Вопросы публичного порядка и квалификации при регулировании семейных отношений, осложненных иностранным элементом

КАНАШЕВСКИЙ Владимир Александрович, профессор кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета им. О. Е. Кутафина, доктор юридических наук, профессор

123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, 9

E-mail: seleron75@mail.ru

Автор исследует вопросы применения доктрины публичного порядка при регулировании семейных отношений, осложненных иностранным элементом. Речь идет о непризнании правовых последствий полигамных браков и однополых союзов, а также непризнании дискриминационных условий, относящихся к правоспособности лиц, вступающих в брак или разводящихся. Эти вопросы тесно связаны с применением правил квалификации юридических понятий коллизионной нормы, которым не всегда уделяется внимание в отечественной литературе.

Цель исследования — анализ положений законодательства России и зарубежных стран касательно применения доктрины публичного порядка при рассмотрении семейно-правовых отношений, осложненных иностранным элементом. Основное внимание уделено правовым последствиям заключенных за рубежом полигамных браков и однополых союзов.

Автор приходит к выводу, что зарубежные суды обычно не принимают во внимание различные «экстраординарные» ограничения для вступления в брак на основании их противоречия местному публичному порядку, а судебная практика ряда стран вообще не рассматривает их как относящиеся к брачной правоспособности. Непризнание в России правовых последствий полигамных браков и однополых союзов основано на толковании самого определения брака как «союза женщины и мужчины». Однополые браки не должны признаваться в России также в силу правил квалификации юридических понятий коллизионной нормы, которая (квалификация) осуществляется в соответствии с российским правом. Что касается однополых партнерств, союзов, то в силу отсутствия в российском семейном праве указанного понятия их квалификация должна осуществляться по соответствующему иностранному праву. Следовательно, указанные явления имеют правовые характеристики согласно соответствующему иностранному праву, но правовые последствия по российскому законодательству к таким однополым бракам (союзам, партнерствам) применяться не могут. В отличие от однополых браков при присуждении алиментов, распределении наследственного имущества, разрешении спора о детях и решении других вопросов полигамных браков российские суды могут следовать иностранному праву соответствующей страны.

Ключевые слова: брак, однополый брак, брачный союз (партнерство), квалификация юридических понятий, коллизионная норма, публичный порядок, применимое право, иностранное право.

The Issues of Public Order and Characterization in Regulation of Family Relations Involving a Foreign Element

V. A. KANASHEVSKY, professor at the Department of private international law of the Kutafin Moscow State Law University, doctor of legal sciences, professor

9, Sadovaya-Kudrinskaya st., Moscow, Russia, 123995

E-mail: seleron75@mail.ru

The author researches the issues of public policy rules application to family relations involving a foreign element, including the issues of refuse in recognition of polygamy marriages, same-sex “marriages” and “civil partnerships” as well as refuse in recognition of discriminatory conditions related to legal capacity of the persons entering into marriage, or divorcing spouses. These issues are closely related to the concept of characterization in private international law which is not very developed in the Russian doctrine.

The purpose of this article is the analysis of the provisions of Russian and foreign laws regarding the public policy rules application in considering the family law disputes that involve a foreign element. Primarily, this article focuses on the legal effect of polygamous marriages and same-sex unions in Russia.

The research is based on comparative method. The author provides examples from a foreign case law regarding application by the courts of public order clauses, as well as characterization rules application in solving the family law disputes involving the foreign element.

The author comes to the conclusions that foreign courts usually do not take into account the various “extraordinary” restrictions for marriage (marital unfaithfulness, mourning time, etc.) on the basis of their contradiction to the national public order, and the number of countries’ case law does not consider such restrictions as relative to the marital capacity. Non-recognition of polygamous and same-sex marriages’ legal consequences in Russia is based on the interpreting the definition of marriage as a “union of a woman and a man” (Article 1 of the Russian Family Code). The “same-sex marriages” also shouldn’t be recognized in Russia by virtue of characterization rules (i. e. rules of the legal concepts’ interpretation contained in the conflict of laws rules), which (characterization) is carried out in accordance with the Russian law. The characterization of such notions as “same-sex partnerships” or “unions” must be carried out under respective foreign law due to the absence of these concepts in the Russian family law. Consequently, these notions have legal characteristics under the relevant foreign law, however the legal consequences under Russian laws (family, hereditary, housing, etc.) may not be applied to such same-sex “marriages” (“unions”, “partnerships”). Unlike same-sex marriages in solving the issues of polygamous marriages (awarding alimony, distributing of inheritance property, resolving the disputes over children etc.) the Russian courts may follow the relevant foreign law.

Keywords: marriage, same-sex marriage, civil partnership for same-sex couples, characterization, conflict of law rule, public order, applicable law, foreign law.

DOI: 10.12737/art_2018_5_6

Вопросы отказа в применении нормы иностранного семейного права в силу ее противоречия публичному порядку всегда были актуальными в области брачно-семейных отношений. Как правило, речь идет о непризнании правовых последствий полигамных браков и однополых союзов, а также о непризнании дискриминационных условий, относящихся к правоспособности вступающих в брак или разводящихся. Эти вопросы тесно связаны с вопросами квалификации юридических понятий коллизионной нормы, которым не всегда уделяется внимание в отечественной литературе.

Ограничения, относящиеся к брачной правоспособности, и публичный порядок. Как известно, условия заключения брака на территории России определяются для каждого из лиц, вступающих в брак, законодательством их гражданства (п. 2 ст. 156 СК РФ). В частности, для российских граждан условиями являются достижение брачного возраста (общее правило — 18 лет) и взаимное согласие на вступление в брак.

В некоторых странах действуют ограничения для вступления в брак, принятые судом против лица, признанного виновным в супружеской неверности или недостойном поведении. Такому лицу запрещается вступать в брак в течение определенного судом времени. Подобные ограничения предписываются законами некоторых штатов США. Иудейское право запрещает и считает недействительными браки между иудеями и неиудеями. Мусульманское право делает различие между мужчинами и женщинами: в то время как женщина-мусульманка не может выйти замуж за немусульманина, мусульманин-мужчина вправе жениться на женщине-немусульманке. Эти ограничения все еще действуют в Израиле, Египте, Ираке, Марокко, Пакистане и других странах исламского мира¹.

Суды обычно не принимают во внимание данные ограничения на

¹ См.: *Palsson L. Marriage in Comparative Conflict of Laws: Substantive Conditions. The Hague, 1981. P. 330—331.*

основании их противоречия местному публичному порядку, а судебная практика ряда стран (Италии, Шотландии, Англии) вообще не рассматривала их как относящихся к брачной правоспособности. Так, в деле *Lundgren v. O'Brien* (1921) австралийский суд отказался признать запрет на вступление в брак, наложенный бельгийским законом на разведенную женщину, как карательный и дискриминационный².

Если данные ограничения относятся к условиям для вступления в брак, то возникает вопрос: должны ли они признаваться в России при определении брачной правоспособности лица? Очевидно, что российский орган ЗАГС (в случае спора — суд) должен проигнорировать данные ограничения на основании публичного порядка как нарушающие право лица на вступление в брак. Следует учитывать принцип равенства мужчины и женщины, гарантированный российской Конституцией, международными договорами России и другими документами универсального характера³.

Правило о том, что возраст на вступление в брак (как и другие условия) определяется исключительно личным законом каждого из вступающих в брак, действует и в зарубежных странах, где за основу определения брачной правоспособности принят личный закон. Исключения составляют такие страны, как Англия, где лицо, domiciliрованное в Англии, признается не имеющим брачной правоспособности, если его предполагаемый супруг, хотя и достиг брачного возраста по своему личному закону, не достиг брачного возраста по английскому праву. Так, Дж. Морис пишет: суды могут отка-

зать в признании брака между лицами настолько близко связанными, что сексуальные отношения между ними по английскому праву являются уголовно наказуемыми; равным образом это касается браков с лицами, не достигшими возраста половой зрелости. Например, в деле *Mohamed v. Knott* (1969), рассмотренном английским судом, 27-летний мужчина и 13-летняя девушка, domiciliрованные в Нигерии, заключили там брак и спустя четыре месяца приехали в Англию, где они жили, пока муж был студентом. Этот брак, хотя и был действительным согласно праву Нигерии, признан недействительным в Англии⁴.

Представляется, что аналогичного подхода должны придерживаться и в России: если законодательство иностранного государства предусматривает чрезвычайно низкий брачный возраст, регистрация такого брака должна быть отвергнута в России на основании противоречия российскому публичному порядку (ст. 167 СК РФ).

Непризнание правовых последствий полигамных браков и однополых браков (союзов). Принадлежность вступающих в брак к разному полу специально российским законом в качестве условия заключения брака не определена, однако данное требование вытекает из определения брака как «союза женщины и мужчины» (ст. 1 СК РФ). Такое определение брака прослеживается в отечественных законах начиная еще с царского периода⁵.

В России предпринимались попытки как заключить однополые браки, так и оспорить конституционность п. 1 ст. 12 СК РФ. В частности, в 2005 г. решениями московских судов со ссылкой на п. 1 ст. 12 СК РФ

² См.: *Palsson L.* Op. cit. P. 41. P. 335—336.

³ См., в частности, ст. 2, 16 Всеобщей декларации прав человека 1948 г., ст. 2, 23 Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 г., ст. 12, 14 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г.

⁴ См.: *Morris J.* The Conflict of Laws. 4th ed. L., 1993. P. 45.

⁵ См.: *Шушкина Ю. С.* Институт однополых браков в России и за рубежом: проблемы и перспективы его развития // Семейное и жилищное право. 2012. № 5. С. 16—17.

гр-ну Мурзину было отказано в удовлетворении требования о признании незаконным решения органа ЗАГС об отказе в регистрации его брака с гр-ном Мишиным. Конституционный Суд РФ в определении от 16 ноября 2006 г. № 496-О указал на конституционность нормы п. 1 ст. 12 СК РФ и подтвердил толкование «брака» как союза мужчины и женщины. Суд также констатировал, что из принятых на себя Россией международно-правовых обязательств не вытекает ее обязанность по признанию однополых союзов. Безуспешные попытки обжалования отказа в регистрации однополых браков предпринимались в России и в последующем⁶.

Подобно России в большинстве стран принадлежность вступающих в брак к разному полу — условие для вступления в брак. Исключение составляют ряд европейских и американских стран, которые признают однополые браки (союзы, партнерства). По утверждению Д. Борминской, анализ положений законов о семейных союзах показывает, что в одних странах (Скандинавские страны, Нидерланды) законодатель стремится добиться наибольшего сходства между браком и зарегистрированным партнерством, а в других, напротив, желает подчеркнуть различие между законным внебрачным союзом и браком⁷.

Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ) в решении по делу *Oliari and Others v. Italy*, принятом

в июле 2015 г., провел сравнительный анализ законодательства европейских стран относительно однополых браков (союзов) и указал, что 11 стран — участниц Совета Европы (Бельгия, Великобритания, Дания, Исландия, Люксембург, Испания, Нидерланды, Норвегия, Португалия, Франция и Швеция) признают однополые браки (same-sex marriages), и вскоре их ряды пополнятся Ирландией и Финляндией. 18 стран (Андорра, Австрия, Бельгия, Великобритания, Венгрия, Германия, Ирландия, Испания, Лихтенштейн, Люксембург, Мальта, Нидерланды, Словения, Финляндия, Франция, Хорватия, Чехия, Швейцария) признают различные формы однополых партнерств (civil partnership for same-sex couples). В некоторых случаях такие союзы эквивалентны браку во всем, кроме названия (например, на Мальте). Португалия признает однополые союзы де-факто и не требует их официальной регистрации. Дания, Исландия, Норвегия и Швеция предусматривали возможность создания однополых партнерств, но отказались от них в пользу регистрации однополых браков. Таким образом, 24 из 47 стран — участниц Совета Европы признают однополые браки, гражданские союзы или зарегистрированные партнерства⁸. Со времени принятия рассматриваемого решения ЕСПЧ ситуация изменилась. Так, в 2016 г. однополые партнерства признаны в Эстонии, а в 2017 г. однополые браки признаны в Германии. В этом же решении ЕСПЧ признал, что в Италии нарушаются права на уважение частной и семейной жизни (ст. 8 Европейской конвенции по правам человека), поскольку однополые пары не получили в стране признания. В результате в 2016 г. в Италии были узаконены однополые союзы.

⁶ См. решение Люблинского районного суда г. Москвы от 15 августа 2013 г., поддержанное Апелляционным определением Московского городского суда от 4 декабря 2013 г. № 11-32126/13; Апелляционное определение Судебной коллегии по гражданским делам Липецкого областного суда от 7 октября 2013 г. по делу № 33-2656/2013.

⁷ См.: Борминская Д. Новые тенденции в развитии семейного права: внебрачные союзы на примере отдельных европейских стран // Семейное и жилищное право. 2007. № 2.

⁸ См. п. 54 решения по делу *Oliari and Others v. Italy*. Judgment, 21 July 2015. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-156265>.

Можно не сомневаться, что в России исполнение подобного постановления ЕСПЧ (в случае его принятия против России) может быть заблокировано Конституционным Судом РФ как нарушающее основополагающие принципы и нормы Конституции РФ⁹.

За пределами Европы однополые браки (союзы, партнерства) разрешены в Аргентине, Бразилии, Канаде, Мексике, Новой Зеландии, Уругвае, ЮАР. В июне 2015 г. Верховный суд США также признал право однополых пар на заключение однополых браков на всей территории США.

Браки, заключенные за рубежом между иностранцами, признаются в России, если соблюдено законодательство иностранного государства (п. 2 ст. 158 СК РФ). При этом закон не ставит условием для признания таких браков отсутствие препятствий по ст. 14 СК РФ. Таким образом, формально и полигамные браки должны быть признаны действительными в России. Однако для непризнания таких браков, как и разрешенных законодательством ряда государств однополых браков (союзов, партнерств), может быть использована концепция публичного порядка.

Однополые браки не должны признаваться в России также в силу правил квалификации: согласно п. 1 ст. 1187 ГК РФ квалификация юридических понятий осуществляется в соответствии с российским правом. Следовательно, понятие «брак» по ст. 158 СК РФ должно быть истолковано по российскому праву. Из содержания ст. 1 и 12 СК РФ следует, что браком признается «союз мужчи-

ны и женщины». То есть такая форма социального общежития, как однополый брак не охватывается понятием «брак» по российскому законодательству в целом и ст. 158 СК РФ в частности¹⁰. Что касается однополых партнерств, союзов, то в силу отсутствия в российском семейном праве указанного понятия их квалификация должна осуществляться по праву соответствующей страны (п. 2 ст. 1187 ГК РФ). Следовательно, указанные явления имеют правовые характеристики согласно соответствующему иностранному праву, но правовые последствия по российскому законодательству (семейному, наследственному, жилищному и проч.) к таким однополым бракам (союзам, партнерствам) применяться не могут.

Примечательно, что в России предпринимались попытки легализовать заключенные за рубежом однополые браки. Так, в январе 2018 г. двое российских граждан (мужчин) заключили в Дании однополый брак. По приезду в Россию граждане подали документы о регистрации брака вместе с заверенными нотариальными переводами в многофункциональный центр госуслуг в Москве, где им поставили штампы в паспортах на страницах о семейном положении, подтвердив, что мужчины зарегистрировали брак. Однако в дальнейшем действия чиновников МФЦ были признаны незаконными, паспорта пары были объявлены недействительными и граждан привлекли к административной ответственности по ст. 19.16 КоАП РФ за умышленную порчу паспортов¹¹.

⁹ Соответствующие полномочия Конституционного Суда РФ на отказ в исполнении решений межгосударственных органов по защите прав и свобод человека были закреплены постановлением КС РФ от 14 июля 2015 г. № 21-П и Федеральным конституционным законом от 14 декабря 2015 г. № 7-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон “О Конституционном Суде Российской Федерации”».

¹⁰ Отечественные специалисты указывают на невозможность признания в России однополых браков в силу их противоречия понятию «брак» по российскому законодательству. См.: Международное частное право: учебник / отв. ред. Н. И. Марышева. 3-е изд. М., 2011. С. 692 (автор главы — Н. И. Марышева).

¹¹ См.: Заключившая однополый брак в Дании пара россиян уехала из страны. URL: <http://www.interfax.ru/russia/597612>.

В литературе, однако, высказана точка зрения, что если однополый союз был зарегистрирован в соответствии с иностранным законом, который признает за однополыми партнерами те же наследственные права, что и за супругами (право Дании, Норвегии, Исландии, Нидерландов, Швеции), то оговорка о публичном порядке может не применяться, а наследственные права пережившего партнера могут признаваться¹². С подобной точкой зрения можно согласиться до той степени, до которой не затрагивается отечественный публичный порядок. Скажем, если одним из партнеров такого союза окажется российский гражданин, чьи российские наследники в соответствии с российским правом будут претендовать на его имущество в случае его смерти, то наследственные права второго партнера не должны признаваться в той степени, в которой они противоречат интересам российских наследников (хотя бы применимым правом к наследованию было признано иностранное право, признающее наследственные права таких переживших партнеров). Стоит, однако, отметить, что такие вопросы должны решаться индивидуально в каждом конкретном случае. Иными словами, универсальной формулы признания или непризнания правовых последствий (наследственных, семейных и проч.) однополых браков, союзов, или партнерств не существует.

В то же время наследственные права членов полигамной семьи, очевидно, могут быть признаны в России при условии, что брак был зарегистрирован в соответствии с законами иностранного государства и соответствующие наследственные отношения также подчиняются иностранному закону. Здесь отечественный публичный порядок не затра-

гивается применением иностранного права.

Важно отметить, что применение правила п. 2 ст. 1187 ГК РФ относится лишь к признанию действительности однополых союзов и сожительства, но не к признанию правовых последствий таких форм социального общения, в том числе в области наследования, поскольку наше семейное и наследственное право связывает данные последствия с «семьей». Здесь уместно использовать аргументацию Дж. Морис: «Английский суд откажется применять право, которое по существу нарушает справедливость и благопристойность... Если, например, иностранное право позволяет пятидесятилетнему холостяку удочерить незамужнюю семнадцатилетнюю девушку, английский суд может отказаться в назначении опеки приемного отца в отношении этой девушки; однако в случае смерти такого “отца” нет причины для отказа в признании девушки его наследницей в качестве “дочери”. Другими словами, речь здесь идет не об абсолютных, а об относительных категориях: признание иностранного статуса — одно дело, а признание всех его последствий — другое»¹³.

Отметим, что согласно ст. 127 СК РФ (изменения были внесены в 2015 г.) к категории лиц, которые не могут быть усыновителями, относятся «лица, состоящие в союзе, заключенном между лицами одного пола, признанном браком и зарегистрированном в соответствии с законодательством государства, в котором такой брак разрешен, а также лица, являющиеся гражданами указанного государства и не состоящие в браке». Данную формулировку нельзя признать удачной — указание на лиц, «состоящих в союзе, заключенном между лицами одного пола, признанном браком» некорректно, поскольку помимо од-

¹² См.: Международное частное право: учебник. Т. 2: Особенная часть / отв. ред. С. Н. Лебедев, Е. В. Кабатова. М., 2015. С. 532—533 (автор главы — И. Г. Медведев).

¹³ Morris J. Op. cit. P. 41.

нополых браков за рубежом признаются также однополые союзы и однополые партнерства. Следовательно, находящимся в таких союзах и партнерствах лицам допуск к усыновлению должен быть также запрещен, даже если согласно иностранным законам они вправе усыновлять детей.

В отношении полигамных браков интересен опыт Англии. Полигамные браки, заключаемые за пределами этой страны с участием лица, domiciliрованного в Англии, признаются недействительными в Англии. При этом в решениях английских судов и английских законах постановлено, что после прекращения полигамного брака после смерти мужа его жены не вправе претендовать на материальную помощь, которая выплачивается вдовам на основании английского законодательства. Полигамные браки признаются действительными в Англии, если они заключаются за рубежом и являются там действительными, и при этом ни один из супругов не имеет в Англии domicilia (например, браки, заключаемые в Пакистане или Индии между domiciliрованными там мусульманами). По этому же основанию английские суды признают действительность полигамных браков (по крайней мере для определенных целей), браков, заключенных по доверенности или между лицами, находящимися в запрещенной степени родства (разумеется при усло-

вии, что они являются действительными по иностранному праву)¹⁴.

В деле *Hashmi v. Hashmi* (1972) английский суд постановил, что если мусульманин, domiciliрованный в Пакистане, вступает там в брак, а затем заключает второй брак в Англии с англичанкой в английском регистрирующем органе, то дети от второго «брака» считаются законнорожденными, хотя сам брак является недействительным. В деле *Hyde v. Hyde* (1966) было постановлено, что стороны полигамного брака, даже если он является действительным по закону места его заключения и domicilia каждого из его участников, не вправе претендовать на алименты, материальную помощь или иные присуждения, предусмотренные английским семейным правом. Однако впоследствии ситуация изменилась и в настоящее время полигамный брак не рассматривается основанием для отказа в вынесении решения о присуждении алиментов¹⁵.

В отличие от однополых браков отношение к полигамным бракам в России и мире не столь категорически отрицательное. Думается, что при присуждении алиментов, распределении наследственного имущества, разрешении спора о детях и решении других вопросов полигамных браков российские суды могут следовать иностранному праву соответствующей страны.

¹⁴ См.: *Morris J. Op. cit.* P. 172, 174—177.

¹⁵ *Ibid.* P. 179—180.

Библиографический список

- Morris J. *The Conflict of Laws*. 4th ed. L., 1993.
- Palsson L. *Marriage in Comparative Conflict of Laws: Substantive Conditions*. The Hague, 1981.
- Борминская Д. Новые тенденции в развитии семейного права: внебрачные союзы на примере отдельных европейских стран // Семейное и жилищное право. 2007. № 2.
- Заключившая однополый брак в Дании пара россиян уехала из страны. URL: <http://www.interfax.ru/russia/597612>.
- Международное частное право: учебник / отв. ред. Н. И. Марышева. 3-е изд. М., 2011.
- Международное частное право: учебник. Т. 2: Особенная часть / отв. ред. С. Н. Лебедев, Е. В. Кабатова. М., 2015.
- Шишкина Ю. С. Институт однополого брака в России и за рубежом: проблемы и перспективы его развития // Семейное и жилищное право. 2012. № 5.