

СЕМЬ БЕД – ОДИН ОТВЕТ: О НЕОБХОДИМОСТИ ОТДЕЛЬНОГО ЗАКОНА РК О МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ



Н.С. ЕШНИЯЗОВ,
PhD, ассистент-профессор
Департамента международного
права Университета КАЗГЮУ
имени М.С. Нарикбаева
(Нур-Султан, Казахстан),
email: n_eshniyazov@kazguu.kz

На начальном этапе формирования законодательства Казахстана, следуя методологии СССР и России, избрал путь межотраслевой кодификации международного частного права (далее – МЧП), в результате чего нормы этой отрасли оказались рассредоточены в ряде актов. Следствием этого стало возникновение ряда проблем: расхождения между нормами, призванными регулировать одни и те же вопросы, размытие предмета в академическом смысле, препятствия к его нормальному изучению. *Целью* статьи ставится выявление целесообразности сохранения существующей модели кодификации. *Объектом* исследования являются модели кодификации МЧП (межотраслевая и в виде отдельного акта) и их взаимосвязь с развитием этой отрасли в наиболее широком смысле, включая правовое регулирование, область науки, учебную дисциплину. *Предмет* исследования составляют теоретические основы и практические последствия выбора той или иной модели кодификации, акты законодательства РК и иностранных государств в области МЧП. Результа-

ты исследования достигнуты применением формально-юридического, системного, сравнительно-правового, исторического *методов*, а также метода правового моделирования. *Научная новизна* состоит в том, что статья впервые определяет существующую модель кодификации МЧП как ключевую причину стагнации отрасли во всех ее проявлениях. *Вывод* заключается в призыве к принятию отдельного акта РК в области МЧП.

Ключевые слова: международное частное право, кодификация, систематизация права, коллизионное право, международный гражданский процесс, Гражданский кодекс Республики Казахстан, Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан, Кодекс Республики Казахстан о браке (супружестве) и семье, Модельный гражданский кодекс Содружества Независимых Государств, реформа гражданского законодательства Республики Казахстан.

Введение и основные положения

«Международное частное право относится к числу юридических дисциплин, для разработки которых у нас еще почти ничего не сделано. Позитивный материал внутреннего законодательства, выражающийся в немногочисленных статьях

закона и в некоторых инструкциях Наркомюста и Наркоминдела, касается лишь некоторых вопросов международного частного права, является недостаточным, и в некоторых своих частях требует коренной переработки. Существующие международные договоры также лишь вскользь затрагивают вопросы международного частного права, и посвящены разрешению тех политических и экономических вопросов, которые являлись актуальными в момент заключения того или иного договора, наиболее актуальными. А советской науки международного частного права вовсе нет, если не считать нескольких отдельных статей, дающих чрезвычайно мало в отношении разработки соответствующих вопросов».¹

Эта мысль Перетерского, высказанная почти сто лет назад, может послужить иллюстрацией сегодняшнего казахстанского МЧП практически без купюр. Действующее законодательство базируется на российских разработках (Гражданский кодекс – на Модельном ГК СНГ), откровенно рассчитанных на переходный период 1990-х и отражающих объективное отсутствие должного опыта регулирования трансграничных частных правоотношений в условиях монополии внешней торговли и Железного занавеса. При этом, несмотря на возросшую интернационализацию частных правоотношений, оно почти не подвергалось изменениям и дополнениям; единственная значительная реформа коллизионных норм (в области брака и семьи) ознаменовалась их явной деградацией.²

Адекватная реформа МЧП требует кардинального пересмотра большинства положений его норм. Однако даже полная переработка соответствующих глав и разделов Гражданского кодекса, Гражданского процессуального кодекса, Кодекса о браке (супружестве) и семье, Закона «О торговом мореплавании», даже введение коллизионных норм в Трудовой Кодекс может стать полумерой – наиболее целесообразным шагом представляется принятие отдельного законодательного акта о международном частном праве. Такой шаг, помимо усовершенствования самих норм, позволит решить ряд системных проблем отрасли: предотвратить дальнейшие противоречия между положениями законодательства, уточнить содержание МЧП и его место в системе права и через это – определить вектор и придать импульс развитию науки, упорядочить учебный процесс и даже улучшить имидж и повысить инвестиционную привлекательность страны.

Материалы и методы

Статья написана на основе анализа норм международного частного права, рассредоточенных в ГК, ГПК, КоБ(С)С РК. Результаты исследования достигнуты применением формально-юридического, системного, сравнительно-правового, исторического методов, а также метода правового моделирования. В качестве материала для сравнения использованы законодательные акты десятков иностранных государств, представляющих основные правовые системы современности.

¹Перетерский И. Исходные моменты международного частного права РСФСР // Советское право. 1924. № 3 (9). С. 87.

²Ешниязов Н.С. Коллизионные аспекты заключения и расторжения брака в Кодексе РК о браке (супружестве) и семье // Наука и жизнь Казахстана. 2014. № 5 (26). – С. 76-84.

Результаты исследования

1. Устранение противоречий между актами действующего законодательства

При решении частнопроводного спора с иностранным элементом необходимо разрешить два конфликта, отсутствующие в сугубо «внутреннем» деле. Во-первых, это конфликт юрисдикций – принять ли спор к рассмотрению или отказать в иске ввиду неподсудности. Он решается нормами международного гражданского процесса, также регулирующего вопросы процессуального положения иностранцев, оказания правовой помощи иностранным судам, признания и исполнения иностранных решений. Эти нормы в законодательстве РК сконцентрированы в разделе IV ГПК «Международный процесс». Во-вторых, это конфликт материально-правовых законов – правом какой страны разрешить спор по существу? Он решается коллизионными нормами, рассредоточенными между разделом VII ГК, главой 32 КоБ(С)С и главой 25 Закона «О торговом мореплавании». Порядок применения коллизионных норм определяется нормами общей части коллизионного права, содержащимися в главе 61 раздела VII ГК.

Перечисленные нормы должны взаимодействовать как шестеренки в часовом механизме, но, как будет иллюстрировано ниже, они работают как Лебедь, Щука и Рак из известной басни. Описывая российское законодательство по МЧП, по образу и подобию которого создано отечественное, Гетьман-Павлова и Ерпылева отмечают, что его «отличает множественность разрозненных актов, что порождает их параллелизм, дублирование, бессистемность, а во многих случаях и наличие противоречивых, несогласованных формулировок».³ И если россияне за три десятилетия смогли сгладить ряд таких несоответствий, для казахстанского МЧП эта цитата остается актуальной по сей день.

Так, и ГК, и ГПК подчиняют дееспособность физического лица личному закону, однако ст. 1094.3 ГК содержит специальное положение о том, что личным законом беженца считается право страны, предоставившей убежище, в то время как ГПК содержит лишь общую норму о праве страны гражданства. В итоге возможна ситуация, когда иностранец, получивший убежище в РК, вправе самостоятельно осуществить право, но не вправе самостоятельно подать иск в его защиту.

Согласно ст. 1094.1 ГК, при наличии у лица двух или более гражданств личным законом считается право страны, с которой лицо наиболее тесно связано; ст. 473.3 ГПК содержит тот же принцип, но только при наличии у гражданина нескольких иностранных гражданств. А ведь несмотря на общий запрет двойного гражданства, вполне возможны случаи, когда казахстанец может вполне легально иметь иностранное гражданство, как, например, ребенок, усыновленный иностранцами, сохраняющий наше гражданство до совершеннолетия.⁴ Получается, что по ГК он скорее иностранец, а по ГПК – однозначно соотечественник.

Исходя из ст. 87.3 КоБ(С)С, усыновление ребенка – гражданина РК, проживающего за рубежом, произведенное органом иностранного государства, гражданином которого является усыновитель, признается действительным в РК при условии получения предварительного разрешения на усыновление от местного

³Гетьман-Павлова И.В., Ерпылева Н.Ю. Российское законодательство по международному частному праву: проблемы совершенствования // Международное публичное и частное право. 2009. № 1. С. 8.

⁴Ст. 27 Закона РК О гражданстве Республики Казахстан от 20.12.1991 г.

исполнительного органа по месту его проживания или его родителей до выезда за пределы РК. Однако по ст. 467.2.2 ГПК усыновление гражданина РК отнесено к исключительной компетенции судов РК.

Норма о публичном порядке включена в ст. 1090 ГК РК – «иностранное право не применяется в случаях, когда его применение противоречило бы основам правопорядка РК (публичному порядку РК)»⁵, однако отсутствует в ГПК, Нормативном постановлении ВС РК 2003 г. «О судебном решении» и Инструкции об оказании судами РК правовой помощи и обращении за правовой помощью к судам иностранных государств 2016 г. в части, касающейся оснований отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений. Таким образом, наш суд откажет в применении нормы права Руритании, если она, скажем, оправдывает кабальную или мошенническую сделку, однако будет вынужден привести в исполнение решение руританского суда, основанное на той же норме.

А вот КоБ(С)С, наоборот, для отказа в применении иностранного права не ограничивается защитой основ правопорядка – согласно ст. 230.2, «брак (супружество) между иностранцами, заключенный за пределами РК, с соблюдением законодательства государства, на территории которого он заключен, признается действительным в РК, если он не противоречит законодательству РК». Одно дело не признавать, скажем, однополый «брак», действительно противоречащий основам нашего правопорядка, но КоБ(С)С призывает не признавать, например, любые религиозные браки⁶, даже совершенные в странах, где регистрация в государственных органах не предусмотрена вообще.

Или, представим, казахстанец дал односторонний развод в виде талака жене-россиянке, временно пребывая в ОАЭ. По материальному праву ОАЭ мусульманин вправе совершить талак, а согласно ст. 244.3 КоБ(С)С, «расторжение брака (супружества) между гражданами РК и иностранцами..., совершенное за пределами территории РК с соблюдением законодательства соответствующего иностранного государства, признается действительным в РК». Казалось бы, возможность непризнания такого расторжения путем обратной отсылки дает коллизийная норма ст. 13.2 Закона ОАЭ о МЧП: «талак регулируется законами государства, гражданином которого является муж на момент талака».⁷ Однако, КоБ(С)С не содержит статьи об обратной отсылке, а норма ст. 1087 ГК, которую, казалось бы, можно было применить по аналогии, гласит, что «любая отсылка к иностранному праву [в соответствии с правилами настоящего раздела] должна рассматриваться, [кроме случаев, предусмотренных настоящей статьей] как отсылка к материальному, а не коллизийному праву соответствующей страны». Таким образом, расторжение брака, недействительное в самих ОАЭ, тем не менее, будет действительным у нас. Это лишь частное проявление проблемы применения общих положений коллизи-

⁵Следует также обратить внимание на ст. 2 Закона РК об арбитраже, содержащее ограничительное определение публичного порядка – «основы правопорядка, закрепленные в законодательных актах РК».

⁶Ст. 3.3 КоБ(С)С РК: «3. Признается брак (супружество), заключенный только государственными органами. Брак (супружество), заключенный по религиозным обрядам и церемониям, не приравнивается к зарегистрированному в регистрирующих органах браку (супружеству) и не порождает соответствующих правовых последствий».

⁷Ст. 13.2 ГК ОАЭ. URL: https://lexemiratidotnet.files.wordpress.com/2011/07/uae-civil-code_english-translation_.pdf.

онного права (о квалификации, обратной ссылке, публичном порядке, императивных нормах, обходе закона и др.), кодифицированных только в ГК, к коллизионным нормам других актов.

Вопросы легализации иностранных документов регулируются статьями 475 ГПК, 1099 ГК, 280 КоБ(С)С. При этом ГПК говорит о документах в отношении «организаций РК и иностранных лиц», упуская граждан РК; ГК ведет речь только о документах, удостоверяющих акты гражданского состояния граждан, иностранцев и лиц без гражданства, хотя в сфере гражданско-правовых отношений могут быть необходимы и иные документы, например, в отношении индивидуальных предпринимателей и юридических лиц; КоБ(С)С в нарушение принципа наиболее тесной связи дополнительно обуславливает признание легализованных иностранных документов их непротиворечием законодательству РК.

Таких примеров можно приводить десятки. В общем, налицо ситуация, когда при разрешении спора с иностранным элементом, основной проблемой становится не коллизия законодательств Казахстана и иностранного государства, а коллизия законодательных актов Казахстана между собой. И ведь не сказать, что данные законы в целом не развиваются – за период независимости принят уже второй акт в области брака и семьи, второй ГПК, но проблемы с МЧП не только остались, но и усугубились.

Разовая взаимная гармонизация положений МЧП не может быть панацеей от всех его болезней. Отечественные реалии таковы, что эти нормы, находясь в разных актах, разрабатываемых разными рабочими группами, принимаемых разными составами парламента, начинают «жить своей жизнью», развиваться отдельно друг от друга и перестают отвечать общим целям отрасли. Тридцатилетняя стагнация МЧП подсказывает единственно возможное решение – отсечение норм отрасли из «материнских» законов и концентрация их в едином акте. Недаром Регламенты Европейского Союза «Рим-I» и «Рим-II» призывают «избегать ситуации, когда коллизионные нормы рассредоточены по многочисленным документам, и между этими нормами имеются различия».⁸

2. Кристаллизация науки

Английский курс Чешира по МЧП начинается так: «международное частное право – это часть английского права, вступающая в действие, когда суд имеет дело с иском, содержащим иностранный элемент. Оно имеет три главные цели: во-первых, определить условия, при которых суд компетентен принять к производству такой иск; во-вторых, определить для каждого класса дел конкретную систему права, путем обращения к которой должны быть определены права сторон; в третьих, определить условия, при которых (а) иностранное судебное решение может быть признано, как решающее спорный вопрос; и (b) право кредитора, основанное на иностранном судебном решении, обеспечивается иском в Англии».⁹

⁸Ст. 40 Преамбулы Регламента № 593/2008 Европейского Парламента и Совета от 17 июня 2008 г. о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам («Рим I»). URL: http://eulaw.edu.ru/documents/legislation/collision/dogovornoe.htm#_ftn140; ст. 35 Преамбулы Регламента № 864/2007 Европейского Парламента и Совета от 11 июля 2007 г. о праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам («Рим II»). URL: <http://eulaw.edu.ru/documents/legislation/collision/vnedogovornoe.htm>.

⁹North P.M., Fawcett J.J. Cheshire and North's Private International Law. 13th edition. London, Edinburg, Dublin: The Bath Press, 1999. P. 3-4.

Российский учебник Дмитриевой – так: «общепринятого определения предмета международного частного права в доктрине пока нет. Отсутствие согласия в вопросе о предмете порождает бесконечные споры о природе международного частного права и методах регулирования, его источниках и системе, ибо эти и другие качественные характеристики права обусловлены природой регулируемых отношений».¹⁰

Российский же курс Богуславского и вовсе: «международное частное право – это самая непонятная юридическая дисциплина».¹¹

С первых же предложений невооруженным глазом видна вдохновляющая точность описания предмета в английском труде и капитулирующая размытость в постсоветских формулировках. Это не в последнюю очередь обусловлено рассредоточением норм МЧП между различными актами, превращающим рассматриваемую отрасль в некий придаток гражданского, гражданско-процессуального, предпринимательского, брачно-семейного, трудового, адмиралтейского и т. п. права. Такой подход задерживает науку МЧП в тупиковом русле, направляя ее ресурсы и внимание в болото сугубо схоластических, напрочь неприкладных исследований по поводу его предмета, метода, нормативного состава и места в системе права. Причем отсутствие отдельного закона по МЧП содействует сохранению в постсоветской доктрине устарелых контрпродуктивных тезисов по любому из данных вопросов:

- предметом МЧП объявляется собственно «частноправовое отношение с иностранным элементом», а не определение юрисдикции по спорам из такого отношения или выбор применимого к нему права;

- из этого вытекает мысль о двойственности метода (коллизийный и материально-правовой) и наличии в составе отрасли материально-правовых норм, порождающая далее мудрствования о том, какие материально-правовые нормы следует относить к МЧП, а какие – нет;

- как следствие, МЧП «не имеет» самостоятельного места в правовой системе, будучи рассредоточенным в особенных частях гражданского, брачно-семейного, трудового и проч. права.

В совокупности эти точки зрения не дают сформировать стройную картину МЧП как отдельной отрасли, придают ему чрезмерную эклектичность, вызывающую, кроме прочего, фрустрацию и отторжение у многих потенциальных исследователей. Их опровержение выходит за рамки цели настоящей статьи, заинтересованный читатель может ознакомиться с позицией автора в его диссертации.¹² Вкратце ограничимся тем, что эти доводы базировались на политике Железного занавеса: международной самоизоляции, запрете контактов с иностранцами (вплоть до запрета браков),¹³ государственной монополии внешней торговли. В таких условиях коллизийные нормы, способные предписать идеологически не-

¹⁰Международное частное право: Учебник / Отв. ред. Г.К. Дмитриева. 2 изд. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2006. С. 7.

¹¹Богуславский М.М. Международное частное право: Учебник. 5-е изд. М.: Юристъ, 2008. С. 13.

¹²Ешниязов Н.С. Условия применения коллизийных норм в международном частном праве (сравнительно-правовой аспект): дисс. ... PhD: 6D030100. Астана, КазГЮУ, 2017. – 180 с. С. 17-27.

¹³Указ Президиума Верховного Совета СССР от 15.02.1947 г. «О воспрещении браков между гражданами СССР и иностранцами».

допустимое применение буржуазного права, были максимально редуцированы,¹⁴ МЧП в целом объявлялось «орудием подготовки интервенции против СССР».¹⁵ Централизованные внешнеэкономические сношения было удобнее регулировать материально-правовыми законами прямого действия, со странами социалистического лагеря заключались материально-правовые же договоры вроде Общих условий поставок. Так, значительно ограниченный предмет, круг участников и географическая сфера отношений с иностранным элементом предопределили создание в СССР весьма компактного МЧП с преобладанием материально-правовых норм, в конце концов реализовав опасение Лунца: «став на указанный выше путь, мы пришли бы к тому, что граница между международным частным правом и гражданским правом была бы вовсе стерта».¹⁶

Интеграция в мировое пространство, новые формы и интенсификация трансграничных частных отношений диктуют необходимость кристаллизации МЧП как самостоятельной отрасли права и науки, лучшим инструментом которой видится принятие отдельного акта в данной сфере. Это отсечет от тела МЧП излишние, дублируемые ныне в «хозяйских» сферах вопросы, придаст ему четкие границы, позволив науке сконцентрироваться на актуальных проблемах самой отрасли, как, например, взаимодействие коллизионных норм, применение ненационального права, юрисдикция и выбор права к отношениям, возникающим в цифровом пространстве.

3. Упорядочивание учебного процесса

Юрист – как ученый, так и практик – рождается на студенческой скамье, и более чем 20-летний опыт преподавания позволяет автору утверждать, что нет большего вреда развитию МЧП, чем отсутствие по нему отдельного закона.

Начнем с того, что большинство вузов РК предусматривают отдельный курс по МЧП только для студентов специальности «Международное право», хотя общепринято, что эта сфера относится к внутригосударственному праву. Таким образом, подавляющее большинство студентов-юристов теоретически могут изучить коллизионное право в рамках курса по гражданскому праву, а международный гражданский процесс – внутри гражданско-процессуального права. На практике, с учетом того, что эти две подотрасли МЧП занимают в ГК и ГПК последние разделы, на это чаще всего не остается времени. Нередко преподаватели, специализирующиеся на «внутренних» цивилистике и процессе, слабо владеют специфической

¹⁴«Буржуазные авторы стремятся представить дело таким образом, что содержание международного частного права исчерпывается разграничением законодательств и разрешением коллизий в юридическом смысле этого слова, возникающих между различными законодательствами. Но такая постановка вопроса лишь затушевывает и затемняет факты, которые непрерывно наблюдаются в области международной экономической борьбы. Дело по существу идет не о «разграничении» законодательств, а о стремлении империалистических государств обеспечить возможно более широкую сферу применения своего права и в ряде случаев о соответствующем этим целям регулировании внешней торговли. Таким образом, рассматривать международное частное право лишь как «коллизионное», т. е. посвященное лишь «разграничению» различных законодательств – это значит суживать и «приглаживать» действительный характер международного частного права». Перетерский И.С., Крылов С.Б. Международное частное право. М.: Юридическое Издательство НКЮ СССР, 1940. С. 14.

¹⁵Раевич С. Международное частное право как орудие подготовки интервенции против СССР // Советское государство. 1932. № 4. – С. 189-197.

¹⁶Лунц Л.А. Курс международного частного права в трех томах. М.: «Спарк», 2002. С. 36.

методологией МЧП и просто избегают эти темы или не могут разъяснить их на должном уровне. Во всяком случае, раздельное изучение двух подотраслей МЧП дает фрагментарные знания без уяснения их точек соприкосновения.

Даже если МЧП преподается отдельно, первое, что видит и слышит студент – что-то вроде вышеупомянутого «международное частное право – это самая непонятная юридическая дисциплина». Разрозненность правовых актов, отсутствие четких границ предмета, опять-таки тезис о наличии материально-правовых норм наполняют учебники и силлабусы недопустимо эклектичным содержанием, чаще всего дублирующим контент «Правового регулирования внешнеэкономической деятельности»¹⁷ и «Международного торгового права». Достаточно взглянуть на содержание основных учебников по МЧП, ПР ВЭД и МТП, чтобы увидеть темы, которые студенты вынуждены поверхностно повторять из курса в курс – Венская Конвенция 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров, ИНКО-ТЕРМС, защита иностранных инвестиций, международные транспортные перевозки, международные кредитно-расчетные отношения, международный коммерческий арбитраж.

Такое дублирование вытекает не просто в транжирование финансовых ресурсов вузов и студентов. Необходимость изучения (а с учетом относительной несложности, зазубривания) материально-правовых положений, скажем, Закона «О правовом положении иностранцев», Бернской Конвенции по охране литературных и художественных произведений, Унифицированных правил ЮНСИТРАЛ по аккредитивам и проч. и проч. и проч. не оставляет студенту времени и сил овладеть тончайшим инструментарием собственно МЧП – коллизионными нормами и условиями их применения. А ведь таких источников, включаемых популярными учебниками в структуру отрасли, могут быть десятки – так, Богуславский приводит «неисчерпывающий» список из тридцати,¹⁸ а Звекон – из шестидесяти четырех (sic!) одних только федеральных актов, образующих, по их мнению, российское МЧП.¹⁹

Принятие отдельного закона, ограниченного вопросами коллизионного права и международного гражданского процесса, позволит на первых порах выстроить учебные программы (силлабусы) с позиции узкого, но глубокого охвата тем собственно МЧП. В дальнейшей перспективе это приведет к написанию учебников соответствующего уровня. Конечным результатом видится улучшение компетенций выпускников как по научным исследованиям в сфере МЧП, так и по практическому применению его положений. В целом, такой подход полностью соответствует тенденции к рецепции институтов английского права, чьи два наиболее авторитетных курса очерчивают границы предмета именно конфликтом законов и юрисдикций.²⁰

¹⁷«Если [...] определить соотношение МЧП и ВЭД, получается, что значительная часть отношений, регулируемых МЧП, составляет предмет регулирования права ВЭД». Сулейменов М.К. Право внешнеэкономической деятельности в системе права. URL: https://online.zakon.kz/m/Document/?doc_id=30002469.

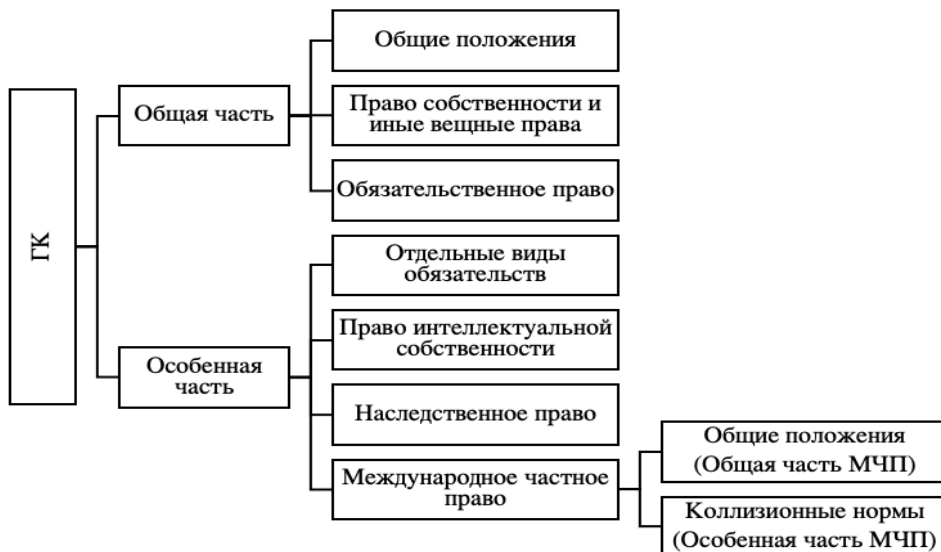
¹⁸Богуславский М.М. Международное частное право: Учебник. М.: Юрист, 2005. С. 56-58.

¹⁹Звекон В.П. Международное частное право. Курс лекций. М.: Издательская группа НОРМА – ИНФРА-М, 2000. С. 93-95.

²⁰North P.M., Fawcett J.J. Op. cit.; Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws. 15th Edition. Under the general editorship of Lord Collins of Mapesbury. Volume I. London: Sweet & Maxells, 2012. P. 4.

4. Логически обоснованная систематизация

Сохранение status quo не только нецелесообразно для развития правового регулирования и науки, но и представляется неправильным с точки зрения логики систематизации права. Так, основной массив норм отрасли сосредоточен в Разделе 7 Особенной части ГК «Международное частное право». Следовательно, МЧП в отечественной правовой системе включается в Особенную часть гражданского права. При этом, сам Раздел 7 включает две главы: 61 «Общие положения», составляющую Общую часть собственно МЧП, и 62 «Коллизионные нормы», представляющую собой его Особенную часть. Из этого вопрос, насколько логично, чтобы подотрасль Особенной части какой-либо отрасли имела собственные Общую и Особенную части?



Далее, как известно, Общую часть любой отрасли образуют нормы и институты, имеющие значение для нее в целом, а Особенную – нормы, регулирующие однородные группы правоотношений (нормы подотраслей). Исходя из этого, в Общую часть ГК включены Разделы 1-3 «Общие положения», «Право собственности и иные вещные права» и «Обязательственное право», а в Особенную – разделы 4-6 «Отдельные виды обязательств», «Право интеллектуальной собственности» и «Наследственное право». Вопрос: а какую однородную группу отношений регулируют положения Раздела 7? Как могут находиться в самом конце Особенной части ГК коллизионные нормы, определяющие применимость к отношениям с иностранным элементом абсолютно всех норм ГК, включая положения Общей части? Разве может хвост вилять собакой?

Нет, потому что, продолжая метафору, МЧП – это не хвост, это – поводок, посредством которого правоприменитель решает, отпустить или удержать собаку, применить или воздержаться от применения собственного гражданского, брачно-семейного или иного права. Оно не подчиняется гражданскому кодексу, но управляет им: «под международным частным правом надлежит понимать совокупность правовых норм, определяющих пространственные пределы действия

разноместных гражданских законов».²¹

С этой позиции было бы логичнее включить МЧП хотя бы в Общую часть ГК или кодифицировать его в виде Вводного закона к ГК по примеру германского законодателя. Но учитывая, что нормы Общей части МЧП (ныне – глава 61 ГК) определяют порядок применения коллизионных норм и других актов (КоБ(С)С и Закона «О торговом мореплаваннии»), то, что коллизионные нормы главы 62 ГК могут по аналогии определять право, применимое и к иным частноправовым отношениям (трудовым, брачно-семейным), в привязке акта по МЧП к ГК нет необходимости.

Это же диктуется целесообразностью включения в закон по МЧП положений как коллизионного права, так и международного гражданского процесса. Мысль о том, что МЧП объединяет эти две сферы, давно доминирует на международном уровне²² и основывается на их объективной взаимосвязи. И коллизионное право, и международный гражданский процесс обусловлены существованием иностранных государств и связанным с этим конфликтом правопорядков (законов и юрисдикций). Не было бы на свете стран, кроме Казахстана – не было бы соответствующих разделов в ГК и ГПК. Обе они нацелены на достижение международной гармонии правового регулирования путем предотвращения *forum shopping* и «хромающих отношений», используют единые понятия – личный закон, реторсии, публичный порядок, взаимность, позволяют соглашение сторон для выбора применимого права / компетентного суда, что подтверждает необходимость их объединения в едином акте.

5. Опыт иностранных государств

Претендуя на большую или меньшую точность, можно выделить 5 типов кодификации МЧП в порядке хронологии (если не брать в расчет страны, в которых кодификация по сей день отсутствует)²³:

1) рассредоточение коллизионных норм по тексту материально-правовых актов, свойственное ГК Франции 1804 г. и ряду других стран, реципировавших Кодекс Наполеона (ГК Люксембурга (1804), Колумбии (1887), Эквадора (1861), Португалии (1966)), а также, к примеру, ГК Ирана (1928). Даже этот архаичный подход имеет преимущество перед казахстанской кодификацией, поскольку Кодекс Наполеона включает в себя брачно-семейное право, и даже некоторые нормы о международной юрисдикции судов, тем самым предотвращая возможные противоречия правового регулирования. Стоит также отметить нивелирование таких несоответствий высоким уровнем судебной практики и доктрины;

2) широко распространенная в прошлом концентрация норм коллизионного права в специальных разделах материально-правовых актов, свойственная Мо-

²¹Макаров А.Н. Основные начала международного частного права. М.: Юридическое издательство Наркльюста РСФСР. 1924. С. 7.

²²Например, составители авторитетной Энциклопедии МЧП Института Макса Планка при выборе тем «фокусировались на традиционных сферах международного частного права: юрисдикции, применимом праве, признании и приведении в исполнение иностранных решений, а также трансграничной правовой помощи по частноправовым делам». См.: *Encyclopedia of Private International Law* / ed. by J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari and P. de Miguel Asensio. Edward Elgar Publishing Limited, 2017. P. vi. Гаагская конференция по МЧП разработала 40 международных инструментов, затрагивающих исключительно вопросы коллизионного права и международного гражданского процесса. См.: URL: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions>.

²³В качестве примеров таковых можно назвать страны *common law*, Данию, Ливан, Туркменистан.

дельному ГК СНГ. Кроме ряда стран СНГ, этого подхода продолжают придерживаться, к примеру, ГК Греции (1946), Египта (1948), Нидерландов (1992). Следует отметить, что с принятием КоБ(С)С 2011 г. РК откатилась даже от этого уровня кодификации – его глава 32 содержит только 6 статей коллизионно-правового характера, остальные 8 рассредоточены по тексту, тогда как раздел VII ранее действовавшего ЗоБС 1998 г. объединял все 14 статей;

3) отпочковавшаяся от предыдущей версия, при которой соответствующий раздел ГК включает нормы не только коллизионного права, но и международного гражданского процесса. В качестве примеров можно привести ГК Перу 1984 г., Квебека 1991 г. Гражданского и Коммерческого Кодекса Аргентины 2014 г.;

4) кодификация всего коллизионного права в отдельном акте (при сохранении норм международного гражданского процесса в ГПК). Такой акт может сохранять формальную связь с ГК, как Вводный Закон к Германскому Гражданскому Уложению 1896 г., Вводный Закон к ГК Бразилии 1942 г. Однако большинство стран с такой кодификацией имеют законы, полностью отделенные от ГК – Гватемала (1936), Таиланд (1938), Мадагаскар (1962), Австрия (1978), Йемен (1992), Италия (1995), Лихтенштейн (1996), Азербайджан (2000), Эстония (2002), Япония (2007), КНР, Тайвань (2010), Польша (2011);

5) кодификация в едином акте норм как коллизионного права, так и международного гражданского процесса: Словакия (3-н ЧССР 1963), Босния и Герцеговина, Сербия (3-н СФРЮ 1982), Швейцария (1987), Хорватия (1991), Италия, КНДР (1995), Венесуэла, Грузия (1998), Словения (1999); Южная Корея (2001), Украина (2005), Албания (2011), Доминиканская Республика, Чехия (2012), Черногория (2013), Венгрия (2017), Македония (2020). В этом ряду можно выделить четыре государства, в котором МЧП кодифицировано на уровне не просто закона, а целого кодекса (Тунис (1998), Бельгия (2004), Болгария (2005), Турция (2007)), что выводит его на уровень полностью самостоятельной отрасли права.

В целом заметна общемировая тенденция в пользу кодификации МЧП в едином акте. По данным Симеонидеса, из 86 кодификаций 1962-2012 гг. (включая четыре законопроекта), 42 формируют часть гражданского кодекса, 8 – часть другого кодекса и 36 – образуют отдельные законы²⁴; при этом, если брать 2000-2020 гг., перевес будет уже в пользу отдельных законов – 18 против 10.

Объективная взаимосвязь между коллизионным правом и международным гражданским процессом обусловила то, что в глобальном масштабе превалирует их сосредоточение в едином акте. Этот подход присущ и таким важнейшим региональным договорам в сфере МЧП, как Кодекс Бустаманте, Минская и Кишиневская Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам. В Европейском Союзе начата разработка единого Европейского Кодекса МЧП.²⁵

²⁴Symeon S. Symeonides. *Codifying Choice of Law Around the World. An International Comparative Analysis.* Oxford University Press 2014. P. 21-22.

²⁵Rühl, G., & von Hein, J. (2015). Towards a European Code on Private International Law? *Rabels Zeitschrift fuer Auslaendisches Und Internationales Privatrecht.* № 79(4). – P. 701-751. См. также веб-страницу Европейского Парламента о текущем состоянии дел в этом направлении: <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-area-of-justice-and-fundamental-rights/file-adoption-of-a-european-code-on-private-international-law>.

Обсуждение

При опросе ученых и практиков по возможности принятия отдельного акта большинство сомнений касалось риска отрыва норм МЧП от основного массива положений актов, в рамках которых они содержатся на сей день. Такие сомнения, в общем, предсказуемы, и, на взгляд автора, такой риск несколько переоценен.

Во-первых, примеры такого отрыва безболезненно существуют и в действующем законодательстве. Так, коллизийная норма об опеке и попечительстве содержится в ст. 1124 ГК, а материально-правовые – в Разделе 4 КоБ(С)С; норма об установлении содержания иностранного права, носящая несомненно процессуально-правовой характер, включена в ГК.

Во-вторых, нормам коллизийного права не место в ГК даже теоретически, поскольку, исходя из ст. 1, это акт, регулирующий имущественные и личные неимущественные отношения участников гражданского оборота. Коллизийные нормы не регулируют таких отношений, они определяют, право какой страны будет их регулировать. В этом плане не будет преувеличением сказать, что казахстанские коллизийные нормы не ближе к ГК РК, чем к ГК, скажем, Чили. Имея разные предметы регулирования, материально-правовые и коллизийные нормы даже не могут противоречить друг-другу, и изменения в одном блоке норм совершенно не затрагивают содержание другого. С другой стороны, несогласованность между нормами Раздела 7 ГК и основным телом Кодекса наблюдается и при нынешней ситуации. Так, согласно ст. 1116, «Место совершения односторонней сделки определяется по праву РК», однако материально-правовые предписания не содержат правил по определению такого места.

Связь между нормами международного и «внутреннего» гражданского процесса, конечно, более органична, однако и здесь налицо недопустимые противоречия.

Так, по ст. 471 ГПК «подсудность дел, отнесенных законодательством РК к компетенции судов РК, определяется по правилам подсудности, установленным главой 3 настоящего Кодекса». Проведем сопоставление: по ст. 466.2.2, суды РК имеют компетенцию, если ответчик (любой, будь то физическое или юридическое лицо) имеет имущество (любое, движимое или недвижимое) на территории РК. Но ст. 30 гласит: «иск к ответчику, место жительства которого неизвестно либо не имеющему места жительства в РК, может быть предъявлен по месту нахождения его недвижимого имущества или по последнему известному месту его жительства», и «иск к юридическому лицу может быть предъявлен также по месту нахождения его имущества». Таким образом, правила внутренней подсудности исключают предъявление иска против иностранного гражданина, не проживавшего в РК, по месту нахождения его движимости, хотя такая возможность предусмотрена правилами о международной компетенции.

Согласно ст. 30.3, по месту нахождения филиала или представительства может быть предъявлен только иск, вытекающий из деятельности этого филиала или представительства юридического лица, в то время как по ст. 466.2.1 при нахождении в РК филиала или представительства суды РК компетентны рассматривать иски против юридического лица в целом. Исходя из ст. 30.7, «иски о расторжении брака могут предъявляться по месту жительства истца при проживании с ним совместно несовершеннолетних детей», тогда, как ст. 466.2.8 устанавливает компетенцию судов РК без какого-либо ограничения: «по делу о расторжении брака истец имеет место жительства в РК [...]».

В отношении ряда дел, отнесенных под международную компетенцию судов РК правила внутренней подсудности и вовсе отсутствуют. В их числе можно назвать дела, предусмотренные пп. 5 (о возмещении вреда, причиненного имуществу), 7 (иски из неосновательного обогащения), 8 (о расторжении брака, если хотя бы один из супругов является гражданином РК), 9 (о защите чести, достоинства и деловой репутации), 10 (о защите прав субъектов персональных данных) ст. 466.2. Ст. 467.2.3 относит к исключительной компетенции судов РК дела о признании ограниченно дееспособными или объявлении недееспособными граждан РК (всех, в том числе проживающих за рубежом, однако возможность не только исключительной, но даже и обычной компетенции сводится на нет ст. 323.5 ГПК, предусматривающей подсудность таких дел судам по месту жительства соответствующих лиц.

В конце концов, некоторые проблемы международного гражданского процесса РК обусловлены исключительно его включением в структуру ГПК. Так, ст. 468 запрещает соглашения о компетенции иностранного суда в отношении случаев, предусмотренных ст. 31 об исключительной территориальной подсудности отдельных судов РК, тогда как по логике должна ссылаться на ст. 467 об исключительной международной компетенции судов РК в целом. Следует отметить, что обе статьи (31 и 467) озаглавлены одинаково – «исключительная подсудность», что в рамках одного и того же акта выглядит нонсенсом.

Таким образом, риск отрыва норм МЧП от тел отраслевых актов перекрывается гораздо более органической связью между нормами коллизионного права и международного гражданского процесса, иллюстрированной выше.

Заключение

Помимо отмеченных прямых преимуществ, принятие отдельного акта по МЧП представляется целесообразным ввиду и некоторых косвенных соображений.

Комплексная кодификация способна улучшить имидж Казахстана на мировой арене, обозначая идеологический отказ от негативных пережитков прошлого: как было метко подмечено, «на постсоветском пространстве путь межотраслевой кодификации МЧП предпочли государства, в наибольшей степени сохранившие социалистическое правосознание и традиции советского права (как известно, не признававшего ничего частного) – Беларусь, Казахстан, Узбекистан. Страны, чья экономика в большой степени ориентирована на развитие частной собственности, конкуренции, сотрудничество с промышленно развитыми государствами, предпочли путь автономной кодификации – Грузия, Эстония, Украина».²⁶ Этот аспект приобретает особую актуальность в свете геополитических тенденций к восстановлению Железного занавеса и возобновлению Холодной войны.

После январских событий 2022 г. Президент К.К. Токаев заявил о необходимости принятия мер для восстановления доверия инвесторов, выработки новой концепции инвестиционной политики для повышения привлекательности страны.²⁷ В

²⁶Ерпылева Н.Ю., Гетьман-Павлова И.В. Проблемы российского законодательства по международному частному праву // Адвокат. 2008. № 1. С. 91.

²⁷Выступление Главы государства К.К. Токаева на заседании Мажилиса Парламента РК «Уроки «трагического января»: единство общества – гарантия независимости» 11.02.2022 г. URL: <https://www.akorda.kz/ru/vystuplenie-glavy-gosudarstva-kk-tokaeva-na-zasedanii-mazhilisa-parlamentar-spubliki-kazahstan-1104414>.

этом отношении комплексная кодификация МЧП создает более удобные условия для трансграничного движения людей, товаров, услуг и капиталов. Потенциальному иностранному инвестору может быть интересно, каковы основания и пределы компетенции казахстанского суда, исполняются ли у нас иностранные судебные решения, может ли он быть представлен в суде адвокатом-соотечественником, будет ли признано его банкротство в иностранном государстве, можно ли подчинить контракт иностранному праву, чьему закону подчиняются притязания его супруги на имущество в Казахстане, имеет ли силу его завещание, составленное за рубежом и т.п. Естественно, что ответы будет удобнее найти в одном законе.

Преимущества комплексной кодификации – устранение и предотвращение противоречий между нормами МЧП, кристаллизация и активизация науки, оптимизация учебного процесса, соответствие лучшим иностранным практикам – полностью перекрывают достаточно химерические, надуманные риски сохранения status quo. Автор не ограничивается призывом и выражает готовность к участию в разработке законопроекта. В связи с этим автор анонсирует публикацию в ближайшее время своего постатейного комментария к нормам законодательства РК по МЧП, содержащего, кроме прочего, и ряд предложений по усовершенствованию этой отрасли.

Н.С. Ешниязов, PhD, М.С. Нәрікбаев атындағы КАЗГЮУ Университеті Халықаралық құқық департаментінің ассистент-профессоры (Нұр-Сұлтан қ., Қазақстан): Көп асқанға – бір тосқан: ҚР-ның халықаралық жеке құқық туралы дербес заңының қажеттігі жайында.

Заңнама қалыптастырудың бастапқы кезеңінде Қазақстан КСРО мен Ресейдің әдіснамасына еріп, халықаралық жеке құқықтың салааралық кодификациясы жолын таңдады, нәтижесінде бұл саланың нормалары бірнеше акт ішінде бөлініп қалды. Мұның салдары бірқатар мәселелердің туындауы болды: бірдей мәселелерді реттеуге арналған нормалар арасындағы сәйкессіздіктер, пәннің академиялық мағынада бұлыңғырлануы, оны қалыпты зерттеуге кедергілер. Мақаланың мақсаты кодификацияның қолданыстағы үлгісін сақтаудың орындылығын анықтау болып табылады. Зерттеу объектісі халықаралық жеке құқықты кодификациялау үлгілері (салааралық және жеке акт түрінде) және олардың құқықтық реттеуді, ғылым саласын, оқу пәнін қоса алғанда, кең мағынада осы саланың дамуымен байланысы. Зерттеу пәні халықаралық жеке құқық саласындағы Қазақстан Республикасы мен шет мемлекеттердің заңнамалық актілері, кодификацияның қандай да бір үлгісін таңдаудың теориялық негіздері мен практикалық салдары болып табылады. Зерттеу нәтижелеріне нысандық-құқықтық, жүйелік, салыстырмалы құқықтық, тарихи әдістерді, сондай-ақ құқықтық үлгілеу әдісін қолдану арқылы қол жеткізілді. Ғылыми жаңалық мақалада алғаш рет халықаралық жеке құқықты кодификациялаудың қолданыстағы үлгісі саланың барлық көріністері бойынша тоқырауының негізгі себебі ретінде анықталғанында жатыр. Қорытынды халықаралық жеке құқық саласында Қазақстан Республикасының жеке актісін қабылдауға үндеуде жатыр.

Тірек сөздер: халықаралық жеке құқық, кодификация, құқықты жүйелендіру, коллизиялық құқық, халықаралық азаматтық процесс, Қазақстан Республикасының Азаматтық кодексі, Қазақстан Республикасының Азаматтық процесілік кодексі, Қазақстан Республикасының Неке (ерлі-зайыптылық) және отбасы туралы кодексі, Тәуелсіз Мемлекеттер Достастығының Модельдік азаматтық кодексі, Қазақстан Республикасының азаматтық заңнамасының реформасы.

N.S. Yeshniyazov, PhD, Assistant Professor of the Department of International Law at M.S. Narikbayev KAZGUU University (Nur-Sultan, Kazakhstan): To Kill All Birds with One Stone: On the Necessity of Separate Act of the Republic of Kazakhstan on Private International Law.

At the primary stage of formation of legislation, Kazakhstan, following the methodology of the USSR and Russia, has chosen the path of inter-branch codification of private international law, as a result of which the norms of this sphere were dispersed in a number of acts. The consequence of this was the emergence of a number of problems: discrepancies between the norms that were supposed to regulate the same issues, the blurring of the subject in the academic sense, obstacles to its normal study. The *purpose* of the article is to identify the feasibility of maintaining the existing model of codification. The *object* of the study is the models of codification of private international law (interdisciplinary and in the form of a separate act) and their relationship with the development of this branch in a broad sense, including legal regulation, a field of science, and an academic discipline. The *subject* of the study is the theoretical foundations and practical consequences of choosing one or another model of codification, legislative acts of the Republic of Kazakhstan and foreign states in the field of private international law. The results of the study were achieved using formal legal, systematic, comparative legal, historical *methods*, as well as the method of legal modeling. The scientific *novelty* lies in the fact that the article for the first time defines the existing model of codification of private international law as the key reason for the stagnation of this branch of law in all its manifestations. The *conclusion* lies in the call for the adoption of a separate legislative act of the Republic of Kazakhstan in the field of private international law.

Keywords: private international law, codification, systematization of law, conflict of laws, international civil procedure, Civil Code of the Republic of Kazakhstan, Civil Procedure Code of the Republic of Kazakhstan, Code of the Republic of Kazakhstan on Marriage (Matrimony) and Family, Model Civil Code of the Commonwealth of Independent States, reform of civil law legislation of the Republic of Kazakhstan.

Список литературы:

1. Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws. 15th Edition. Under the general editorship of Lord Collins of Mapesbury. Volume I. London: Sweet & Maxells, 2012.
2. Encyclopedia of Private International Law / ed. by J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari and P. de Miguel Asensio. Edward Elgar Publishing Limited, 2017.
3. North P.M., Fawcett J.J. Cheshire and North's Private International Law. 13th edition. London, Edinburg, Dublin: The Bath Press, 1999.
4. Rühl, G., von Hein, J. Towards a European Code on Private International Law? // *Rabels Zeitschrift Fuer Auslaendisches Und Internationales Privatrecht*. 2015. №79 (4). – P. 701-751.
5. Symeonides, Symeon S. Codifying Choice of Law Around the World. An International Comparative Analysis. Oxford University Press, 2014.
6. Гетьман-Павлова И.В., Ерпылева Н.Ю. Российское законодательство по международному частному праву: проблемы совершенствования // *Международное публичное и частное право*. 2009. № 1. – С. 8-14.
7. Ерпылева Н.Ю., Гетьман-Павлова И.В. Проблемы российского законодательства по международному частному праву // *Адвокат*. 2008. № 1. – С. 72-91.

8. Ешниязов Н.С. Условия применения коллизионных норм в международном частном праве (сравнительно-правовой аспект): дисс. ... PhD: 6D030100. Астана, КазГЮУ, 2017. – 180 с.

9. Лунц Л.А. Курс международного частного права в трех томах. М.: «Спарк», 2002.

10. Перетерский И. Исходные моменты международного частного права РСФСР // Советское право. 1924. №3 (9). – С. 87-105.

11. Макаров А.Н. Основные начала международного частного права. М.: Юридическое издательство Наркомюста РСФСР, 1924.

References (transliterated):

1. Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws. 15th Edition. Under the general editorship of Lord Collins of Mapesbury. Volume I. London: Sweet & Maxells, 2012.

2. Encyclopedia of Private International Law / ed. by J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari and P. de Miguel Asensio. Edward Elgar Publishing Limited, 2017.

3. North P.M., Fawcett J.J. Cheshire and North's Private International Law. 13th edition. London, Edinburg, Dublin: The Bath Press, 1999.

4. Rühl, G., von Hein, J. Towards a European Code on Private International Law? // Rabels Zeitschrift fuer Auslaendisches Und Internationales Privatrecht. 2015. №79 (4). – P. 701–751.

5. Symeonides, Symeon S. Codifying Choice of Law Around the World. An International Comparative Analysis. Oxford University Press 2014.

6. Get'man-Pavlova I.V., Yerpyleva N.Yu. Rossiyskoe zakonodatel'stvo po mezhdunarodnomu chastnomu pravu: problemy sovershenstvovaniya // Mezhdunarodnoye publichnoye i chastnoye pravo. 2009. № 1. – С. 8-14.

7. Yerpyleva N.Yu., Get'man-Pavlova I.V. Problemy rossiyskogo zakonodatel'stva po mezhdunarodnomu chastnomu pravu // Advokat. 2008. № 1. – С. 72-91.

8. Yeshniyazov N.S. Usloviya primeneniya kollizionnyh norm v mezhdunarodnom chastnom prave (sravnitel'no-pravovoy aspekt): diss. ... PhD: 6D030100. Astana, KazGYuU, 2017. – 180 с.

9. Lunz L.A. Kurs mezhdunarodnogo chastnogo prava v trekh tomah. М.: «Spark», 2002.

10. Pereterskiy I. Iskhodnye momenty mezhdunarodnogo chastnogo prava RSFSR // Sovetskoye pravo. 1924. №3 (9). – С. 87-105.

11. Makarov A.N. Osnovnye nachala mezhdunarodnogo chastnogo prava. М.: Yuridicheskoye izdatel'stvo Narkomyusta RSFSR, 1924.

Для цитирования и библиографии: Ешниязов Н.С. Семь бед – один ответ: о необходимости отдельного закона РК о международном частном праве // Право и государство. 2022. № 1(94). – С. 42-57. DOI: 10.51634/2307-5201_2022_1_42

Материал поступил в редакцию 28.02.2022.