




<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-3-765-784>  
EDN: JYINUI

Research Article / Научная статья

## Квалификация частного развода в международном частном праве Германии

Д.В. Тариканов  

Всероссийская академия внешней торговли, г. Москва, Российская Федерация  
 [d.tarikanov@gmail.com](mailto:d.tarikanov@gmail.com)

**Аннотация.** Частный развод – это такое расторжение брака, где участие государства не требуется. Примерами являются исламский талак в его первоначальной концепции, сохраняющий свою силу в большинстве арабских государств, племенные ритуальные разводы в странах Тропической Африки, а также согласно господствующей в Германии позиции – разводы по взаимному согласию супругов в странах Дальнего Востока (Японии, Таиланде, Южной Корее). Проблема квалификации такого развода в случае, если в европейском правопорядке ставится вопрос о его признании, порождена тем, что, с одной стороны, для оценки действительности совершенных за границей сделок в классическом международном праве существует коллизионный метод, а, с другой стороны, расторжение брака в европейских правопорядках – акт, совершаемый публичной властью или, по крайней мере, при ее активном участии, в связи с чем для целей признания он подчиняется экзекватуре, процедуре признания иностранных публичных актов. Международное частное право Германии является уникальным случаем двойной квалификации иностранного частного развода как публичного акта (в силу фикции) и как сделки в зависимости от целей этой квалификации. Для целей применимости процедуры признания иностранного частного развода в ФРГ такой развод приравнивается к иностранному публичному акту. Для целей определения объема проверки такой развод считается сделкой и подчинен коллизионному методу, а не методу процедурного признания.

**Ключевые слова:** частный развод, талак, исламский развод, коллизионный метод, метод процедурного признания, признание иностранных решений, функциональная квалификация

**Конфликт интересов.** Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

*Поступила в редакцию: 07 января 2023 г.*

*Принята к печати: 15 июля 2023 г.*

### Для цитирования:

Тариканов Д.В. Квалификация частного развода в международном частном праве Германии // RUDN Journal of Law. 2023. Т. 27. № 3. С. 765–784. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-3-765-784>

---

© Тариканов Д.В., 2023




This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License  
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode>

## Qualification of private divorce in private international law of Germany

Dmitry V. Tarikanov  

Russian Foreign Trade Academy, Moscow, Russian Federation

d.tarikanov@gmail.com

**Abstract.** The private divorce is such a dissolution of marriage that does not require the participation of the state. The examples are the Islamic talaq in its original concept still existing in some Arabic countries, the customary divorces in some countries of Sub-Saharan Africa as well as, according to the prevailing opinion in Germany, the divorce by mutual consent in the Far-East countries (Japan, Thailand, South Korea). The problem of classifying a divorce in the situation when European legal order raises the question of its recognition is generated by the fact that there is a conflict method for assessing the validity of transactions made abroad in classical private international law, on the one hand, and, on the other hand, the divorce in the European legal orders is the public instrument which is performed by the state or at least by its active participation so that for the purpose of recognition it is submitted to the special procedure of recognition and enforcement of foreign judgments. Private international law of Germany is a unique case of dual classification of the foreign private divorce both as a public instrument (on the ground of fiction) and as a legal transaction according to the purpose of classification. To apply the procedure of recognizing foreign private divorce in Germany, such a divorce is equated to the foreign public instrument. To determine the scope of verification, such a divorce is regarded as a legal transaction and submitted to the conflict of laws-approach, not to the approach of procedural recognition.

**Key words:** private divorce, talaq, repudiation, choice of law-approach, approach of procedural recognition, recognition of foreign judgements, functional qualification

**Conflict of interest.** The author declares no conflict of interest.

*Received:* 07th January 2023

*Accepted:* 15th July 2023

### For citation:

Tarikanov, D.V. (2023) Qualification of private divorce in private international law of Germany. *RUDN Journal of Law*. 27 (3), 765–784. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-3-765-784>

## Введение

Расторжение брака, осуществляемое самими супругами (или одним из них) без обращения к государству (частный развод), существующее в ряде стран Азии и Африки, порождает в контексте международного частного права проблему квалификации (ст. 1187 Гражданского кодекса Российской Федерации).

Нормы о расторжении брака в европейских правовых системах, где нет частного развода, рассчитаны на расторжение брака, реализуемое через обращение к государству (государственный развод), и поэтому предполагают наличие акта органа государственной власти (решения). Другими словами, расторжение брака квалифицируется по закону суда (*lex fori*) как государственный акт.

Частный развод в его родном правовом порядке *lex causae* является сделкой.

Концепции *lex fori* и *lex causae*: государственного и частного акта – конкурируют друг с другом, находясь в состоянии конфликта квалификаций (см. например определение конфликта квалификаций в международном частном праве как конкуренции квалификации *lex fori* и *lex causae*: (Porotikov, 2011:264).

В Германии, вследствие наличия там специального законодательства о признании иностранных разводов, проблема квалификации иностранных частных разводов породила обширную судебную практику, ставшую предметом подробного исследования в немецкой литературе.

В настоящей статье ставится цель, опираясь на данную практику и литературу, обосновать теорию функциональной квалификации в международном частном праве, заключающуюся в пренебрежении юридико-техническими различиями, существующими в разных правовых порядках, если сравниваемые институты функционально равноценны.

### **Государственный и частный развод**

Расторжение брака – ситуация, содержательно понятная в любой точке Земного шара, юридико-технически может принимать разные формы.

*Государственный развод.* В России расторжение брака осуществляется через издание акта органа государственной власти: суда (ст. 21 Семейного кодекса Российской Федерации, далее: СК) или органа записи актов гражданского состояния (органа исполнительной власти) (п.п. 1 и 2 ст. 19 СК).

В ФРГ требования к органу государственной власти, уполномоченному издавать акт о расторжении брака, более строгие: им может быть только суд. В частности, предложение первое § 1564 Гражданского уложения гласит: «брак может быть расторгнут только посредством судебного решения по заявлению одной или обеих сторон».

В таких случаях воля супругов на расторжение брака сама по себе не является достаточной, чтобы трансформировать правовой статус их состояния в браке в состояние в разводе. Эта воля лишь дает право обратиться к государству в лице его компетентных органов (в классическом варианте – с иском в суд) с просьбой о данной трансформации, но данные органы удовлетворяют эту просьбу не автоматически, а совершают комплекс мероприятий, направленных как на выяснение действительности этой воли и по возможности ее коррекцию путем попыток примирения супругов, так и на упорядочение правоотношений в связи с трансформацией статуса супругов (ликвидация режима супружеской собственности, установление алиментных требований, определение права на имя, определение порядка воспитания детей, общения разведенных родителей с ними и взаимных обязанностей родителей по содержанию этих детей).

*Частный развод.* Данной европейской модели расторжения брака посредством обращения к государству противостоят правовые порядки, покоящиеся на концепции развода как сделки, не требующей участия государства.

*Исламский талак.* Типичным и самым знаменитым примером является мусульманское право, ведущим источником которого является Коран и действующее в настоящее время в арабских странах Ближнего Востока, Иране, Афганистане, Пакистане и Бангладеш.

В мусульманском праве расторжение брака является частно-правовой сделкой, не требующей ни санкции, ни даже какого-либо содействия со стороны государства: для трансформации правового статуса достаточно лишь воли супругов на расторжение брака, а если быть более точным – воли мужа.

Правовым основанием мусульманского развода по одностороннему заявлению мужа (талак) являются две нормы Корана: аят (стих) 229 суры (главы) 2 и аят 1 суры

65. Первый гласит о сохраняющейся возможности возврата жены после двух волеизъявлений мужа (отмена развода) и о необходимости особого отношения (по всей видимости, о необходимости согласия жены), чтобы возвратить жену – после третьего волеизъявления (окончательный развод). Второй устанавливает временные интервалы между волеизъявлениями мужа (идды).

В такой модели государственный контроль в процедуре расторжения брака отсутствует.

Хотя в большинстве исламских государств данная первоначальная модель развода претерпела в настоящее время значительные изменения за счет введения обязанности обращения к государству (в лице религиозных структур, которым государство делегирует данные полномочия) для примирения, подтверждения или регистрации развода, что влечет смещение его квалификации в сторону государственного развода наподобие расторжения брака по согласию сторон в органе записи актов гражданского состояния в России, есть страны, например, Египет, где отсутствие регистрации талака не влечет его недействительности.

*Племенной ритуальный развод в Тропической Африке.* В судебной практике Германии встречаются случаи постановки вопроса о признании в Германии разводов, совершенных в Тропической Африке (в частности, в Гане, Нигерии и Бурунди) по племенному ритуальному обряду, не предполагающему никакого соучастия государства или институциональных религиозных структур, которым государство делегировало бы часть своих полномочий.

Эти разводы безусловно являются частными.

*Разводы по взаимному согласию в странах Дальнего Востока.* В немецкой судебной практике и литературе стабильно указывается, что развод по взаимному согласию супругов, совершаемый по праву Таиланда<sup>1</sup>, Японии<sup>2</sup>, Южной Кореи (Beule, 1979:32) и Тайваня (Mankowski, 2010: Art. 17 EGBGB, Rdnr. 59), является частным.

Такая квалификация представляется ошибочной.

Так, абз. второй ст. 1514 Гражданского и Торгового кодекса Таиланда<sup>3</sup>, посвященный разводу по соглашению сторон, звучит: «Развод по соглашению сторон должен быть совершен в письменной форме и удостоверен подписями как минимум двух свидетелей».

При этом ст. 1515 гласит, что в случае, если брак был зарегистрирован согласно нормам настоящего Кодекса, то развод по соглашению сторон будет действителен лишь в случае, если о его регистрации будет подано заявление как мужем, так и женой.

Такая ситуация действительно может создавать впечатление, что государственная регистрация развода нужна только в случае ст. 1515, а для интересующих нас браков, совершенных за границей, она не требуется.

Однако абз. первый ст. 1531 гласит, что в случаях, когда брак был зарегистрирован, развод по соглашению сторон влечет правовые последствия с даты его регистрации.

<sup>1</sup> Решение Верховного Суда (далее: ВС) ФРГ (Bundesgerichtshof, BGH) 14.10.1981 № IV b ZB 718/80 // Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ) Bd. 82, 34.

<sup>2</sup> Kammergericht (KG) 03.11.2020 № 1 VA 1010/20 // Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax) 2022, 186 (Leitsatz), Anm. E.J.

<sup>3</sup> Гражданский и Торговый кодекс Таиланда доступен в Интернете на английском языке по ссылке: <http://library.siam-legal.com/thai-civil-and-commercial-code/>.

Из этих норм следует, что внесудебный развод по праву Таиланда является административным разводом, аналогичным предусмотренному п. 1 ст. 19 СК. Именно так он квалифицируется во французской судебной практике<sup>4</sup> и литературе (Ralser, 2021:408).

Аналогично в Японии развод по соглашению сторон реализуется через регистрацию в муниципалитете (§ 764 Гражданского кодекса Японии) (Nagata, 2022: Rdnr. 13) и тоже не является частным.

Однако учитывая, что значительное число принципиальных тезисов, представляющих интерес для рассматриваемой здесь проблемы, было сформулировано в немецкой судебной практике по делам, связанным с тайландским разводом, где он рассматривался как частный, в настоящей статье данная судебная практика будет использоваться, даже если защищаемое здесь мнение о квалификации тайландского развода является иным. В противном случае раскрытие темы станет невозможным.

### Признание иностранных частных разводов

Проблема признания иностранных частных разводов вызвана тем, что европейские законодатели, ориентированные на развод при участии государства, сформулировали нормы о признании иностранных разводов таким образом, что охват этими нормами иностранных частных разводов по меньшей мере вызывает сомнения.

К примеру, в России в ст. 415 Гражданского процессуального кодекса (далее: ГПК) ведется речь о расторжении брака, совершенном за границей, посредством иностранного судебного решения, а в п.п. 3 и 4 ст. 160 СК речь идет о расторжении брака за пределами Российской Федерации «с соблюдением законодательства соответствующего иностранного государства о компетенции *органов, принимавших решения* о расторжении брака» (курсив наш).

Вариант расторжения брака «не органом, принимающим решение», а частным лицом в этих нормах явным образом упущен из виду.

#### *Законодательство Германии о признании иностранных разводов*

Особое место права Германии в этом вопросе обусловлено тем, что в Германии иностранные разводы по общему правилу (то есть за исключением разводов, совершенных в странах – членах Европейского Союза и подпадающих под льготный режим, предусмотренный Регламентом Брюссель IIbis от 25.06.2019 № 2019/1111), не получают правового эффекта автоматически (в противоположность концепции, лежащей в основе ст. 415 ГПК), а требуют специального решения учреждения юстиции о признании. Данное правило установлено предложением первым ч. 1 § 107 Закона о порядке рассмотрения брачно-семейных дел и дел особого производства от 17.12.2008 (Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Familienverfahrensgesetz, далее – Закон о порядке рассмотрения брачно-семейных споров), которое звучит:

«Решения, посредством которых за границей был признан недействительным или аннулирован брак, расторгнут или был введен режим раздельного проживания

<sup>4</sup> Tribunal de grande instance de Paris 10.05.1990 // Revue critique de droit international privé (RCDIP) 1991, 393, note Muir Watt.

супругов, или посредством которых было установлено, что брак между сторонами существует или не существует, признаются только, если учреждение юстиции земли установит, что имеются основания для признания» (далее эта норма будет обозначаться § 107).

Эта норма проводится на практике последовательно: иностранные решения о расторжении браков игнорируются, если стороны не реализовали данную процедуру в учреждении юстиции земли.

Следствием стало наличие обширной судебной практики по вопросу признания иностранных разводов, в том числе по вопросу признания иностранных частных разводов (Privatscheidungen).

*Толкование термина «решения» в § 107 Закона ФРГ  
о порядке рассмотрения брачно-семейных споров*

Если обратиться к букве выше процитированного § 107, то обращает на себя внимание используемый в нем термин «решения» (Entscheidungen), который явно коррелирует с терминологией ст. 415 ГК и ст. 160 СК.

Немецкая доктрина и практика единодушно толкуют этот термин как государственный акт (Siehr, 1969:186; Gärtner, 2008:161). Это толкование соответствует классической дихотомии методов международного частного права, в которой иностранные частные акты оцениваются путем обращения к коллизионному методу, а иностранные публичные акты – путем обращения к методу процедурного признания (Tarikanov, 2022:25), а § 107 – это и есть законодательное закрепление метода процедурного признания.

Но тогда частный развод, будучи сделкой, не должен подпадать в предмет регулирования § 107. В ранней немецкой практике эта проблема была поднята и решена тем способом, что заинтересованные лица вправе обратиться в такой ситуации в суд с иском об установлении факта, имеющего юридическое значение (Feststellungsklage), – факта расторжения брака посредством сделки<sup>5</sup>.

Однако последующая практика пошла по другому пути и причины к этому следующие.

Во-первых, в результате функционирования с 1941 г. специальной процедуры признания иностранных разводов в учреждениях юстиции Германии<sup>6</sup> к 80-м гг. в этих учреждениях сформировались отделы, состоящие из уникальных специалистов по вопросам сравнительного правоведения в области расторжения брака (например, два работника таких отделов на основе обобщенной ими практики издали имевшую большой успех монографию о признании иностранных разводов: (Kleinrahm & Partikel, 1970)), на что, в частности, обратил внимание ВС ФРГ в 1981 г., когда решал вопрос о расширении предмета регулирования предшественника § 107 – предложения первого ч. 1 § 1 ст. 7 Закона ФРГ о внесении изменений в отдельные законодательные акты семейного права (Familienrechtsänderungsgesetz, FamRÄndG, далее: Закон об изменениях семейного права) от 11.08.1961 (далее:

<sup>5</sup> Landgericht (LG) Hamburg 16.07.1976 № 5 R 170/76 // Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts (IPRspr.) 1976, 157, Nr. 51.

<sup>6</sup> Данная процедура впервые была введена в Германии Регламентом о реализации и дополнении Закона о браке и о единообразии международного семейного права от 25.10.1941 (Verordnung zur Durchführung und Ergänzung des Ehegesetzes und zur Vereinheitlichung des internationalen Familienrechts).

ст. 7) – за счет включения в этот предмет частных разводов, совершенных в консульских учреждениях иностранных государств в Германии:

«Данная процедура должна обеспечить ... через концентрацию компетенции по признанию, что возникающие в ходе этой процедуры вопросы, разрешение которых нередко требует особых познаний, будут получать ответ со стороны компетентных и опытных специалистов»<sup>7</sup>.

Передача в компетенцию таких специалистов всех вопросов, касающихся признания иностранных разводов, безотносительно, в какой форме, государственного акта или сделки, такие разводы состоялись, была определена последовательной.

Во-вторых, ответ на вопрос о том, совершен развод посредством государственного акта или сделки, сам по себе не столь очевиден. Более того, данный вопрос зачастую является самым проблемным во всей процедуре. Действительно, частный развод по некоторым законодательствам предполагает на некоторых его этапах подключение органов государственной власти. При этом определить, какую нагрузку, конститутивную, декларативную или только доказательственную, несет совершенное государством в этой ситуации действие, порой практически невозможно (ср. вышеуказанную разную квалификацию тайландского развода в Германии и Франции). Смысл создавать сопряженное с такими интеллектуальными и психологическими затратами условие для самой допустимости процедуры в определенном государственном органе становится крайне сомнительным.

Наконец, если абстрагироваться от оков методологии в виде дихотомии коллизионного метода и метода процедурного признания, то процедура признания иностранных разводов, являющихся сделками, даже в большей степени необходима применительно к разводам – сделкам, чем к разводам – государственным актам.

Действительно, развод, облеченный в форму государственного акта, так или иначе прошел предварительную проверку со стороны органа государственной власти в его отечественном правопорядке. Насколько эта проверка обеспечивает реализацию гарантий, необходимых в признающем правопорядке, – это вопрос второй. Важно то, что само участие государства в процедуре развода по крайней мере психологически создает большее доверие к этому акту, чем в ситуации совершенно эмансипированного от государственного соучастия частного развода. Проверка иностранного государственного развода немецкими властями в такой ситуации – это дублирующая проверка.

В ситуации частного развода никакая внешняя сила ни основания этого развода, ни соблюдение прав слабой стороны не проверяет. Муж решил уйти от жены – и этого достаточно. И вот такой развод необходимо имплементировать в немецкий правопорядок. Если, следуя методологии международного частного права, мы откажем такому разводу в допустимости процедуры проверки со стороны немецких властей, то тем самым мы создадим ситуацию критической правовой неопределенности для лиц, чьи интересы затрагиваются статусом супругов в этом браке. Здесь проверка со стороны немецких властей показана в разы больше, чем в ситуации с государственным разводом, так как здесь эта проверка не дублирующая, она происходит один и единственный раз.

В частности, несмотря на явно напрашивающуюся оговорку о публичном порядке в связи с неравенством мужа и жены при реализации исламского талака, немецкие власти вправе не применить ее, если жена выражает согласие с данным

<sup>7</sup> BGH 14.10.1981 № IV b ZB 718/80 // BGHZ Bd. 82, 34.

расторжением брака, что, в частности, может выражаться в ее обращении к немецким властям с ходатайством о признании данного развода<sup>8</sup>.

Поэтому вполне объяснима господствующая в немецком праве тенденция включать в предмет регулирования § 107 по возможности все иностранные разводы, независимо от того, облечены они в форму сделки или государственного акта:

«Понятие развода следует понимать максимально широко, чтобы он мог охватить максимально возможный круг форм разводов» (Gärtner, 2008:433).

Однако в силу того, что методологические принципы входят здесь в противоречие с общественными потребностями, путь к этому компромиссному принципу был достаточно тернистым.

### **Эволюция включения частных разводов в предмет процедуры признания в ФРГ**

#### *Начальный этап: требование конститутивного участия государства в расторжении брака*

Первым этапом в толковании § 107 (тогда, до 01.09.2009 это была ст. 7 Закона об изменениях семейного права) было расширение предмета регулирования этой нормы (который мог пониматься и как исключительно иностранные судебные решения) за счет иностранных разводов, в которых иностранный орган государственной власти принимал активное (конститутивное) участие. Это учение было названо в литературе в 1967 году как господствующее (Neuhaus, 1967:578).

Однако пример из практики, когда данная теория действительно получила бы подтверждение, привести невозможно.

Цитируемое рядом авторов (Kleinrahm & Partikel, 1970:6) определение Апелляционного суда (далее: АС) Гамбурга в действительности касалось исламского талака, совершенного в консульстве Египта в Гамбурге, то есть не того развода, где государство принимает конститутивное участие. При этом суд обусловил допустимость предусмотренной тогда ст. 7 процедуры признания внесением записи о разводе в египетский реестр актов гражданского состояния, то есть опирался на декларативный государственный акт<sup>9</sup>.

#### *Завершенный этап: достаточность декларативного участия государства в расторжении брака*

Поэтому то мнение, которое в 60-х годах характеризовалось как маргинальное (Neuhaus, 1967:578; Reinl, 1967:67; Kleinrahm & Partikel, 1970:68) и которое заключалось в допустимости процедуры по ст. 7 в отношении иностранных разводов, где иностранный орган государственной власти принимал лишь декларативное участие, постепенно стало господствующим: в 1969 году оно уже именовалось как бесспорное (Partikel, 1969:15) и господствующее (Siehr, 1969:185), в 1976 году – как принятое учреждениями юстиции во всех землях Германии (Otto, 1976:279), а в 1979 – как абсолютно господствующая практика учреждений юстиции (Lorbacher, 1979:772).

<sup>8</sup> BGH 06.10.2004 XII ZR 225/01 // BGHZ Bd. 160, 322.

<sup>9</sup> Oberlandesgericht (OLG) Hamburg 24.11.1964 № 2 a VA 2/64 // Das Standesamt (StAZ) 1965, 249.



В 1968 году Земельный суд Штутгарта отметил в этом смысле, что для применимости ст. 7 не имеет значения, «имеет ли иностранный орган государственной власти возможность самостоятельной оценки обстоятельств дела или он выполняет лишь удостоверяющую функцию», и признал, в частности, применимой данную норму к иракскому талаку, так как «должно быть либо вынесено решение религиозного суда либо акт о разводе должен быть зарегистрирован в суде»<sup>10</sup>.

В 1970 году Министерство юстиции земли Баден-Вюртемберг признало ст. 7 применимой к частным разводам, если они по крайней мере регистрируются в иностранном государственном реестре. В том конкретном случае такой акти регистрации был установлен применительно к пакистанскому талаку, уведомление о котором должно было быть направлено должностному лицу (Chairman) соответствующего поселения, обязанному в свою очередь передать его жене автора талака. Правовые последствия у этого талака возникали по пакистанскому праву по истечении 90 дней с момента вручения уведомления жене, если до истечения этого срока талак не будет отозван. Соблюдение данной процедуры подтверждалось специальным свидетельством<sup>11</sup>.

В дальнейшем необходимое государственное соучастие в процедуре частного развода было усмотрено в выдаче иранским государственным судом свидетельства о невозможности примирения супругов, являющегося основанием для регистрации развода иранским нотариусом<sup>12</sup>, в регистрации египетского талака в соответствующем реестре<sup>13</sup> и, наконец, в регистрации развода по взаимному согласию в тайландском реестре<sup>14</sup>.

ВС ФРГ высказал свою позицию в этом ключе, рассматривая дело о тайландском разводе, но сформулировал ее общим образом:

«Под понятие решений, в отношении которых должна быть проведена процедура признания, предусмотренная ст. 7 Закона об изменениях семейного права, подпадают частные разводы, ... если иностранный орган государственной власти принимал в них какое-либо участие, в том числе, если такое участие заключалось в регистрации развода»<sup>15</sup>.

Таким образом, ВС ФРГ принципиально возвел в ранг позитивного права распространение сферы действия, тогда действующей ст. 7, а в настоящее время – § 107 на частные разводы, которые зарегистрированы в иностранном государственном реестре.

С тех пор применение процедуры признания к исламским талакам идет победным маршем: в практике были вынесены такие решения в отношении ливанского<sup>16</sup>,

<sup>10</sup> LG Stuttgart 20.03.1968 № 15 R 56/67 // Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 1968, 391, 392. В этом же ключе OLG Stuttgart 05.04.1968 № 1 VA 2/68 // FamRZ 1968, 390.

<sup>11</sup> Justizministerium Baden-Württemberg 28.07.1970 № 346 E – 199/68 // FamRZ 1971, 436.

<sup>12</sup> Oberlandesgericht Düsseldorf 27.07.1976 № 3 VA 1/76 // IPRspr. 1976, 504, 505, Nr. 180.

<sup>13</sup> Bayerisches Oberste Landesgericht (BayObLG) 30.11.1981 № BReg. 1 Z 41/81 // IPRax 1982, 104, 94, Anm. Henrich.

<sup>14</sup> Bayerisches Staatsministerium der Justiz 21.01.1977 № 3465 E – I – 295/76 // StAZ 1977, 201, Anm. Otto; Justizminister des Landes Nordrhein-Westfalen 03.12.1980 № 3465 E – II B. 150/80 // IPRax 1982, 25, 12, Anm. Bürgle; OLG Düsseldorf 11.04.1981 № 3 VA 1/81 // IPRspr. 1981, 458, Nr. 190 b.

<sup>15</sup> BGH 14.10.1981 № IV b ZB 718/80 // BGHZ Bd. 82, 34.

<sup>16</sup> BayObLG 25.02.1982 № BReg. 1 Z 139/81 // FamRZ 1982, 813 (Leitsatz); OLG Düsseldorf 28.08.2002 № 3 Va 3/02 // FamRZ 2003, 381 (Leitsatz).

иорданского<sup>17</sup>, пакистанского<sup>18</sup>, египетского<sup>19</sup>, катарского<sup>20</sup>, сирийского<sup>21</sup>, марокканского<sup>22</sup>, бангладешского<sup>23</sup> и иранского<sup>24</sup> талаков, равно как и в отношении исламских частных разводов по взаимному согласию: сирийского<sup>25</sup>, иорданского (где при недействительности волеизъявления жены развод может быть перекалифицирован в талак)<sup>26</sup>.

Эти частные разводы метко были названы в недавней работе как «связанные процедурой» (*verfahrensgebundene Privtascheidungen*) (Ludwig, 2020:346).

Наличие государственного соучастия в процедуре развода, даже если это участие является символическим, обеспечивает основания для фикции «решения» в смысле § 107.

*Находящийся в стадии дискуссии этап в отношении разводов в отсутствие какого-либо государственного присутствия*

Третий шаг в этой эволюции логически – это частные разводы, где нет никакого, даже символического государственного соучастия.

В статье 1976 года Отто утверждает, что в учреждениях юстиции Северного Рейна-Вестфалии и Берлина уже в то время сложилась практика применимости процедуры признания по действовавшей тогда ст. 7 к частным разводам, совершенным без какого-либо государственного соучастия (Otto, 1976: 279). Утверждение Отто подтвердил впоследствии (Beule, 1979:33).

<sup>17</sup> BayObLG 29.11.1982 № BReg. 1 Z 54/82 // IPRax 1983, 130 (Leitsatz), Anm. Henrich; Justizministerium Nordrhein-Westfalen 23.03.1984 № 3465 E – II B.701/81 // IPRspr. 1984, 5, 6, Nr. 5; OLG Frankfurt 12.07.1984 № 20 VA 14/83 // IPRax 1985, 48, Anm. Henrich; Justizminister des Landes Nordrhein-Westfalen 02.07.1985 № 3465 E – B. 243/84 // IPRspr. 1986, 430, 431, Nr. 186 a; OLG Düsseldorf 24.01.1986 № 13 VA 1/85 // IPRax 1986, 305 (Leitsatz), Anm. Henrich.

<sup>18</sup> KG 20.06.1984 – 3 UF 6398/83 // StAZ 1985, 104 (Leitsatz), Anm. Bürgle; Landesjustizverwaltung Baden-Württemberg 23.05.1986 № 346 E 325/85 // IPRax 1988, 170, 150, Anm. Beule; OLG Stuttgart 11.04.1987 № 1 VA 5/86 // IPRax 1988, 172, 173, Nr. 23b, 150, Anm. Beule; OLG Celle 05.02.1990 № 10 VA 1/90 // IPRspr. 1990, 455, 456, Nr. 215 (в этом решении участие должностного лица в процедуре пакистанского талака даже было признано конститутивным).

<sup>19</sup> OLG München 31.01.2012 № 34 Wx 80/10 // FamRZ 2012, 1142; KG 03.01.2013 № 1 VA 9/12, Rdnr. 4 // FamRZ 2013, 1484. Ср. также BGH 28.11.2018 № XII ZB 217/17, Rdnr. 15 // Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2019, 931, 932, где речь шла об исключении египетского частного развода из обязательности процедуры его признания по предложению второму ч. 1 § 107 в силу наличия у обеих сторон гражданства страны, право которой предусматривает данный частный развод (Египта). Сама оценка египетского частного развода с точки зрения § 107 свидетельствует о том, что ВС ФРГ признает принципиальную применимость этой нормы к египетским частным разводам.

<sup>20</sup> OLG Stuttgart 03.05.2019 № 3465 E 519/2018, Rdnr. 5 // FamRZ 2019, 1532.

<sup>21</sup> BayObLG 13.01.1994 № 3 Z BR 66/93 // IPRax 1995, 324, 309, Anm. Börner; OLG Braunschweig 19.10.2000 № 2 W 148/00 // FamRZ 2001, 561, Anm. Gottwald; OLG München 02.06.2015 № 34 Wx 146/14 // IPRax 2016, 158, Anm. Weller / Hauber / Schulz; OLG München 29.06.2016 № 34 Wx 146/14 // IPRax 2017, 92, 65, Anm. Pika / Weller; BGH 28.06.2020 № XII ZB 158/18 (Sahyouni), Rdnr. 17 // BGHZ Bd. 226, 365.

<sup>22</sup> Justizministerium Nordrhein-Westfalen 29.07.1991 № 3465 E – II B. 444/90 // StAZ 1992, 46; OLG Hamm 27.05.1992 № 8 WF 158/92 // IPRspr. 1992, 238, 239, Nr. 101; KG 06.11.2001 № 1 VA 1/00 // FamRZ 2002, 840; OLG Frankfurt 26.10.2004 № 4 WF 97/04 // FamRZ 2005, 989.

<sup>23</sup> Justizminister des Landes Nordrhein-Westfalen 29.07.1983 № 3465 E – II B. 169/81 // IPRspr. 1983, 7, 9, Nr. 2; OLG München 01.04.2015 № 34 Wx 15/13, Rdnr. 8 // FamRZ 2015, 1611, Anm. Henrich.

<sup>24</sup> Landesjustizverwaltung Hessen 14.07.1988 № 3465 E – II/7 – 472/87 // IPRspr. 1989, 499, 501, Nr. 224 a; OLG Frankfurt 16.05.1989 № 20 VA 27/88 – 20 VA 27/88 // NJW 1990, 646.

<sup>25</sup> BayObLG 07.04.1998 № 1 Z BR 16/98 // FamRZ 1998, 1594; Justizministerium Baden-Württemberg 27.12.2000 № 346 E-633/99 // FamRZ 2001, 1018, Anm. Gottwald.

<sup>26</sup> BayObLG 12.09.2002 № 3 Z BR 136/02 // FamRZ 2003, 381.

При этом Отто приводит примеры развода по племенному обряду в Нигерии, признанного учреждением юстиции Берлина, нерегистрируемого договора о разводе в Китае того времени и развода по племенному ритуальному обряду в Гане, признанных учреждением юстиции Северного Рейна-Вестфалии (номера дел соответственно 3465 E-II В. 97/71 и 3465 E-II В. 33/74).

Однако в статье 1979 года Лорбахер приводит противоположное решение государственного министерства юстиции Баварии от 15.03.1979 по делу № 3465 E – I – 45/79, где было признано, что под предмет регулирования ст. 7 не подпадает развод, совершенный по племенному ритуальному обряду в Бурунди без какого-либо государственного соучастия, а лишь в присутствии двух свидетелей (Lorbacher, 1979:772).

В этом же ключе находится решение участка суда Гамбурга 1982 г.<sup>27</sup>, где был признан допустимым иск в суде об установлении юридического факта развода супружеской пары из Ганы по племенному ритуальному обряду в Гане. Эта допустимость судебного установления была обоснована именно тем, что вследствие отсутствия государственного соучастия в данном обряде стороны лишены возможности реализовать процедуру признания их развода в порядке действовавшей тогда ст. 7.

Начиная с тех времен (Beitzke, 1974:533; Lorbacher, 1979:772) немецкая доктрина в подавляющем большинстве придерживается мнения, что «чистые» частные разводы не могут быть предметом процедуры признания, предусмотренной ранее ст. 7, а в настоящее время § 107. В то время как одни авторы ограничиваются этим утверждением, не комментируя пути решения проблемы (Wagner, 2013:1629; Arnold & Schnetter, 2018:655; Nau, 2022: Rdnr. 26; Sieghörtner, 2022: Rdnr. 10), позиции других авторов, которые предпринимают более глобальный масштаб рассмотрения, сопровождаются компромиссными нюансами.

Так, Альтхаммер считает в этом случае применимой процедуру по § 108 (Althammer, 2009:387) (в этой норме речь идет о признании в ФРГ иностранных решений по иным брачно-семейным делам). Здесь непонятно, зачем нужно обращение к общей норме, если есть специальная норма о признании иностранных решений о разводах. Если цель заключается лишь в спасении теории, входящей в очевидное противоречие с практикой, то вряд ли это приемлемое средство: скорее необходимо ставить кардинальный вопрос о правомерности самой этой теории.

Геймер, следуя участковому суду Гамбурга 1982 года, полагает уместной процедуру установления факта, имеющего юридическое значение: состояния или несостояния в браке (Geimer, 2022: Rdnr. 23 und 46) (в настоящее время такая процедура предусмотрена для случаев, не осложненных иностранным элементом, п. 3 § 121 Закона о порядке рассмотрения брачно-семейных споров).

Но особого внимания заслуживают те авторы, которые, отдавая дань уважения господствующей теории, провести ее последовательно не могут и в итоге присоединяются к ее противоположности.

Гэртнер (Gärtner, 2008:182, 196), Костер-Вальтен и Мэш (Coester-Waltjen & Mäsch 2017:194–195, 197) должны быть названы в этом ряду в числе первых, так как представителями этой теории они вообще не являются: они подчиняют все частные разводы, независимо от того, принимало в них государство участие или нет, процедуре признания по ранее действовавшей ст. 7 или по действующему в настоящее

<sup>27</sup> Amtsgericht (AG) Hamburg 10.06.1982 № 289 F 164/81 // IPRspr. 1982, 159, 161, Nr. 66A.

время § 107. Но их упоминание именно в этом блоке основано на том, что одновременно они признают, что их мнение господствующим не является.

Грубер не считает § 107 исходя из его буквы применимым к «чистым» частным разводам, но предлагает применять его по аналогии, опираясь на цель правовой нормы (Gruber, 2021: Rdnr. 59). Идею об аналогии мы встречаем в недавней немецкой диссертации Гудьева, посвященной болгарскому бракоразводному праву:

«В отношении «чистых» частных разводов, то есть совершенных без государственного / судебного соучастия, не может быть иного вывода. С одной стороны, идентично соотношение интересов (правовая определенность). С другой стороны, проверка действительности частного развода, где государство приняло участие, также происходит инцидентно (п. 1 ст. 118 Закона Болгарии о международном частном праве), поэтому в случае исключения частных разводов без государственного соучастия из предмета регулирования ст. 117 и след. указанного Закона не возникает никаких преимуществ – эти разводы в любом случае будут проверяться инцидентно» (Guedjev, 2020:375).

Аналогия становится лишней в теории Людеритца. Этот автор признает в качестве базового тезис о неприменимости процедуры признания к «чистым» частным разводам. Но затем он отмечает, что в некоторых школах ислама (например, суннитской и шиитской) регистрация не является условием действительности талака. В таком случае любой частный развод может быть сведен к «чистому» частному разводу и допустимость процедуры признания становится делом случая. Результатом будет лишение смысла процедуры признания иностранных разводов, так как она нацелена именно на предотвращение противоречащих друг другу решений на территории ФРГ. Людеритц не видит в этой ситуации иного пути, как перевернуть соотношение частного и «чистого» частного развода и считать, что любой «чистый» частный развод может быть сведен к частному разводу, а значит процедура признания может быть применена и к «чистому» частному разводу (Lüderitz, 1990:342–343).

В этой линии рассуждений находятся в настоящее время Хау и Линке, когда они признают § 107 применимым к «чистым» частным разводам, если в соответствии с иностранным правом государственное соучастие по меньшей мере не исключается (Hau & Linke, 2021:262), что фактически равносильно подчинению § 107 всех «чистых» частных разводов.

Шпелленберг также прокламирует в основе свое присоединение к теории необходимости государственного соучастия, используя базовый аргумент, что предметом процедурного признания может быть только акт государственной власти (Spellenberg, 2016: § 107 FamFG, Rdnr. 68–69). Но когда речь доходит до содержательного наполнения заявленного принципа, то он пишет: «в отношении частных разводов, где государство не принимает участия, ... необходимо различать: любое государственное соучастие приводит к тому, что необходимо провести процедуру по § 107 Закона о порядке рассмотрения брачно-семейных споров» (Spellenberg, 2016: § 109 FamFG, Rdnr. 342).

Немногочисленная судебная практика в отношении признания «чистых» частных разводов, совершенных по ритуальному обряду в Тропической Африке, определенно находится перед фактом необходимости подчинения таких разводов процедуре признания и выходит она из положения простым средством признания государственным соучастием любого присутствия государства в том числе уже за рамками собственно процедуры расторжения брака.

Так, АС Дюссельдорфа в 1983 году со ссылкой на статью Бойле (Beule, 1979:29, 33) рассматривает в качестве господствующего мнения применимость тогда действовавшей ст. 7 к «чистым» частным разводам, но subsidiarily отмечает, что даже если условие государственного соучастия выдвигать, то к его содержательному наполнению нельзя устанавливать высоких требований<sup>28</sup>.

В рассмотренном им деле этот суд счел достаточным для применимости процедуры по ст. 7 к признанию совершенного в Гане ритуального развода наличие клятвенного заверения о факте этого развода перед лицом, назначенным председателем местного суда в Гане для принятия таких клятвенных заверений (Commissioner for Oaths).

ВС Баварии признал достаточным в такой ситуации свидетельство, выданное Консульством Ганы в ФРГ на основании клятвенного заверения отца одного из супругов о том, что они разведены по ритуальному обряду у них на родине в Гане<sup>29</sup>.

Наконец, в 1989–1990 гг. как государственное соучастие был расценен акт нотариуса в Гане по удостоверению совместного заявления родителей и братьев родителей супругов о том, что годом ранее состоялось расторжение брака этих супругов по ритуальному обряду, хотя здесь ситуация была усилена тем, что запись о расторжении брака была внесена в реестр актов гражданского состояния Ганы<sup>30</sup>.

Итогом этой эволюции является часто цитируемое утверждение Председателя АС Франкфурта в решении 2001 г. (в земле Гессен, где находится Франкфурт-на-Майне, функции учреждения юстиции по признанию иностранных разводов делегированы Председателю АС Франкфурта), согласно которому «чистые» частные разводы, совершенные в отсутствие какого-либо государственного соучастия, также подчиняются процедуре признания по действовавшей тогда ст. 7 (в этом деле речь шла о пакистанском талаке, который, по убеждению Председателя АС Франкфурта, был действительным по пакистанскому праву и в отсутствие сопровождения должностных лиц)<sup>31</sup>. Недавно эту позицию подтвердили<sup>32</sup>.

С практической точки зрения невозможно представить себе развод, в котором государство не принимает никакого участия:

«Практически во всех случаях иностранный суд или иностранный орган государственной власти (в том числе нотариус) вовлечены в процесс расторжения брака, например, вследствие необходимости регистрации или подтверждения развода» (Ludwig, 2020:346).

Это делает доктринальную дискуссию сугубо умозрительной.

Позиция ВС Швейцарии является в этом смысле более смелой и категоричной.

В Швейцарии, которая культурно, экономически и социально близка к ФРГ и следует ее правовой эволюции, в 1962 г. было вынесено основополагающее решение ВС о неприменимости процедуры признания к частным разводам (в этом деле речь шла о египетском талаке): «процедура признания ... не может быть распространена

<sup>28</sup>OLG Düsseldorf 20.05.1983 № 13 VA 1/82 // IPRspr. 1983, 479, 480, Nr. 183.

<sup>29</sup>BayObLG 02.07.1982 № BReg. 1 Z 53/81 // Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen (BayObLGZ) 1982, 257.

<sup>30</sup>Niedersächsischer Minister der Justiz 09.01.1989 № 3465 E 204.187/88 // IPRspr. 1989, 505, Nr. 225 a; OLG Celle 07.03.1989 № 10 VA 1/89 // IPRspr. 1989, 505, 507, Nr. 225 b; OLG Frankfurt 26.03.1990 № 20 VA 10/89 // StAZ 1990, 195.

<sup>31</sup>Präsidentin des OLG Frankfurt 19.11.2001 № 346/3-I/4-89/99 // StAZ 2003, 137.

<sup>32</sup>Andrae M. § 109 FamFG. In: NomosKommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Th. Heidel, R. Hüßtege, H.-P. Mansel, U. Noack (eds.). Bd. 1: Allgemeiner Teil, EGBGB, 4. 2021, Auflage. Baden-Baden, Nomos. 3320 p. Rdnr. 14. (in German).

на ... расторжение брака посредством одностороннего волеизъявления ... Сама концепция внесудебного одностороннего расторжения брака противоречит двум условиям ..., а именно: тому, что решение о разводе может быть вынесено только судом, то есть органом государственной власти, который проверяет основания развода, и, следовательно, тому, что развод не может быть предметом заявления одной стороны, в отношении которого орган государственной власти лишь ограничивается регистрацией»<sup>33</sup>.

Напомним, что в 60-х гг. в Германии неприменимость процедуры признания к частным разводам характеризовалась как господствующее мнение.

В 1996 г. ВС Швейцарии, следуя изменившимся социальным условиям, выразившимся юридически в описанных тенденциях в немецкой судебной практике, кардинально меняет свою практику и признает процедуру признания применимой и к частному разводу. В этом деле речь шла о ритуальном разводе, совершенном в Гане, где государственное участие заключалось лишь во внесении записи об этом разводе в государственный реестр, причем запись была основана на клятвенном заверении отца и племянника мужа о факте совершения данного ритуала. Поворот практики обоснован ВС либерализацией взглядов швейцарского законодателя, выраженных в ходе принятия Закона о международном частном праве от 18.12.1987, а также тем обстоятельством, что в ряде иностранных правопорядков частный развод является не только возможным, но и порой единственной формой прекращения брака при жизни супругов. «Общее непризнание по мотиву отсутствия предмета признания будет в этой ситуации несправедливым и оторванным от реальности»<sup>34</sup>.

Вывод: таким образом, современному общественному запросу отвечает включение в предмет процедуры признания всех без исключения частных разводов независимо от того, приняло иностранное государство в них участие или нет и какова была степень интенсивности этого участия.

### **Теоретическое обоснование приравнивания частных разводов к государственным: метод функциональной квалификации**

Осталось дать этому практическому тезису теоретическое обоснование.

В этом смысле представляются весьма ценными соображения Кляйнарама, данные им еще в 1966 году: «На мой взгляд проведение демаркационной линии здесь вообще лишено смысла. В термине «решение», посредством которого брак был расторгнут за границей, можно без проблем усмотреть трансформирующий правовой статус акт, то есть, без оглядки на то, имеет он публично- или частно-правовую природу. *«Решением» в такой трактовке является любой акт, который в соответствующем иностранном правопорядке порождает правовой эффект расторжения брака.* Это на мой взгляд верное и необременительное понимание влечет включение в предмет компетенции учреждений юстиции частных разводов в любой форме. Этот результат будет соответствовать практической цели ст. 7, равно как и искусственное разграничение станет бессмысленным» (Kleinrahm, 1966:16–17) (курсив наш).

<sup>33</sup> Bundesgericht 08.02.1962, Dame F. c/ Commission d'état civil du canton d'Appenzell Rhodes Intérieures // Die Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (BGE) Bd. 88, I, 48, 50, 52.

<sup>34</sup> Bundesgericht 03.09.1996, Benjamin T. gegen Esther K. und Direktion des Innern des Kantons Zürich // BGE Bd. 122, III, 344, 348.

В 2008 году эту идею, уже под устоявшимся термином функциональной квалификации, поддерживает Гэртнер (Gärtner, 2008:184), а в 2016 г. та же идея формулируется Шпелленбергом в отношении предмета § 328 Гражданского процессуального уложения Германии (далее: ГПУ) (регулирующего процедуру признания иностранных судебных решений в целом) в связи с административными разводами:

«Решающим критерием является то, что согласно немецкому праву в этой ситуации расторжение брака происходило бы посредством вынесения судебного решения» (Spellenberg, 2016: § 328 ZPO, Rdnr. 219).

Примечательно, что в связи с частными разводами Шпелленберг эту теорию не упоминает.

При толковании термина «решение» в § 107 необходимо опираться на равноценность социальной функции, которую выполняет иностранный правовой институт, той функции, которую имел в виду немецкий законодатель.

Поскольку в Германии развод может быть совершен только посредством судебного решения, немецкий законодатель употребил в § 107 термин «решение», покоящийся таким образом на национальных концепциях немецкого права. Об иностранных концепциях немецкий законодатель в этот момент вообще не думал (Andrae & Heidrich, 2004:1626).

Однако цель § 107 – отнюдь не применение национального немецкого права. § 107 направлен во внешний мир, он призван охватить все правовые формы расторжения брака, которые существуют в мировой практике. Поэтому и толковаться оно должно в соответствии с этой целью предельно широко ((Gruber, 1999:1565), хотя и в контексте блокирующего эффекта (*lis pendens*) процедуры частного развода, возбужденной за границей, но ключевой смысл от этого не меняется). Критерием толкования здесь является равноценность функции, а не внешняя оболочка. Если в иностранном правопорядке функцию расторжения брака выполняет акт, имеющий частно-правовую природу, это не препятствует этому акту стать предметом процедурного признания в Германии, поскольку в Германии функцию расторжения брака выполняет государственный акт, являющийся «родным» предметом процедурного признания.

Мы квалифицируем иностранную норму о форме расторжения брака согласно закону суда в редакции функциональной квалификации, то есть посредством фикции рассматриваем иностранное расторжение брака как публичный акт, опираясь на то, что в законе суда расторжение брака является публичным актом.

### **Иная квалификация частного развода в § 109 Закона ФРГ о порядке рассмотрения брачно-семейных споров**

Тезис о функциональной квалификации частного развода в смысле § 107 завершить настоящую работу не позволяет, так как он безусловно должен быть дополнен проблемой толкования того же самого термина «решение» в § 109 Закона о порядке рассмотрения брачно-семейных споров.

§ 109 посвящен основаниям отказа в признании иностранных решений по семейным спорам (включая иностранные решения о расторжении брака), будучи классической нормой об экзекватуре (в России аналог – ч. 1 ст. 412 ГПК) и его ч. 1 начинается так: «Признание иностранного решения исключается, ...».

Как § 107, так и § 109, посвященные одному и тому же вопросу: признанию иностранных решений, регулирующие лишь разные аспекты этого вопроса: § 107 – порядок этого признания, а § 109 – объем проверки в рамках этого признания, используют один и тот же термин «решение» («*Entscheidung*»).

Мы выяснили, что практика, несмотря на настойчивость доктрины, вкладывает в понятие «решение» в смысле § 107 не только публичные акты, но и сделки, если их функциональное содержание соответствует расторжению брака в смысле немецкого права.

Казалось бы, нет ничего логичней, как вложить тот же смысл в термин «решение» в смысле § 109.

Так, в частности, поступил неискушенный Европейский Суд Справедливости (далее: ЕС) в решении от 12.05.2016 № C-281/15 по делу Саюни (*Sahyouni*)<sup>35</sup>, куда обратился АС Мюнхена с запросом о том, входят ли частные разводы из третьих стран (не членов Европейского Союза) в предмет регулирования общеевропейского нормативного акта – Регламента Совета (Европейского Союза) от 20.12.2010 № 1259/2010 «О расширении сотрудничества в области права, применимого к расторжению брака и судебному разлучению супругов» (Рим III). АС Мюнхена рассматривал в порядке § 107 ходатайство о признании исламского талака, совершенного в Сирии, и ему необходимо было определить коллизионную норму, которая определяла материальное право, применимое к этому талаку. Регламент Рим III, содержащий коллизионные нормы о разводе, напрашивался к применению в этом деле, но суд засомневался и сделал запрос в ЕС, функция которого заключается в толковании норм общеевропейского права.

И здесь в деле происходит неожиданный поворот: ЕС обращает внимание, что на рассмотрении АС Мюнхена находится не дело о разводе супругов – сирийцев, где мог бы возникнуть коллизионный вопрос о применимом праве, к которому мог бы или не мог бы подлежать применению Регламент Рим III. На рассмотрении АС Мюнхена находилось дело о признании уже совершенного развода, то есть по сути процедура экзекватуры, а в рамках экзекватуры применимое право не проверяется, о чем ч. 5 § 109 Закона о порядке рассмотрения брачно-семейных споров говорит прямо: «Проверка законности иностранного решения не осуществляется».

Итак, ЕС пишет: «Прежде всего, установлено, что обратившийся с запросом суд рассматривает не требование о разводе, а ходатайство о признании развода, решение о котором вынесено религиозным учреждением в третьей стране» (абз. 18); «Как следует из статей 1 и 8 Регламента № 1259/2010, этот Регламент, являющийся предметом поставленных в запросе вопросов, устанавливает лишь коллизионные нормы в отношении развода и установления режима раздельного проживания супругов без развода, но не охватывает вопросы признания развода, решение о котором уже вынесено, в государстве – участнике Регламента» (абз. 19).

И на этом основании признает запрос АС Мюнхена недопустимым, так как, по мнению ЕС, применять нужно норму национального немецкого права – § 109, толковать которую наднациональный орган – ЕС – не вправе.

В немецкой литературе эту проблему сразу же подметили: «ЕС ошибочно исходил из того, что в данном деле речь идет о процедурном признании иностранного решения» (Gössl 2016:235), «ЕС – несколько неожиданно – исходит, по всей видимости, из того, что перед ним был поставлен вопрос о *процедурном*

<sup>35</sup>Доступно на официальных языках Европейского Союза по ссылке <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-281/15> (дата обращения 11.05.2023).



признании развода, решение о котором было вынесено в третьей стране» (Helms, 2016:1134) (курсив в оригинале).

На самом деле, несмотря на то, что в АС Мюнхена действительно находилось дело о признании, предусмотренное § 107, применению в этом деле § 109 не подлежал! А причиной к этому было то, что понятие «решение» в смысле § 109 не равносильно понятию «решение» в смысле § 107.

Руководящим прецедентом в этом вопросе является решение ВС ФРГ, который вновь рассматривал вопрос тайландского развода, квалифицируемого как частный в немецкой доктрине и практике<sup>36</sup>.

Признав, что действовавшая тогда ст. 7 применима к этому разводу, то есть что он, даже будучи сделкой, подлежит проверке немецкими властями в рамках экзекватуры (абз. 10), ВС ФРГ в абз. 14 продолжает:

«Поскольку в случае частного развода имеет место не конститутивный публичный акт, а частная сделка, его признание согласно общепринятому мнению осуществляется не по правилам § 328 ГПУ (в то время это был аналог нынешнего § 109 Закона о порядке рассмотрения брачно-семейных споров – примечание наше); напротив, применению подлежат нормы немецкого международного частного права. Поэтому учреждение юстиции и суд, обратившийся с запросом, правомерно исходили из того, что действительность совершенного за границей частного развода определяется на основании статута развода...».

ВС ФРГ прав в том, что эта позиция уже была общепринятым мнением и до его решения<sup>37</sup>. Она осталась таковой и после него вплоть до сегодняшних дней как в судебной практике<sup>38</sup>, так и в литературе (Reuß, 2009:8; Geimer, 2020: Rdnr. 2866; Spellenberg, 2016: § 107 FamFG, Rdnr. 19; § 109 FamFG, Rdnr. 339, 341; Geimer, 2022: § 328, Rdnr. 78)<sup>39</sup>.

То обстоятельство, что проверка иностранного частного развода осуществляется в процессуальной форме экзекватуры по § 107, совершенно не означает, что объем проверки определяется § 109; этот объем определяется объемом проверки любого иного частного акта (договора): это проверка соответствия акта материальному праву, компетентному с точки зрения немецкой коллизионной нормы<sup>40</sup> (Gärtner, 2008:182).

<sup>36</sup>BGH 21.02.1990 № XII ZB 203/87, Rdnr. 14 // BGHZ Bd. 110, 267.

<sup>37</sup> OLG Stuttgart 18.12.1970 № 1 VA 2/70 // FamRZ 1971, 440; Bayerisches Staatsministerium der Justiz 21.01.1977 № 3465 E – I – 295/76 // StAZ 1977, 201, Anm. Otto; BayObLG 24.06.1977 № BReg. 1 Z 137/76 // FamRZ 1978, 243; BayObLG 30.11.1981 № BReg. 1 Z 41/81 // IPRax 1982, 104, 94, Anm. Henrich; OLG Frankfurt 12.07.1984 № 20 VA 14/83 // IPRax 1985, 48, Anm. Henrich; Landesjustizverwaltung Baden-Württemberg 23.05.1986 № 346 E 325/85 // IPRax 1988, 170, 171, Nr. 23a, 150, Anm. Beule; OLG Frankfurt 16.05.1989 № 20 VA 27/88 // NJW 1990, 646.

<sup>38</sup> OLG Frankfurt 26.03.1990 № 20 VA 10/89 // StAZ 1990, 195; Justizministerium Baden-Württemberg 27.12.2000 № 346 E-633/99 // FamRZ 2001, 1018, Anm. Gottwald; BayObLG 12.09.2002 № 3 Z BR 136/02 // FamRZ 2003, 381; OLG Stuttgart 03.05.2019 № 3465 E 519/2018, Rdnr. 7 // FamRZ 2019, 1532; BGH 28.06.2020 № XII ZB 158/18 (Sahyouni), Rdnr. 23 // BGHZ Bd. 226, 365; KG 03.11.2020 № 1 VA 1010/20, Rdnr. 6 // IPRax 2022, 186 (Leitsatz), Anm. E.J.; KG 01.12.2020 № 1 VA 1001/20, Rdnr. 12 // FamRZ 2021, 504.

<sup>39</sup> См. также: Antomo J. Anmerkung zum Bundesgerichtshof 28.06.2020 № XII ZB 158/18 (Sahyouni). Neue Juristische Wochenschrift (NJW). 2020, 3599–3600. (in German); Löhnig M. Anmerkung zum Bundesgerichtshof 28.06.2020 № XII ZB 158/18 (Sahyouni). Neue Zeitschrift für Familienrecht (NZFam). 2020, 1016–1017. (in German).

<sup>40</sup> Antomo J. Anerkennung ausländischer Privatscheidungen – Rom III-Verordnung analog?, Anmerkung zum Europäischen Gerichtshof 20.12.2017 № C-372/16 (Sahyouni). Neue Juristische Wochenschrift (NJW). 2018, 435–438. (in German).

Мотивируется эта неожиданная дифференциация § 107 и § 109 тем, что на этапе совершения в иностранном государстве юридического акта, влекущего прекращение брака, не имел места государственный контроль в отношении основания развода, необходимый по причине порождения разводом существенных необратимых правовых последствий, поэтому этот государственный контроль хоть однажды должен произойти и поэтому он реализуется на этапе признания в Германии вышеуказанного юридического акта (Henrich, 1995:89; Herfarth, 2000: 442).

Несмотря на то, что в литературе раздаются голоса о распространении § 109 и на частные разводы (по аналогии (Siehr, 2009:333), в отношении частных разводов, где имел место государственный контроль (Dutta, 2018:64)), либо о поиске «упрощенной процедуры признания» как медианного решения между полной материально-правовой и ограниченной процедурной проверкой (Gössl, 2018:98–99), пока это только весьма ограниченные голоса, не переросшие в устойчивый общественный запрос, требующий неизбежной реакции.

### Вывод

Нынешнее состояние немецкого права в отношении иностранных частных разводов таково: в силу фикции они рассматриваются как публичные акты для целей применения к ним процедуры признания, но с содержательной стороны в рамках этой процедуры они вновь рассматриваются как обычные сделки и к ним применяется объем проверки, применимый для сделок, а не публичных актов. Уникальное гибридное решение.

### References / Список литературы

- Althammer, Ch. (2009) Verfahren mit Auslandsbezug nach dem neuen FamFG. *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*. (21), 381–389. (in German).
- Andrae, M. & Heidrich, Th. (2004) Aktuelle Fragen zum Anwendungsbereich des Verfahrens nach Art. 7 § 1 FamRÄndG. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*. 51(20), 1622–1628. (in German).
- Arnold, S. & Schnetter, M. (2018) EuGH, 20.12.2017 – ohneAZ: Privatscheidungen und die Renaissance der autonomen Kollisionsrechte Europas. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)*. (3), 646–666. (in German).
- Beitzke, G. (1974) Anmerkung zum Oberlandesgericht Düsseldorf 17.05.1974 № 3 VA 1/74. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*. 21(10), 532–533. (in German).
- Beule, D. (1979) Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Ehesachen, insbesondere bei Privatscheidungen. *Das Standesamt (StAZ)*. 32(2), 29–36. (in German).
- Coester-Waltjen, D. & Mäsch, G. (2017) *Übungen in Internationalem Privatrecht und Rechtsvergleichung*. 5 Auflage. Berlin, De Gruyter. (in German).
- Dutta, A. (2018) Ausländische Privatscheidungen nach Sahyouni: Viele Fragen nach EuGH, Urt. v. 20.12.2017 – C-372/16. In: *Forum Familienrecht*. 22(2), 60–64. (in German).
- Gärtner, V. (2008) *Die Privatscheidung im deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*. Tübingen, Mohr Siebeck. (in German).
- Geimer, R. (2020) *Internationales Zivilprozessrecht*. 8. Auflage. Köln, Otto Schmidt. (in German).
- Geimer, R. (2022) § 107 FamFG In: Richard Zöllers. *Kommentar zur Zivilprozessordnung*. 34. Auflage. Köln, Otto Schmidt. (in German).
- Gössl, S.L. (2016) «Anerkennung» ausländischer Entscheidungen und der EuGH – Lost in Translation?! *Das Standesamt (StAZ)*. (8), 232–236. (in German).
- Gössl, S.L. (2018) Überlegungen zum deutschen Scheidungskollisionsrecht nach «Sahyouni». *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union (GPR)*. 5(2), 94–99. (in German).

- Gruber, U.P. (1999) Die «ausländische Rechtshängigkeit» bei Scheidungsverfahren. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*. 1563–1568. (in German).
- Gruber, U.P. (2021) Art. 17 EGBGB. In: Heidel, Th. Hüßtege, R. Mansel, H.-P. & Noack U. (eds.). *Nomos Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch: Allgemeiner Teil EGBGB*. 4. Auflage. Baden-Baden, Nomos. (in German).
- Guedjev, L.N. (2020) *Das Internationale Familienrecht Bulgariens*. Tübingen, Mohr Siebeck. (in German).
- Hau, W. & Linke H. (2021) *Internationales Zivilverfahrensrecht*. 8. Auflage. Köln, Otto Schmidt. (in German).
- Hau, W. (2022) § 107 FamFG In: Prütting, H. & Helms T. (eds.). *Kommentar zum FamFG*. 6. Auflage. Köln, Otto Schmidt. (in German).
- Helms, T. (2016) Anwendbarkeit der Rom III-VO auf Privatscheidungen? Anmerkung zum Beschluss des Europäischen Gerichtshofs (Erste Kammer) v. 12.5.2016 – C-281/15 (Sahyouni). *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*. (14), 1134–1135. (in German).
- Henrich, D. (1995) Zur Berücksichtigung der ausländischen Rechtshängigkeit von Privatscheidungen, Anmerkung zum Bundesgerichtshof 02.02.1994 № XII ZR 148/92. *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, 86–89. (in German).
- Herfarth, Ch. (2000) *Die Scheidung nach jüdischem Recht im internationalen Zivilverfahrensrecht*. Heidelberg, Winter. (in German).
- Kleinrahm, K. (1966) *Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Ehesachen*. Göttingen, Schwartz. (in German).
- Kleinrahm, K. & Partikel, H.-Ch. (1970) *Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Ehesachen*. 2. Auflage. Göttingen, Schwartz. (in German).
- Lorbacher, M. (1979) Zur Anerkennungsfähigkeit von Privatscheidungen ausländischer Ehegatten durch die Landesjustizverwaltung. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*. (26), 771–774. (in German).
- Lüderitz, A. (1990) «Talâq» vor deutschen Gerichten In: Prütting, H. (ed.). *Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag*. Köln, Heymanns. pp. 333–348. (in German).
- Ludwig, Ingo. (2020) Formungültigkeit eines Brautgabeversprechens, BGH v. 18.3.2020 – XII ZB 380/19. *Der Familien-Rechtsberater (FamRB)*. (8), 303–306. (in German).
- Mankowski, P. (2010) EGBGB/IPR: Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche / IPR. Art 13-17b EGBGB (Internationales Eherecht). In: Henrich, D. (eds.). *Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. 15. Auflage. Berlin, Otto Schmidt / De Gruyter. (in German).
- Nagata, M. (2022) Bericht: Japan. In: Rieck, J. & Lettmaier, S. (eds.). *Ausländisches Familienrecht*. Eine Auswahl von Länderdarstellungen. München, C.H. Beck. (in German).
- Neuhaus, P.H. H.N. (1967). Review of Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Ehesachen, by K. Kleinrahm. *Rabels Zeitschrift Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht. The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*. 31(3), 578–580. (in German).
- Otto, G. (1976) Anmerkung zum Oberlandesgericht Düsseldorf 28.11.1975 № 3 VA 6/75. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*. 279–280. (in German).
- Partikel, H.-Ch. (1969) Kritische Bemerkungen zur rechtlichen Beurteilung von Privatscheidungen. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*. 15–19. (in German).
- Porotikov, A.I. (2011) The problem of qualification in private international law. In: Lebedev, S.N. & Kabatova, E.V. (eds.). *Private International Law: textbook*. Vol. 1. Moscow, Statute Publ. (in Russian).
- Поротиков А.И.* Проблема квалификации в международном частном праве // Международное частное право: учебник: в 2 т. Т. 1: Общая часть / отв. ред. С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова. М.: Статут, 2011. 400 с.

- Ralser, E. (2021) Des effets en France d'un divorce par consentement mutuel prononcé au Maroc hors la présence de l'un des époux. *Revue critique de droit international privé*. 2(2), 401–415. (in French).
- Reinl, W. (1967) *Die Anerkennung ausländischer Eheauflösungen*. Würzburg, Universität. (in German).
- Reuß, Ph.M. (2009) Internationale Rechtshängigkeit im Zivilprozess, *Juristische Ausbildung (JURA)*. (1), 1–8. (in German).
- Sieghörtner, R. (2022) § 107 FamFG. In: Hahne, M.-M., Schlögel, J. & Schlünder, R. (eds.). *Beck'scher Online Kommentar zum FamFG*. 44. Auflage. München, C.H. Beck. (in German).
- Siehr, K. (1969) Privatscheidungen und Anerkennungsverfahren. nach Art. 7 § 1 FamRÄndG. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*. 184–188 (in German).
- Siehr, K. (2009) Ehescheidung deutscher Juden (BGH, S. 347). *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*. (4), 332–336. (in German).
- Spellenberg, U. (2016) Internationales Verfahrensrecht in Ehesachen. In: Henrich, D. (eds.). *Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. 15. Auflage. Berlin, Otto Schmidt / De Gruyter. (in German).
- Tarikanov, D. V. (2022) The method of procedural acknowledgement as an antipode of the conflict method in private international law. *International public and private law*. (6), 25–29. <https://doi.org/10.18572/1812-3910-2022-6-25-29> (in Russian).  
*Тариканов Д.В. Метод процедурного признания как антипод коллизионного метода в международном частном праве // Международное публичное и частное право*. 2022. № 6. С. 25–29. <https://doi.org/10.18572/1812-3910-2022-6-25-29>
- Wagner, R. (2013) Ausländische Entscheidungen, Rechtsgeschäfte und Rechtslagen im Familienrecht aus der Sicht des autonomen deutschen Rechts – Eine Neubearbeitung. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*. (20), 1620–1630. (in German).

**About the author:**

**Dmitry V. Tarikanov** – Candidate of Legal Sciences, Lecturer, Department of Private International Law, Russian Foreign Trade Academy; 6a Vorobievskoe shosse, Moscow, 119285, Russian Federation

**ORCID ID: 0000-0002-2796-8674**

*e-mail:* d.tarikanov@gmail.com

**Сведения об авторе:**

**Тариканов Дмитрий Викторович** – кандидат юридических наук, преподаватель, кафедра международного частного права, Всероссийская академия внешней торговли; 119285, Российская Федерация, г. Москва, Воробьевское шоссе, д. 6А

**ORCID ID: 0000-0002-2796-8674**

*e-mail:* d.tarikanov@gmail.com