

Ешниязов Н.С.

**Несколько замечаний  
к положению о коллизионно-  
правовой квалификации  
в Гражданском Кодексе  
Республики Казахстан**

Статья посвящена критическому анализу положений ст. 1085 Гражданского Кодекса Республики Казахстан «Квалификация юридических понятий (правовая квалификация)», регламентирующей один из сложнейших юридических механизмов применения коллизионных норм. Исследуя формулировку статьи в контексте доктрины, судебной практики и законодательства иностранных государств, автор выдвигает 6 замечаний к положениям Кодекса и дает собственные предложения по их усовершенствованию. Автор требует отказа от оборота «квалификация юридических понятий», определяя его как наиболее дефектный элемент положения, обосновывающий непонимание и противоречия, возникающие при его толковании. Вместо единого эфемерного положения автор предлагает ввести отдельные ясные критерии квалификации в зависимости от ее объектов: правоотношения или его элементов, отсылки коллизионной нормы, иностранной материально-правовой нормы, а также квалификации при обратной отсылке или отсылке к праву третьей страны.

**Ключевые слова:** коллизионная норма, квалификация (характеризация, классификация) в международном частном праве, квалификация *lege fori*, квалификация *lege causae*.

Yeshniyazov N.S.

**Some Remarks on the Rule on  
Conflict-of-Laws Qualification in  
the Civil Code of the Republic of  
Kazakhstan.**

The article is devoted to the critical analysis of Art. 1085 of the Civil Code of the Republic of Kazakhstan – «Qualification of legal concepts (legal qualification)», providing regulation of one of most complicated mechanisms of application of choice-of-law rules. Having analyzed the Article's formulation in context of doctrine, judicial practice, and foreign legislation, the author makes 6 remarks on the Code's rules and drafts own proposals on their improvement. The author claims for refusal of wording «Qualification of legal notions», defining it as the most defective elements of the rule reasoning misunderstanding and contradictions in its interpretation. Instead of ephemeral uniform rule the author offers to draft the separate clear criteria of qualification respectively to the subjects: legal relationship or its elements, connection factor, a foreign substantive law rule, and also qualification in *renvoi*.

**Key words:** qualification (characterization, classification in private international law), qualification *lege fori*, qualification *lege causae*.

Ешниязов Н.С.

**Қазақстан Республикасының  
Азаматтық Кодексіндегі  
коллизиялық құқықтық саралау  
туралы ережеге бірнеше сыни  
пікір**

Мақала коллизиялық нормаларды қолдану механизмдерінің ең қиындарының бірін реттейтін Қазақстан Республикасының Азаматтық Кодексінің 1085 «Заң ұғымдарын саралау (құқықтық саралау)» бабының ережелерін сыни талдауға арналған. Бап мәтінін доктрина, сот тәжірибесі және шетелдік мемлекеттер заңнамасы контекстінде зерттеу нәтижесінде, автор Кодекс ережелеріне 6 сыни пікір білдіріп, оларды жетілдіру бойынша өз ұсыныстарын жасайды. Автор ережедегі «заң ұғымдарын саралау» сөз тіркесін оны талдаудағы түсінбеу мен қайшылықтарды туғызатын ең дефектілі элементі ретінде айқындап, одан бас тартуды ұсынады. Эфемерлі біртұтас ереже орнына, автор құқықтық қатынас немесе оның элементтерін, коллизиялық норма байламын, шетелдік материялық құқықтық норманы саралаудың, сондай-ақ, кері сілтеме немесе үшінші елдің құқығына сілтеме жағдайындағы саралаудың дербес анық критерийлерін енгізуді ұсынады.

**Түйін сөздер:** халықаралық жеке құқықтағы саралау (квалификация, характеризация, классификация), *lege fori* саралау, *lege causae* саралау.

**НЕСКОЛЬКО  
ЗАМЕЧАНИЙ  
К ПОЛОЖЕНИЮ О  
КОЛЛИЗИОННО-  
ПРАВОВОЙ  
КВАЛИФИКАЦИИ  
В ГРАЖДАНСКОМ  
КОДЕКСЕ РЕСПУБЛИКИ  
КАЗАХСТАН**

Опыт автора в преподавании дисциплины «Международное частное право» позволяет сделать вывод о том, что наиболее сложным для понимания как студента, так и более искушенного исследователя положением Раздела 7 Гражданского Кодекса РК является положение ст. 1085 о «квалификации юридических понятий». Мы не умаляем сложность проблемы квалификации в МЧП *per se* – открытая в конце XIX века, она столь серьезна, что до сих пор не регулируется в большинстве законодательств мира – из 49 актов по МЧП, приведенных в сборнике А. Жильцова и А. Муранова, положения о квалификации включены только в 15 стран, в том числе 6 стран СНГ [1]. В отечественных реалиях общая сложность института усугублена крайне некорректной формулировкой в ГК:

«Статья 1085. Квалификация юридических понятий (правовая квалификация)

1. Квалификация юридических понятий (правовая квалификация) судом основывается на их толковании в соответствии с правом страны суда, если иное не предусмотрено законодательными актами.

2. Если юридические понятия не известны праву страны суда или известны под другим названием или с другим содержанием и не могут быть определены путем толкования по праву страны суда, то при квалификации юридических понятий (правовой квалификации) может также применяться право иностранного государства».

Данное положение было заимствовано в акты большинства постсоветских стран из Модельного Гражданского Кодекса стран СНГ [2]:

«Статья 1195. Правовая квалификация.

1. Правовая квалификация судом юридических понятий основывается на их толковании в соответствии с правом страны суда, если иное не предусмотрено законом.

2. Если юридические понятия не известны праву страны суда или известны под другим названием или с другим содержанием и не могут быть определены путем толкования по праву страны суда, то при их правовой квалификации может также применяться право иностранного государства».

Данная формулировка представляется явно неудачной и вызывает у нас несколько замечаний.

1. Неопределенность вида квалификации по цели.

Из статьи непонятно, квалификация каких юридических понятий – коллизионного или материального, отечественного или иностранного права имеется в виду? Она допускает путаницу с другими механизмами коллизионного права, в частности, с установлением содержания иностранного права, требует доктринальных уточнений вроде «первичной» и «вторичной» квалификации, «квалификации юридических понятий коллизионной нормы», в т.ч. ее объема и привязки, и т.п., усложняя понимание и без того нелегкого института МЧП. И главное, она не дает ответа, к какой квалификации применимо данное положение. Между тем, под этим названием может иметься в виду ряд операций, применяемых на разных стадиях процесса с различными целями, и естественно, все они не могут осуществляться по единым правилам.

В МЧП выделяют следующие разновидности правовой квалификации:

1. Квалификация отношения как осложненного иностранным элементом, «для решения вопроса о том, имеет ли такое общественное отношение международный характер» и «будет ли вообще применяться к такому отношению инструментарий МЧП» [3]. По-нашему, данный вид не заслуживает специального законодательного регулирования, поскольку применение коллизионных норм даже к «внутренним» отношениям, заведомо не содержащим иностранного элемента, приведет к тому же результату, что и неприменение – коллизионные нормы укажут на *lex fori*. Исключение составляет только применение принципа *lex voluntatis* – выбор применимого права допускается только при наличии иностранного элемента, однако здесь необходимость установления наличия иностранного элемента напрямую связана опять-таки с некорректной формулировкой ст. 1112 ГК, позволяющей выбор права, не имеющего какого-либо отношения к предмету спора.

2. Квалификация отношения в целях установления компетенции суда, реализуемая в рамках международного гражданского процесса. Поскольку МГП в казахстанском праве является частью гражданского процессуального права и подпадает под действие ГПК, можно считать, что данный вид квалификации не охватывается ст. 1185 ГК и должен осуществляться строго *lege fori*. Однако то, что основания установле-

ния компетенции (исполнение договора, неосновательное обогащение и т.п. на территории РК) являются категориями материального права и судья будет вынужден обратиться к ГК, может привести к применению ст. 1085 и осуществлению квалификации *lege causae*, т.е., к применению иностранного права, что в целях процессуального права недопустимо.

3. Квалификация фактического состава отношения в целях определения применимой коллизионной нормы сопряжена с толкованием юридических понятий объема коллизионной нормы. Перед выбором материального права, исходя из коллизионной нормы, необходимо выбрать саму коллизионную норму. Область применения указывается в ее объеме, охватывая тот или иной институт – право- и дееспособность, форму сделки, вещное право, обязательство, наследование и т.п. При этом, спорный вопрос в *lex fori* и *lex causae* может относиться к различным институтам, в связи с чем возможен конфликт квалификаций. Проблему наглядно иллюстрирует дело *De Nicols v Curlier*, рассмотренное в Англии в 1897 г. [4, с. 1022-1023].

Супруги де Николь, французы, женившиеся в Париже без брачного контракта, позже эмигрировали в Англию. В 1897 г. муж умер, лишив жену наследства по завещанию, и жена заявила права на часть оставшегося имущества. При применении английского права, не знавшего институтов общей собственности супругов и обязательной доли в наследстве, ее притязания были бы беспочвенны. Результат был бы противоположен при применении французского права, устанавливавшего режим общей собственности супругов на все имущество. При этом, наследование как движимости, так и недвижимости по английским коллизионным нормам определялось правом Англии. Однако, если квалифицировать имущественные отношения супругов как договорные, подлежала применению другая коллизионная норма, отсылавшая к праву Франции как страны совместного domicilio сторон при заключении договора.

По английскому праву отношения супругов квалифицировались бы как наследственные – договор, по праву Англии, должен был быть явно выраженным. Однако, по французскому праву отношения бы считались именно договорными – даже при отсутствии выраженного брачного контракта супруги считались заключившими «молчаливое соглашение», предусматривавшее право общей собственности. Схематически ситуацию можно обрисовать следующим образом:

Квалификация	Применимая коллизионная норма	Применимое материальное право	Результат
По праву Англии	О наследовании, поскольку отсутствует выраженный брачный контракт	Право Англии, в отношении движимости – как право последнего domicilia наследодателя, в отношении недвижимости – как право ее местонахождения	Решение в пользу наследника по завещанию
По праву Франции	О договоре, поскольку соглашение может быть подразумеваемым	Право Франции как места domicilia сторон в момент заключения договора	Решение в пользу супруги

Палата Лордов, несмотря на английскую норму о том, что контракт должен быть явно выражен, применила французскую квалификацию с вынесением решения в пользу г-жи де Николь.

В этом самом распространенном виде конфликтов квалификаций задействовано толкование юридических понятий объема коллизионной нормы. Этот вид в западной литературе часто называется «квалификацией основания иска» [4, с.42], в отечественной литературе также широко распространен термин «первичная квалификация». На наш взгляд, действие ст. 1085 ГК, допускающей квалификацию *lege causae*, должно распространяться именно на этот, и только на этот вид квалификации.

4. Квалификация нормы права «чтобы узнать, подпадает ли она под категорию, в отношении которой действует право, выбранное коллизионной нормой» [4, с. 45]. Данный вид квалификации приводится в основном в западной литературе, часто под названием «вторичной квалификации» [5, §5.11 (с. 5)], поскольку применяется уже после выбора коллизионной нормы.

В качестве примера можно привести дело *In the Estate of Maldonado* [6, с. 46-47]. Испанка умерла без завещания, оставив в Англии движимость, на которую заявили претензии испанские и британские власти. Наследование, согласно английской коллизионной норме, определялось правом Испании. Испанская материальная норма гласила, что имущество испанского гражданина, умершего без завещания и наследников – физических лиц, переходит к испанскому правительству как к последнему наследнику по закону. Другая коллизионная норма о возникновении права собственности указывала на применение нормы английского права, гласив-

шей, что выморочное имущество подлежит экспроприации английской Коронаой; но эта норма могла быть применена только при определении отсутствия наследников по закону, что решалось правом Испании. Возник вопрос, является ли норма, оправдывающая претензию Испании, нормой наследственного права, и суд дал положительный ответ. При квалификации в качестве нормы вещного права она не могла быть применена, уступая *lex rei sitae* – английскому праву.

По-нашему, данный вид квалификации не то, чтобы не должен считаться объектом ст. 1085, но и вообще не может применяться в правовом инструментарии, в целом, являясь химерой. Он может быть полностью заменен предыдущим видом квалификации – вместо квалификации нормы испанского права можно вполне обойтись квалификацией имущества как наследственного, или, если угодно, выморочного – как отмечает Дайси, «оба эти подхода, как ожидается, приводят к единому исходу. Но... квалификация вопроса требует параллельного доказательства путем квалификации соответствующей нормы права и ... может привести к трудностям, которые не возникают, если суд квалифицирует вопрос» [6, с. 41].

Феномен «вторичной квалификации» понят в (пост)советской доктрине несколько неправильно и в целом путается с процедурой установления содержания иностранного права (ст. 1086.1 ГК: «при применении иностранного права суд устанавливает содержание его норм в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве»), из чего делается вывод, что любая «вторичная квалификация» должна осуществляться *lege causae*.

Операция	Толкование	Западная доктрина (по Дж. Чезиру)	(Пост)-советская доктрина
Квалификация основания иска	lege fori, lege causae	«Первичная квалификация»	«Первичная квалификация»
Квалификация нормы материального права	lege fori, lege causae	«Вторичная квалификация»	Не рассматривается
Толкование применимой материальной нормы	строго lege causae	«Доказательство иностранного права»	«Вторичная квалификация»

Например, по Звекову, «после решения коллизионного вопроса, при уяснении содержания понятий соответствующей коллизионной нормы, не являющейся предпосылкой его решения («вторичная квалификация»), исходным признается право, к которому отсылает эта коллизионная норма. Иными словами, после того как решен коллизионный вопрос и определено применимое право, правовая характеристика соответствующих отношений должна основываться на нормах этого права. Как предусмотрено в ст. 1191 ГК РФ, при применении иностранного права суд устанавливает содержание его норм в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве» [7, §362 (с.190)]. Непонятно, каким образом уяснение содержания понятий коллизионной нормы может не являться предпосылкой решения коллизионного вопроса – на решение какой иной проблемы может быть направлена коллизионная норма? Аналогичные точки зрения присущи почти всей постсоветской науке МЧП (например, [8, с.327], [9, с.98], [10, с.90], [11, с. 49], [12]).

Здесь налицо смешение инструментов «вторичной» квалификации и установление содержания иностранного права. Квалификация ставит вопрос, может ли вообще быть применена конкретная материальная норма, относится ли она именно к тому институту или подотрасли, к которым отсылает коллизионная норма. Установление содержания нормы права предполагает, что она однозначно будет применена, вопрос лишь в том, что она гласит. Соответственно, «вторичная квалификация» может осуществляться *lege fori*, а не только «в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве». В качестве аргумента можно привести пример *Adams v. National Bank of Greece* [6, с. 47-48].

В 1927 г. Национальный Ипотечный Банк Греции выпустил закладные в стерлингах, под-

чиненные английскому праву и гарантированные Национальным Банком Греции. В 1949 г. греческий закон ввел мораторий на выплаты по закладным. В 1953 г. греческий закон предусмотрел слияние НБГ и третьего банка, Банка Афин, под названием Национального Банка Греции и Афин. НБГА стал универсальным правопреемником старых банков. Поскольку Банк Афин имел подразделения в Англии, НБГА подпал под английскую юрисдикцию, и залогодержатель Метлисс подал против него иск как к ответчику по гарантии. Палата Лордов поддержала Метлисса – закон о моратории был объявлен неприменимым, как направленный на изменение обязательств по контракту и квалифицировался как относящийся к контрактному праву, а к контракту было применимо английское право.

Через 4 дня Греция приняла новый закон, предусмотревший, что НБГА будет преемником всех обязательств старых банков, кроме обязательств, выраженных в иностранной валюте, и НБГА прекратил выплаты по закладным. Другой залогодержатель, Адамс, подал новый иск в английский суд. Новый закон, по замыслу создателей, должен был быть квалифицирован как относящийся к слиянию банков. При такой квалификации закон был бы применим как личный статут банков и дал бы им защиту. Однако Палата Лордов также квалифицировала новый закон, как относящийся к договорному статуту, и вынесла решение в пользу Адамса.

Очевидно, что осуществление «вторичной квалификации» *lege causae* в таких случаях противоречило бы принципу справедливости, позволяя иностранным законодателям манипулировать процессами в отечественных судах.

Концепция «вторичной квалификации» уязвима еще и тем, что без параллельной квалификации основания иска может привести к абсурдным результатам. «В германский суд был подан иск, связанный с долговыми расписками, выданными в иностранном государстве и регу-



лировавшимся правом этой страны. Срок исковой давности протек как по германскому, так и по иностранному праву, так что... иск был обречен на провал. Рейхсгерихт... решил, что он может быть принят. Он пришел к этому удивительному заключению путем квалификации не общего вопроса об исковой давности, но двух норм права, содержащихся в иностранном и германском праве. Он решил, что иностранная норма была процессуальной, и поэтому, неприменимой; германская норма была, в свою очередь, охарактеризована как материальная, и поэтому, также неприменимая. В результате, ни одна норма не была применена» [6, с. 45].

Из этого следует вывод, что, поскольку квалификация нормы права («вторичная квалификация»): а) принципиально может быть заменена квалификацией основания иска («первичной квалификацией»), б) не сопровождаемая квалификацией основания иска, может привести к заведомо неправильному решению, и в) может быть спутана с установлением содержания иностранного права и, вследствие, ограничена толкованием *lege causae*, то не следует обозначать ее в качестве объекта регулирования ст. 1085.

5. «Квалификация юридических понятий привязки коллизионной нормы». Практически общепринятой для (пост)советской доктрины, начиная с одного из ее основоположников Лунца [13, с. 248-249] является позиция о наличии проблемы квалификации при различном толковании в *lex fori* и *lex causae* понятий не только объема, но и привязки коллизионной нормы. Например, согласно Звекову, «...различным образом часто определяются и понятия, составляющие привязку коллизионной нормы. Так, существуют различия в определении правом разных стран места заключения контракта (место получения акцепта оферентом или место отправки акцепта), места причинения вреда (место совершения вредоносного действия или место наступления вредных последствий) и т.д. В таких случаях расхождение в содержании соответствующих понятий может, в зависимости от их квалификации, привести к совершенно различным результатам при определении применимого права, несмотря на то, что данное определение будет осуществляться на основе одной и той же коллизионной нормы» [7, §350, с. 186].

Надуманность концепции «конфликта квалификаций юридических понятий привязки» свидетельствуется тем, что почти все ее адепты а priori склоняются в пользу квалификации *lege fori*, тогда как проблеме конфликта квали-

фикаций присуща принципиальная допустимость толкования понятий *lege causae* (что видно по п. 2 ст. 1085). Причем сторонники этого подхода в целом не утруждают себя теоретической аргументацией, обычно ссылаясь только на практические соображения. Так, по Глинщиковой, «согласно существующему общему подходу российской доктрины, такая квалификация должна осуществляться только в соответствии с правом страны суда..., потому что только такой способ квалификации может обеспечить необходимую определенность в вопросе выбора применимого права» [14, с. 6].

К тому же, ни один из (пост)советских авторов не может привести практического примера постановки вопроса о «квалификации понятий привязки», кроме абсолютно неприемлемого прецедента «Оклахома-Канзас» (например, [15, с. 86] [13, с. 646]), в котором на самом деле суд не проводил выбора между квалификациями по праву Канзаса и Оклахомы, а просто дал новое толкование понятию *locus delicti* в свете беспрецедентного случая.

Наверно, единственную попытку обоснования принципиального толкования понятий привязки *lege fori* в постсоветской доктрине дает Толстых: «толкование привязки коллизионной нормы не является вопросом первичной квалификации и всегда осуществляется по отечественному праву. Причина очень простая, толкование привязки коллизионной нормы не связано с правовой квалификацией отношения, закрепленного в объеме коллизионной нормы». [9, с. 88-89].

В связи с некоторой оспоримостью его аргументации (не вывода), описание которой вышло бы за пределы данной статьи, мы бы предложили другое обоснование безотносительности проблемы правовой квалификации к понятиям привязок.

Объем коллизионной нормы есть ее гипотеза, указание случаев, в которых применимо правило поведения; привязка – ее диспозиция, т.е. само правило поведения правоприменителя. Постановка вопроса о конфликте квалификаций предполагает принципиальную возможность толкования понятий *lege causae*. При квалификации понятий объема судья, даже толкуя *lege causae*, выбирает ту или иную отечественную коллизионную норму, он не нарушает отечественные правила поведения, он выбирает наиболее подходящее правило. Толкование же по иностранному праву понятий привязки означало бы подмену отечественного правила поведения

иностранном, то есть прямое нарушение закона. По аналогии с уголовным правом, квалификация объема – это как если бы судья выбирал бы между квалификациями деяния в качестве кражи или ограбления, но толкование привязки *lege causae* аналогично тому, что судья, уже квалифицировав деяние как ограбление, объявил бы его правомерным поведением.

Мы не отрицаем возможность обращения к иностранному праву в целях толкования привязки в случаях общепризнанных исключений (в западной литературе обычно приводится два – при применении иностранной коллизионной нормы в смысле *renvoi* [16, с. 760] и если отечественное право затронуто не в большей мере, чем право места судопроизводства [16, с. 753]); они могли бы быть сформулированы в качестве отдельных положений, аналогично положению ст. 1107.2 о квалификации имущества *lege rei sitae*. Однако, поскольку статья 1085 ГК допускает квалификацию *lege causae* в целом, толкование понятий привязки не должно рассматриваться в смысле охватываемой ею правовой квалификации.

Из сказанного следует вывод, что ст. 1085 имеет в виду только квалификацию основания иска путем толкования понятий объема коллизионной нормы в целях выбора применимой коллизионной нормы. Для недопущения расширительного толкования статьи полагаем необходимым отразить в тексте статьи цель квалификации наподобие некоторых иностранных актов:

– Ст. 12.1 Гражданского Кодекса Испании 1889 г.: «Квалификация в целях определения применимой коллизионной нормы всегда производится согласно испанскому закону» [1, с. 313];

– Ст. 18 Гражданского Кодекса Кубы: «Квалификация фактических событий или юридических актов, необходимая для определения нормы, применимой в случае коллизии законов, всегда осуществляется сообразно кубинскому закону» [1, с. 389];

– Ст. 27 Кодекса международного частного права Туниса 1998 г.: «Квалификация осуществляется согласно понятиям тунисского права, если она имеет задачей выявить коллизионную норму, позволяющую определить применимое право» [1, с. 565].

II. Определение юридического понятия в качестве объекта квалификации.

Главным недостатком формулировки ст. 1085, напороч лишаящим ее какого-либо смысла, является оборот «квалификация юридических понятий». Юридические понятия в принципе не

могут быть объектом правовой квалификации. Этот тезис кажется нам настолько очевидным, что не требует каких-либо доказательств, хотя аргументов в его пользу можно привести бесчисленное множество.

1. Признание объектом квалификации юридического понятия выбивается из общепризнанной методологии правоведения в целом, определяющей в качестве такового фактический состав отношения. По мнению С.С. Алексеева, «правовая квалификация – это юридическая оценка всей совокупности фактических обстоятельств дела путем отнесения данного случая к определенным юридическим нормам» [17, с. 340]. В уголовном праве – отрасли, которой, на слух обывателя, более всего присущ термин «квалификация», который понимается как деяние, т.е. совокупность фактов, а не юридическое понятие. Таким образом, определение в качестве объекта квалификации в МЧП юридического понятия равносильно вынесению этой отрасли за пределы терминологического и методологического фундамента всей правовой системы.

2. Предыдущий довод может быть оспорен тривиальным аргументом о специфическом характере МЧП, однако никто из авторитетных авторов в данной отрасли не называет в качестве объекта квалификации юридическое понятие. Бартен, один из первооткрывателей проблемы, говорит об «определенном правоотношении» [18, с. 225]; Фалконбридж – о «правовом вопросе, вытекающем из фактической ситуации или из какого-либо элемента или элементов такой ситуации» [19, с. 106]; Иссад – о «факте или сделке» [20, с. 100]; Лоренцен – о трех объектах квалификации в зависимости от ее цели: «фактической ситуации», «связующем факторе» и «положении иностранного права» [16, с. 743-744]; курс Чешира и Норта – о квалификации «основания иска» и «нормы права» [4, с. 37-39].

3. Таким же образом, почти все законодательные акты, содержащие положение о квалификации (за исключением ГК стран СНГ, основанных на Модельном Кодексе), не называют в качестве объекта квалификации юридическое понятие:

– Ст. 9 (2) Закона Великобритании 1995 г. «О международном частном праве (различные положения)»: «Квалификация для целей международного частного права вопросов, возникающих при каком-либо требовании, как вопросов, относящихся к правонарушению или деликту, производится судами места рассмотрения дела» [1, с. 206];

– Ст. 10 Гражданского Кодекса Египта 1948 г.: «В случае коллизии между различными законами в каком-либо определенном процессе египетский закон является единственно компетентным для квалификации категории, к которой относится правоотношение, для цели указания на применимое право» [1, с. 295];

– Ст. 24 Гражданского Кодекса Йемена 1992 г.: «Йеменский закон является решающим источником при квалификации правоотношений, когда требуется установление вида таких правоотношений в деле, в котором конфликтуют законы, для выявления того из них, который должен применяться» [1, с. 342];

– Ст. 8 Закона Китайской Народной Республики «О применении права к гражданским отношениям, связанным с границей» 2010 г.: «Квалификация отношений, связанных с границей, осуществляется по праву страны суда» [21, с. 1075];

– Ст. 18 Гражданского Кодекса Кубы: «Квалификация фактических событий или юридических актов, необходимая для определения нормы, применимой в случае коллизии законов, всегда осуществляется сообразно кубинскому закону» [1, с. 389];

4. В качестве одного из условий квалификации *lege causae* в ст. 1085 приводится то, что юридические понятия должны «иметь другое название». Насколько это возможно в свете того, что собственно юридическое понятие и является названием определенного правового института или группы отношений? «Факторинг» и «договор об уступке денежного требования» не есть два названия одного юридического понятия, это два разных юридических понятия с одинаковым содержанием. В статье, должно быть, имелось в виду, что фактические обстоятельства могут относиться к институту, имеющему разные названия, но это лишний раз подтверждает неудачность определения в качестве объекта квалификации собственно юридического понятия.

5. Если квалифицируется «понятие», какой смысл проводить его каждый раз? В таком ракурсе проблема может быть решена раз и навсегда путем принятия нормативного постановления об официальном толковании понятия «X» в ст. «Y», благо, коллизионных норм в законодательстве не так уж много. Соответственно, квалифицируется не понятие, а состав, потому что в юриспруденции «понятие» является постоянной, статичной категорией, не меняющейся от случая к случаю, и наоборот, фактический

состав есть динамичная, переменная категория. В вещно-правовых спорах можно иметь дело с массой движимых или недвижимых вещей, но мы каждый раз задаемся вопросом, не «что означает термин «движимость» или «недвижимость»», а «является ли данная вещь движимостью или недвижимостью».

При всем перечисленном, термин «юридическое понятие» не является абсолютно безотносительным к проблеме квалификации, сама квалификация представляет собой «аллокацию вопроса, поднятого фактической ситуацией перед судом, в надлежащую правовую категорию» [4, с. 36]. Юридическое понятие представляет собой название этой правовой категории, заключенной в объеме коллизионной нормы и определяющую сферу ее применения. Но это никак не умаляет того факта, что объектом квалификации остается фактическая ситуация, при этом понятие является объектом толкования. Достаточно убедительное объяснение процедуре квалификации дает Толстых: «вопрос квалификации можно ставить как вопрос квалификации отношения, являющегося предметом рассмотрения либо как вопрос толкования понятий и терминов, встречающихся в коллизионной норме. Суть от этого не меняется, но способ объяснения материала меняется» [9, с. 92]. Но в случае, когда понятие объявляется предметом не толкования, а самой квалификации, объяснение материала становится попросту невозможным.

Даже если полный отказ от термина «юридическое понятие» по какой-либо причине невозможен, действия правоприменителя в отношении категорий «фактический состав» и «юридические понятия» должны быть скорректированы в рамках алгоритма «факты квалифицируются, понятия толкуются». В качестве примера можно привести выдержки из иностранных актов:

– §3 (1) Указа Венгрии 1979 г. «О международном частном праве»: «Если с точки зрения установления подлежащего применению права возникает спор по вопросу правовой квалификации рассматриваемых в этом споре фактов или отношений, он решается с точки зрения толкования норм и понятий венгерского права» [1, с. 230];

– Ст. 27 Кодекса международного частного права Туниса 1998 г.: «Квалификация осуществляется согласно понятиям тунисского права, если она имеет задачей выявить коллизионную норму, позволяющую определить применимое право. Для целей квалификации анализ



составных частей юридического института, неизвестного тунисскому праву, осуществляется в соответствии с иностранным правом, которому он принадлежит» [1, с. 565].

III. Необходимость «невозможности толкования по праву страны суда».

Необходимым условием квалификации *lege causae* в п. 2 ст. 1085 приводится то, что «юридическое понятие... не может быть определено путем толкования в соответствии с правом страны суда». Данное замечание непосредственно связано с предыдущим (о недопустимости определения в качестве объекта квалификации юридического понятия), однако, в связи с тем, что положение п. 2 имеет самостоятельное содержание, может быть выдвинуто и отдельно.

С позиции буквального толкования п. 2 получается, что, столкнувшись с делом вроде вышеприведенного *De Nicols v Curlier*, казахстанский суд не мог бы прийти к справедливейшему решению Палаты Лордов, поскольку понятие «брачного контракта» казахстанскому праву известно, хотя и с другим, нежели во французском праве, содержанием – а значит, оно может и, следовательно, должно быть истолковано строго по казахстанскому праву.

«Невозможность определения по праву страны суда» в корреляции с тем, что «юридическое понятие известно праву страны суда под другим названием или с другим содержанием», приводит к абсурду. Каким образом понятие не может быть определено по праву страны суда, если оно ему все-таки известно?

Текст п.2 является ничем иным, как попыткой выбраться из ловушки, в которую разработчики Кодекса загнали сами себя, определив предметом квалификации юридическое понятие. Между тем, неизвестность того или иного понятия никак не означает невозможность коллизионного (и даже материального) регулирования правоотношения, скрывающегося под этим понятием. В процессе производства судья не сталкивается а priori с «франчайзингом», «диффамацией» или «талаком», он имеет фактическую ситуацию, которая в любом случае может быть охарактеризована понятием, входящим в объем той или иной коллизионной нормы – «договор», «причинение вреда» или «расторжение брака», тем более, что объемы коллизионных норм рассчитаны на охват достаточно широкого круга правовых отношений или фактических обстоятельств Поэтому не имеет

никакого значения, известно ли понятие, может ли быть оно истолковано по праву страны суда, ибо исходным элементом правовой системы, ее базисом являются общественные отношения, а не нормы права и его понятия.

В связи с изложенным, целесообразно отказаться в формулировке статьи от положения о невозможности определения путем толкования по праву страны суда в качестве необходимой предпосылки квалификации *lege causae*.

IV. Несколько замечаний несущественного характера.

Формулировка ст. 1085 также имеет некоторые недостатки, которые не имеют катастрофических последствий в теоретическом или практическом плане, но, тем не менее, не красят статью с позиции законодательной техники.

1. Так, в п.1 является совершенно излишним слово «судом» («квалификация юридических понятий (правовая квалификация) судом основывается...»). Квалификация может проводиться также арбитражем или нотариусом; в контексте ст. 1084, гласящей «правила настоящего раздела об определении права, подлежащего применению судом, соответственно применяются и другими органами, наделенными полномочиями решать вопрос о подлежащем применению праве», указание в ст. 1085 на суд не представляется необходимым.

2. На наш взгляд, не только в ст. 1085, но и везде по Разделу 7 безликий оборот «право страны суда» мог бы быть заменен конкретным «правом Республики Казахстан». «Право страны суда» – термин, применяемый главным образом в международных договорах – в рамках национального законодательства, выглядит искусственным канцеляритом; не секрет, что он скопирован из Модельного ГК стран СНГ и предполагал замену на названия конкретных государств при рецепции в национальное законодательство. В практическом плане никакой разницы нет, однако в учебном процессе нередко приходится объяснять, что «право страны суда» – это право Республики Казахстан (*sic!*).

3. В то время, как Раздел 7 допускает принятие обратной отсылки или отсылки к праву третьей страны в некоторых случаях, ни статья 1085 о квалификации, ни ст.1087 о *renvoi* не содержат отдельных положений о методе квалификации при применении иностранной коллизионной нормы. В целом, разумному правоприменителю должна быть понятна предпочтительность квалификации *lege causae* в случаях применения

иностранный коллизионный закон, в особенности, при толковании привязки; однако, по нашему, это как раз тот случай, когда излишняя осмотрительность и детальность не пойдут во вред.

*Предложения по переформулировке.*

Автор никоим образом не претендует на выработку идеальной формулировки положения о квалификации; такая работа требует детального сопоставительного анализа проблемы в контексте других вопросов МЧП, в первую очередь, толкования иностранного права, *renvoi* и *dépeçage*. Однако, вышеприведенные аргументы в достаточной степени свидетельствуют о необходимости скорейшего устранения выявленных дефектов ст. 1085. В любом случае, критика без представления собственной гипотезы означала бы отсутствие логической завершенности исследования, поэтому возьмем на себя смелость предложить на суд читателя свое видение положений о квалификации *de lege ferenda*.

Во-первых, необходимо вычленить «первичную», или «квалификацию основания иска», как осуществляемую главным образом *lege fori*. Квалификацию *lege causae* в данном отношении целесообразно сформулировать как редкое исключение из правила:

1085. Квалификация в целях выбора коллизионной нормы.

1. Квалификация отношения или его отдельных элементов в целях выбора коллизионной нормы осуществляется по праву Республики Казахстан, за исключением случаев, предусмотренных законодательством.

2. В целях выбора коллизионной нормы анализ правового института, неизвестного праву Республики Казахстан, либо значительно отличающегося по природе или содержанию, может осуществляться по праву, к которому он принадлежит, с учетом принципа наиболее тесной связи и соображений справедливости в конкретном деле.

Оборот «в целях выбора коллизионной нормы» позволит предотвратить квалификацию *lege causae* при толковании привязки; для перестраховки можно (хотя и нецелесообразно) дополнить статью пунктом 3 следующего содержания:

3. При применении коллизионной нормы толкование ее привязки осуществляется по праву Республики Казахстан.

Во-вторых, необходимо выделить в рамках отдельной статьи «вторичную квалификацию», с основным подходом *lege causae*:

1085-1. Квалификация нормы иностранного материального права.

1. Квалификация нормы иностранного материального права, как относящейся к сфере действия применимой коллизионной нормы, осуществляется по праву, к которому она принадлежит, с учетом цели и обстоятельств принятия данной нормы.

2. В применении нормы иностранного материального права не может быть отказано исключительно в силу того, что в соответствующей иностранной правовой системе она имеет публично-правовой характер.

Оборот «с учетом цели и обстоятельств принятия данной нормы» позволит нивелировать редкие, но возможные случаи принятия иностранных актов *mala fidei*, как в случае *Adams vs National Bank of Greece*. Второй пункт предотвратит возможность необоснованного отказа в применении норм, относящихся в собственных системах к отраслям публичного права (например, норм об исковой давности, в *common law* являющейся институтом процессуального права).

И в-третьих, ст. 1087 об обратной отсылке и отсылке к праву третьей страны могла бы быть дополнена положением о квалификации в случае *renvoi*:

1087.3. При применении иностранной коллизионной нормы квалификация отношения или его отдельных элементов, а также толкование ее привязки осуществляется по соответствующему иностранному праву.

Положение о квалификации в случае *renvoi* целесообразно включить именно в ст. 1087, чтобы зрительно и в смысловом плане не перегружать ст. 1085 и не добавлять ст. 1085-2. *Renvoi* является исключением из общего правила действия коллизионной нормы, поэтому и норма о квалификации при применении иностранной коллизионной нормы должна претавать как частный случай, аналогично положению о квалификации имущества, включенному в ст. 1107.

### Литература

- 1 Международное частное право. Иностранное законодательство / под ред. А.Н. Жильцова, А.И. Муранова. – М.: «Статут», 2001.
- 2 Гражданский Кодекс. Часть третья. Модель. Рекомендательный законодательный акт Содружества Независимых Государств. URL: <http://docs.cntd.ru/document/901776572>
- 3 Бирюкова Н.С. Проблема правовой квалификации в международном частном праве: Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. М. 2007. URL: <http://lawtheses.com/problema-pravovoy-kvalifikatsii-v-mezhdunarodnom-chastnom-prave#ixzz3XWH1XF1g>
- 4 North P.M., Fawcett J.J. Cheshire and North's Private International Law. – 13-th edition. – The Bath Press, London, Edinburgh, Dublin 1999.
- 5 Lipstein K. Characterization // International Encyclopaedia of Comparative Law, Vol.V, Chief Editor: Kurt Lipstein. Tübingen et al. (Mohr) 1987.
- 6 Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws. – 15-th Edition. Under the general editorship of Lord Collins of Mapesbury. – Volume I. – London: Sweet & Maxells, 2012.
- 7 Звекон В.П. Коллизии законов в международном частном праве. – М., 2007.
- 8 Комментарий к Части Третьей Гражданского Кодекса Российской Федерации / под редакцией А.Л. Маковского и Е.А.Суханова. – М.: «Юрист», 2002.
- 9 Толстых В.Л. Международное частное право: коллизионное регулирование. – СПб.: «Юридический центр Пресс», 2004.
- 10 Богуславский М.М. Международное частное право. 3-е издание. – М.: «Международные Отношения», 2003.
- 11 Сулейменов М.К. Актуальные проблемы международного частного права: учебное пособие. – Алматы: Научно-издательский центр Каспийского общественного университета, 2011.
- 12 Нысанбекова Л.Б. Халықаралық жеке құқық: оқу құралы. – Алматы 2013.
- 13 Лунц Л.А. Курс международного частного права в трех томах. – М.: «Спарк», 2002.
- 14 Глинщикова Т.В. Проблема квалификации в международном частном праве // Гуманитарные, социально-экономические и общественные науки. – №4 – 2014. URL: <http://online-science.ru/userfiles/file/tz0htjmzoz5bgyyibga5nbjebo05sq3i.pdf>
- 15 Международное частное право: учебник/[Власова Н.В. и др.]; отв. ред.– Н.И. Марышева; предисл. Н.И. Марышевой.– 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Юридическая фирма «Контракт»; Волтерс Клувер, 2011.
- 16 Lorenzen, Ernest G., «Qualification, Classification, or Characterization Problem in the Conflict of Laws» (1941). Faculty Scholarship Series. Paper 4584. pp.743-761 URL: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/4584](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4584)
- 17 Алексеев С.С. Общая теория права: В 2-х т. – М.: «Юридическая литература», 1981. – Т. 2.
- 18 Bartin J. De l'impossibilité d'arriver à la solution définitive des conflits de lois. Journal du Droit international privé et de la jurisprudence française. – 1897. – P. 225-255.
- 19 John D. Falconbridge. Conflict Rule and Characterization of Question.// The Canadian Bar Review. – Vol. XXX. – February 1952. – No.2. – 103-118, 106.
- 20 Иссад М. Международное частное право. – М.: «Прогресс», 1989. – 100.
- 21 Zhengxin Huo. An Imperfect Improvement: The New Conflict of Laws Act of the People's Republic of China.// International and Comparative Law Quarterly / Volume 60 / Issue 04 / October 2011. – P. 1065 -1093.

### References

- 1 Mezhdunarodnoe chastnoe pravo. Inostrannoe zakonodatel'stvo / pod red. A.N. Zhil'cova, A.I. Muranova. – М.: «Statut», 2001.
- 2 Grazhdanskij Kodeks. Chast' tret'ja. Model'. Rekomendatel'nyj zakonodatel'nyj akt Sodruzhestva Nezavisimyh Gosudarstv. URL: <http://docs.cntd.ru/document/901776572>
- 3 Birjukova N.S. Problema pravovoj kvalifikacii v mezhdunarodnom chastnom prave: Avtoreferat dissertacii na soiskanie uchenoj stepeni kandidata juridicheskikh nauk. M. 2007. URL: <http://lawtheses.com/problema-pravovoy-kvalifikatsii-v-mezhdunarodnom-chastnom-prave#ixzz3XWH1XF1g>
- 4 North P.M., Fawcett J.J. Cheshire and North's Private International Law. – 13-th edition. – The Bath Press, London, Edinburgh, Dublin 1999.
- 5 Lipstein K. Characterization // International Encyclopaedia of Comparative Law, Vol.V, Chief Editor: Kurt Lipstein. Tübingen et al. (Mohr) 1987.
- 6 Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws. – 15-th Edition. Under the general editorship of Lord Collins of Mapesbury. – Volume I. – London: Sweet & Maxells, 2012.
- 7 Zvekov V.P. Kollizii zakonov v mezhdunarodnom chastnom prave. – М., 2007.
- 8 Kommentarij k Chasti Tret'ej Grazhdanskogo Kodeksa Rossijskoj Federacii / pod redakciej A.L. Makovskogo i E.A.Suhanova. – М.: «Jurist#», 2002.
- 9 Tolstyh V.L. Mezhdunarodnoe chastnoe pravo: kollizionnoe regulirovanie. – SPb.: «Juridicheskij centr Press», 2004.
- 10 Boguslavskij M.M. Mezhdunarodnoe chastnoe pravo. 3-e izdanie. – М.: «Mezhdunarodnye Otnoshenija», 2003.
- 11 Sulejmenov M.K. Aktual'nye problemy mezhdunarodnogo chastnogo prava: uchebnoe posobie. – Алматы: Nauchno-izdatel'skij centr Kaspijskogo obshhestvennogo universiteta, 2011.

- 12 Nysanbekova L.B. Halykaralyk zheke kúkuk: oku kuraly. – Almaty 2013.
- 13 Lunc L.A. Kurs mezhdunarodnogo chastnogo prava v treh tomah. – M.: «Spark», 2002.
- 14 Glinshhikova T.V. Problema kvalifikacii v mezhdunarodnom chastnom prave // Gumanitarnye, social'no-jekonomicheskie i obshhestvennye nauki. – №4 – 2014. URL: <http://online-science.ru/userfiles/file/tz0htjmzoz5bgyyibga5nbjebo05sq3i.pdf>
- 15 Mezhdunarodnoe chastnoe pravo: uchebnik/[Vlasova N.V. i dr.]; otv. red.– N.I. Marysheva; predisl. N.I. Maryshevoj.– 3-e izd., pererab. i dop. – M.: Juridicheskaja firma «Kontrakt»; Volters Kluver, 2011.
- 16 Lorenzen, Ernest G., «Qualification, Classification, or Characterization Problem in the Conflict of Laws» (1941). Faculty Scholarship Series. Paper 4584. pp.743-761 URL: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/4584](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4584)
- 17 Alekseev S.S. Obshhaja teorija prava: V 2-h t. – M.: «Juridicheskaja literatura», 1981. – T. 2.
- 18 Bartin J. De l'impossibilité d'arriver á la solution définitive des conflits de lois. Journal du Droit international privé et de la jurisprudence française. – 1897. – R. 225-255.
- 19 John D. Falconbridge. Conflict Rule and Characterization of Question.// The Canadian Bar Review. – Vol. XXX. – February 1952. – No.2. – 103-118, 106.
- 20 Issad M. Mezhdunarodnoe chastnoe pravo. – M.: «Progress», 1989. – 100.
- 21 Zhengxin Huo. An Imperfect Improvement: The New Conflict of Laws Act of the People's Republic of China.// International and Comparative Law Quarterly / Volume 60 / Issue 04 / October 2011. – R. 1065 -1093.