



**БРАНОВИЦКИЙ  
КОНСТАНТИН ЛЕОНИДОВИЧ**

ведущий консультант отдела анализа и обобщения судебной практики ФАС Уральского округа, доцент кафедры гражданского процесса УрГЮА, кандидат юридических наук, магистр германского права LL.M. (Киль)

## ПОНЯТИЕ И ЗНАЧЕНИЕ СУДЕБНОГО РУКОВОДСТВА РАССМОТРЕНИЕМ ДЕЛА ПО СУЩЕСТВУ В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ ГЕРМАНИИ

Настоящая статья посвящена одному из важнейших принципов гражданского процесса Германии — принципу судебного руководства рассмотрением дела по существу. В ней исследуются различные подходы в немецкой процессуальной доктрине к целям и задачам гражданского процесса, оказавшие влияние на формирование и развитие данного принципа. Анализируя отдельные вопросы, автор достаточно подробно раскрывает существующие процессуальные обязанности суда по доведению до сторон и обсуждению с ними своей правовой позиции. С точки зрения сторон анализируются конституционно-правовой запрет вынесения «неожиданного» судебного решения, а также процессуально-правовые последствия его принятия.

*Ключевые слова: гражданский процесс Германии, немецкое право, рассмотрение дела по существу, раскрытие доказательств, разъяснение судебного решения*

Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür,  
die Zwillingsschwester der Freiheit<sup>1</sup>.

*Rudolf von Jhering*

Пристальное внимание к изучению процессуального права зарубежных стран является традицией российской правовой школы, способствующей более глу-

бокому пониманию отечественных процессуальных институтов<sup>2</sup>. В качестве одного из исторических источников российского процессуального права называется немецкое право. Современная процессуальная российская доктрина также во многом основывается на немецком учении гражданского процесса (труды Е.В. Васьковского, А.П. Вершинина, А.Х. Гольмстена, М.А. Гурвича, А.Г. Давтян).

<sup>1</sup> «Форма — это заклятый враг любого произвола и сестра-близнец свободы» (нем.) // *Jhering R. von. Geist des römischen Rechts. 2 Teil. 2 Abt. 2 Auflage 1869. S. 455.*

<sup>2</sup> *Елисеев Н.Г. Гражданское процессуальное право зарубежных стран. М., 2004. С. 6.*

Несмотря на то, что отечественная наука исследует и обсуждает широкий круг вопросов немецкого процессуального права, один из основополагающих принципов гражданского процесса Германии — судебное руководство рассмотрением дела по существу, получивший название *Magna Carta* гражданского процесса Германии<sup>3</sup>, и входящая в него обязанность суда по даче разъяснений (*Hinweispflicht*) должного освещения не получили.

Подобная ситуация вполне объяснима тем, что при изучении гражданского процесса Германии (в частности, положений § 139 Гражданского процессуального уложения Германии (далее — ГПУ Германии)) иностранному юристу или исследователю трудно переоценить смысл и значение судебного руководства рассмотрением дела по существу и обязанности суда по даче разъяснений без погружения в судопроизводство в немецких судах, в том числе ввиду отсутствия аналогичных институтов во многих правовых порядках.

Приведенное в эпиграфе высказывание Р. Иеринга в контексте конституционных прав граждан трактуется в немецкой правовой доктрине достаточно широко<sup>4</sup>. С позиции правового государства простого осуществления судопроизводства в порядке, установленном процессуальным законом, недостаточно: необходимо, чтобы по итогам рассмотрения была достигнута правовая определенность для сторон<sup>5</sup>. Процессуальное право и его нормы не могут и не должны рассматриваться в качестве самоцели<sup>6</sup>, а процессуальные права сторон объективируются только в результате деятельности судьи при рассмотрении дела<sup>7</sup>.

## 1. Конституционно-правовые основы судебного руководства рассмотрением дела по существу и обязанности суда по даче разъяснений (правило *audiatur et altera pars*)

Статьей 103 Основного закона Федеративной Республики Германия (далее — Основной закон ФРГ)

<sup>3</sup> *Baumbach A., Lauterbach W., Albers J. u. a. Zivilprozessordnung, Kommentar mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen. München, 2007. Rn. 1.*

<sup>4</sup> *Baur F. Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht. Summum jus summa injuria. Tübingen, 1963. S. 116.*

<sup>5</sup> BVerfGE 2, 380.

<sup>6</sup> *Isermann E. Die Fürsorgepflicht des deutschen Zivilrichters // Jurisprudencija. 2008. № 7. S. 65.*

<sup>7</sup> *Ibid.* S. 66.

закрепляется право каждого быть выслушанным в суде в соответствии с законом<sup>8</sup>. Как неоднократно подчеркивал Федеральный конституционный суд ФРГ (далее — ФКС ФРГ), данное право неразрывно связано с идеей правового государства, в котором каждому гарантируется право не просто выступать в качестве объекта судебного разбирательства, но также высказываться и влиять своими действиями на ход процесса и его результат, а на суд возлагается обязанность соблюдать права участников разбирательства<sup>9</sup>.

Данная гарантия, известная со времен римского права как *audiatur et altera pars*, в немецком праве проявляется в качестве трех основных элементов<sup>10</sup>:

1) право на получение информации о ходе и содержании судебного разбирательства, в том числе на ознакомление с содержанием всех ходатайств и заявлений противоположной стороны и промежуточных судебных актов;

2) право на доведение до суда своей позиции: возможность как минимум в письменном виде довести до суда как свою точку зрения по фактическим обстоятельствам дела, так и правовую позицию до момента принятия окончательного судебного акта по делу;

3) право на учет данной позиции со стороны суда, которое рассматривается в контексте обязанности суда принять во внимание и дать оценку позиции стороны по делу, включая сделанные ею ходатайства и заявления.

С позиции приведенного выше понимания права быть выслушанным в суде, а также с учетом возложения на суд обязанности по соблюдению прав сторон особое

<sup>8</sup> Следует отметить, что в российском правовом порядке право быть выслушанным как самостоятельный принцип отсутствует. Ссылка на данный принцип как общеправовой, обеспечивающий соблюдение права на справедливое судебное разбирательство, содержится в Постановлении КС РФ от 12.03.2001 № 4-П. Подробнее см.: *Филатова М.А. Фундаментальные гарантии сторон в гражданском процессе: способы закрепления и тенденции развития // Журнал российского права. 2007. № 5. С. 105.*

<sup>9</sup> BVerfGE 84, 188.

<sup>10</sup> Именно такое толкование права быть заслушанным в суде дал ФКС ФРГ (BVerfGE 86, 133).



значение приобретают реальные гарантии реализации этого конституционного принципа.

Так, согласно разъяснениям ФКС ФРГ в процессе производства по делу суд обязан не только с формальной точки зрения обеспечить сторонам возможность высказаться и учесть их мнения, но и вести процесс таким образом, чтобы стороны могли высказаться именно по тем вопросам и обстоятельствам, которые важны для разрешения спора по существу с точки зрения суда.

В любом случае решение всегда остается за судом. При формальном подходе стороны могут тратить время и высказываться по тем обстоятельствам, которые впоследствии будут оценены в судебном решении (а на самом деле гораздо раньше) как несущественные, и, как следствие, право быть выслушанным будет носить иллюзорный характер.

С целью избежать формальностей при разрешении споров, а также с учетом положения о том, что судья «не является машиной по написанию судебного решения»<sup>11</sup>, а призван разрешать спор между сторонами, в процессуальной доктрине Германии был закреплен принцип руководства рассмотрением дела по существу, а в качестве его важнейшего элемента была названа обязанность суда по даче разъяснений (*Hinweispflicht*).

## 2. Понятие «судебное руководство рассмотрением дела по существу» и исторические предпосылки его возникновения

С момента принятия Гражданского процессуального уложения Германии<sup>12</sup> в разные периоды в различных параграфах (§ 130, 464, 278, 139) нормативно закреплялась обязанность суда давать сторонам разъяснения по всем существенным фактическим и правовым обстоятельствам дела, т.е. содействовать сторонам.

<sup>11</sup> *Isermann E.* Op. cit. S. 68.

<sup>12</sup> Гражданское процессуальное уложение Германии (*Zivilprozessordnung Deutschlands*) было принято 30.01.1877.

Следует отметить, что появление и совершенствование данного института было неразрывно связано с развитием в немецкой процессуальной доктрине учения о роли и значении самого гражданского процесса. Даже беглый взгляд на данный вопрос позволяет говорить о многообразии научных школ и подходов, которые в интересах представления заявленной темы нуждаются в кратком анализе.

Согласно точке зрения, господствующей в научной литературе<sup>13</sup>, задачей гражданского процесса является защита субъективного права. В том случае, если правопорядок предоставляет индивидууму субъективное право, он же (правопорядок) должен обеспечить защиту этого права. В случае неисполнения должником законного требования кредитора добровольно последний остается перед выбором: защищать ли свое право самостоятельно либо обратиться за помощью к государству. Поскольку, исходя из концепции правового государства, самозащита права не допускается, то государство обязано обеспечить взамен эффективный альтернативный инструмент защиты субъективных прав<sup>14</sup>. Таким инструментом служит гражданский процесс, задачами которого становятся признание и осуществление субъективных прав при действии принципов диспозитивности и состязательности.

Иной подход к задачам гражданского процесса предложили в своих работах известные процессуалисты Ф. Кляйн<sup>15</sup> и А. Шонке<sup>16</sup>. Согласно их учению задачей гражданского процесса является не признание и осуществление субъективных прав, а защита прав объективных. Защита конкретного субъективного права может рассматриваться только в качестве цели подачи иска, но не как задача всего гражданского процесса. Задачей гражданского процесса, в свою очередь, должна являться защита правопорядка в целом, в том числе и защита конкретных субъективных прав каждого. Такой подход

<sup>13</sup> *Stein F., Jonas M.* Kommentar zur Zivilprozessordnung. Tübingen, 2013. Einl. Rn. 9; *Rosenberg L., Schwab K.H., Gottwald P.* Zivilprozessrecht. München, 2010. § 1. Rn. 5.

<sup>14</sup> *Liu Ming-Sheng.* Die richtliche Hinweispflicht. Dogmatik und Rechtskultur. Regensburg, 2009. S. 34.

<sup>15</sup> *Klein F., Engel F.* Der Zivilprozess Österreich. Aalen, 1928. S. 188.

<sup>16</sup> *Schönke A.* Das Rechtsschutzbedürfnis. Studien zu einem Zivilprozessualen Grundbegriff. Berlin, 1950. S. 11, 12.

встретил в литературе серьезную критику во многом из-за уменьшения значения принципов диспозитивности и состязательности<sup>17</sup>.

Со временем господствующая позиция о том, что главной задачей процесса выступает защита субъективных прав, столкнулась со сложностью объяснения законной силы несправедливых и неверных решений суда. При данном подходе появляется уточнение, что наряду с защитой субъективных прав задачей гражданской процесса является также обеспечение мирного и справедливого общественного порядка<sup>18</sup>. Гражданский процесс служит не только для восстановления нарушенных прав в отношениях между сторонами, но и для прекращения конфликта и восстановления мира между ними. Именно этим объясняется норма § 279 (§ 278) ГПУ Германии, закрепляющая обязанность суда стремиться во всяком положении дела к мирному разрешению спора. Очень близким к данной точке зрения является подход, называемый в качестве задачи гражданского процесса разрешение конфликта<sup>19</sup>. Объединяющим фактором здесь выступает то, что защита субъективного права и обеспечение мирного и справедливого общественного порядка не противопоставляются, а сосуществуют в качестве задач процесса.

Самостоятельным учением о задачах гражданского процесса стала так называемая социологическая теория<sup>20</sup>, согласно которой гражданский процесс есть способ достижения справедливости, задачей которого является правовая защита путем вынесения справедливого правильного решения. Иными словами, через процесс происходит легитимизация судебного решения. Последователи данного учения испытывали трудности при ответе на вопрос, каким образом может быть достигнута справедливость в ситуации вынесения неправильного решения.

Однако главным недостатком такого подхода обоснованно назывался тот факт, что форме процесса придавалось большее значение, чем его содержанию и результату. Справедливо утверждение о том, что при одинаковом протекании гражданского процесса в стро-

гом соответствии с процессуальными нормами возможно получение как справедливого, так и несправедливого результата. Гражданский процесс не может быть самоцелью, выступать критерием справедливости, его задачей должно являться достижение справедливости через защиту субъективных прав на основании истины.

Гражданский процесс не может и не должен легитимировать сам себя через формальное соблюдение процессуальных норм и правил. Его задачей также не могут выступать исключительно процессуальная справедливость и правильность рассмотрения спора. Гораздо большее значение имеет материальная справедливость, которая, будучи мерой масштаба, позволяет говорить о том, что сам процесс был справедливым и правильным, но не наоборот<sup>21</sup>.

На закрепление обязанности суда по разъяснению оказала значительное влияние точка зрения в научной литературе, согласно которой задачей гражданского процесса является правильное (правовое) принятие судебного решения путем конкретизации и развития права в каждом деле<sup>22</sup>.

Право без процесса и судебного решения является чем-то неопределенным и осознаваемым разными субъектами по-разному, а в целом — объективно неосознанным. Гражданский процесс необходим тогда, когда нужно зафиксировать «изменчивое право» в определенный момент времени. В таком случае все участники (суд и стороны) должны совместно объединить усилия не просто для того, чтобы защитить права сторон, но и для того, чтобы обеспечить правовое принятие судебного решения, поскольку от их воли и оценки в конкретном споре будет зависеть само право.

С позиции такого подхода суд, не являясь единственным субъектом, знающим и применяющим право, должен привлекать стороны для познания права путем совместной правовой дискуссии. Суд обязан не просто выслушать, но и учесть правовую позицию сторон.

<sup>17</sup> Stein F., Jonas M. Op cit. Einl. Rn. 10.

<sup>18</sup> Ibid. Einl. Rn. 7, 11.

<sup>19</sup> Rosenberg L., Schwab K.H., Gottwald P. Op. cit. § 1. Rn. 11.

<sup>20</sup> Luhmann N. Legitimation durch Verfahren. Frankfurt, 1983. S. 17.

<sup>21</sup> Rawls J. Eine Theorie der Gerechtigkeit (A Theory of Justice). Frankfurt am Main, 1971. S. 106; Stein F., Jonas M. Op. cit. Einl. Rn. 28.

<sup>22</sup> Pawlowski H.-M. Zivilprozessuale Grundlagen durch richterlicher Rechtsfortbildung // Zeitschrift für Zivilprozess. 1967. № 80. S. 368.



Суд не может рассматриваться в качестве единолично принимающего все решения руководителя или творца, а должен находиться между сторонами в поиске и познании права в конкретном деле. Задачей суда должно считаться по возможности полное преодоление противоречивых правовых позиций сторон путем совместной дискуссии. Решение суда в таком случае выступает конвенцией (последствием) дискуссии со сторонами.

Вышеизложенные теории и правовые школы так или иначе оказали существенное влияние на возникновение обязанности суда по разъяснению (*Hinweispflicht*) и на формирование принципа руководства судом рассмотрения дела по существу. Именно в целях решения такой задачи гражданского процесса, как защита субъективного права, и понимания важности социальной функции правосудия в процессуальной доктрине Германии получила свое закрепление и развитие обязанность суда по разъяснению<sup>23</sup>.

В настоящее время положения о роли суда в реализации сторонами своих прав, а также о необходимости достижения правовой определенности вместо формальной процедуры рассмотрения<sup>24</sup> закреплены в одной из центральных норм гражданского процесса Германии — § 139 ГПУ Германии.

В соответствии с положениями названного параграфа суд обязан, насколько это необходимо, обсуждать со сторонами фактические и юридические аспекты обстоятельств дела и спора и задавать вопросы. Он должен содействовать тому, чтобы стороны давали своевременные и полные объяснения по установленным фактам, называли средства доказывания и заявляли надлежащие ходатайства.

При этом п. 2 § 139 ГПУ Германии предусматривается, что на основании позиции, которую сторона не принимала во внимание или рассматривала как несущественную, если это затрагивает не только второстепенные требования, суд может вынести постановление лишь при условии, что он разъяснил и предоставил возможность для изложения

мнения. Это правило действует также в отношении позиции, которую суд оценивает иначе, чем обе стороны.

В доктрине отмечается, что на основании положений § 139 ГПУ Германии суд должен по возможности создать для сторон необходимые условия представления материальных и процессуальных аспектов спора в полном объеме.

Целью подобного правового регулирования является создание суда, который занимает активную роль в процессе и задачей которого является принятие справедливого решения, разрешающего спор по существу<sup>25</sup>. В свою очередь, на стороны в рамках действующего принципа состязательности возлагается бремя представления в полном объеме доказательств, имеющих значение для рассматриваемого дела. Кроме того, на суде лежит обязанность обеспечить в процессе нейтралитет и равенство сторон.

Из анализа абз. 1 § 139 ГПУ Германии следует, что обязанность суда по разъяснению возникает только после того, как стороны в том или ином виде представили в материалы дела содержание или суть спора<sup>26</sup>. При этом немецкий законодатель, разъясняя смысл и значение данной нормы, отмечает, что суд не обязан указывать стороне на возможность заявлять в процессе о пропуске срока исковой давности или о существовании права на удержание вещи, если из положения дела следует, что сторона не намеревалась воспользоваться подобным правом на защиту<sup>27</sup>. В противном случае интересам ответчика будет отдано предпочтение, что нарушает принцип равноправия сторон. На практике это означает, что на суд не возлагается обязанность постановки вопросов по выяснению новых оснований требований, возражений или ходатайств, которые очевидно не следовали из содержания заявленных сторонами требований.

<sup>23</sup> Liu Ming-Sheng. Op. cit. S. 47.

<sup>24</sup> Гражданское процессуальное уложение Германии / пер. В. Бергманна. М., 2006.

<sup>25</sup> Bahlmann A. ZPO-reform 2002: Stärkung der ersten Instanz. Eine Untersuchung zu § 139 und 278 ZPO n.F. Frankfurt am Main, 2006. S. 92.

<sup>26</sup> Reischl K. Der Umfang der richterlichen Instruktionstätigkeit — ein Beitrag zu § 139 Abs. 1 ZPO // Zeitschrift für Zivilprozess. 2003. № 116. S. 81.

<sup>27</sup> См.: Drucksache des Deutschen Bundestags. 2000. № 14/4722. S. 77.

## 2.1. Судебное руководство и участие адвокатов

Одним из моментов, вызывавших определенную дискуссию в научной литературе, выступает применение положений § 139 ГПУ Германии в процессе с участием адвокатов.

Так, согласно положениям § 78 ГПУ Германии в судах земель стороны должны вести свои дела через адвоката, имеющего допуск к деятельности при участковом суде или суде земли. В Высших судах земель стороны должны вести дела через адвоката, имеющего допуск к деятельности при Высшем суде земли.

Положения § 78 ГПУ Германии позволяют говорить о наличии в немецком гражданском процессе определенной адвокатской «монополии» на участие в рассмотрении дела как в суде первой инстанции (суд земли и Высший суд земли — § 71 и 118 Закона о судоустройстве<sup>28</sup> соответственно), так и в судах апелляционной (суд земли в случаях, указанных в § 72 Закона о судоустройстве) и кассационной инстанции (Высший суд земли — § 119 Закона о судоустройстве).

Следует отметить, что из содержания § 139 ГПУ Германии не усматривается различий в правовом регулировании процесса без участия адвоката (производство по первой инстанции в участковом суде) и с его участием<sup>29</sup>. Различие в подходах возможно при толковании словосочетания, содержащегося в абз. 1 § 139 ГПУ Германии, — «насколько это необходимо», поскольку в делах с участием адвоката предполагается, что необходимость в разъяснении сторонам возникает гораздо реже<sup>30</sup>.

В пользу существования предусмотренной § 139 ГПУ Германии обязанности суда давать разъяснения даже в делах с участием адвокатов говорит то обстоятельство, что справедливое и окончательное решение по

делу принимается в интересах сторон, а не их адвокатов. Именно интересы сторон должны учитываться судом в первую очередь.

В литературе встречается подход, согласно которому суд дает разъяснения в порядке § 139 ГПУ Германии только в том случае, если очевидно, что представитель стороны (адвокат) упустил из виду важный для дела момент или дает неправильное толкование<sup>31</sup>. В судебной практике отмечается, что в случае, если другая сторона самостоятельно озвучила вышеуказанные недостатки, обязанность суда в разъяснениях отсутствует<sup>32</sup>. Впрочем, Федеральный Верховный суд ФРГ в решении от 17.06.2004 VII ZR 25/03 предусмотрел исключение для случая, когда для суда очевидно, что представитель одной стороны не понял замечания другой стороны о недостатках искового заявления или требования.

## 2.2. Форма и способ разъяснений суда

Вопрос о том, в какой форме и каким способом суд обязан разъяснять сторонам правовые и фактические обстоятельства спора в случаях, предусмотренных законом, приобретает особое значение с точки зрения соблюдения нейтралитета и беспристрастности судьи при рассмотрении дела.

Так, с одной стороны, разъяснение суда о формулировке требования и основания иска может помочь истцу уточнить свои требования по конкретному делу. С другой — излишне подробные и частые разъяснения могут поставить под вопрос беспристрастность судьи.

Суд, рассматривающий спор, имеет право давать разъяснения сторонам на протяжении всего судебного разбирательства вплоть до удаления в совещательную комнату. При этом в литературе отмечается, что суд обязан учесть то обстоятельство, что после обращения к стороне с разъяснением ей потребуется время для уточнения своей позиции, которая должна быть представлена в судебном заседании (допускается применение по аналогии положений § 283 ГПУ Германии)<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> Gerichtsverfassungsgesetz vom 12.09.1950 // BGBl. I S. 1077.

<sup>29</sup> С учетом буквального толкования нормы § 139 ГПУ Германии в научной литературе дискуссия ведется больше о пределах/границах судебного руководства по делам с участием адвокатов. Подробнее см.: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, § 139. Rn. 11ff / Prof. Dr. W. Krüger, Prof. Dr. T. Rauscher, Prof. Dr. J. Adolphsen u.a. München, 2012; Rensen H. Richterliche Hiweispflicht. Bielefeld, 2002. S. 157.

<sup>30</sup> Bahlmann A. Op. cit. S. 97.

<sup>31</sup> Rensen H. Op. cit. S. 1175.

<sup>32</sup> См.: OLG Nürnberg // Monatschrift für Deutsches Recht. 2000. S. 227; BGH. 1980. S. 223.

<sup>33</sup> Bischof H. Streitfragen der Vereinfachungsnovelle // Neue Juristische Wochenschrift. 1977, 1897 (1901); Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung... § 278. Rn. 26.



Важным аспектом является предмет разъяснений суда, который должен способствовать разрешению спора и затрагивать серьезные правовые аспекты рассматриваемого дела. Данное положение означает, что на некоторые процессуальные действия сторон (обеспечительные меры, истребование доказательств) обязанность суда по даче разъяснений сторонам не распространяется. При этом такие действия суда совсем не обязательно должны представлять собой правовую консультацию стороны по предмету спора, зачастую достаточно обрисовать контуры того или иного подхода, разделяемого судом<sup>34</sup>.

В соответствии с абз. 4 § 139 ГПУ Германии соблюдением надлежащей формы дачи судом разъяснений считается отражение таких разъяснений в материалах дела путем письменного закрепления в отдельных судебных актах, с последующим их перенесением в судебное решение или занесением в протокол в порядке § 160 ГПУ Германии. В случае если разъяснение было дано, но этот факт<sup>35</sup> не подтверждается материалами, оно считается не совершенным судом<sup>36</sup>.

### 2.3. Понятие и значение «неожиданных» решений суда

В нормах ГПУ Германии понятие «неожиданного» решения суда отсутствует. В немецкой процессуальной доктрине под этим термином принято понимать окончательное решение суда, которое, исходя из течения процесса по делу, для его участников оправданно не

было очевидным<sup>37</sup>. При этом немецкий законодатель, формулируя норму абз. 2 § 139 ГПУ Германии, включающую в себя, по сути, запрет на вынесение «неожиданного» решения, прямо указал, что такое положение является гарантией конституционного права быть выслушанным в суде согласно ст. 103 Основного закона ФРГ<sup>38</sup>.

В прежней редакции абз. 3 § 278, а в настоящее время в абз. 2 § 139 ГПУ Германии предусматривается, что на основании позиции, которую сторона не принимала во внимание или рассматривала как несущественную, если это затрагивает не только второстепенные требования, суд может вынести постановление лишь при условии, что он это разъяснил и предоставил возможность для изложения мнения.

Целями как первоначальной нормы, содержащейся в абз. 3 § 278 (введенной в действие в 1976 г.), так и ныне действующей, помимо прочего, являются концентрация и ускорение процесса<sup>39</sup>. Само по себе наличие подобной нормы является проявлением действия конституционного права быть выслушанным в суде. Смысл данного правового регулирования заключается в том, что суд должен предоставить сторонам возможность высказаться по тем вопросам, которые имеют значение для принятия решения по делу, а также дать оценку сказанному сторонами. Данные положения направлены на защиту сторон от правоприменительного акта (судебного решения), по которому они не имели возможности высказаться.

Следует отметить, что в абз. 2 § 139 ГПУ Германии речь идет о доведении до сторон определенной позиции суда, под которой следует понимать не только желание суда применить иное основание для требований истца, но и позицию, идущую вразрез с существовавшей ранее судебной практикой<sup>40</sup>. Аналогичные требования распространяются на некоторые процессуальные аспекты рассмотрения дела, такие как допущение по свободному убеждению суда действий

<sup>34</sup> Следует отметить, что в немецкой доктрине отсутствует единый подход к данному вопросу, но в целом отмечается, что, с одной стороны, запрет на подобные действия отсутствует, а с другой — нет и соответствующей обязанности, вытекающей из положений § 139 ГПУ Германии. Это означает, что решение вопроса остается на усмотрение суда, но с обязательным соблюдением беспристрастности и нейтральности. Подробнее о ходе дискуссии см.: Bahlmann A. Op. cit. S. 111.

<sup>35</sup> Как отмечается в научной литературе, важное значение имеет отражение в материалах дела не только самого факта судебного разъяснения, но и его содержания. Подробнее см.: Thomas H., Putzo H. Kommentar zur Zivilprozessordnung. München, 2013. § 139. Rn. 30; Musielak H.-J. Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz. München, 2007. § 139. Rn. 26.

<sup>36</sup> OLG Frankfurt // Neue Juristische Wochenschrift — Rechtsprechungs-Report. 2004. S. 428.

<sup>37</sup> Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung... 2012. § 278. Rn. 22.

<sup>38</sup> Drucksache des Deutschen Bundestags. 2000. № 14/4722. S. 77.

<sup>39</sup> Rosenberg L., Schwab K.H., Gottwald P. Op. cit. 49, 38 (71).

<sup>40</sup> Stein F., Jonas M. Op. cit. § 278. Rn. 32; Zöller R., Greger R. Kommentar zur Zivilprozessordnung. Neuenhagen, 2012. § 139. Rn. 6a.

стороны, совершенных с истечением установленного срока, в порядке § 296 ГПУ Германии<sup>41</sup>.

При анализе положения абз. 2 § 139 ГПУ Германии о том, что позиция суда не была принята сторонами во внимание или рассматривалась ими как несущественная, в немецкой процессуальной доктрине отмечается следующее. Так, допускается «непринятие стороной во внимание» только той позиции суда, которая не была письменно зафиксирована в материалах дела или явно доведена до сведения сторон<sup>42</sup>. Если сторона когда-либо в процессе рассмотрения дела ссылалась на позицию суда или использовала ее другим способом, то вести речь о «непринятии во внимание» уже недопустимо.

Рассмотрение стороной позиции суда как несущественной имеет место в том случае, когда сторона, упоминая о ней, очевидно не понимает, какие последствия для спора будет иметь данная точка зрения суда<sup>43</sup>.

В качестве важного аспекта недопущения вынесения «неожиданного» решения в научной литературе<sup>44</sup> рассматривается последнее предложение абз. 2 § 139 ГПУ Германии, согласно которому обязанность суда по разъяснению и предоставлению возможности высказаться действует в отношении позиции, которую суд оценивает иначе, чем обе стороны.

Суд обязан в таком случае обозначить сторонам свою, отличную от их точку зрения, которая может касаться оценки как правовых, так и фактических обстоятельств дела, и предоставить им возможность и время для уточнения собственных позиций.

#### 2.4. Сомнения суда в отношении обстоятельств, установление и проверка которых осуществляется судом в силу прямого указания закона

Все вышеперечисленные аспекты в отношении принципа руководства рассмотрением дела по существу

либо затрагивали общие моменты, либо касались судебных разъяснений сторонам при установлении и оценке фактических и правовых обстоятельств, на которых во избежание принятия «неожиданного» решения основываются требования и возражения сторон.

В соответствии с абз. 3 § 139 ГПУ Германии суд также должен обращать внимание на сомнения, возникшие в отношении тех обстоятельств, которые ему надлежит учитывать по собственной инициативе. К таким обстоятельствам принято относить: допустимость иска с точки зрения компетенции<sup>45</sup>, допустимость обжалования судебного акта<sup>46</sup> или совершения отдельного процессуального действия<sup>47</sup>; правила разграничения подведомственности (§ 13 Закона о судостроительстве)<sup>48</sup>, факт отсутствия процессуальной правоспособности; ненадлежащее оформление полномочий представителя, а также обстоятельства, препятствующие вынесению заочного решения, перечисленные в абз. 1 § 335 ГПУ Германии. К материально-правовым обстоятельствам, которые должны учитываться судом по собственной инициативе, относятся нарушение письменной формы договора (§ 126 Германского гражданского уложения) и нарушение установленного запрета на отчуждение (§ 135 Германского гражданского уложения)<sup>49</sup>.

Процессуальная обязанность суда формулируется следующим образом: «суд должен обращать внимание на...», что в сравнении с абз. 1 § 139 ГПУ Германии, в котором речь идет о «разъяснениях суда», означает меньшую степень вовлеченности суда в доведение до сторон своих сомнений и позиций в отношении указанных обстоятельств. В данном случае достаточным признается такое поведение суда, при котором стороны могли бы понять его сомнения и позицию по вышеуказанным обстоятельствам<sup>50</sup>.

<sup>41</sup> BVerfGE 10, 182; 15, 218; 32, 197; Musielak H.-J. Op. cit. § 278. Rn. 34.

<sup>42</sup> Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung... 2012. § 278. Rn. 33.

<sup>43</sup> Stein F., Jonas M. Op. cit. 2013. § 278. Rn. 33.

<sup>44</sup> Musielak H.-J. Op. cit. § 278. Rn. 34; Stein F., Jonas M. Op. cit. § 139. Rn. 77.

<sup>45</sup> Thomas H., Putzo H. Op. cit. § 139. Rn. 11.

<sup>46</sup> BGH // Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht. № 76. S. 192.

<sup>47</sup> Zimmermann W. Kommentar zur Zivilprozessordnung. München, 2011. § 139. Rn. 14.

<sup>48</sup> Gerichtsverfassungsgesetz vom 09.05.1975 // BGBl. I S. 1077.

<sup>49</sup> Bahlmann A. Op. cit. S. 113.

<sup>50</sup> Впрочем, в литературе встречается точка зрения, что речь, по сути, идет о равнозначных категориях, и в случае с абз. 3 § 139 ГПУ Германии суд также обязан содействовать сторонам. См., напр.: Laumen H.-W. Das Rechtsgespräch im Zivilprozess (Prozessrechtliche Abhandlungen). Köln, 1984. S. 155.; Thomas H., Putzo H. Op.cit. § 139. Rn. 29.





### 3. Процессуальные последствия нарушения обязанности суда по даче разъяснений сторонам

Процессуальные последствия нарушения § 139 ГПУ Германии в зависимости от субъекта, установившего факт нарушения, можно разделить на два вида.

#### 3.1. Процессуальные нарушения выявлены судом первой инстанции

Согласно п. 2 абз. 2 § 156 ГПУ Германии по окончании судебного устного разбирательства суд, установивший, что предшествующее разбирательство было неполным и что не были сделаны необходимые разъяснения сторонам, обязан возобновить судебное разбирательство.

#### 3.2. Процессуальные нарушения выявлены судом вышестоящей инстанции

В случае если суд в нарушение положений абз. 1, 2, 3 § 139 ГПУ Германии не дал разъяснений сторонам относительно правовых и фактических обстоятельств дела, положенных в основу позиции суда по делу, и отсутствуют подтверждающие этот факт документы<sup>51</sup>, такое нарушение является процессуальной ошибкой суда и рассматривается при обжаловании судебного решения как нарушение конституционного права быть выслушанным в суде (ст. 103 Основного закона ФРГ)<sup>52</sup>.

В соответствии с § 513 ГПУ Германии пределы проверки судом апелляционной инстанции решения суда первой инстанции ограничены правильностью применения норм материального и процессуального права. Нарушение норм § 139 ГПУ Германии относится к процессуальным нарушениям, влекущим отмену решения<sup>53</sup>. Гражданское дело в случае необходимости проведения значительного по объему или затратам исследования доказательств, со-

гласно п. 1 абз. 2 § ГПУ Германии, и при наличии ходатайства стороны подлежит возврату на новое рассмотрение в суд первой инстанции. В остальных случаях спор подлежит разрешению судом апелляционной инстанции без направления дела на новое рассмотрение<sup>54</sup>.

Если данные обстоятельства находят свое подтверждение в суде апелляционной инстанции, то согласно п. 2 абз. 2 § 531 ГПУ Германии стороны вправе заявлять новые требования и возражения, которые не могли быть использованы и заявлены в первой инстанции вследствие вышеуказанного процессуального нарушения. Такой подход имеет своей целью максимально сконцентрировать исследование доказательств именно в суде первой инстанции.

#### 3.3. Защита прав сторон при невозможности апелляционного обжалования

В тех случаях, когда в силу норм § 511 ГПУ Германии решение не может быть предметом апелляционного обжалования, § 321 ГПУ Германии предусматривает возможность подачи в суд, принявший решение (суд первой инстанции), процессуальной жалобы о возобновлении производства в связи с тем, что суд существенным для разрешения дела образом нарушил право стороны быть выслушанной.

## 4. Выводы

Представленные выше основные положения принципа руководства рассмотрением дела по существу и обязанности суда по разъяснению уже более ста лет служат задачам гражданского процесса в их понимании немецкими юристами в условиях правовой действительности Германии, где одним из проявлений этого принципа является высокий авторитет судей внутри страны. Такой статус достигается как путем многоступенчатой профессиональной подготовки и жесткого отбора кандидатов на должности судей, так и самим течением процесса с большим количеством различных разъяснений и совместным правовым анализом спора и его результата.

<sup>51</sup> То есть имеет место принятие судом «неожиданного» решения.

<sup>52</sup> Drucksache des Deutschen Bundestags. 2000. № 14/4722. S. 77.

<sup>53</sup> Bahlmann A. Op. cit. S. 123.

<sup>54</sup> BGH // Neue Juristische Wochenschrift. 2001. S. 1500.

Следует отметить, что правовое регулирование и практическое применение § 139 ГПУ Германии с точки зрения процессуальных моментов имеет следующие преимущества.

1. Стороны и их представители участвуют в принятии решения, в обсуждении правовых и фактических вопросов, положенных в его основу.

|| При открытом обсуждении со сторонами и их представителями фактических и правовых обстоятельств дела, а также при наличии собственной правовой позиции суда существенно уменьшается количество домыслов и предположений о том, каким будет решение, кто оказывает на него влияние и т.д.

2. Проявлением действия принципа руководства рассмотрением дела по существу и обязанности суда по разъяснению, связанных с конституционным правом быть выслушанным в суде, является недопустимость вынесения «неожиданных» судебных решений.

|| Тот факт, что решение является ожидаемым для сторон, снижает процент его обжалования в вышестоящие инстанции.

В случае с «неожиданным» судебным решением нельзя исключать возможность обжалования только потому, что суд так и не смог выслушать и дать оценку позиции стороны и ее доводам относительно положенных в основу решения обстоятельств.

3. Обязанность суда по разъяснению фактических и правовых обстоятельств дела на практике приводит к

увеличению количества заключаемых мировых соглашений в судебном заседании.

|| Рассматривая дело и разясняя свою правовую позицию, суд не только дает сторонам возможность и почву для диалога и поиска компромисса, но и снижает вероятность обжалования его решения со ссылкой на игнорирование позиции стороны.

Согласно отчету по гражданским делам Федерального министерства статистики Германии<sup>55</sup> за 2012 г. мировые соглашения были заключены по 15,3% дел. Для сравнения: согласно данным Высшего Арбитражного Суда РФ, процент мировых соглашений в арбитражных судах по экономическим делам, вытекающим из гражданских правоотношений, по итогам 2012 г. составил 4,1%, в 2013 г. — 3,6%<sup>56</sup>.

В заключение следует подчеркнуть, что та или иная норма национального законодательства рождается и проходит свое развитие в рамках существующей философской, социальной, политической картины мира конкретного общества. Обстоятельства исторической близости гражданских процессов двух стран — России и Германии вследствие общей романо-германской правовой семьи не означают наличия одинаковых подходов даже к таким фундаментальным положениям процессуальной доктрины, как роль суда в гражданском процессе. Несомненный научно-практический интерес в сравнительно-правовом аспекте представляют вопросы соотношения принципов диспозитивности, состязательности с активной ролью суда в процессе; обеспечения беспристрастности и нейтральности суда при проведении судебного разбирательства; снижения судебной нагрузки и повышения качества правосудия и др.

<sup>55</sup> URL: [https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Zivilgerichte2100210127004.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Zivilgerichte2100210127004.pdf?__blob=publicationFile) (дата обращения: 07.04.2014).

<sup>56</sup> URL: [http://www.arbitr.ru/\\_upimg/2B321D1900F0766CB1E517D03B6FF8A2\\_9.pdf](http://www.arbitr.ru/_upimg/2B321D1900F0766CB1E517D03B6FF8A2_9.pdf) (дата обращения: 07.04.2014).