае не должен пониматься абстрактно, как какое-то количество выведенных из правовых норм принципов. *«Публичный порядок и основные принципы права могут найти своё выражение только в конкретных предписаниях, при этом речь должна идти, прежде всего, о нарушении конкретных норм, которые такие принципы закрепляют и защищают»*<sup>13</sup>. Поэтому, например, невозможно призна-

<sup>11</sup> Решение от 29.4.1999 // Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen. 141. Band. – 2000. – S. 299.

<sup>12</sup> Представляется неправильной точка зрения, согласно которой российские суды наряду с правовыми должны учитывать также социально-экономические факторы (см.: *Нейшатаева Т.Н.* Международный гражданский процесс. – М. – 2001. – С. 165) в силу следующих обстоятельств:

1) с помощью социально-экономических факторов можно обосновать отказ в признании и исполнении практически любого иностранного решения;

2) в приведённом *Т.Н. Нейшатаевой* примере (исполнение решения повлечёт банкротство градообразующего предприятия) предлагается защищать недобросовестного участника внешней торговли только потому, что он владеет большим предприятием. Такое широкое толкование оговорки может привести к сознательному неисполнению должниками своих обязательств, что может негативно сказаться на российской экономике в целом. Иностранные фирмы, не желающие вести процесс в российских судах, которые бывают очень сильно подвержены местному влиянию, (*Комаров А.* Это просто разные системы координат // Газета «Коммерсантъ» от 20 фев. 2001. – С. 8) могут вообще отказаться от сотрудничества с российскими партнёрами;

3) такая позиция не учитывает и интересов российских кредиторов, которыми будет подан иск, например против градообразующего предприятия, в иностранный суд или международный коммерческий арбитраж.

<sup>13</sup> *Martiny* Указ. соч. – S. 451, Rz. 994. Представляется неубедительной аргументация Президиума ВС РФ в Постановлении от 9.7.2000 г. по делу № 66пв/2000, что возможность ссылки на нарушение конкретных норм прямо исключается ст. 34 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже», поскольку ни одно из указанных в ней оснований (в том числе оговорка о публичном порядке) не связано с неправильным применением конкретной нормы законодательства Российской Федерации. Постановление было доступно в Интернете: <http://www.supcourt.ru/solution/presidium/2000/66pv-2000.htm> в сентябре 2003 г..

ние иностранного судебного решения, исполнение которого нарушит установленный законом запрет на совершение какого-то действия<sup>14</sup>.

**3.1.2. Суверенитет и государственная безопасность.** Хотя в оговорке о публичном порядке напрямую ничего не сказано о нарушении государственного суверенитета и интересов национальной безопасности, они относятся к основным принципам права и тем самым к публичному порядку ФРГ. Нарушение суверенитета федеральной земли (субъекта федерации) также влечёт отказ в признании иностранного судебного решения<sup>15</sup>.

**3.1.3. Публичный порядок и Конституция.** Основной закон составляет основу немецкого публичного порядка, однако за исключением основных прав личности нарушение конституционной нормы само по себе ещё не является нарушением публичного порядка<sup>16</sup>. В литературе отмечается, что даже основные права личности не оказывают такого сильного влияния при признании иностранных судебных решений, как при рассмотрении дела по существу<sup>17</sup>.

**3.1.4. Публичный порядок и общие принципы международного права.** *«К немецкому публичному порядку относятся не только принципы и нормы, установленные немецким федеральным или земельным законодателем, но и общие принципы международного права»*<sup>18</sup>.

**3.1.5. Публичный порядок и основания отказа в признании иностранных судебных решений.** Все основания отказа в признании иностранных судебных решений рассматриваются в немецкой юридической доктрине как частные случаи общей оговорки о публичном порядке.

**3.1.6. Публичный порядок и моральные принципы.** Хотя формулировка оговорки о публичном порядке в 1986 г. была изменена и указа-

---

<sup>14</sup> Martiny Указ. соч. – S. 458. Rz. 1011.

<sup>15</sup> Martiny Указ. соч. – S. 428. Rz. 944. Очевидно, что в России также нелегально признание и принудительное исполнение иностранных судебных решений при подобных обстоятельствах, поэтому едва ли можно признать правильной критику, что содержащаяся в оговорке о публичном порядке в некоторых нормативно-правовых актах формула «суверенитет и государственная безопасность» не отвечает современным условиям (См.: Международное частное право: Учебник / Под ред. Дмитриевой Г.К. – М. – 2000. – С. 163).

<sup>16</sup> Решение Верховного Суда ФРГ от 16.10.1993 // Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen. 123. Band. – 1994. – S. 268, 272.

<sup>17</sup> Schulze Anerkennung einer ausländischen Entscheidung bei struktureller Verhandlungsstärke // Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht. – 1999. – S. 345.

<sup>18</sup> Martiny Указ. соч. – S. 446. Rz. 982.

ние на противоречие «добрым нравам» было исключено, литература, и судебная практика по-прежнему исходят из того, что добрые нравы относятся к основным принципам немецкого права<sup>19</sup>.

**3.1.7. Европейский публичный порядок.** Особенность немецкого публичного порядка состоит в том, что публичный порядок Европейского Союза является составной частью публичного порядка ФРГ. Соответствие с европейским публичным порядком является необходимой предпосылкой для признания иностранного судебного решения в ФРГ<sup>20</sup>. Не всякое нарушение права ЕС автоматически ведёт к отказу в признании<sup>21</sup>. Не совсем ясно, в каких случаях нарушение европейского права является одновременно нарушением публичного порядка ФРГ. Дискуссия по этому поводу продолжается<sup>22</sup>. В качестве правовой основы европейского публичного порядка в литературе называются: основные свободы Европейского Союза, Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г. и согласующиеся между собой конституционные принципы государств – членов Евросоюза<sup>23</sup>.

Согласно судебной практике Суда Европейских Сообществ (*European Court of Justice*), национальные суды государств-участников должны самостоятельно решать, какие основные принципы права относятся к их национальному публичному порядку<sup>24</sup>. Это действует как в общем, так и в отношении Брюссельской конвенции 1968 г., Регламента ЕС 44/2001. Вместе с тем, толкования Суда ЕС оговорки о публичном порядке, содержащейся в европейских нормативно-правовых актах, оказывает существенное влияние на её толкование внутренними судами и является для них обязательным. Так, например, Суд ЕС неоднократно подчёркивал в своих решениях, что оговорка о публичном порядке не может применяться в случаях, если имеются другие основания для отказа в признании иностранного судебного решения<sup>25</sup>.

---

<sup>19</sup> Völker Указ. соч. – S. 160.

<sup>20</sup> Geimer Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland. – München. – 1995. – S. 140.

<sup>21</sup> Решение Суда ЕС от 11.5.2000 Rs C-38/98 // Neue Juristische Wochenschrift. – 2000. – S. 2185.

<sup>22</sup> Lopez-Tarruella Der ordre public im System von Anerkennung und Vollstreckung nach dem EuGVÜ // The European Legal Forum. – 2000/2001. – Heft 2. – S. 129.

<sup>23</sup> Bruns Der anerkennungsrechtliche ordre public in Europa und den USA // Juristenzeitung. – 1999. – S. 279.

<sup>24</sup> Решение Суда ЕС от 5.12.1974 C-41/74.

<sup>25</sup> В отношении несовместимости иностранного судебного решения с решением национального суда – решение от 4.2.1988 Rs 145/86; в отношении ненадлежащего вручения копии искового заявления – решение от 10.10.1996 C-78/95.

### 3.2. Изменение содержания публичного порядка

Публичный порядок имеет изменяющийся во времени характер. С изменениями общества и законодательства изменяется и содержание публичного порядка. Конечно, утрата определённой нормой или нормативно-правовым актом, в котором нашёл своё выражение публичный порядок, юридической силы не влечёт автоматически изменения содержания публичного порядка, поскольку он может выражаться в других нормах или принципах права. Так, например, с 1989 г. в ФРГ стало возможно признание иностранных решений по обязательствам, вытекающим из форвардных сделок, заключённых за границей немецкими гражданами, которые не обладают по немецкому праву правоспособностью на их заключение, и именно не в силу внесения изменений в закон о биржах, а в силу принципиального изменения подхода законодателя к проблеме защиты частных вкладчиков. Если раньше законодатель стремился насколько это возможно затруднить их участие в спекулятивных биржевых сделках внутри страны и за рубежом и защитить их тем самым от возможных убытков, то проведённая в интересах повышения конкурентоспособности и потенциала немецкого финансового рынка в 1989 г. реформа биржевого законодательства сделала это возможным<sup>26</sup>.

Изменение политики правительства не влечёт автоматически изменение публичного порядка (хотя это иногда и возможно), т. к. публичный порядок нельзя приравнивать к политике правительства либо актуальным интересам государства<sup>27</sup>. Нормы, которые были в своё время выражением публичного порядка соответствующего государства, могут формально оставаться в силе, однако публичный порядок может, тем не менее, измениться<sup>28</sup>.

### 3.3. Соотношение процессуальной и коллизионной оговорок

Так как оговорка о публичном порядке содержится как в ст. 6 Вводного закона к ГГУ (регулирующего вопросы международного частного права) так и в ГПК ФРГ, закономерно возникает вопрос, как они

<sup>26</sup> Решение Верховного Суда ФРГ от 21.4.1998 // *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*. – 1999. – S. 468; более подробно об этом см. ниже: биржевое право.

<sup>27</sup> *Martiny* Указ. соч. – S. 452. Rz. 994.

<sup>28</sup> Очень подробно об этой проблеме в отношении российского права см. *Муранов А.И.* История приведения в исполнение в России одного из решений Арбитражного института торговой палаты Стокгольма... // *Московский журнал международного права*. – 2000. – № 4. – С. 423.



между собой соотносятся<sup>29</sup>. Единого подхода к решению этого вопроса юридической доктриной ещё не найдено. Широко представлена точка зрения, согласно которой процессуальная оговорка является ослабленной формой коллизионной. Судебная практика говорит о благоприятном к признанию иностранных судебных решений международном публичном порядке<sup>30</sup>. Согласно развитой французскими судами и воспринятой немецкой доктриной теории *ordre public attenuu de la reconnaissance*, иностранные судебные решения должны менее строго проверяться на соответствие публичному порядку, чем подлежащее применению иностранное право. Это означает, что даже в случаях, в которых применение иностранного права в силу коллизионной оговорки исключено, признание основанного на этом законе иностранного решения ещё не исключено с самого начала<sup>31</sup>.

Кроме того, процессуальная оговорка о публичном порядке имеет более широкую сферу применения, чем коллизионная, которая может быть применена только в отношении иностранного права, в то время как процессуальная – и в отношении решения иностранного суда, применившего немецкое право, в случае, если его признание приведёт к последствиям, несовместимым с публичным порядком ФРГ<sup>32</sup>. «Результ-

---

<sup>29</sup> Признание иностранного судебного решения исключается, если его признание ведёт к результату, который явно несовместим с основными принципами немецкого права, в особенности, если оно повлечёт нарушение основных прав личности (§ 328 абз. 1 п. 4 ГПК). Какая-либо норма иностранного права не применяется, если её применение ведёт к результату, который явно несовместим с основными принципами немецкого права, в особенности, если оно повлечёт нарушение основных прав личности (ст. 6 Вводного закона к ГГУ). Целесообразна идентичная формулировка оговорок и в российском законодательстве. Вместе с тем мнение, что коллизионная оговорка заменила процессуальную в Указе ВС СССР о признании и исполнении в СССР решений иностранных судов и арбитражей 1988 г., (Карабельников Б.Р. Проблема публичного порядка при приведении в исполнение решений международных коммерческих арбитражей // Журнал российского права. – 2001. – № 8. – С. 103) представляется необоснованным, поскольку обе оговорки действуют в разных отраслях права и выполняют разные функции.

<sup>30</sup> Решение Верховного Суда ФРГ от 21.4.1998 // *Neue Juristische Wochenschrift*. – 1998. – S. 2358.

<sup>31</sup> *Geimer Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland*. – München. – 1995. – S. 61.

<sup>32</sup> В российской литературе неоднократно отмечалось, что возможность ссылки на нарушение публичного порядка вообще исключена, если решение международного коммерческого арбитража основано на российском материальном праве, поскольку применение норм национального российского права не может толковаться как нару-

тат неправильного толкования или применения немецкого закона иностранным судом в некоторых случаях может нарушить публичный порядок ФРГ»<sup>33</sup>.

Ещё одно отличие заключается в том, что исключение применения иностранного права влечёт за собой применение иного права, чтобы заменить образовавшийся пробел. В случае же непризнания судебного решения оно не обретает юридической силы в соответствующем государстве и не подлежит автоматической замене другим. У заинтересованного же лица в большинстве случаев просто появляется право на доступ к правосудию в ФРГ<sup>34</sup>.

---

шение публичного порядка РФ (Степаненко Е. Как применять оговорку о публичном порядке при исполнении решений международного арбитража // Хозяйство и право. – 2001. – № 3. – С. 105; «Это связано с правовой природой оговорки, призванной исключить возможность применения иностранного частного права»: (Караськов Б.Р. Признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений: Научно-практический комментарий к Нью-йоркской конвенции 1958 г. – М. – 2001. – С. 198-199). Такая позиция основывается на определении Верховного Суда РФ от 25.9.1998 (Бюллетень Верховного Суда РФ 1999. – № 3. – С. 13). Вместе с тем оно является неправильным в силу следующих обстоятельств:

- 1) исключить возможность применения иностранного права призвана коллизионная оговорка, процессуальная же имеет совсем другие задачи, а именно защиту основ правопорядка от иностранных решений независимо от того, на основании какого материального права они вынесены;
- 2) применение международным коммерческим арбитражем (иностраным судом) российского материального права само по себе не может оправдать признание и исполнение решения, если оно применено настолько неправильно, что результат его применения несовместим с российским правосознанием. (Такого же мнения придерживается А.И. Муранов, см.: Муранов А.И. Некоторые аспекты понятия «публичный порядок» применительно к международному коммерческому арбитражу в России // Международное право. – 2001. – № 5. – С. 407);
- 3) не согласуется это мнение и с волей законодателя. Так, в п. 2 ст. 42 ФЗ «О третейских судах в РФ» от 24.7.2002 № 102-ФЗ предусмотрено, что решение третейского суда подлежит отмене компетентным судом РФ, если оно нарушает основополагающие принципы российского права. Следует полагать, что, защитив таким образом публичный порядок от решений третейских судов, выносимых по российскому материальному праву, законодатель не намеревался подвергнуть его опасности со стороны решений международного коммерческого арбитража и иностранных судов.

<sup>33</sup> Решение Верховного Суда ФРГ от 11.10.1956 // Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen. 22. Band. – 1957. – S. 24; Geimer Härtestes für deutsche Dienstleister im Ausland // Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht. – 1998. – S. 176.

<sup>34</sup> Martiny Указ. соч. – S. 459. Rz. 1015.

### **3.4. Позитивная и негативная функции процессуальной оговорки**

Согласно немецкой доктрине, как коллизионная, так и процессуальная оговорка о публичном порядке может выполнять позитивную и негативную функции<sup>35</sup>. Негативная функция процессуальной оговорки исключает признание иностранного судебного решения, поскольку в конкретном случае результат его признания несовместим с национальным правосознанием. Позитивная функция исключает такое признание в силу того, что оно повлечёт нарушение сверхимперативных национальных норм (например, неприменение или неправильное их применение иностранным судом). Вместе с тем дискуссия по этому поводу продолжается. Согласно одной точке зрения, коллизионная оговорка выполняет исключительно негативную функцию, в то время как процессуальная и негативную, так как с её помощью применяются сверхимперативные нормы права, которые национальный суд должен был бы применить, не обращаясь в силу их сверхимперативности за помощью к коллизионной оговорке<sup>36</sup>. Вместе с тем все авторы едины в том, что процессуальная оговорка о публичном порядке, как правило, выполняет негативную функцию, исходя из того, что в Германии господствует принцип благоприятного отношения к иностранным судебным решениям<sup>37</sup>.

## **4. Процессуальные аспекты**

### **4.1. Запрет пересмотра решения по существу**

Исходным пунктом для признания иностранных судебных решений по немецкому праву является запрет пересмотра решения по существу: *«Суд выдаёт исполнительный лист, не проверяя законность решения»* (п. 1 ст. 723 ГПК). Следовательно, незаконность (неправильность) решения не является достаточным основанием для отказа в его признании. Так, например, ответчик, возражая против признания решения итальянского суда, указал, что оно противоречит публичному порядку, так как итальянский суд неправильно применил итальянское право. Первоначально же истец намеревался подать этот иск в ФРГ, но немецкий суд, проверив подлежащее применению итальянское право,

<sup>35</sup> *Martiny* Указ. соч. – S. 444. Rz. 977.

<sup>36</sup> *Geimer Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland*. – München. – 1995. – S. 59.

<sup>37</sup> *Martiny* Указ. соч. S. 445. Rz. 977.

отказал ему в освобождении от уплаты судебных расходов по бедности, ввиду отсутствия у иска перспектив на успех. Несмотря на это, Верховный Суд ФРГ выдал исполнительный лист на решение, указав, что он не вправе проверять его законность<sup>38</sup>.

Согласно господствующему в литературе мнению, немецкий суд при признании иностранного судебного решения должен быть связан фактическими обстоятельствами, установленными иностранным судом<sup>39</sup>. Однако если при рассмотрении жалобы вышестоящий иностранный суд не установил процессуальных нарушений, допущенных судом первой инстанции, или их причинную связь с решением дела по существу, немецкий суд такими выводами не связан. Верховный Суд ФРГ допускает представление новых доказательств для обоснования нарушения публичного порядка<sup>40</sup>.

В 1986 г. в Германии также была отменена проверка решения по существу в отношении применённого иностранным судом немецкого коллизийного семейного права<sup>41</sup>. Вместе с тем по некоторым категориям дел возможность такого контроля остаётся<sup>42</sup>.

Запрет пересмотра решения по существу вытекает из правовой природы признания иностранных судебных решений. Их признание не имело бы никакого смысла (не говоря уже об огромных расходах), если бы проведённый за границей процесс должен был бы заново полностью перепроверяться в запрашиваемом государстве, поскольку национальный суд должен был бы в таком случае выносить и новое решение. О признании (распространении юридической силы иностранного судебного решения на территорию соответствующего государства) не могло бы быть и речи<sup>43</sup>. Ошибочные иностранные судебные решения должны признаваться и исполняться<sup>44</sup>. Границей терпимости является публичный порядок.

---

<sup>38</sup> Решение Верховного суда ФРГ от 22.6.1983 // *Neue Juristische Wochenschrift*. – 1984. – S. 568.

<sup>39</sup> *Geimer Internationales Zivilprozessrecht*. – Köln. – 1997. – S. 751, Rz. 2990; *Х. Шак* придерживается противоположной точки зрения: «Национальный суд не связан фактическими обстоятельствами, установленными иностранным судом; в противном случае запрашиваемое государство не смогло бы выполнить свою защитную функцию»: *Шак Х.* Указ. соч. – С. 424.

<sup>40</sup> Решение от 29.4.1999 // *Recht der Internationalen Wirtschaft*. – 1999. – S. 698, 703.

<sup>41</sup> Более подробно об этом см.: *Шак Х.* Указ. соч. – М. – 2001. – С. 424-425.

<sup>42</sup> Например, защита прав потребителей, см. ниже.

<sup>43</sup> *Geimer Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland*. – München. – 1995. – S. 58.

<sup>44</sup> Более подробно о том, что отказ от пересмотра решения по существу является сознательной жертвой справедливости и правосудия в отдельных случаях, ради справедливости и правосудия в целом и развития международного торгового оборота, см.:

## 4.2. Контроль на соответствие публичному порядку по долгу службы

Несмотря на то, что оговорка в § 328 ГПК ФРГ сформулирована императивно: «*Признание исключено, если...*» проверка судом признания иностранного судебного решения на соответствие публичному порядку по долгу службы осуществляется в Германии только для защиты непосредственных государственных интересов<sup>45</sup>. Так, например, по долгу службы суд должен проверить, а при необходимости и собрать доказательства того, повлечёт ли признание решения экстерриториальные нормы антимонопольного или валютного права. Если же при исполнении решения в первую очередь затрагиваются интересы сторон, как, например, при взыскании долгов из азартных игр или ростовщического займа, то суды не рассматривают этот вопрос без соответствующей своевременной жалобы заинтересованного лица.

## 4.3. Бремя доказывания

В международном гражданском процессе ФРГ господствует принцип состязательности. Бремя доказывания факта нарушения публичного порядка обычно несёт та сторона, которая возражает против признания иностранного судебного решения. Так, например, по одному из дел ответчик должен был доказать, что истец добился вынесения решения в свою пользу благодаря умышленному введению иностранного суда в заблуждение<sup>46</sup>. Хотя в другом решении Верховный Суд ФРГ возложил бремя доказывания того, что иностранное решение не преследует цели наказания или устрашения, а фактически направлено на возмещение обычно не возмещаемого ущерба, на лицо, выступившее истцом в иностранном процессе<sup>47</sup>.

В литературе отмечается, что лицо, ссылающееся на нарушение права быть выслушанным при рассмотрении дела по существу, должно представить, какие обстоятельства оно изложило бы иностранному суду и соответственно что он не учёл при вынесении решения<sup>48</sup>; в спорах о

---

Муранов А.И. Проблема порядка подписания внешнеторговых сделок... // Московский журнал международного права. – 1998. – № 3. – С. 58.

<sup>45</sup> Geimer Internationales Zivilprozessrecht. – Köln. – 1997. – S. 752. Rz. 2991.

<sup>46</sup> Решение Верховного суда ФРГ от 29.4.1999 // Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen. 141. Band. – 2000. – S. 286.

<sup>47</sup> Koch Zweimal amerikanische, punitive damages vor deutschen Gerichten // Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht. – 1993. – S. 291.

<sup>48</sup> Geimer Internationales Zivilprozessrecht. – Köln. – 1997. – S. 741-742. Rz. 2958.

защите прав потребителей бремя доказывания должно быть возложено на производителей<sup>49</sup>. Ведётся дискуссия по вопросу, должна ли заинтересованная сторона доказывать причинную связь несовместимого с немецким публичным порядком судебного разбирательства с решением дела по существу. Согласно одной точки зрения, как всегда при процессуальных нарушениях, должно быть достаточно возможности наступления такого результата<sup>50</sup>.

Как уже отмечалось, суд может сам собирать доказательства только при осуществлении контроля на соответствие публичному порядку по долгу службы, следовательно, если речь идёт о непосредственных государственных интересах<sup>51</sup>. Если иностранное решение не содержит мотивировочной части, в любом случае суд может потребовать, чтобы ему были предоставлены процессуальные документы (исковое заявление, определения суда), на основании которых он мог бы выяснить, выполнены ли предпосылки для признания<sup>52</sup>. Сомнения толкуются в пользу проигравшей иностранный процесс стороны, поэтому выигравшая сторона должна доказать, что признание решения без мотивировочной части не повлечёт нарушения немецкого публичного порядка<sup>53</sup>.

#### **4.4. Утрата права ссылаться на нарушение публичного порядка**

В литературе дискутируется вопрос, может ли заинтересованная сторона ссылаться на нарушение публичного порядка в суде, рассматривающем вопрос о признании иностранного решения, если она не пыталась (безуспешно) защитить свои права в иностранном судебном процессе. В соответствии с одной точкой зрения, такое право утрачивается в интересах признания, поскольку проверка на соответствие публичному порядку не предназначена для исправления небрежного ведения процесса за границей. Поэтому заинтересованная сторона должна исчерпать все реалистичные, предоставляемые ей иностранным процессуальным правом возможности для защиты своих прав,

<sup>49</sup> *Steindorff* Termingeschäfte an ausländischen Börsen // *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*. – 1982. – S. 50.

<sup>50</sup> *Gottwald* Grundlagen der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Zivilsachen // *Zeitschrift für Zivilprozessrecht*. 103. Band. – 1990. – S. 279.

<sup>51</sup> *Geimer* Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland. – München. – 1995. – S. 143.

<sup>52</sup> *Martiny* Указ. соч. – S. 498, Rz. 1114.

<sup>53</sup> *Geimer* Internationales Zivilprozessrecht. – Köln. – 1997. – S. 744, Rz. 2970.

чтобы ими воспользоваться<sup>54</sup>. Согласно другой точке зрения, нельзя требовать от стороны, подвергнутой несправедливому иностранному производству, чтобы она инвестировала необходимые средства, и прежде всего доверие, в продолжение правового спора за границей<sup>55</sup>, если закон к тому же этого прямо и не требует.

По этому вопросу также отсутствует единая судебная практика. Верховный суд ФРГ отмечает, что активное участие в процессе, направленное на предотвращение ошибок иностранного суда или их обжалование, в первую очередь является делом заинтересованной стороны<sup>56</sup>. Тем самым он по существу подтвердил первую точку зрения, однако в другом решении сделал из этого одно исключение, а именно, когда проигравший дело ответчик вообще не вступил в процесс за границей<sup>57</sup>. Земельный суд Гамбурга, напротив, признал, что не является обязанностью ответчика исчерпание права быть выслушанным в иностранном суде<sup>58</sup>.

#### **4.5. Темпоральные аспекты нарушения публичного порядка**

Публичный порядок имеет изменяющийся во времени характер, поэтому признание иностранного судебного решения проверяется только на соответствие публичному порядку, существующему на момент рассмотрения вопроса о признании. При определённых обстоятельствах иностранное решение не может быть более признано, даже если его признание было ранее возможно, и наоборот. *«Не является более необходимым применять защитную функцию оговорки о публичном порядке, если причина для этого не кажется более убедительной или уже отпала»*<sup>59</sup>.

#### **4.6. Предпосылки применения оговорки о публичном порядке**

Основанием для применения оговорки является противоречие именно признания иностранного решения публичному порядку, а не само-

---

<sup>54</sup> Geimer Internationales Zivilprozessrecht. – Köln. – 1997. – S. 752, Rz. 2991f.

<sup>55</sup> Шак Х. Указ. соч. – С. 421; Schütze, Deutsches Internationales Zivilprozessrecht. – 1985. – S. 143.

<sup>56</sup> Решение от 21.3.1990 // Neue Juristische Wochenschrift. – 1990. – S. 2201.

<sup>57</sup> Цит. по: Haas Zur Anerkennung US-amerikanischer Urteile in der Bundesrepublik Deutschland // Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht. – 2001. – S. 200.

<sup>58</sup> Решение от 1.4.1981 // Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts im Jahre 1981. – 1982. – S. 430-431.

<sup>59</sup> Martiny Указ. соч. – 1984. – S. 511. Rz. 1150.

го решения. Поэтому недостаточно установить, что закон, на основании которого решение было вынесено, противоречит публичному порядку<sup>60</sup>. Конечно, признание такого решения также может быть несовместимым с публичным порядком, однако не обязательно.

Признание должно быть явно несовместимым с публичным порядком, т.е. значительно от него отклоняться<sup>61</sup>. Это требование обязывает суд обосновывать отсутствие малейших сомнений в несовместимости признания решения с публичным порядком, в связи с чем исключается широкое применение оговорок.

Следующей предпосылкой является привязка решения к национальному правопорядку<sup>62</sup>, которая не появляется автоматически оттого, что признание решения запрашивается в ФРГ (в этом случае имеется только процессуальная привязка). Компетентный суд должен проверить (как в случае, если он сам должен был бы разрешить спор), связаны ли обстоятельства дела с национальным правопорядком (материальная привязка). Применение судами оговорки о публичном порядке зависит от того, насколько тесно обстоятельства дела связаны с правопорядком ФРГ. Чем слабее материальная привязка, тем меньше немецкий правопорядок заинтересован в своей защите, и наоборот<sup>63</sup>. В литературе отмечается, что это правило должно действовать и в отношении процессуальной привязки, которая является очень слабой, если признание решения необходимо только для разрешения преюдициального вопроса, более сильной, если запрашивается признание само по себе, и самой сильной при необходимости принудительного исполнения решения внутри страны<sup>64</sup>. По мнению некоторых учёных, при нарушении минимальных требований справедливости и естественных прав человека, как, например, в случае применения иностранным судом абсолютно аморального права, привязка решения к национальному правопорядку не является больше обязательной предпосылкой для применения оговорки о публичном порядке<sup>65</sup>.

---

<sup>60</sup> *Schulze Anerkennung einer ausländischen Entscheidung bei Einwand strukturell ungleicher Verhandlungsmaxime und nicht wirksamer Vertretung im Erstverfahren // Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht. – 1999. – S. 345.*

<sup>61</sup> *Nagel/Gottwald Internationales Zivilprozessrecht. – 1997. – S. 403-404.*

<sup>62</sup> *Völker* Указ. соч. – S. 139.

<sup>63</sup> Решение Верховного суда ФРГ от 21.11.1958 // *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen. 28. Band. – 1959. – S. 385.*

<sup>64</sup> *Martiny* Указ. соч. – S. 465, Rz. 1029.

<sup>65</sup> *Pfeifer Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit. – 1995. – S. 23.*



Суды ФРГ проверяют также международную подсудность судов иностранного государства по конкретному делу, и если оно было им неподсудно, отказывают в признании решения в силу оговорки о публичном порядке. Исключение действует лишь в отношении судов ЕС в силу п. 3 ст. 35 Регламента ЕС № 44/2001 (п. 3 ст. 28 Брюссельской конвенции 1968 г.), согласно которым оговорка о публичном порядке не применяется к нормам о международной подсудности.

И, наконец, последняя предпосылка: признание иностранного решения должно быть несовместимо именно с национальным правопорядком, поскольку оговорка направлена только на его защиту. Не имеет значения, нарушает ли решение публичный порядок других государств. *«Это задача судов каждого отдельного государства - защищать свой собственный публичный порядок»*<sup>66</sup>. Однако, если иностранное решение из-за нарушения публичного порядка государства своего происхождения в нём недействительно, оно не может признаваться, поскольку действительность решения является предпосылкой для его признания<sup>67</sup>.

#### **4.7. Последствия нарушения публичного порядка**

В случае если суд установит, что признание иностранного судебного решения повлечёт нарушение публичного порядка ФРГ, в его признании и соответственно в принудительном исполнении отказывается. В признании решения отказывается в той части, которая влечёт нарушение публичного порядка. Это означает, что если отсутствуют другие препятствия, возможно частичное признание решения<sup>68</sup>.

Непризнание решения не влечёт его недействительность или отмену, поэтому заинтересованное лицо может запросить признание этого решения в третьей стране, в которой, например, находится имущество должника. Кроме того, в случае, если имеется достаточная привязка к правопорядку ФРГ, стороны имеют возможность обратиться с иском в немецкий суд<sup>69</sup>.

*(окончание в следующем номере)*

---

<sup>66</sup> Geimer Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland. – München. – 1995. – S. 139.

<sup>67</sup> Martiny Указ. соч. – S. 446, Rz. 981.

<sup>68</sup> Шлак Х. Указ. соч. – С. 491.

<sup>69</sup> Geimer Zöller-Zivilprozessordnung. 21. Aufl. – 1999. – Köln. – S. 955, Rn. 4.