

Оговорка о публичном порядке как основание отказа в применении иностранного семейного права

 **Е.П. Войтович**

Доцент, кафедра гражданского права и процесса Сибирского института управления — филиала Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 630102, Российская Федерация, Новосибирск, ул. Нижегородская, 6. E-mail: vojtovich@siu.ranepa.ru

Аннотация

Рассмотрение вопроса о действии норм иностранного семейного права тесно связано с проблемой ограничений, касающихся действия в России выбранного сторонами или судом иностранного права, подлежащего применению к семейным отношениям. Международному частному праву известно несколько способов, ограничивающих действие иностранного семейного права. Одним из них выступает оговорка о публичном порядке, правило о которой закреплено в ст. 167 Семейного кодекса. Оно в целом отвечает современным стандартам международного частного права, в то же время его применение не дает положительного эффекта. Цель исследования: обеспечение правильного и единообразного применения судами норм международного частного права при разрешении семейно-правовых споров, защита от нежелательных последствий, к которым может привести применение иностранного семейного права к конкретному правоотношению. Достижение указанной цели осуществляется посредством решения следующих задач: определить публичный порядок и его элементы для нужд семейно-правового регулирования, оценить роль существующего ограничения действия подлежащих применению норм иностранного семейного права с точки зрения доктрины и правоприменения. Основные методы исследования: формально-юридический, сравнительно-правовой. Обосновывается, что в международном частном семейном праве оговорка о публичном порядке не получила обобщенной характеристики, анализируются возможные причины неприменения данного правила, обращается внимание на недостатки действующей редакции ст. 167 Семейного кодекса, формулируются предложения по совершенствованию действующего законодательства, даются рекомендации судам, разрешающим трансграничные семейные споры. Отмечается, что отечественная доктрина и практика по-разному определяют элементы публичного порядка, обращается внимание на негативные тенденции судебной практики. Автор приходит к выводу, что внутригосударственная практика применения оговорки о публичном порядке должна стремиться к достижению правовой определенности, исключению необоснованного отказа в применении иностранного права, гарантированному осуществлению субъективных прав. Автор заключает, что публичному порядку Российской Федерации не корреспондирует группа норм, подлежащих применению при разрешении семейно-правовых споров, осложненных иностранным элементом. Основы публичного порядка в семейно-правовой сфере составляют принципы семейного права, закрепленные в Конституции, общепризнанные принципы и нормы международного права.



Ключевые слова

оговорка, публичный порядок, семейное право, фундаментальные правовые начала, принципы, сверхимперативные нормы.

Для цитирования: Войтович Е.П. Оговорка о публичном порядке как основание отказа в применении иностранного семейного права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 3. С. 26–43.

УДК: 347.6

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.3.26.43

Введение

Важнейшие принципы международного частного права (далее — МЧП) — автономия воли сторон и защита отечественного правопорядка — в своем сочетании обеспечивают гибкость коллизионного регулирования и предотвращают нежелательные последствия, к которым может привести применение иностранного семейного права к конкретному правоотношению. «Развитие международного частного права России, приведшее к значительному расширению применения на основании коллизионных норм иностранного семейного права, повышает роль допустимых ограничений действия подлежащих применению иностранных норм» [Доронина Н.Г., Хлестова И.О., 2014: 348]. Одним из таких ограничений является оговорка о публичном порядке. Закрепляя правовую политику государства в области регулирования семейных отношений, публичный порядок Российской Федерации, с одной стороны, обеспечивает защиту от неблагоприятных последствий, к которым может привести применение иностранного права в конкретном деле, с другой — позволяет определить степень обеспеченности юридическими гарантиями прав участников семейных отношений, в том числе иностранцев. Одной из них является гарантия от необоснованного отказа в применении иностранного права по причине противоречия последствий его применения публичному порядку.

В российском законодательстве содержатся положения о публичном порядке, однако их нормативное исполнение имеет недостатки, а реализация во многом зависит от судебной интерпретации. За последние 15 лет российские суды (преимущественно арбитражные) накопили немалый опыт применения оговорки о публичном порядке при рассмотрении заявлений о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и арбитражей. На фоне растущего количества правовых позиций судов по таким делам отказ в применении норм иностранного семейного права по причине противоречия публичному порядку тревоги не вызывает. Однако потреб-

ность в обращении к оговорке о публичном порядке как основании отказа в применении норм иностранного семейного права вызвана неопределенностью категории публичного порядка, изменчивостью его содержания, необходимостью обеспечения правильного и единообразного применения судами норм МЧП при разрешении семейно-правовых споров.

1. Публичный порядок в доктрине и судебной практике

Статья 167 Семейного кодекса Российской Федерации (далее — СК РФ) устанавливает: «Нормы иностранного семейного права не применяются в случае, если такое применение противоречило бы основам правопорядка (публичному порядку) Российской Федерации. В этом случае применяется законодательство Российской Федерации». По мнению Л.П. Ануфриевой, область, наиболее подверженной применению этого института, являются именно брачно-семейные отношения как традиционная сфера МЧП [Ануфриева Л.П., 2003: 40]. Вместе с тем практика разрешения семейно-правовых споров в российских судах не содержит примеров отказа в применении иностранного семейного права по основанию, предусмотренному ст. 167 СК РФ¹. В арбитражной практике, напротив, благодаря усилиям Высшего Арбитражного суда Российской Федерации (далее — ВАС РФ) было не только выработано понятие публичного порядка², многократно воспроизводимое в судебных актах, но противоречие ему активно используется сегодня в качестве основания отказа в признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и арбитражей.

Наличие в СК РФ положения, являющегося нормативным основанием отказа в применении норм иностранного семейного права, ставит задачу определения публичного порядка и его элементов. Однако в российской науке МЧП отсутствуют комплексные исследования, посвященные отказу в применении норм иностранного семейного права по данному основанию. Отдельные аспекты проблем, связанных с применением оговорки, рассматриваются в работе Н.И. Марышевой, коллективной монографии под редакцией С.Т. Максименко, О.Ю. Ситковой. В большинстве случаев оговорка исследуется с теоретико-правовых позиций (Ю.М. Акимова, Ю.Г. Морозова (Богатина)), соотношения со сверхимперативными нормами (О.В. Новикова), международного гражданского процесса (С.В. Крохалев), между-

¹ Available at: URL: <https://sudact.ru/regular/?form-reset=1> (дата обращения: 22.07.2019)

² Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений: Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 26.02.2013 N 156 // Вестник ВАС РФ. 2013. № 5.

народного авторского права (С.В. Мартынюк). Отечественными авторами убедительно доказано существование в законодательстве зарубежных государств различных терминов, обозначающих явление публичного порядка (*ordre public*, *public order*, *Öffentliche Ordnung* и т.д.), продемонстрированы доктринальные подходы к определению его содержания, охарактеризованы виды оговорки о публичном порядке, ее соотношение и взаимодействие со сверхимперативными нормами. Исследование любой научной проблемы подчиняется принципу преемственности, поэтому в настоящей статье ранее сделанные суждения и выводы будут использованы для определения публичного порядка и его элементов.

Категория «правопорядок», являясь одним из универсальных понятий юриспруденции, находит отражение в правовой доктрине, где, как отмечает А.В. Безруков, нет единства в его дефиниции [Безруков А.В., 2015: 34]. В литературе по МЧП публичным порядком называют устои правовой системы и коренные интересы общества и государства, основы морали [Дмитриева Г.К., 2016: 162]; совокупность политических, экономических, моральных и правовых принципов, существующих в данном государстве [Ерпылева Н.Ю., 2015: 103–104]; основы морали, главные религиозные постулаты, главные экономические и культурные традиции, сформировавшие российское гражданское общество, и основополагающие принципы российского права [Шулаков А.А. 2018: 93]. При этом отечественные фамилиаристы весьма скупы на определения, ограничиваясь отождествлением публичного порядка с основными принципами, на которых базируется та или иная правовая система [Гришаев С.П., 2017], основными началами [Слепакова А.В., 2005: 392]. С большим интересом представители академического сообщества отзываются о положениях иностранного семейного права, которые противоречат публичному порядку России. Среди них: низкий брачный возраст, однополые союзы [Канашевский В.А., 2018: 58, 60]; ущемление имущественных прав детей, рожденных вне брака или в полигамных браках [Максименко С.Т., Ситкова О.Ю., 2019: 20]. Зарубежные авторы в качестве противоречия публичному порядку рассматривают некоторые неэгалитарные права, нарушающие принцип равенства мужчины и женщины (репутация) [Baarsma N., 2011: 186], полигамию, детские браки [Estin A., 2014: 1039], суррогатное материнство [Gruenbaum D., 2012: 496–497].

Как известно, российское законодательство не содержит определения публичного порядка, хотя противоречие ему используется в качестве основания отказа в применении иностранного права (ст. 1193 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ), ст. 167 СК РФ). Восполнила данный пробел судебная практика, предложившая под публичным порядком понимать фундаментальные правовые начала (принципы), обладающие высшей императивностью, универсальностью, особой общественной и пу-

бличной значимостью, составляющие основу построения экономической, политической, правовой системы государств. К таким началам, в частности, относится запрет на совершение действий, прямо запрещенных сверхимперативными нормами законодательства России, если этими действиями наносится ущерб суверенитету или безопасности государства, затрагиваются интересы больших социальных групп, нарушаются конституционные права и свободы частных лиц³.

Наличие образца правоприменения оказало несомненное положительное влияние на практику арбитражных судов. Суды же общей юрисдикции при разрешении семейно-правовых споров правило ст. 167 СК РФ, как было показано выше, не используют.

Несомненно, причиной этого является, во-первых, конструкция рассматриваемой нормы. Недостаток усматривается в различиях текстуального выражения правил об оговорке в ГК РФ и СК РФ. Л.П. Ануфриева, указывая на текстуальные различия этих актов, замечает, что «оговорка о «публичном порядке», закрепленная в СК РФ, имеет иное юридическое содержание, причем более «размытое», следовательно, располагающее большими потенциальными возможностями использования, и другое внешнее (текстуальное) выражение [Ануфриева Л.П., 2003: 40]. Было бы правильнее в СК РФ изложить правило ст. 167 в редакции, аналогичной ГК РФ, тем более, что Верховный Суд Российской Федерации (далее — ВС РФ) это уже сделал: «В исключительных случаях суд не применяет норму иностранного права, подлежащую применению в силу соглашения сторон о выборе применимого права, коллизионных норм международных договоров или законов Российской Федерации, если последствия применения такой иностранной нормы явно противоречат публичному порядку Российской Федерации с учетом характера отношений, осложненных иностранным элементом (часть первая статьи 1193 ГК РФ, статья 167 СК РФ)»⁴.

Во-вторых, неприменение судами правила ст. 167 СК РФ также является следствием незначительного количества семейно-правовых споров с участием иностранного элемента в российских судах, а зачастую и склонностью последних применять российское, а не иностранное право.

Третья причина кроется в явном нежелании Верховного Суда Российской Федерации разъяснить правило об оговорке для его правильного и единообразного понимания судами. В вышеуказанном Постановлении Пленума «О применении норм международного частного права судами Российской Федерации» ВС РФ ограничился напоминанием судам о неприменении ино-

³ Там же.

⁴ Постановление Пленума Верховного Суда РФ «О применении норм международного частного права судами Российской Федерации» // Российская газета. 2019. 17 июля.

странного права в исключительных случаях, а также предостережением неправомерного отказа в применении иностранного права по причине отсутствия в российском праве норм или правовых институтов, аналогичных нормам или правовым институтам применимого иностранного права, что само по себе не является основанием применения оговорки о публичном порядке (п. 12).

Правило, закрепленное в ст. 167, оказалось невостребованным практикой, да еще и вызывает научные дискуссии. «В данном случае палитра научных мыслей играет для правоприменителя далеко не положительную роль, поскольку не дает четких ориентиров для практической деятельности» [Федосеева Г.Ю., 2007: 152]. В литературе отмечается, что оговорка о публичном порядке должна применяться избирательно, с учетом всестороннего исследования и сравнительного анализа подлежащих применению норм иностранного семейного права по отношению к российскому законодательству. Возможны ситуации, когда отдельные нормы семейного права какого-либо государства в конкретном правоотношении вполне могут быть применимы и не могут быть отвергнуты на основании оговорки о «публичном порядке», а отдельные нормы законодательства этого же государства не могут быть применимы как противоречащие основам правопорядка [Крашенинников П.В., 2012: 409]. По мнению Л.М. Пчелинцевой, в некоторых случаях отдельные положения иностранного семейного права, даже формально противоречащие основам правопорядка РФ, могут быть применены на практике. В частности, подобное возможно, когда речь идет о защите имущественных прав членов семьи, особенно несовершеннолетних детей [Пчелинцева Л.М., 2011]. Последнее утверждение разделяет С.П. Гришаев — «нельзя, в частности, ссылаясь на оговорку о публичном порядке, возражать против признания в России алиментных обязательств членов полигамной семьи [Гришаев С.П., 2009]. Соглашаясь с противоречием публичному порядку полигамии, А.В. Слепакова допускает возможность раздела имущества членами полигамной семьи в российском суде с применением ст. 161 СК РФ [Слепакова А.В., 2005: 392]. Исследователи, предлагая примеры противоречия российским принципам публичного порядка норм иностранного законодательства о неравноправии мужчин и женщин, полигамных браках, заключают, что они не могут служить основанием для отказа в признании соответствующих правоотношений, возникших в странах, где действуют данные нормы [Крашенинников П.В., 2019: 314–315].

При таком разнообразии доктринальных суждений суды, разрешающие семейно-правовые споры, осложненные иностранным элементом, вряд ли имеют четкое руководство к применению оговорки о публичном порядке. Поэтому уместно напомнить, что, во-первых, функция оговорки о публичном порядке заключается не в контроле за содержанием иностранного пра-

ва, а в предотвращении негативных последствий применения его норм при рассмотрении спора. Во-вторых, решая вопрос о применении оговорки о публичном порядке, необходимо установить степень связи спорного правоотношения с территорией страны суда, рассматривающего спор. «Терпимость к результату применения иностранной нормы ... должна быть обратно пропорциональна связи дела с территорией государства, суд которого рассматривает спор: чем сильнее связь, тем строже контроль; и наоборот, чем слабее связь, тем более толерантным должен быть суд» [Gruenbaum D., 2012: 498–499].

2. Элементы публичного порядка

Безусловно, исчерпывающим образом определить содержание публичного порядка невозможно. Очевидно, что ему свойственна изменчивость, а попытки определения его границ едва ли были и будут успешными. Однако хочется надеяться, что подобный анализ позволит получить объективную картину существующего в российском законодательстве механизма ограничения действия подлежащих применению норм иностранного права и его элементов, что, возможно, сделает институт оговорки применимым и в практике разрешения семейно-правовых споров, осложненных иностранным элементом, в российских судах.

Автор видит свою задачу в определении публичного порядка и его элементов, которые необходимо учитывать судам при решении вопроса о применении иностранного семейного права или отказе в его применении по причине противоречия публичному порядку. Основой для этого могла бы стать вышеприведенная позиция ВАС РФ. Однако нетрудно заметить, что основы публичного порядка хотя и включают ряд взаимосвязанных элементов, но не исчерпываются ими (сверхимперативные нормы российского законодательства, суверенитет и безопасность государства, интересы больших социальных групп, конституционные права и свободы частных лиц).

В российской доктрине в понятие «основы российского правопорядка» предлагается включать четыре взаимосвязанных основных элемента [Дмитриева Г.К., 2004: 183–184]:

основополагающие, фундаментальные принципы российского права, прежде всего конституционные, частноправовые и гражданско-процессуальные;

общепринятые принципы морали, на которые опирается российский правопорядок;

законные интересы российских граждан и юридических лиц, российского общества и государства, защита которых является основной задачей правовой системы страны;

общепризнанные принципы и нормы международного права, являющиеся частью российской правовой системы, включая международно-правовые стандарты прав человека.

Основополагающие, фундаментальные принципы российского семейного права закреплены в Конституции Российской Федерации (гл. 2) и в СК РФ. Конституционные принципы выводятся непосредственно из Конституции, обладают высшей степенью нормативной обобщенности, определяют содержание конституционных прав человека, носят универсальный характер [Кузнецова О.В., 2004: 17]. К их числу следует отнести принцип равенства, принцип защиты материнства и детства, семьи государством, принцип неприкосновенности частной жизни. Семейное право базируется на принципах добровольности брачного союза мужчины и женщины, равенства прав супругов в семье, разрешения внутрисемейных вопросов по взаимному согласию, приоритета семейного воспитания детей, заботы об их благосостоянии и развитии, обеспечения приоритетной защиты прав и интересов несовершеннолетних и нетрудоспособных членов семьи, запрета ограничения прав граждан в семейных отношениях по признакам социальной, расовой, национальной, языковой или религиозной принадлежности (ст. 1 СК РФ).

Доктринальное толкование основных начал семейного законодательства, их соотношение с принципами семейного права и целями правового регулирования являет собой весьма эклектичную картину [Шершень Т.В., 2008: 167–173]; [Тарусина Н.Н., 2011: 59–63]; [Мананкова Р.П., 2012: 244–246]. В науке семейного права нет единства мнений о составе принципов, допускаются отступления от нормативно закрепленных наименований отраслевых принципов, высока степень разногласий о количестве принципов семейного права [Шерстнева Н.С., 2007: 3]. Не умаляя значимости доктринального изучения принципов семейного права, отметим, что его результаты требуют дальнейшего обсуждения в аспекте МЧП, основная задача которого заключается в «примирении» противоречий, существующих между различными правовыми системами.

Моральные нормы пронизывают многие семейно-правовые положения. Моральное начало положено в основу закрепления требований к условиям и порядку заключения брака, равенства супругов в семье, прав ребенка и др. [Краснова Т.В., 2017: 122–123]. Мораль является одним из социальных регуляторов. Ее взаимодействию с правом посвящено не одно исследование. В то же время в литературе с сожалением констатируется, что изучению влияния норм морали на регулирование семейных отношений не было уделено должного внимания, а все обсуждавшиеся в философской и юридической литературе схемы различения права и морали оказываются спорными и относительными [Саенко Л.В., 2014: 61, 63]. Дополним, что в отечественной

юриспруденции отсутствуют работы, анализирующие правоприменительный аспект указанного соотношения «право-мораль». В связи с этим вызывает интерес исследование К. Чнг, в котором автор не только апеллирует к универсальным моральным нормам, находящим поддержку академического сообщества, но и демонстрирует их широкое применение судами стран общего права [Chng K., 2018: 134–136]. Полагаем, что общепринятые принципы морали также нуждаются в дальнейшем теоретическом обосновании и практической применимости. В частности, требуют уточнения моральные принципы, составляющие основу российского правопорядка, а также их соотношение с общепризнанными принципами и нормами международного права.

Не менее дискутируемой, чем вышеизложенные, является категория законного интереса. Теоретическая разобщенность взглядов, неоднозначное понимание указанной категории в теории права и отраслевых юридических дисциплинах не лучшим образом сказываются на сфере правоприменения. Однако в аспекте МЧП законные интересы российских граждан и юридических лиц, российского общества и государства самостоятельным предметом исследования не являлись, практика их защиты анализировалась лишь в контексте соответствующих институтов (собственности, инвестиций и т.д.). Потребность в подобном изучении существует хотя бы в силу упоминания прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота как объекта защиты нормами непосредственного применения (ст. 1192 ГК РФ). В свете сказанного утверждение о законном интересе как элементе публичного порядка видится нам преждевременным.

Сегодня не вызывает сомнения тот факт, что на современное развитие национальной политики, законодательства и практики глубокое воздействие оказывают общепризнанные принципы и нормы международного права [Татаринцева Е.А., 2012: 34]. В соответствии со ст. 15 Конституции общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ являются составной частью ее правовой системы. Данное положение расширяет содержание публичного порядка «...до наиболее фундаментальных абсолютных ценностей ... и одновременно ценностей универсальных, общих для значительного числа стран...» [Максименко С.Т., Ситкова О.Ю., 2019: 18]. К их числу следует отнести принцип равенства, свободы брака, запрета дискриминации, уважения семейной жизни, принцип наилучшего интереса ребенка.

Преломляя вышеизложенное в практическую плоскость, отметим, что рассмотренные элементы публичного порядка находят лишь частичное отражение в российской судебной практике. Так, например, противоречием публичному порядку в практике разрешения экономических споров считается нарушение принципа соразмерности мер гражданско-правовой от-

ветственности⁵, злоупотребление правом⁶, создание видимости частнопроводимого спора для получения в последующем формальных оснований для упрощенного вывода денежных средств за рубеж⁷, неприменение материального права страны, согласованного сторонами⁸ и др.

Элементы публичного порядка в правоприменительной деятельности представлены сегодня лишь отдельными нормами и институтами позитивного права, защищающими внутренний публичный порядок. Обоснование противоречия публичному порядку за счет общепризнанных принципов морали, законных интересов российских граждан и юридических лиц, российского общества и государства, общепризнанных принципов и норм международного права в российской судебной практике не приводится.

Кроме того, российские правоприменительные органы склонны к чрезмерно широкой интерпретации публичного порядка, что, вслед за И.В. Гетьман-Павловой, позволяет не согласиться с широко распространенным в литературе мнением о крайне осторожном подходе к использованию оговорки о публичном порядке, сокращению сферы ее применения [Гетьман-Павлова И.В., 2013: 262].

Такая практика, на наш взгляд, девальвирует содержание публичного порядка, сводит роль оговорки к обеспечению законности внутри страны, подменяет действие адекватных правовых механизмов, позволяя отказывать в применении иностранного, когда другие правовые средства защиты от «неблагоприятного» воздействия иностранного права исчерпаны. Кроме того, она свидетельствует о поглощении публичным порядком императивных норм. Последнее вызывает особую озабоченность, поскольку может явиться нормативным препятствием развития института норм непосредственного применения, являющегося новым для российского права и демонстрирующего одну из тенденций развития современного МЧП — нормативную фиксацию отдельных особо значимых положений российского законодательства — сверхимперативных норм. Как верно отмечает Ю.Г. Богатина, «в данном случае элементы публичного порядка продолжают защищаться, но в других формах и с помощью других механизмов — через уточнение оснований для отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений и решений арбитражей (третейских судов), закрепленных в международных договорах или национальном законодательстве, через по-

⁵ Определение Верховного Суда РФ от 02.04.2019 № 301-ЭС18-24455 по делу № А31-7930/2018.

⁶ Определение Верховного Суда РФ от 28.11.2017 № 309-ЭС-13269 по делу № А07-27391/2016.

⁷ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 30.10.2018 № Ф05-17727/2018 по делу № А41-15132/201840-77098/18.

⁸ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 23.08.2018 № Ф05-13110/2018 по делу № А40-77098/18.

явление новых императивных норм в международном частном праве (норм непосредственного применения) и др.» [Богатина Ю.Г., 2010: 165].

Оговорка о публичном порядке действует наряду со свехимперативными нормами, не подменяя их. Противоположное же решение нарушит ключевой принцип МЧП, лежащий в основе концепции свехимперативных норм, — защиты национальных институтов [Chng K., 2018: 153]. Считаем, что обеспечение защиты прав и охраняемых законом интересов участников трансграничных семейных правоотношений, гарантированных национальным законом, должно осуществляться в рамках национальных правовых механизмов, без привлечения оговорки о публичном порядке, цель которой заключается в предотвращении негативных последствий применения норм иностранного семейного права, а не контроле за их содержанием.

Вот почему сегодня особенно важно определение публичного порядка и его содержания, что, вероятно, сделает рассматриваемую оговорку применимой при разрешении семейных споров с участием иностранцев.

Противоречием публичному порядку не следует считать отсутствие в российском семейном праве норм или институтов, аналогичных нормам или институтам применимого иностранного семейного права, или отличное от российского регулирование отношений между членами семьи. Так, оговорка не должна применяться, если заключение или расторжение брака в иностранном государстве осуществлялось по иным, нежели в российском праве, правилам. Суды не должны привлекать оговорку при применении норм иностранного права, регулирующего полигамные, однополые или религиозные браки. Вызывает возражения отказ в применении иностранного права по причине противоречия публичному порядку при предъявлении членом полигамной семьи требования об уплате алиментов. Запрет усыновления ребенка иностранцем также не может рассматриваться в качестве несовместимого с публичным порядком. Вместе с тем защита национальных институтов семьи и брака нормами непосредственного применения в подобных ситуациях не исключается. Такой подход обеспечит правовую определенность, исключит необоснованный отказ в применении иностранного права, гарантирует права участников семейных отношений.

Применение оговорки о публичном порядке при разрешении трансграничных семейных споров возможно лишь в случаях нарушения фундаментальных прав индивида. Публичный порядок может применяться против репутации, отзывного расторжения брака, дискриминации, нарушения равенства, умаления права на уважение частной и семейной жизни. Содержание публичного порядка в этом контексте составляют основополагающие принципы национального права, общепризнанные принципы и нормы международного права, обеспечивающие охрану ценностей фундаментального характера.

3. Практика применения оговорки о публичном порядке при разрешении семейно-правовых споров

Практика разрешения семейно-правовых споров с привлечением оговорки о публичном порядке в иностранных судах начала складываться в начале прошлого столетия. К настоящему времени накоплен внушительный перечень правовых позиций судов стран континентального и общего права, а юридическая литература, преимущественно зарубежная, демонстрирует отдельные примеры, ставшие хрестоматийными [Hoguet L., 1999: 29–44].

Суды разных государств по-разному подходят к решению вопроса о противоречии иностранного семейного права публичному порядку. Большинство дел, рассматриваемых сегодня, основаны на требованиях о признании брака или развода, совершенного по религиозному обряду.

В деле *Nasreen Akhter vs Mohammed Shabaz Khan*, рассмотренном английским судом в 2018 г., супруга потребовала развода после 20-летнего брака. Возражения ее мужа строились на том, что брак (никах), заключенный в Лондоне, признается только по исламским законам, но не по английскому праву, а значит, и развод по английскому праву невозможен. Суд по семейным делам признал брак действительным и требование о его расторжении удовлетворил⁹. Однако такое решение вовсе не означает безусловного признания всех исламских браков в Великобритании. Будучи совершенными за ее пределами, они требуют обязательной регистрации. Примечательно, что в рассматриваемом споре суд не оценивал религиозный брак с позиции ответственности английскому публичному порядку.

В деле *Mamisch vs Sahuouni*, рассмотренном немецким судом, Мг Mamisch, получивший частный развод по одностороннему волеизъявлению, зарегистрированный в шариатском суде в Сирии, обратился в компетентный суд Мюнхена с просьбой о признании исламского развода, основывая свои требования на Регламенте Рим III¹⁰. Немецкий суд признал развод, основываясь на положениях Регламента и сирийского права. Mrs Sahuouni возразила относительно такого признания, несмотря на предшествующее этому согласие в получении всего причитающегося по брачному договору и освобождении ее супруга от обязательств в отношении нее. Суд ЕС в 2017 г. вынес решение, в соответствии с которым Положения Регламента Рим III (ст. 10) к настоящему делу не применимы, поскольку развод является результатом односто-

⁹ Available at: <http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWFC/HCJ/2018/54.html> (дата обращения: 30.07.2019)

¹⁰ Регламент Совета Европейского союза N 1259/2010 20.12.2010 о расширении сотрудничества в области права, применимого к расторжению брака и судебному разлучению супругов (Рим III) // СПС Гарант.

ронного волеизъявления супруга, заявленного перед религиозным судом¹¹, а, значит, носит дискриминационный характер.

Суд Салоник в 2018 г. отказался признать развод супругов (гражданина Египта и гражданки Греции), произведенный в Каире, по причине противоречия публичному порядку. Позиция суда по данному делу обосновывалась отдельными решениями ЕСПЧ, Резолюцией Парламентской Ассамблеи стран ЕС 1743 (2010) «Ислам, исламизм и исламофобия в Европе», Конституцией Греции (ст. 2.1), которая определяет первоочередной обязанностью государства уважение и защиту достоинства человека. Примечательно, что в решении имеется отсылка к иностранной судебной практике — решению Верховного Суда Индии, объявившему талак неконституционным¹².

Не менее интересны дела, возникшие из отношений суррогатного материнства. Кассационный суд Франции сразу в трех похожих делах (самым известным из которых является дело *Mennesson*, впоследствии рассмотренное ЕСПЧ¹³) указал, что подтверждение правового эффекта иностранного суррогатного материнства во Франции нарушает французский международный публичный порядок, поскольку противоречит принципу неотчуждаемости персонального статуса — основополагающего принципа французского права [Gruenbaum D., 2012: 496].

Верховный Суд Японии, основываясь на противоречии публичному порядку, также отказал в признании решения суда штата Невада, провозгласившего супружескую чету из Японии родителями детей, рожденных суррогатной матерью в США. Суд указал, что противоположное решение будет несовместимо с нормами, закрепляющими основополагающий принцип персонального статуса в Японии [Gruenbaum D., 2012: 497].

Отечественная практика применения оговорки о публичном порядке при разрешении семейно-правовых споров выглядит весьма скромно. Лишь 2018 г. ознаменовался полемикой относительно действительности и возможных последствий заключения однополого брака российскими гражданами в Дании. Известно, что судом вопрос о противоречии данного союза публичному порядку не решался, а сами «новобрачные» были привлечены к административной ответственности за умышленную порчу паспортов [Канашевский В.А., 2018: 60].

¹¹ Judgment of the Court (First Chamber) of 20 December 2017 (request for a preliminary ruling from the Oberlandesgericht München — Germany). Case C-372/16). Available at: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/PDF/?uri=uriserv%3АОJ.C_.2018.072.01.0016.01.ENG (дата обращения: 29.07.2019)

¹² Available at: <http://icl-in-greece.blogspot.com/2018/08/no-recognition-of-egyptian-talaq-on.html> (дата обращения: 30.07.2019)

¹³ Постановление ЕСПЧ от 26.06.2014 по делу «Лабассе против Франции» (жалоба N 65941/11) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2014. N 10.

При всей неоднородности судебных решений, принимаемых в разных государствах, несомненное влияние на применение оговорки о публичном порядке в настоящее время оказывает международное правосудие, которое смещает акценты в современных исследованиях публичного порядка в плоскость прав человека и МЧП. Национальные особенности заключения и расторжения брака, раздела супружеского имущества, присуждения алиментов, устройства детей в семью более неспособны составить конкуренцию правам индивида на уважение частной и семейной жизни, вступление в брак, равенству, запрету дискриминации, поэтому внутрисударственная практика применения оговорки о публичном порядке должна стремиться к достижению правовой определенности, исключению необоснованного отказа в применении иностранного права, гарантированному осуществлению основных субъективных прав.

Заключение

На фоне все увеличивающегося интереса к институту оговорки о публичном порядке правило ст. 167 Семейного кодекса оказалось невостребованным. Возможными причинами этого являются неудачная редакция нормы, незначительное количество трансграничных семейных споров, разрешаемых российскими судами, нежелание последних применять иностранное право, отсутствие ясной позиции Верховного суда по вопросу применения оговорки.

Неопределенность категории публичного порядка делает затруднительным определение его элементов. Анализ судебной практики позволил сделать вывод о том, что элементы публичного порядка, предложенные отечественной доктриной, в правоприменительной деятельности находят лишь частичное отражение. Оговорка о публичном порядке преимущественно защищает внутренний публичный порядок, восполняя недостаточность или отсутствие внутрисударственных механизмов, подменяя сверхимперативные нормы.

Публичному порядку Российской Федерации не должна корреспондировать определенная группа норм национального права, подлежащих применению при разрешении семейно-правовых споров, осложненных иностранным элементом. Основы публичного порядка в семейно-правовой сфере составляют принципы семейного права, закрепленные в Конституции, общепризнанные принципы и нормы международного права.



Библиография

Ануфриева Л.П. Некоторые проблемы нового российского регулирования по международному частному праву // Журнал российского права. 2003. N 3. С. 37–46.

- Безруков А.В. Конституционно-правовые аспекты осуществления законодательной власти по обеспечению правопорядка в России. М.: Юстицинформ, 2015. 188 с.
- Богатина Ю.Г. Оговорка о публичном порядке в международном частном праве: теоретические проблемы и современная практика. М.: Статут, 2010. 408 с.
- Гетьман-Павлова И.В. Международное частное право. М: Юрайт, 2013. 959 с.
- Гришаев С.П. Постатейный комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации. М., 2017 // СПС КонсультантПлюс.
- Гришаев С.П. Семейные правоотношения с участием иностранных граждан. М., 2009 // СПС КонсультантПлюс.
- Дмитриева Г.К. (ред.). Международное частное право. М.: Проспект, 2004. 688 с.
- Дмитриева Г.К. (ред.). Международное частное право. М.: Проспект, 2018. 680 с.
- Доронина Н.Г., Хлестова И.О. (отв. ред.) Отдельные виды обязательств в международном частном праве. М.: ИНФРА-М, 2014. 352 с.
- Ерпылева Н.Ю. Международное частное право. М.: Высшая школа экономики, 2015. 655 с.
- Канашевский В.А. Вопросы публичного порядка и квалификации при регулировании семейных отношений, осложненных иностранным элементом // Журнал российского права. 2018. N 5. С. 56–62.
- Краснова Т.В. Взаимодействие норм морали и права как регуляторов поведения родителей в семейных правоотношениях // Вопросы российского и международного права. 2017. Т. 7. N 3. С. 122–130.
- Крашенинников П.В. (ред.) Постатейный комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации, Федеральному закону «Об опеке и попечительстве» и Федеральному закону «Об актах гражданского состояния». М.: Статут, 2012. 654 с.
- Крашенинников П.В. (ред.) Семейное право. М.: Статут, 2019. 315 с.
- Кузнецова О.В. Конституционно-правовая защита семьи, материнства, отцовства и детства в России: автореф. дис. ... к.ю.н. Челябинск, 2004. 24 с.
- Максименко С.Т., Ситкова О.Ю. (ред.) Проблемы коллизионного регулирования семейно-брачных отношений в праве Российской Федерации. М.: Проспект, 2019. 192 с.
- Мананкова Р.П. Пояснительная записка к концепции проекта нового Семейного кодекса Российской Федерации. Введение // Семейное и жилищное право. 2012. N 1. С. 26–42.
- Пчелинцева Л.М. Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации. М., 2011 // СПС Гарант.
- Слепакова А.В. Правоотношения собственности супругов. М.: Статут, 2005. 444 с.
- Тарусина Н.Н. О принципах семейного права // Вестник Ярославского государственного университета. Гуманитарные науки. 2011. N 3. С. 59–63.
- Татаринцева Е.А. Влияние «конвенционного права» на формирование национальных принципов усыновления в Российской Федерации и странах общего права // Академический юридический журнал. 2012. N 3. С. 34–40.
- Федосеева Г.Ю. Брачно-семейные отношения как объект международного частного права: дис. ... д.ю.н. М., 2007. 392 с.
- Шерстнева Н.С. Принципы российского семейного права: автореф. дис. ... д.ю.н. М., 2007. 60 с.
- Шершень Т.В. К проблеме определения принципов российского семейного права // Актуальные проблемы российского права. 2008. N 4. С. 167–173.

Шулаков А.А. Публичный порядок в международном частном праве и проблемы толкования и применения сверхимперативных и императивных норм // *Lex russica*. 2018. N 4. С. 81–97.

Baarsma N. *The Europeanisation of International Family Law*. The Hague: Springer, 2011, 341 p.

Chng K. A theoretical perspective of the public policy doctrine in the conflict of laws. *Journal of Private International Law*, 2018, no 1, pp. 130–159.

Gruenbaum D. Foreign Surrogate Motherhood: *mater semper certa erat*. *The American Journal of Comparative Law*, 2012, no 2, pp. 475–505.

Estin A. Foreign and Religious Family Law: Comity, Contract, and the Constitution. *Pepperdine Law Review*, 2014, vol. 41, pp. 1029–1047.

Hoguet L. State common-law choice-of-law doctrine and same-sex marriage: how will states enforce the public policy exception. *Creighton Law Review*, 1999, vol. 32, pp. 29–44.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 3

The Public Order Reservation to Application of Foreign Family Law



Elena Voytovich

Associate Professor, Department of Civil Law and Procedure, Siberian Institute of Management, Branch of Presidential Academy of National Economy and Public Administration, Candidate of Juridical Sciences. Address: 6 Nizhegorodskaya St., Novosibirsk 630102, Russia. E-mail: vojtovich@siu.ranepa.ru



Abstract

The effect of the norms of foreign family law is closely connected with the problem of restrictions relating to the action in Russia foreign law chosen by the parties or by the court and to be applied to family relations. Private International Law knows several methods that limit the effect of foreign family law. One of them is a public policy exception, which is enshrined in Art. 167 of the Family Code. It generally meets modern standards of Private International Law. At the same time, its application in practice does not give a positive effect. The purpose of the study: ensuring the correct and uniform application of the rules of Private International Law by courts in resolving family law disputes, protection from undesirable consequences that the application of foreign family law may have to a specific legal relationship. Achieving this goal is carried out by solving the following tasks: to determine public policy and its elements for the needs of Family Law regulation, to assess the role of the public order exception to application of foreign family law from the point of view of doctrine and law enforcement. Basic research methods are: formal legal analysis, comparative method. It is substantiated that in Private International Family Law public order did not receive a generalized description, the author analyzes possible reasons for not applying this rule, draws attention to the shortcomings of the current wording of Art. 167 of the Family Code, makes proposals for improving the current legislation, gives recommendations to courts resolving cross-border family disputes. It is noted that the domestic doctrine and practice determine the elements of public order of the Russian Federation differently, the author draws attention to the negative trends

in judicial practice. The author comes to the conclusion that the provision of domestic practices of the application of a public order clause should strive to achieve legal certainty, to exclude an unjustified refusal in the application of foreign law, to ensure the exercise of fundamental human rights. The author concludes that the public order of the Russian Federation must not correspond to a group of rules to be applied when resolving family law disputes complicated by a foreign element. The foundations of public order in the family law are the principles of family law enshrined in the Constitution and fundamental human rights.



Keywords

public order; family law; legal basis; principles; reservation; overriding mandatory rules.

For citation: Voitovich E.P. (2020) The Public Order Reservation to Applying Foreign Family Law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 26–43 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.3.26.43



References

- Anufrieva L.P. (2003) New Russian regulation in Private International Law. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 3, pp. 37–46 (in Russian)
- Baarsma N. (2011) *Europeanisation of international family law*. The Hague: Springer, 341 p.
- Bezrukov A.V. (2015) *Constitutional aspects of implementing legislative power to ensure the rule of law in Russia*. Moscow: Yustitsinform, 88 p. (in Russian)
- Bogatina Yu.G. (2010) *Reservation of public order in private international law: theoretical issues and contemporary practice*. Moscow: Statute, 408 p. (in Russian)
- Chng K.A. (2018) Theoretical perspective of the public policy doctrine in the conflict of laws. *Journal of Private International Law*, no 1, pp. 130–159.
- Dmitrieva G.K. (2004) (ed.) *Private International Law*. Moscow: Prospect, 688 p. (in Russian)
- Dmitrieva G.K. (2018) (ed.) *Private International Law*. Moscow: Prospect, 680 p. (in Russian)
- Doronina N.G., Khlestova I.O. (ed.) (2014) *Separate types of obligations in Private International Law*. Moscow: INFRA-M, 352 p. (in Russian)
- Erpyleva N.Yu. (2015) *Private International Law*. Moscow: Higher School of Economics, 655 p. (in Russian)
- Estin A. (2014) Foreign and Religious Family Law: Comity, Contract, and the Constitution. *Pepperdine Law Review*, vol. 41, pp. 1029–1047
- Fedoseeva G.Yu. (2007) Marital and family relations as an object of Russian Private International Law. Doctor of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 392 p. (in Russian)
- Getman-Pavlova I.V. (2013) *Private International Law*. Moscow: Yurayt, 959 p. (in Russian)
- Grishaev S.P. (2009) Family legal relations with the participation of foreign citizens. SPS Consultant Plus (in Russian)
- Grishaev S.P. (2017) Comments to the Russian Family Code. SPS Consultant Plus (in Russian)
- Gruenbaum D. (2012) Foreign Surrogate Motherhood: mater semper certa erat. *The American Journal of Comparative Law*, no 2, pp. 475–505

- Hoguet L. (1999) State common-law choice-of-law doctrine and same-sex marriage: how will states enforce the public policy exception. *Creighton Law Review*, vol. 32, pp. 29–44.
- Kanashevsky V.A. (2018) Issues of public order and characterization in regulating family relations involving foreign element. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 5, pp. 56–62 (in Russian)
- Krasheninnikov P.V. (ed.) (2012) The article-by-article commentary to the Family Code, Federal Law “On Guardianship and Custody” and Federal Law “On Acts of a Civil Status”. Moscow: Statute, 654 p. (in Russian)
- Krasheninnikov P.V. (ed.) (2019) *Family Law*. Moscow: Statute, 315 p. (in Russian)
- Krasnova T.V. (2017) The interaction of morality and law as regulators of behavior of the parents in family relationships. *Voprosy rossiyskogo i mezhdunarodnogo prava*, vol. 7, pp. 122–130 (in Russian)
- Kuznetsova O.V. (2004) Constitutional and legal protection of family, motherhood, fatherhood and childhood in Russia. Candidate of Juridical Sciences Summary. Chelyabinsk, 24 p. (in Russian)
- Maksimenko S.T., Sitkova O. Yu. (eds.) (2019) *Regulation of family and marriage conflicts in the Russian law*. Moscow: Prospect, 192 p. (in Russian)
- Manankova R.P. (2012) Explanatory note on the concept of draft of the new Russian Family Code. *Semeinoe i zhilishchoye pravo*, no 1, pp. 26–42 (in Russian)
- Pchelintseva L.M. (2011) Comments to Russian family code. SPS Garant (in Russian)
- Shershen T.V. (2008) On defining principles of Russian family law. *Aktualnye problemy rossiyskogo prava*, no 4, pp. 167–173 (in Russian)
- Sherstneva N.S. (2007) Principles of Russian family law. Doctor of Juridical Sciences Summary. Moscow, 60 p. (in Russian)
- Shulakov A.A. (2018) Public policy in private international law and interpretation and application of the super mandatory and mandatory provisions. *Lex russica*, no 4, pp. 81–97 (in Russian)
- Slepakova A.V. (2005) *Spousal property relations*. Moscow: Statute, 444 p. (in Russian)
- Tarusina N.N. (2011) On principles of family law. *Vestnik Yaroslavsckogo universita*, no 3, pp. 59–63 (in Russian)
- Tatarinceva E.A. (2012) The impact of “conventional law” on forming national adoption principles in Russia and common law states. *Academicheskij juridicheskij zhurnal*, no 3, pp. 34–40 (in Russian)