

## ОГОВОРКА О ПУБЛИЧНОМ ПОРЯДКЕ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ РЕСПУБЛИКИ МОЛДОВА

Наталья ОСОЯНУ, доктор права, конференциар (ORCID: 0000-0002-6259-1200)

### **CLAUSE OF PUBLIC ORDER IN THE INTERNATIONAL PRIVATE LAW OF THE REPUBLIC OF MOLDOVA**

*The article deals with some provisions concerning the nature and legal significance of the institution of public order clause and the associated institution of mandatory (direct) application rules, also known as superimperative rules. In addition, the article reflects the views of some legal experts, experts in the field of private international law, concerning the institutions under consideration. The author makes her own conclusions about the effectiveness of the existing regulation of the public order clause in the legislation of the Republic of Moldova.*

**Keywords:** private international law, public order, foundations of law and order, application of foreign law, public order clause, superimperative rules, mandatory application rules, direct application rules

### **CLAUZA ORDINII PUBLICE ÎN DREPTUL INTERNAȚIONAL PRIVAT AL REPUBLICII MOLDOVA**

*Articolul se referă la unele dispoziții privind natura și semnificația juridică a clauzei de ordine publică și a instituției asociate — normelor de aplicare obligatorie (imediată), cunoscute și sub denumirea de norme supraimperative. În plus, articolul reflectă opiniile unor experți juridici, experți în domeniul dreptului internațional privat, cu privire la instituțiile în cauză. Autorul formulează propriile concluzii cu privire la eficiența reglementării existente a clauzei de ordine publică în legislația Republicii Moldova.*

**Cuvinte cheie:** dreptul internațional privat, ordinea publică, bazele legii și ordinii, aplicarea dreptului străin, clauza de ordine publică, normele supraimperative, normele de aplicare obligatorie, normele de aplicare imediată

*В статье рассматриваются некоторые положения, касающиеся сущности и правового значения института оговорки о публичном порядке и сопряженного с ним института норм обязательного (непосредственного) применения, также известных как сверхимперативные нормы. Кроме того, в статье отражены точки зрения некоторых правоведов, специалистов в области международного частного права, касающиеся рассматриваемых институтов. Автором делаются собственные выводы по поводу того, насколько эффективно существующее регулирование оговорки о публичном порядке в законодательстве Республики Молдова.*

**Ключевые слова:** международное частное право, публичный порядок, основы правопорядка, применение иностранного права, оговорка о публичном порядке, сверхимперативные нормы, нормы обязательного применения, нормы непосредственного применения

Как известно, основополагающая проблема международного частного права — это проблема выбора применимого иностранного права в ситуациях, когда возникает коллизия между двумя или более правовыми системами. Следствием такого выбора может стать необходимость применить иностранное право, как того требует национальная коллизионная норма. Однако этот вариант воплощается в жизнь не всегда. В некоторых случаях иностранное право не применяется, даже если к этому имеются номинальные основания, закрепленные в Гражданском кодексе Республики Молдова или ином нормативно-правовом акте, национальном или международном. Этот институт международного частного права называется «оговоркой о публичном порядке» и имеет универсальный характер, то есть известен праву многих государств.

Применение оговорки о публичном порядке — отнюдь не примета современного международного частного права, это правовой институт и феномен, известный около двухсот лет (по мнению некоторых авторов, с учетом исторических предпосылок и того, как именно понимать концепцию публичного порядка — гораздо дольше). Но текущее развитие экономических отношений, при котором международная торговля активно развивается и постоянно возникают новые связи с иностранными правовыми системами, создает изобилие поводов для применения права другого государства — и одни лишь законы статистики подразумевают, что ситуации, когда такое применение может нести угрозу для собственного правопорядка, также становятся более многочисленными. Недаром подавляющее большинство правоведов, как теоретиков, так и практиков, называют оговорку о публичном порядке защитной клаузулой.

Но стоит акцентировать внимание на том, что усиливающиеся экономические связи и рост международной торговли и частных транснациональных отношений в целом (например, семейно-правовых, связанных с браком и разводом) описывают поводы для применения оговорки о публичном порядке и объясняют ее современную актуальность. Корни этого явления связаны с вопросами иного порядка, зачастую более абстрактными и трудно поддающимися определению, и все же имеющими неоспоримую важность для отдельно взятого государства. Чаще всего в этом контексте в литературе упоминаются факторы исторического характера — обычаи, религия, правовые принципы и нормы морали, свойственные определенному обществу, сформировавшиеся в нем за многие века. Иными словами, в фундаменте оговорки о публичном порядке — и публичного порядка как такового — лежит некая система ценностей, достаточно важных, чтобы для их защиты можно было поставить под сомнение права конкретного лица или даже отказать ему в этих правах. В метафорическом плане можно сказать, что эти ценности определяют структурную целостность общества, оттого их ни в коем случае нельзя подвергать риску расшатывания.

Публичный порядок и оговорка о публичном порядке могут быть схожи по сути и по форме в правовых системах разных государств, но, так или иначе,

они имеют территориальный характер и опираются, в первую очередь, на национальное законодательство. Согласно статье 2581 обновленного Гражданского Кодекса Республики Молдова, применение иностранного закона исключается, если оно явно нарушает основы правопорядка Республики Молдова. В случае исключения иностранного закона применяется соответствующий закон Республики Молдова (часть 1). Применение иностранного закона явно нарушает основы правопорядка Республики Молдова в той мере, в какой оно может привести к результату, очевидно несовместимому с основами правопорядка Республики Молдова либо с основными правами и свободами человека (часть 2).

Также в статье 164 Семейного Кодекса Республики Молдова говорится о том, что нормы семейного права иностранных государств, противоречащие нормам морали, общественному порядку, существующим в Республике Молдова, не применяются на ее территории. В таких случаях применяется законодательство Республики Молдова (часть 4).

В Гражданском Процессуальном Кодексе Республики Молдова оговорка в аналогичной формулировке встречается только по отношению к обычаям (статья 12, часть 1), но стоит учесть, что в гражданском процессе преимущественно применяется собственное право, и случаи применения иностранного процессуального права довольно жестко ограничены, чему могут служить примером, в частности, правила, определяющие исключительную компетенцию молдавских судебных инстанций по делам, осложненным иностранным элементом (статья 461)<sup>1</sup>.

Отметим, что термин «оговорка о публичном порядке» в указанных статьях не употребляется, хотя он известен как русскоязычной, так и румыноязычной доктрине международного частного права (*clauza ordinii publice*). Фактически, он представляет собой буквальный перевод с французского — *ordre public*. Концепция публичного порядка как таковая широко известна в праве самых разных государств, с некоторыми вариациями относительно того, как именно этот порядок следует классифицировать и какие существуют понятия, сопряженные с ним. Так, например, российский автор М.Н. Кузнецов упоминает о том, что истоки оговорки о публичном порядке лежат в римском праве, а публичный порядок как таковой подразделяется на четыре вида: внутренний, международный, транснациональный и общеевропейский<sup>2</sup>. Для сравнения, А.Р. Компаниец указывает, что публичный порядок подразделяется на следующие категории: позитивный и негативный; внутренний и международный; материально-правовой и процессуальный<sup>3</sup>.

1 [www.legis.md](http://www.legis.md)

2 Михаил Николаевич Кузнецов. „Оговорка о публичном порядке в международном частном праве России и стран Европейского Союза“ Государственная служба и кадры, no. 1, 2019, с. 23. doi:10.24411/2312-0444-2019-10002

3 Компаниец А.Р. „Оговорка о публичном порядке в международном частном праве“ Электронный вестник Ростовского социально-экономического института, no. 4, 2014, с.248.

Помимо процитированных кодексов, оговорка о публичном порядке нигде больше не урегулирована в молдавском законодательстве, однако следует упомянуть также о двух разъяснительных постановлениях Пленума Высшей Судебной Палаты, которые могут быть полезны в данном контексте. В постановлении №3 от 25.04.2016 года «О судебной практике рассмотрения гражданских дел с иностранным элементом» говорится (со ссылкой на ГК до изменений) о том, что публичный порядок представляет собой совокупность правовых норм императивного характера, как публично-правовых, так и частноправовых, которые преследуют цель защиты институтов и фундаментальных ценностей общества, социальной защиты всех индивидов, прав и свобод человека, а также экономического развития страны (пункт 44). Далее присутствует отсылка к пункту 11 другого разъяснительного постановления — №1 от 07.07.2008 «О применении судебными инстанциями законодательства, регулирующего недействительность гражданско-правовых актов». Помимо приведенного определения публичного порядка, в этом постановлении содержится также определение понятия «основы нравственности». Они представляют собой правила общественной морали, которые считаются фундаментальными в рамках общественного порядка. Они находят свое отображение в общепризнанных представлениях о приличном поведении, сложившихся в ходе развития общества нравственных стандартах, и в то же время находятся под воздействием общих принципов права и юриспруденции<sup>4</sup>.

Необходимо учитывать и тот факт, что оговорка о публичном порядке фигурирует в некоторых международно-правовых актах, участницей которых является Республика Молдова. Например, в статье V, части 2, пункте b) Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года предусмотрено, что в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть также отказано, если компетентная власть страны, в которой испрашивается признание и приведение в исполнение, найдет, что: «b) признание и приведение в исполнение этого решения противоречат публичному порядку этой страны»<sup>5</sup>.

Все процитированные примеры из законодательства Республики Молдова представляют собой разновидности так называемой негативной оговорки о публичном порядке — то есть такой, которая определяет возможность не применять иностранное право, которое в обычной ситуации должно быть применимым. Но существует и позитивная оговорка: это положения о нормах обязательного применения, содержащиеся в статье 2582 Гражданского Кодекса Республики Молдова. Согласно части 1 этой статьи, нормы обязательного применения — нормы, соблюдение которых признано определенным государством

4 [http://jurisprudenta.csj.md/db\\_hot\\_expl.php](http://jurisprudenta.csj.md/db_hot_expl.php)

5 <https://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-R.pdf>

имеющим особое значение для защиты его общественных интересов, таких как политическое, социальное или экономическое устройство, в той мере, в какой эти нормы соответствуют любой ситуации, входящей в сферу их применения, вне зависимости от закона, применяемого к правоотношению на основе настоящей книги. Положения книги пятой Гражданского Кодекса Республики Молдова не ограничивают применение норм обязательного применения закона Республики Молдова (часть 2). Нормы обязательного применения, содержащиеся в законе другого государства, могут применяться для регулирования правоотношения, осложненного иностранным элементом, если правоотношение тесно связано с законом этого государства и если этого требуют законные интересы сторон (часть 3). При решении вопроса о введении в действие норм обязательного применения следует принимать во внимание их характер и предмет, а также последствия их применения или неприменения (часть 4).

Фактически, по объекту регулирования негативная и позитивная оговорки не различаются, но у них специфический механизм действия: в случае негативной оговорки иностранное право сперва определяется, потом подвергается оценке и устраняется, а при позитивной оговорке эти этапы опускаются и сразу происходит переход к заключительному — применению собственного права, права Республики Молдова.

Но нельзя не отметить, что у оговорки о публичном порядке в негативной форме и ее позитивной разновидности, получившей в доктрине также наименование «сверхимперативных норм», есть ряд особенностей в плане правоприменения, которые нуждаются в дополнительном изучении — и многие авторы рассматривают сверхимперативные нормы отдельно, характеризуя все нюансы их правового регулирования. В частности, вызывает интерес разграничение между сверхимперативными и императивными нормами: это достаточно сложная проблема, поскольку в ряде случаев именно точный рубеж между двумя категориями определяет, каким должно быть решение суда. Сложность вопроса подчеркивается также тем фактом, что использованный в части 1 статьи 2582 Гражданского Кодекса Республики Молдова термин «нормы обязательного применения» выглядит достаточно двусмысленно, чтобы его можно было перепутать с «императивными нормами», и никаких разъяснений на эту тему от Пленума Высшей Судебной Палаты в настоящее время не существует, тогда как они необходимы. В качестве примера таких разъяснений можно привести Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации №156 от 26 февраля 2013 года, в котором рассмотрена практика применения арбитражными судами оговорки о публичном порядке как основания для отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений<sup>6</sup>. Это письмо, в частности, разъясняет следующие моменты:

6 [www.consultant.ru](http://www.consultant.ru)

1. Оценка арбитражным судом последствий исполнения иностранного судебного или арбитражного решения на предмет нарушения публичного порядка Российской Федерации не должна вести к его пересмотру по существу;
2. Арбитражный суд отказывает в признании и приведении в исполнение иностранных судебных или арбитражных решений по собственной инициативе, если установит, что такое признание и приведение в исполнение противоречит публичному порядку Российской Федерации;
3. Сторона, заявляющая о противоречии признания и приведения в исполнение иностранного судебного или арбитражного решения публичному порядку Российской Федерации, должна обосновать наличие такого противоречия;
4. Арбитражный суд применяет оговорку о публичном порядке как основание для отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений в исключительных случаях, не подменяя специальных оснований для отказа в таком признании и приведении в исполнение, предусмотренных международными договорами Российской Федерации и нормами АПК РФ;
5. Признание и приведение в исполнение иностранного судебного или арбитражного решения не может нарушать публичный порядок Российской Федерации на том лишь основании, что в российском праве отсутствуют нормы, аналогичные нормам примененного иностранного права;
6. Арбитражный суд признает принудительное исполнение иностранного судебного или арбитражного решения не противоречащим публичному порядку Российской Федерации, если представленные должником доказательства не свидетельствуют о том, что взысканные на основании гражданско-правового договора заранее согласованные убытки или неустойка носят карательный характер;
7. Арбитражный суд признает, что само по себе возложение иностранным судом на российские лица как сторону судебного разбирательства обязанности по уплате судебного залога как условия апелляционного обжалования и ее неисполнение последними по общему правилу не может препятствовать признанию и приведению в исполнение иностранного судебного решения и не свидетельствует о противоречии публичному порядку Российской Федерации;
8. Несоблюдение иностранным юридическим лицом порядка одобрения крупных сделок, предусмотренного его личным законом, не свидетельствует о противоречии публичному порядку Российской Федерации признания и приведения в исполнение иностранного судебного или арбитражного решения, вынесенного по требованию, основанному на неисполнении контрагентом такой сделки;

9. Правовой режим совместной собственности супругов, предусматривающий возможность обращения взыскания на имущество одного из них, а при недостаточности — выделения доли, причитающейся ему при разделе совместного имущества супругов, не препятствует признанию и приведению в исполнение иностранного судебного или арбитражного решения, вынесенного без участия в судебном (арбитражном) разбирательстве супруга должника, по причине противоречия публичному порядку Российской Федерации;
10. Наличие в иностранном арбитражном решении опечатки, не влияющей на его существо и смысл, не может рассматриваться как препятствие для его признания и приведения в исполнение в аспекте нарушения публичного порядка Российской Федерации;
11. Арбитражный суд признает иностранное арбитражное решение соответствующим публичному порядку Российской Федерации, если установит, что процедура арбитражного разбирательства обеспечивала соблюдение гарантий независимости и беспристрастности арбитров;
12. Арбитражный суд отказывает в удовлетворении заявления о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения как нарушающего публичный порядок Российской Федерации, если такое решение вынесено арбитром, который в силу своего должностного статуса и полномочий был способен оказывать влияние на действия одной из сторон.

Как можно заметить, подавляющее большинство перечисленных аспектов проблемы не только не урегулированы в законодательстве Республики Молдова, но и никак не разъясняются верховной судебной инстанцией с тем, чтобы облегчить их решение на практике.

Также укажем на тот факт, что перевод понятия «normele de aplicare imediată» как «нормы обязательного применения» неточен — правильнее было бы «нормы непосредственного применения»; это очевидно представляет собой кальку с французского понятия «regles d'application immediate». В такой же формулировке понятие содержится и в Гражданском Кодексе Российской Федерации (ст.1192). Российские авторы неоднократно высказывались относительно того, что избранная законодателем терминология создает неопределенность в том, что касается решения практических вопросов и «не проливает свет на сущность рассматриваемой категории императивных норм»<sup>7</sup>. Чтобы сильнее подчеркнуть возникшую терминологическую путаницу, отметим, что формулировка части 1 статьи 2582 Гражданского Кодекса Республики Молдова позволяет отследить «источник вдохновения» законодателя: это статья 9 Регламента (ЕС) № 593/2008

7 См., например: Г.К. Дмитриева, цит. по Шулаков Андрей Анатольевич. «Публичный порядок в международном частном праве и проблемы толкования и применения сверхимперативных и императивных норм» Lex Russica, no. 4 (137), 2018, с. 85.

о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам («Рим I»)<sup>8</sup>. Это, однако, никоим образом не облегчает ответ на вопрос о том, каким образом следует отделять свехимперативные нормы — в формулировке Гражданского Кодекса Республики Молдова, «нормы обязательного применения» — от просто императивных норм. В частности, как определить, какая из двух категорий норм имеется в виду в части 7 статьи 2617 Гражданского Кодекса Республики Молдова, которая предусматривает следующее: если все значимые элементы соответствующей ситуации [выбора права, примененного к договору] находятся в момент выбора в государстве, отличном от того, закон которого был избран, то сделанный сторонами выбор не затрагивает применения положений закона этого другого государства, от которых не разрешается отступить посредством соглашения. С логической точки зрения, это могут быть как императивные нормы, так и «нормы обязательного применения».

Еще один сложный аспект оговорки о публичном порядке связан с тем, что последний можно понимать в контексте гражданского права и в контексте международного частного права, при этом содержание понятия меняется. А.А. Шулаков, анализируя учение Ф.К. Савиньи, пишет о двух видах императивных норм: тех, действие которых не может быть парализовано договорами, и тех, которые установлены не только в интересах отдельных лиц, но покоятся на моральных основаниях или на публичном интересе, независимо от того, относятся ли эти нормы «к политике, благоустройству или к политической экономии»<sup>9</sup>. Эти две категории соответствующим образом относят к публичному порядку, имеющему внутреннее и публичное — то есть трансграничное или международно-частноправовое — значение. Именно вторая группа норм и версия публичного порядка предназначены для того, чтобы не допустить применения иностранного права, регулирующего то, что в рамках определенной правовой системы считается опасным, аморальным и так далее.

Итак, какие же нормы законодательства Республики Молдова могут быть применены в ситуациях, когда необходимо обосновать несовместимость иностранного права с публичным порядком (основами правопорядка) нашего государства? Прежде всего, это положения Конституции Республики Молдова: например, полигамный или однополый брак не может быть признан исходя из того, что семья является естественной и основной ячейкой общества и имеет право на защиту со стороны общества и государства (то же самое предусмотрено в части 1 статьи 2 Семейного Кодекса Республики Молдова); при этом она основана на браке, заключенном по взаимному согласию мужчины и женщины (статья 48). Также уместно обращение к базовым статьям некоторых отраслевых нормативно-правовых актов. Например, часть 1 статьи 1 Гражданского Кодекса Республики Молдова предусматривает, что гражданское

<sup>8</sup> <https://pravo.hse.ru/intprilaw/doc/040001>

<sup>9</sup> А.А. Шулаков, *op.cit.*, с.86–87.

законодательство основывается на признании равенства участников регулируемых им отношений, защите интимной, частной и семейной жизни, признании неприкосновенности собственности, свободы договора, защите добросовестности, защите прав потребителя, признании недопустимости вмешательства кого-либо в частные дела, необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав, обеспечения восстановления нарушенных прав личности, их защиты компетентными юрисдикционными органами.

Но абстрактные, хоть и принципиально важные положения Конституции и Кодексов оставляют без ответа многие не менее существенные вопросы, связанные с теми же ситуациями, в которых происходит задействование оговорки о публичном порядке или сверхимперативных норм. Допустим, мы говорим о полигамном браке: как таковой он противоречит законодательству Республики Молдова и невозможен на ее территории, но если речь идет о последствиях такого брака в ситуации, когда он сам был заключен на территории государства, где подобное не противоречит закону — например, о каком-то имущественном споре между супругами, разводе, алиментах или наследовании по закону, — то применение оговорки способно существенно нарушить права индивида в отсутствие угрозы публичному порядку. Из этого следует, в частности, вывод, что одним из главных критериев в ходе решения вопроса о потенциальном обращении к институту оговорки о публичном порядке в его позитивной или негативной форме должен быть критерий ущерба — того гипотетического вреда основам морали, нравственности, экономике, политике и так далее, который может нанести применение иностранного права. Также необходимо сопоставить ущерб от применения иностранного права с ущербом от его неприменения — и, возможно, это облегчит поиски правильного выхода из сложной ситуации.

Многообразие отношений, в связи с которыми может возникнуть необходимость применения оговорки о публичном порядке, позволяет сформулировать ее основную характеристику с точки зрения формы: она достаточно абстрактна, чтобы суд мог в любой ситуации, опираясь на совокупность конкретных обстоятельств, решить, представляет иностранное право угрозу для публичного порядка или нет. Как видно, такая гибкость обоснована объективными факторами, но вместе с тем она создает проблемы для теоретического понимания и практического анализа исследуемого феномена. Несомненно, для усиления эффективности института оговорки о публичном порядке в международном частном праве Республики Молдова необходимо осуществить исследование судебной практики, нацеленное на выяснение того, как именно суды справляются с определением обстоятельств, когда необходимо задействовать нынешнюю статью 2581 Гражданского Кодекса Республики Молдова. Вероятно, результаты такого исследования помогут и с более точным формулированием оговорки, которое также следует унифицировать для всех процитированных в статье кодексов.