

ПРОБЛЕМЫ
КОЛЛИЗИОННОГО
РЕГУЛИРОВАНИЯ
СЕМЕЙНО-БРАЧНЫХ
ОТНОШЕНИЙ В ПРАВЕ
РОССИЙСКОЙ
ФЕДЕРАЦИИ

МОНОГРАФИЯ

Научные редакторы
С. Т. Максименко,
О. Ю. Ситкова



«ПРОСПЕКТ»

Коллектив авторов

**Проблемы коллизионного
регулирования семейно-
брачных отношений в праве
Российской Федерации**

Текст предоставлен правообладателем

http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=69438568

*Проблемы коллизионного регулирования семейно-брачных отношений в
праве Российской Федерации. Монография/ Под ред. С. Т. Максименко,*

О. Ю. Ситковой: Проспект; Москва; 2019

ISBN 9785392294855

Аннотация

Монография посвящена вопросам правового регулирования личных неимущественных и имущественных семейных отношений с участием иностранного элемента. Рассматриваются принципы международного частного права в контексте семейно-брачных отношений, осложненных иностранным элементом, а также вопросы соблюдения гарантий реализации прав, возникающих в сфере семейных отношений.

Законодательство приведено по состоянию на сентябрь 2018 г.
Для научных сотрудников, студентов, магистрантов, аспирантов, преподавателей юридических вузов.

Содержание

Предисловие	6
Глава 1	9
§ 1. Применение общих положений международного частного права к семейным отношениям, осложненным иностранным элементом	10
§ 2. Развитие и современное состояние зарубежных научных исследований о регулировании семейно-брачных отношений с иностранным элементом	34
Конец ознакомительного фрагмента.	43

Проблемы коллизионного регулирования семейно- брачных отношений в праве Российской Федерации. Монография Научные редакторы С. Т. Максименко, О. Ю. Ситкова

Авторы:

Максименко С. Т., кандидат юридических наук – предисловие; § 1 гл. 1; гл. 4;

Ситкова О. Ю., кандидат юридических наук – § 2 гл. 3;
§ 3 гл. 3;

Бугрова С. С., кандидат юридических наук – § 2 гл. 1;
§ 1 гл. 2;

Алькова М. А., кандидат юридических наук – § 4 гл. 3;

Ермолаева Т. А., кандидат юридических наук – § 2 гл. 2;

Кулапов В. В., кандидат юридических наук – § 1 гл. 3.

Рецензенты:

доктор юридических наук, профессор **Ю. Ф. Беспалов**;
доктор юридических наук, профессор **В. А. Хохлов**.



ebooks@prospekt.org

© Коллектив авторов, 2019

© ООО «Проспект», 2019

Предисловие

В современном мире заключается все больше браков между лицами, имеющими гражданство разных государств. Дети, рожденные за границей в трансграничных браках, приобретают иностранное гражданство по праву рождения. По этим и по иным причинам стремительно растет количество семейно-правовых отношений, осложненных иностранным элементом. Вместе с тем, правовое регулирование этой области отношений в РФ и на международном уровне явно недостаточно. В отличие от Гражданского кодекса РФ, в котором термин «отношения, осложненные иностранным элементом», нашел законодательное закрепление, в Семейном кодексе РФ такой термин не используется. Раздел VII Семейного кодекса РФ имеет наименование «Применение семейного законодательства к семейным отношениям с участием иностранных граждан и лиц без гражданства», что сужает предмет регулирования международного семейного права.

Ученые справедливо считают, что в целях обеспечения терминологического единства следует признать необходимым закрепление категории иностранного элемента и в седьмом разделе СК РФ¹. В Семейном кодексе РФ в разделе VII, относящемся к международному частному праву, содержится 12 статей (ст. 156–167).

В науке международного частного права обсуждается место норм семейного права в системе международного частного права. Брачно-семейные отношения являются по своей природе частноправовыми, хотя и сопровождаемыми публично-правовой составляющей, оформляющей эти отношения, придающей им юридическое значение (порядок заключения брака, оформление усыновления и др.). Но эта составляющая не изменяет частноправового существа семейных отношений, лишь придавая им специфический характер.

Следует иметь в виду, что частный интерес нередко защищается публично-правовыми средствами. Не следует отождествлять императивные нормы и публично-правовые нормы. Императивные нормы в частном праве очерчивают границы автономии воли сторон, свободы договора и т. п. То есть ставят саморегулирование в рамки закона. Публично-правовые нормы регулируют отношения власти-подчинения. Следует иметь в виду, что организационные отношения в семейном праве, в которых участвуют государственные органы (органы ЗАГС, например, при заключении брака), существуют как предпосылка частноправовых отношений, и хотя они представляют собой взаимоотношения субъектов частного права с органами государства, они входят в частное право как публичная составляющая частного права. Существуют отрасли права, где такая публично-правовая составляющая достаточно высока, тем не менее, эти отрасли относятся к частному праву (семейное, трудовое право). Не слу-

чайню многие авторы пишут об условности деления права на частное и публичное.

Нормы семейного права занимают самостоятельный раздел в системе международного частного права. С мнением о том, что семейное право является подотраслью международного частного права², следует согласиться. Однако, чтобы ненароком не отождествлять его с семейным правом как самостоятельной отраслью российского права, эту подотрасль МЧП следует называть международным семейным правом, что отражает специфику брачно-семейных отношений, которые оно регулирует. Признание такой подотрасли в системе МЧП, как международное семейное право, адекватно отражает место семейно-правовых норм в системе международного частного права, обусловленное спецификой брачно-семейных отношений, в сравнении с гражданско-правовыми отношениями.

Глава 1

Общие положения правового регулирования семейно-брачных отношений, осложненных иностранным элементом

§ 1. Применение общих положений международного частного права к семейным отношениям, осложненным иностранным элементом

§ 2. Развитие и современное состояние зарубежных научных исследований о регулировании семейно-брачных отношений с иностранным элементом

§ 1. Применение общих положений международного частного права к семейным отношениям, осложненным иностранным элементом

Из общих положений международного частного права в СК РФ урегулированы только три вопроса. К ним относятся: воспроизведение общего для всей системы российского права конституционного положения о соотношении норм национального права и международных договоров применительно к нормам семейного законодательства (ст. 6), установление содержания норм иностранного семейного права (ст. 166) и ограничение применения норм иностранного права оговоркой о публичном порядке (ст. 167).

Бесспорно, дублировать общие положения международного частного права, закрепленные в девяти статьях ГК РФ (глава 66 раздела VI), в СК РФ не следует. Однако здесь возникает вполне логичный вопрос о применении к семейным отношениям гражданского законодательства, т. е. главы 66 раздела VI третьей части ГК РФ. Казалось бы, он разрешен встатьи 4 СК РФ, предусматривающей возможность такого применения постольку, поскольку это не противоречит су-

щество семейных отношений. С этой точки зрения применение к семейным отношениям статей главы 66 ГК РФ правомерно. Статья 5 СК РФ устанавливает возможность применения гражданского законодательства к семейным отношениям по аналогии¹. Однако такая постановка вопроса затрудняет определение юридической природы норм международного частного права, создавая иллюзию принадлежности этих норм соответственно к российскому гражданскому или семейному праву. Это еще один довод в пользу принятия Коллизионного кодекса международного частного права или Закона о международном частном праве РФ, где нормы международного семейного права заняли бы свое место.

В научной литературе неоднократно обращалось внимание на то, что «российское законодательство наглядно демонстрирует серьезные недостатки межотраслевого способа кодификации МЧП» и предлагается принять комплексный автономный закон по МЧП, включающий также нормы международного гражданского процесса. По мнению ученых, если бы российский законодатель пошел по пути принятия комплексного автономного закона по МЧП, таких проблем удалось бы избежать. Комплексная автономная кодификация устраняет «разбросанность» норм, регулирующих отношения сферы МЧП, по разным нормативным актам, упрощает и оптимизирует судопроизводство³.

В настоящем параграфе будут освещены лишь некоторые принципиальные положения общей части МЧП примени-

тельно к международному семейному праву, имеющие, по нашему мнению, наибольшее значение для правового регулирования трансграничных семейных отношений.

Квалификация юридических понятий

Наличие иностранного элемента в семейно-брачных отношениях ставит перед правоприменителем проблему выбора применимого права. Такой выбор осуществляется либо с помощью национальных коллизионных норм, либо унифицированных коллизионных норм международных конвенций. В силу п. 3 ст. 1186 ГК РФ «если международный договор Российской Федерации содержит материально-правовые нормы, подлежащие применению к соответствующему отношению, определение на основе коллизионных норм права, применимого к вопросам, полностью урегулированным такими материально-правовыми нормами, исключается».

При выборе применимого права возникает проблема *квалификации юридических понятий*. Для установления содержания коллизионной нормы требуется квалифицировать понятия, определяющие фактический состав правоотношения; понятия, используемые как в объеме, так и в привязке коллизионной нормы. Эти вопросы решаются в соответствии со ст. 1187 ГК РФ: толкование юридических понятий осуществляется в соответствии с российским правом, если иное не предусмотрено законом (п. 1). При этом следует иметь в виду, что, как и в ст. 1191 ГК РФ, речь должна идти не просто о праве, но толкование коллизионных норм с помощью рос-

сийского права следует проводить в соответствии с *официальным толкованием, практикой применения и доктриной Российского государства*, хотя об этом в ст. 1187 ГК РФ в отличие от ст. 1191 ГК РФ не упоминается.

Если юридические понятия, требующие квалификации, не известны российскому праву или известны в ином словесном обозначении, либо с другим содержанием и не могут быть определены посредством толкования в соответствии с российским правом, может быть применено иностранное право (п. 2). Здесь законодателю следовало бы уточнить: «может быть применено иностранное право, с которым правоотношение имеет тесную связь», соответственно дополнив п. 2 ст. 1187 ГК РФ.

Остановимся на некоторых основополагающих понятиях семейного права, требующих толкования при выборе применимого права: семейные отношения, семья, члены семьи; брак.

Понятие семейных отношений, семьи и членов семьи

В двадцатом столетии человечество выработало новые принципы отношения государства к семье и отношений в самой семье, закрепленные в нормах международного права. Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод вслед за Всеобщей декларацией прав человека провозгласила основные принципы регулирования и защиты прав человека и в сфере семейно-брачных отношений (ст. 12, 16, 25, 26 Декларации; ст. А 8,12 Конвенции). Семья

провозглашена естественной и основной ячейкой общества и имеет право на защиту со стороны общества и государства. Никто не может вмешиваться в личную семейную жизнь человека. Каждый имеет право вступать в брак и основывать семью. Это право не ограничено по признаку расы, национальности или религии. Права во время состояния в браке и во время его расторжения не ограничиваются по признаку пола, они одинаковы для мужчин и женщин. Материнство и младенчество дают право на особое попечение и помощь. Все дети, родившиеся в браке и вне брака, должны пользоваться одинаковой социальной защитой. Все эти принципы закреплены как права и свободы человека.

В целях обеспечения соблюдения обязательств, принятых на себя государствами по защите прав и свобод человека, Конвенцией учрежден Европейский Суд по правам человека, решения которого обязательны для государств и их органов и должностных лиц⁴.

Наиболее обширная практика в Европейском Суде по правам человека сложилась именно в отношении нарушения права на семейную жизнь. Так, практика ЕСПЧ выработала понятие «семейной жизни». В это понятие включаются отношения в зарегистрированном браке, отношения «гражданского» брака, отношения между родителями и детьми, сестрами и братьями, дядями и племянниками, усыновителями и усыновленными, опекунами и опекаемыми т. д. С учетом современных изменений в социальных и культурных моде-

лях семьи изучение обстоятельств конкретного дела требует от Европейского Суда чрезвычайной гибкости, а распространение «нестандартных» моделей организации семейной жизни значительно усложняет трактовку данного понятия⁵.

ЕСПЧ довольно давно предоставил защиту лицам нетрадиционной сексуальной ориентации, но эта защита долго ограничивалась лишь правом на личную жизнь⁶. До 2010 г. Суд оставался тверд в своем понимании семьи и брака, существование которых признавал только между мужчиной и женщиной. Однако в настоящее время понятие «семейная жизнь» было расширено с учетом современных изменений социальных и культурных моделей семейной жизни.

Это очевидно из постановления ЕСПЧ от 24.07.2010 «Шальк и Копф против Австрии». Нарушений ст. 12 в отказе государства признавать однополые браки в этом деле не было найдено – исходя из формулировки данной нормы, а также постольку, поскольку в этом отношении между европейскими государствами до сих пор нет консенсуса, и только немногие из сорока семи государств Совета Европы предоставляют лицам одного пола возможность вступить в брак. При этом некоторые страны обозначают однополые союзы термином «партнерство».

В постановлении Суд подчеркнул: «С 2001 года во многих странах-членах произошла быстрая эволюция отношения общества к однополым парам. С тех пор значительное число стран-членов предоставили законодательное призна-

ние однополым парам... Отдельные положения законодательства ЕС также отражают растущую тенденцию включения однополых пар в понятие «семьи»... В свете этой эволюции Суд считает искусственным сохранять позицию, что, в отличие от разнополой пары, однополая пара не может пользоваться «семейной жизнью» для целей ст. 8. Соответственно, отношения заявителей, сожительstwo однополой пары в де факто стабильном партнерстве, подпадает под понятие «семейной жизни», так же как и отношения разнополой пары в схожей ситуации»⁷.

Итак, пока Суд не нашел нарушения ст. 12 в отказе Договаривающегося Государства признавать однополые союзы. Однако за пять лет, прошедших с принятия решения по делу Шальк и Копф, количество европейских стран, разрешающих регистрацию однополого брака, выросло с 6 до 9. Тенденцию роста проследить нетрудно, прогноз сделать возможно: не исключено, что вскоре толкование ст. 12 ЕКПЧ будет значительно расширено. Внесения изменений в ст. 12 в связи с этим расширенным толкованием не потребуется.

Легальное понятие семьи, члена семьи в российском семейном праве отсутствует, хотя эти термины используются в статьях СК РФ. Так, СК РФ провозглашает принцип приоритетного воспитания детей в семье (ст. 1). статья 164 СК РФ предусматривает алиментные обязательства не только совершеннолетних детей, но и других членов семьи.

Уже в наименовании седьмого раздела СК РФ встречается

термин «*семейные отношения*». Чтобы дать толкование этим терминам по российскому праву, к которому нас отсылает п. 1 ст. 1187 ГК РФ, начнем анализ с понятия «член семьи». В разделе V СК РФ «Алиментные обязательства членов семьи» мы находим родителей и детей, супругов и бывших супругов; братьев и сестер, дедушек и бабушек, внуков, воспитанников и фактических воспитателей, пасынков и падчериц, отчима и мачеху (статьи 80–97). Анализ этих статей не дает ответа на вопрос, по какому критерию эти лица отнесены к членам семьи. Многих из них (кроме отчима и мачехи, воспитанника и фактического воспитателя, бывшего супруга) связывают не столько общая семейная жизнь, сколько кровно родственные связи. В алиментных обязательствах других членов семьи нигде нет упоминаний о необходимости совместного проживания или ведения общего хозяйства, чтобы получить статус члена семьи для взыскания средств на свое содержание от других членов семьи. Таких других членов семьи исчерпывающим образом перечисляет СК РФ.

В таком случае, как определить семью и семейные отношения как объект и предмет регулирования семейного права? Обратим внимание на глубину и точность мысли римских юристов. Известный римский юрист Ульпиан обращает внимание на существование в римском праве определенной исторической эпохи малой патриархальной семьи по собственному праву и семьи в широком смысле, семьи по общему праву (Дигесты Юстиниана. 50.16.195.2). Используем

аналогию с определениями семьи Ульпианом для более точного определения обозначенных нами выше понятий.

В современном обиходе существует понятие малой семьи, семьи в собственном значении этого слова. Первоосновой такой семьи является брак. Супруги-родители и их несовершеннолетние дети – таков состав классической современной малой семьи. Основные признаки такой семьи: супружество и кровное родство; как правило, совместное проживание и ведение общего хозяйства. В состав малой семьи могут входить и другие родственники, и свойственники, и даже не родственники (отчим, мачеха, воспитанники и фактические воспитатели). Однако членами малой семьи они будут восприниматься, как правило, лишь совместно проживая и ведя общее хозяйство. Однако имущественные отношения (права собственности, как основное имущественное право) этих лиц в малой семье регулируются гражданским правом. Лишь те отношения, которые прямо обозначены в законе, регулируются нормами семейного права (например, алиментные обязательства членов семьи).

Таким образом, **семьей в прямом (узком) значении («малой» семьей) по российскому семейному праву следует считать основанное на браке сообщество супругов, их несовершеннолетних детей, а также иных лиц, как правило, связанных кровным родством, объединившихся для совместного проживания и ведения общего хозяйства.**

Семьей в широком значении признаются кровные родственники и другие лица (свойственники, бывшие члены малой семьи), как правило, отдельно проживающие и не ведущие общего хозяйства.

Когда в нормативно-правовых документах речь идет о мерах по защите семьи, очевидно, что имеются в виду современные семьи в узком значении.

Следует оговориться, что вариантов современной семьи может быть множество, вследствие чего дать универсальное понятие семьи, пригодной для всех вариантов, практически не представляется возможным, да и нет необходимости.

В СК РФ семейные отношения выступают в двух аспектах: как внутрисемейные в составе малой семьи и внешне семейные отношения, касающиеся членов семьи в широком смысле (это в основном родственники разных степеней родства). Согласно СК РФ внешне семейные отношения как предмет семейного права возникают по алиментированию и между бывшими супругами, в частности, по разделу имущества бывших супругов, урегулированию прав в отношении детей.

Понятие брака

В связи с признанием некоторыми странами различных форм партнерств и отрицанием юридического значения таковых российским правовым порядком возникает вопрос о понятии брака по семейному праву РФ. СК РФ не содержит понятие брака. Тем не менее, в п. 3 ст. 1 СК РФ речь идет о

принципах «брачного союза мужчины и женщины», в разделе II СК РФ «Заключение и расторжение брака» употребляется термин «супруги» или «лица, вступающие в брак», хотя в двух статьях (ст. 12 и 17) употребляются термины «муж и жена». В Федеральном законе «Об актах гражданского состояния» от 15.11.1997 № 143-ФЗ (в ред. от 29.12.2017)⁸ также речь идет о лицах, вступающих в брак. Лишь в п. 2 ст. 28 используются термины «муж и жена», когда фамилия лиц, вступающих в брак, может быть «определена посредством присоединения фамилии жены к фамилии мужа».

Обратимся к этимологии слов «муж» и «жена». В древнерусском языке первое значение слова «муж» обозначало человека мужского пола, половозрелого мужчину. Это слово означало также воина княжеской дружины, приближенного к правителю. Слово «жена» вплоть до XVIII века обозначало любую женщину независимо от того, состояла она в браке или нет. Лица, вступающие в брак, назывались «супруг» и «супруга». В настоящее время слова «муж» и «жена» обозначают мужчину и женщину, которые состоят в законном браке⁹.

В этом отношении мнение римских юристов было более определенным. В Институциях Юстиниана¹⁰ дано такое определение брака: «Брак, или так называемый матримоний, представляет собой союз мужчины и женщины, предполагающий общность жизни» (Институции Юстиниана. 1.9.1).

Как союз мужчины и женщины определял брак и ученик знаменитого Ульпиана римский юрист Модестин: «Брак есть союз мужа и жены, объединение всей жизни, общение в праве божественном и человеческом» (Дигесты Юстиниана. 23.2.1).

Попробуем определиться с понятием брака по российскому семейному праву. Статья 14 СК РФ перечисляет препятствия к вступлению в брак. Запрещение однополых браков в ней отсутствует. Казалось бы, в строгом соответствии со ст. 158 СК РФ такие браки должны признаваться в РФ. Однако всякая норма права требует системного толкования.

С точки зрения традиции и обычаев российского общества можно утверждать, что брак в РФ – это союз мужчины и женщины, а следовательно, однополый союз в России с точки зрения внутреннего публичного порядка браком считаться не может.

И этому есть подтверждение не только в обычаях, традиции и культуре, но и в Семейном кодексе РФ. В п. 3 ст. 1 СК РФ «Основные начала семейного законодательства» речь идет о регулировании семейных отношений в соответствии с принципами добровольности брачного союза мужчины и женщины. Таким образом, мы можем сделать вывод, что брак по российскому законодательству – это добровольный союз.

Согласно п. 2 ст. 1 СК РФ признается брак, заключенный только в органах записи актов гражданского состояния.

Отмечаем еще одну конституирующую черту брака – в РФ признается только *зарегистрированный брак*. Следовательно, фактические отношения браком признаваться не могут, хотя в быту в настоящее время весьма распространено понятие фактических брачных отношений (так называемый «гражданский» брак). Распространено настолько, что в Государственную Думу внесен на рассмотрение проект закона о признании фактических браков¹¹.

Согласно инициативе, для признания такого союза со стороны государства мужчина и женщина должны не только жить вместе, но и вести общее хозяйство в течение пяти лет. Срок совместного проживания сокращается до двух лет, если есть общий ребенок. Такой фактический брак влечет права и обязанности «супругов», предусмотренных семейным законодательством¹². Многие депутаты Государственной Думы выступили с критикой самой идеи приравнять сожительство к законному браку¹³. Соглашаясь с высказанными протестными мнениями, следует назвать еще один весьма серьезный довод против такого приравнивания.

Россия является участницей Международной конвенции о согласии на вступление в брак, брачном возрасте и регистрации браков от 10.12.1962. В статье 3 Конвенции устанавливается, что браки регистрируются компетентным органом власти в официальном реестре. Следовательно, согласно международному договору в силу ст. 6 СК РФ, воспро-

изводящей конституционный принцип приоритета международных договоров перед национальным законодательством, в РФ признается только зарегистрированный брак.

К тому же признание легитимности фактического брака ввиду невозможности действенного контроля дает возможность к нарушению моногамии, которая является принципиальной чертой брака в России. В соответствии со ст. 14 СК РФ препятствием к заключению брака является наличие другого, не расторгнутого брака у лиц, вступающих в брак или одного из них. Следовательно, в РФ признается только моногамный брак.

Наконец, в качестве принципов регулирования семейно-брачных отношений ст. 1 СК РФ называет государственную защиту материнства отцовства и детства (п. 1), приоритет семейного воспитания детей (п. 2). Все это позволяет сделать вывод о том, что одной из основных функций является репродуктивная функция брака как союза мужчины и женщины продолжению человеческого рода. И эта функция тесно переплетена с социальной функцией брака – воспитание и защита несовершеннолетних детей.

Теперь попробуем дать определение брака. **Брак в РФ представляет собой зарегистрированный в органах записи актов гражданского состояния моногамный союз мужчины и женщины, предполагающий общность жизни, одной из основных функций которого является рождение детей, их воспитание и защита до**

достижения детьми совершеннолетия.

Такое определение отвечает внутреннему публичному порядку России. Значит ли это, что РФ не должна признавать иные формы брачных союзов (полигамные браки, однополые партнерства), существующие в зарубежных странах по причине их противоречия внутреннему публичному порядку РФ?

Существует мнение, что как полигамные браки, так и однополые партнерства, а также фактические браки противоречат публичному порядку РФ в силу ст. 167 СК РФ. Отметим, внутреннему публичному порядку РФ. Это означает, что РФ не признает возможность заключения таких браков для российских граждан, как на своей территории, так и за рубежом. РФ не заключает таких браков и между иностранцами на своей территории. Однако здесь возникает вопрос о противоречии таких браков международному публичному порядку и их последствиях. Но об этом несколько дальше при анализе ст. 167 СК РФ (ст. 1193 ГК РФ).

Ограничение применения норм иностранного семейного права

Российское законодательство устанавливает случаи ограничения применения иностранного права на территории РФ. Такое ограничение производится с помощью оговорки о публичном порядке (далее – ОПП) и непосредственно применимых императивных норм права (ст. 167 СК РФ, ст. 1193 и 1192 ГК РФ).

Оговорка о публичном порядке

Статья 167 СК РФ, предусматривающая так называемую оговорку о публичном порядке, имеет заголовок «Ограничение применения норм иностранного права». Эта статья гласит: «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».

Сравнение ст. 167 СК РФ с текстом ст. 1193 ГК РФ показывает все ее несовершенство. Правоприменителю не остается ничего другого, как, применяя ст. 167 СК РФ, толковать ее с позиций ст. 1193 ГК РФ. Такая ситуация стала возможной в виду того, что законодатель, как представляется, до сих пор не определился с отраслевой принадлежностью норм, регулирующих частноправовые отношения, осложненные иностранным элементом, поместив соответствующие нормы в кодификационных законах (кодексах) гражданского и семейного права. Различная редакция статей ГК РФ и СК РФ по одним и тем же общим вопросам (речь идет о ст. 166 и 167 СК РФ; ст. 1191 и 1193 ГК РФ), вызывает трудности в правоприменении. Как мы уже неоднократно писали, проблема могла бы разрешиться путем принятия Закона о международном частном праве и исключения регулирования этих отношений в ГК РФ и СК РФ. По этому пути пошли уже многие государства.

В Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации¹⁴ отмечается, что в национальном законодательстве и судебной практике ряда стран проводится различие между публичным порядком, применимым в чисто внутренних отношениях, и публичным порядком, применяемым при регулировании отношений, осложненных иностранным элементом. При сохранении общей гибкости защитного механизма оговорки о публичном порядке, указывается в Концепции, целесообразно предусмотреть соответствующее уточнение и в статьи 1193, указав, что ее применение осуществляется с учетом усложненности отношений иностранным элементом.

Федеральным законом РФ от 30.09.2013 № 260-ФЗ в ст. 1193 ГК РФ внесены соответствующие изменения. А именно: норма иностранного права не применяется, если последствия ее применения противоречат основам правопорядка (публичному порядку) РФ с учетом характера отношений, осложненных иностранным элементом. Очевидно, что перед наукой международного частного права теперь стоит задача толкования этих изменений. Ученым предстоит дать ответ на вопрос, что собой представляет публичный порядок «с учетом отношений, осложненных иностранным элементом». Однозначно ли это выражение термину «международный публичный порядок»?

Российское законодательство понятия «международный публичный порядок» не содержит. Однако в зарубежном

праве и в международных договорах термин «международный публичный порядок» используется. В доктрине также высказывается мнение об оправданности его использования.

В международном соглашении, известном как Кодекс Бустаманте¹⁵ оговорка о публичном порядке сформулирована следующим образом: «Права, предоставляемые согласно правилам настоящего Кодекса, имеют полное экстерриториальное действие в Договаривающихся государствах, кроме случаев, когда любой из их результатов или последствий противоречит норме международного публичного порядка».

В научной литературе кроме «внутреннего публичного порядка» и «международного публичного порядка», встречается также и такая категория, как «публичный порядок сообществ» (сообщества). По терминологии некоторых авторов речь идет о региональном публичном порядке.

Расширение содержания публичного порядка до наиболее фундаментальных абсолютных ценностей, таких как мораль и нравственность, и одновременно ценностей универсальных, общих для значительного числа стран становится сегодня очевидной тенденцией¹⁶.

В научной литературе отмечается, что в настоящий период происходит становление мирового публичного порядка (real international public), который концентрирует в себе общие для стран стандарты соотношения частного-публичного с одной стороны, и оказывает влияние на формирование публичного порядка конкретного государства, с другой.

Поэтому, при применении оговорки о публичном порядке необходимо ориентироваться на мировой публичный порядок¹⁷.

Нельзя забывать, что в соответствии с п. 4 ст. 15 Конституции РФ «общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы». И, следовательно, «мировой» публичный порядок или, по терминологии других авторов, «международный» публичный порядок есть также публичный порядок РФ, в котором учитываются не только конституционные правовые принципы и российские основные устои морали и нравственности, но и международные общие нормы и положения международных договоров, входящие согласно Конституции РФ в российскую правовую систему. Однако международным такой порядок является потому, что он признается большинством стран или, по крайней мере, теми странами, с которыми этот международный публичный порядок объединяет Россию.

Нетрудно заметить, что при применении иностранного права к правоотношениям, осложненным иностранным элементом, имеется в виду российский публичный порядок с учетом «международных» характеристик тех отношений, которые становятся предметом регулирования коллизионных норм.

Речь идет о тех международных правовых принципах и представлениях о морали и нравственности, которые явля-

ются общими для большинства стран, или, по крайней мере, тех стран, с правопорядками которых правоотношение имеет связь, в том числе с правопорядком страны суда. Формулировка, предложенная в новой редакции ст. 1193 ГК РФ, представляется удачнее, чем отсылка к международному публичному порядку, конкретное содержание которого весьма расплывчато.

С точки зрения международных характеристик отношений (присутствие иностранного элемента), составляющих предмет международного частного права, непринятие иных форм брака, нежели существующих в РФ (например, полигамных браков), нельзя признать отвечающим международному порядку. Современное мировое сообщество склоняется к тому, что каждое суверенное государство вправе устанавливать и устанавливает в своей стране свои правила брачных или семейных отношений (однополое партнерства, фактическое сожительство) с соответствующим признанием имущественных и неимущественных прав. Россия, в свою очередь, вправе запретить ту или иную форму брака и семейных отношений (полигамные или однополое браки) у себя в стране, а также для российских граждан за рубежом, что и сделано пока лишь в отношении полигамных браков (ст. 14 СК РФ). Однополое браки между российскими гражданами, заключенные, как в России, так и за рубежом, по крайней мере, на сегодняшний день противоречат основам нравственных и религиозных представлений основного на-

селения России, что и характеризует внутренний национальный правопорядок РФ, что, несомненно, должно учитываться законодателем при издании нового законодательства. С учетом мировых тенденций признания однополых семейных союзов было бы неправильно вносить изменения в ст. 14 СК РФ, запрещающие заключение российскими гражданами однополых браков. Достаточно внести в СК РФ новую статью, дающую определение брака как союза мужчины и женщины (например, аналогичную норме Институций Юстиниана).

Однако в соответствии с новой редакцией ст. 1193, ссылающейся на основы правопорядка (публичный порядок) Российской Федерации с учетом характера отношений, осложненных иностранным элементом, нельзя признавать как полигамные, так и однополые союзы иностранных граждан, заключенные за рубежом в соответствии со своим национальным законодательством, противоречащими публичному порядку. Тем более, если речь идет о последствиях применения норм, явно противоречащих основам публичного порядка Российской Федерации. Такие последствия, как правило, относятся к нарушению основных прав и свобод человека и гражданина. Для брачно-семейных отношений, это, например, ущемление имущественных прав женщины в сравнении с мужчиной, детей, рожденных вне брака, алиментных обязательств в отношении детей, рожденных в полигамных браках, отрицание наследственных прав семейных однополых партнерств и т. п.

Императивные нормы непосредственного применения

Речь идет об особых императивных нормах права страны суда, которые ограничивают применение иностранного права. Эти нормы называют еще «сверх императивными». В Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации и в новой редакции ст. 1192 ГК РФ они получили наименование «непосредственно применимые императивные нормы».

В СК РФ отсутствует статья об ограничении применения иностранного права к семейным отношениям, осложненным иностранным элементом, с помощью непосредственно применимых императивных норм, хотя в регулировании трансграничных семейных отношений они играют немаловажную роль. Тем не менее, такое ограничение может иметь место в силу ст. 4 СК РФ на основании ст. 1192 ГК РФ.

Так, ст. 14 СК РФ, устанавливающая препятствия к заключению брака, применяется в случае непризнания брака, заключенного российскими гражданами за рубежом, и отказа в заключении брака иностранцам в РФ при наличии таких препятствий.

В соответствии с п. 2 ст. 156 СК РФ условия заключения брака на территории Российской Федерации определяются для каждого из лиц, вступающих в брак, законодательством государства, гражданином которого лицо является в момент заключения брака, с соблюдением требований ст. 14 СК РФ в отношении обстоятельств, препятствующих заклю-

чению брака.

Согласно п. 1 ст. 158 СК РФ браки между российскими гражданами и браки между ними и иностранными гражданами или лицами без гражданства, заключенные за пределами территории РФ признаются действительными в России, если отсутствуют предусмотренные ст. 14 СК РФ препятствия к заключению брака. Таким образом, ст. 14 СК РФ является императивной нормой непосредственного применения.

В качестве примера непосредственно применимых норм следует рассматривать нормы, содержащиеся в ряде статей, указанных в ч. 2 п. 1 ст. 165 СК РФ, при усыновлении (удочерении) на территории России иностранными гражданами или лицами без гражданства ребенка, являющегося российским гражданином. К ним, в частности, относятся ст. 124–126, 127 (за исключением подп. 7 п. 1), ст. 128 и 129, ст. 130 (за исключением абзаца пятого), ст. 131–133 СК РФ.

В соответствии с п. 1 ст. 1192 ГК РФ эти императивные нормы российского законодательства регулируют соответствующие отношения независимо от подлежащего применению иностранного права. Законодательство не дает перечня таких норм, но устанавливает признаки этих императивных норм:

1. Наличие указаний на особый характер и обязательность их применения в самих императивных нормах; или
2. Особое значение этих норм, в том числе для обеспечения прав и охраняемых законом интересов участников граж-

данского оборота.

Союз «или», разделяющий в ст. 1192 ГК РФ эти признаки, дает повод считать, что суд, руководствуясь вторым критерием, может сам определить ту или иную норму в качестве непосредственно применимой. Однако такую свободу судейского усмотрения в данной ситуации вряд ли можно признать целесообразной.

Институт особых императивных норм, ограничивающих применение иностранного права, в науке получил название позитивной оговорки о публичном порядке. Она сложилась во Франции, где ее понимают как определенную совокупность норм французского права, в котором заинтересован «публичный порядок и добрые нравы» (ст. 6 ГК Франции).

Второй пункт ст. 1192 ГК РФ предусматривает возможность применения судом особых императивных норм иностранного права, а именно права страны, имеющей тесную связь с отношением, если согласно праву этой страны такие нормы должны регулировать соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права. При этом суд должен учитывать назначение и характер таких норм, а также последствия их применения или неприменения.

Таким образом, различие в применении особых императивных норм РФ и иностранных императивных норм заключается в том, что в первом случае речь идет об обязанности суда, а во втором – лишь о праве суда.

§ 2. Развитие и современное состояние зарубежных научных исследований о регулировании семейно-брачных отношений с иностранным элементом

Формирование комплексного и объективного представления о правовом регулировании семейных отношений с иностранным элементом невозможно без сведений о развитии и актуальном состоянии юридической науки, изучающей данную область. В связи с этим видится необходимым представить в данном разделе монографии следующее:

- синопсис эволюции зарубежных научных теорий о возможности международной унификации семейного права и их современное содержание;
- обзор современных научно-исследовательских центров, ведущих работу по поиску эффективных путей правового регулирования семейных отношений с иностранным элементом, представление отдельных выдающихся правоведов – специалистов в данной области и их исследований, ориентирование читателя в круге основной научной литературы по международному семейному праву.

Научные доктрины о регулировании семейных отноше-

ний с иностранным элементом в XX—XXI столетиях тесно связаны со сравнительным правоведением и его методологией. Одна из главных целей сравнительного права, признанная всеми правоведами-компаративистами, отражающая его прикладное назначение, – гармонизация права¹⁸. Каждый юрист, связанный с иностранным правом, – компаративист, поскольку без изучения особенностей национальных правовых систем невозможен поиск решений коллизионных проблем; любой международно-правовой унифицированный акт всегда является результатом сравнительно-правового исследования. Семейное право представляет собой объект научного познания, считающийся одним из самых сложных как в сравнительном, так и в международном частном праве. Многие правоведы даже признают его исключительность в этом смысле¹⁹. Национальное семейное право, особенно не относящееся к западным правовым системам, трудно реформировать и гармонизировать, так как оно плотно встроено в систему традиционных ценностей, религию и мораль; зачастую те или иные нормы семейного законодательства обоснованы субъективными правообразующими факторами: политическим и идеологическим.

Теория о том, что институт семьи наиболее подвержен влиянию местных обычаев, традиций и даже зависит от географического и климатического факторов, начинается с трактата Шарля де Монтескье «О духе законов» (XVII в.), в 16-й книге которого он констатирует следующее:

«В жарких климатах женщины достигают половой зрелости в возрасте восьми, девяти или десяти лет, поэтому детство и брак там почти всегда идут рядом. В 20 лет они уже старухи; таким образом, расцвет разума у них никогда не совпадает с расцветом красоты. Когда они могли бы властвовать благодаря своей красоте, это оказывается невозможным из-за отсутствия разума; когда же они могли бы властвовать благодаря разуму – красоты уже нет. И так как разум не может им доставить под старость ту власть, которой не дала им во время их юности даже красота, то женщины неизбежно должны находиться в зависимом положении. Поэтому нет ничего необычайного в том, что там мужчина покидает свою прежнюю жену, – поскольку религия не противится этому, – чтобы взять новую, и водворяется многоженство.

В странах с умеренным климатом, где красота женщин сохраняется дольше, где половая зрелость наступает позднее и где женщины рожают в более зрелом возрасте, они старятся почти одновременно со своими мужьями, и так как во время вступления в брак у них больше разума и знаний уже по одному тому, что они старше, то, естественно, должно было установиться некоторое равенство между обоими полами, а следовательно, и закон единоженства.

В странах с холодным климатом почти необходимое употребление крепких напитков развивает в мужчинах несдержанность, и женщины, которые в этом отношении от природы сдержанны, потому что им всегда приходится защи-

щаться, превосходят их, таким образом, и в отношении разума»²⁰.

Английский исследователь Отто Кан-Фройнд, комментируя в своей работе «Пользование и злоупотребление сравнительным правом» данный фрагмент Монтескье в частности и коллизии семейного права вообще, пишет следующее: «...ни один субъект правового регулирования не может с большей вероятностью доказать обоснованность предупреждения Монтескье и его комплекса определяющих факторов, чем семья и брак в частности. Что может быть ближе к моральным и религиозным убеждениям, привычкам и нравам, а также социальной структуре общества, чем заключение и расторжение брака, и их влияние на правовое положение супругов, включая их собственность? И действительно, даже в тесно связанных федерациях, таких как Соединенные Штаты, мы видим большие различия, например, в условиях, а также в последствиях развода, особенно в отношении алиментов. И ближе к дому мы не можем игнорировать сохраняющиеся глубокие разногласия между Англией и Шотландией во многих вопросах семейного права и вопросах родственного наследования собственности. У нас есть международные конвенции о взаимном признании разводов, но даже в самых смелых мечтах мы не можем предусмотреть конвенцию об основаниях для развода»²¹.

В иерархии правовых институтов, представленной Карлом Фридрихом фон Савиньи в трактате «Система совре-

менного римского права» семейное право занимает первое место, поскольку семья является органическим, иррациональным, высокоморальным и изменчивым институтом, закрепляющим цивилизационную иерархию, в которой современное христианское семейное право превосходит все другие формы. Семейное право трактуется Савиньи в основном как публичное, и как область менее рациональная, чем частное обязательственное право, но более изменчивая и наполненная местными и моральными традициями, определяющими лицо каждой нации²².

Систематизация институтов римского права, основанная на анализе Дигест (Пандектов) Юстиниана и разработанная Ф. К. фон Савиньи, Г. Гуго, Г. А. Хейзе, легла в основу Германского гражданского уложения 1900 г.; семейное право было включено в него в качестве отдельной книги среди пяти. Параллельно с работой над германской кодификацией шло создание японского гражданского кодекса, в основу которого легла немецкая модель гражданского права. Гражданский кодекс Японии был принят в 1898 г., однако положения семейного права, разработанные немецкими юристами, оказались несовместимыми с японской системой *iyē*²³, которая предполагает полное подчинение «нижестоящих» членов семьи, и поэтому были отвергнуты. Таким образом, японские семейно-брачные нормы были исключены из полной во всем остальном рецепции иностранного гражданского права, что еще раз доказало затруднительность или

даже невозможность гармонизации западного и восточного семейного права.

Во Французском гражданском кодексе (Кодексе Наполеона) 1804 г. не было отдельного раздела, посвященного семейному праву; соответствующие нормы были «разбросаны» по разделам, посвященным лицам и вещам. Но работы по совершенствованию семейно-правового регулирования, в том числе и сравнительно-правовые исследования иностранного семейного права, велись французскими юристами. В конце 1800-х гг. французский историк права Эрнест Глассон издает труд, посвященный гражданскому браку в эпоху античности и в современных тому времени европейских правовых системах²⁴. Глассон классифицировал семейно-брачное право, разделяя системы, на которые повлияло римское право, системы, которые избежали влияния римского права (т. е. общее право), и системы, объединяющие идеи римского права и национальных законов.

Методология, использованная Эрнестом Глассоном при проведении исследования, представляет собой совокупность историко-правового и сравнительно-правового метода. Сравнительно-правовой метод в XIX столетии представлял собой так называемое «сравнение по столбцам», основной целью которого являлось описание позитивного права разных стран, сопоставление правовых норм, имеющих в национальных правовых системах, вне их контекста, вне правовой культуры, вне взаимодействия с обычаями и традици-

ями и т. п. «Столбцы» – понятие условное, текст не обязательно должен иметь форму колонок или таблицы. Задачей компаративиста был сбор писанных норм национальных законодательств, регулирующих аналогичные отношения, например, брачный возраст или условия развода, и сравнение их между собой. Представляется, что такой формальный подход к изучению семейного права даже в наши дни приведет исследователя к выводу о невозможности его гармонизации, даже в виде унификации коллизионных норм или *soft law*. Однако данный метод все еще используется некоторыми авторами; особенно удручающе выглядят подобные справочные материалы о содержании зарубежных правовых норм в пояснительных записках к законопроектам, предлагающим реформирование российского семейного права с учетом «инострального опыта».

С начала XX века правоведы-компаративисты и исследователи международного частного права стремились преодолеть проблемы, присущие сравнительно-правовой методике «по столбцам». Они констатировали, во-первых, что этот статический метод совершенно безразличен к тому, что происходит к тому, каков реальный эффект правового регулирования, какие общественные отношения складываются на практике. Во-вторых, они критиковали его за то, что он изображает правовые системы как изолированные «правовые острова», а не как образования, находящиеся под влиянием более широкой правовой культуры или формы раци-

ональности. И наконец, сравнительное право «по столбцам» стало рассматриваться как чрезмерно избирательное, допускающее ограниченность информации и в то же время не учитывающее социально-экономический контекст, что привело к неспособности учитывать правовую реальность²⁵.

Поисками эффективного метода исследования семейного права, а также исключительными характеристиками данного института, обусловлено появление в XX веке двух научных концепций, каждая из которых предлагала свою методику изучения правового регулирования семейных отношений в национальных правовых системах и возможности его унификации. Обе доктрины берут свое начало в функциональной методологии сравнительного правоведения.

В 1900 году в Париже состоялся первый Международный конгресс сравнительного права, на котором, как считают исследователи, состоялось рождение науки сравнительного правоведения. Итогами конгресса явились провозглашение универсальных устремлений данной науки, ее академичности и нейтральности, отказ от чисто описательных и текстуальных сравнений и обращение к функциональному пониманию права²⁶.

Основная идея функционализма состоит в том, чтобы взглянуть на то, как практические проблемы разрешения конфликтов интересов рассматриваются в разных обществах в соответствии с различными правовыми системами. Это позволяет нам воспринимать данные проблемы (в значи-

тельной степени) независимо от доктринальной основы каждой из сравниваемых правовых систем. Семейные проблемы – это социальные проблемы, которые существуют во всех обществах. Все общества имеют нормативную систему регулирования этих проблем. Доктрина, правовые нормы, процессуальные формы могут быть разными, но итоговые решения могут быть схожими или даже идентичными. Другими словами, юридическое решение может быть одинаковым, несмотря на разные пути, используемые для его достижения. Функциональный метод ищет такие функциональные эквиваленты на уровне решений²⁷.

В статье профессора Вашингтонского колледжа права (США) Фернанды Г. Никола «Исключительность семейного права в сравнительном праве», опубликованной в 2010 г. в Американском журнале сравнительного права²⁸, подробно описано противостояние двух концепций применения функционального метода в семейном праве. Полнота данного исследования и интерес, который оно может вызвать у российского читателя, интересующегося проблемами правового регулирования международных семейных отношений, позволили посчитать возможным привести ниже реферативное содержание этой работы.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «Литрес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на Литрес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.