

ОТЗЫВ
официального рецензента на диссертационную работу
Ешниязова Нуржана Сергалиевич на тему: «Условия применения
коллизионных норм в международном частном праве (сравнительно-
правовой аспект)», представленную на соискание
ученой степени доктора философии PhD
по специальности «6D030100 – Юриспруденция»

1. Актуальность избранной темы

Диссертационная работа Н.С. Ешниязова посвящена актуальной проблеме, связанной с отдельными коллизионными вопросами применения норм в международном частном праве.

Актуальность темы исследования обусловлена тем, что в современном мире залогом поступательного развития для любого государства является его открытость, которая предполагает наличие адекватного законодательства, обеспечивающего как правовую определенность, так и гибкость регулирования. Ключевую роль в этом плане играет коллизионное право, призванное определять взаимодействие отечественного законодательства и иностранных правопорядков по вопросам частноправовых отношений. При этом, особо глубокого осмыслиения и анализа требуют не столько собственно коллизионные нормы, сколько условия их применения.

Недостатки законодательства вызывают затруднения в его изучении и применении, возможность необоснованно расширительного или ограничительного толкования его положений, непредсказуемость судебных решений.

Автором диссертационного исследования отмечается ряд, на его взгляд, системных проблем отечественного международного частного права, которые явились отправной точкой для проведения им исследования.

2. Степень обоснованности и достоверности научных положений, выводов, рекомендаций, результатов исследования, сформулированных в диссертации

Обоснованность и достоверность полученных научных результатов и выводов обеспечивается методологическим подходом автора к проблеме исследования, теоретической и практической базой исследования (о чем свидетельствует список использованных источников).

Нельзя не отметить нестандартный подход диссертанта в целом к видению проблемы, заключающийся в предложениях, исходящих «от

обратного».

Автором проведен достаточно детальный глубокий анализ вопросов квалификации, отсылки, предварительного вопроса и расщепления как в теоретическом, законодательном, так и практическом плане.

Следует обратить внимание на такой положительный момент, как умение диссертанта не просто представлять информационный материал, а критически оценивать его.

Обоснованность первого, второго и третьего положения обеспечивается проведенным автором анализом предмета и места международного частного права.

Обоснованность четвертого и пятого принципов обеспечивается всесторонним анализом теоретических положений. Раскрывающих принципы применения коллизионных норм.

Обоснованность шестого, седьмого, восьмого и девятого положений обеспечивается логико-юридическим анализом и сравнительно-правовым исследованием квалификации, отсылки, предварительного вопроса и «расщепления».

Приведенные результаты свидетельствуют о том, что автором диссертации осуществлена в достаточной степени объемная и серьезная работа.

3. Практическая значимость, степень новизны каждого научного результата (положения), вывода и заключения, сформулированных в диссертации

Отдельные положения диссертации могут быть полезны для усовершенствования законодательства Республики Казахстан в сфере международного частного права. Диссертация может быть использована судьями, арбитрами в качестве доктринального разъяснительного материала в юридической практике.

Результат первый - частично новый, так как ранее в науке международного частного права (как зарубежной, так и российской) предлагалось разными авторами сужение международного частного права до коллизионного права.

Результат второй – частично новый, т.к. впервые в казахстанской науке коллизионное право предлагается относить к публичному праву. При этом, в казахстанской литературе ряд авторов (большинство авторов) придерживается мнения, что международное частное право – внутригосударственная отрасль права.

Результат третий – новый по выделению структуры коллизионного права. При этом самостоятельность международного частного права в связи с его предметом и методом ранее неоднократно обосновывалась в литературе (как отечественной, так и зарубежной).

Результат четвертый – новый, автор предлагает классификацию принципов – условий применения коллизионных норм.

Результат пятый – частично новый, т.к. ранее в отечественной науке вопрос наиболее тесной связи был рассмотрен в диссертации Г.Б. Испаевой.

Результат шестой – частично новый, вопросы квалификации рассматривались и рассматриваются, в литературе ближнего и дальнего зарубежья, а также в отечественной науке международного частного права.

Результат седьмой – новый, впервые в отечественной науке дается обоснование необходимости рассмотрения отсылки в полном ее объеме.

Результат восьмой – новый, т.к. вопрос так называемого «расщепления» впервые рассмотрен в отечественной науке международного частного права.

Результат девятый – новый, обоснование необходимости рассмотрения предварительного вопроса и включения соответствующего регулирования впервые обосновано в науке международного частного права Республики Казахстан.

4. Оценка внутреннего единства полученных результатов

Внутреннее единство полученных результатов обеспечивается целостностью аспектов исследования, последовательностью и внутренней логикой его этапов, комплексом методов исследования, примененного автором на различных этапах научной работы, органической взаимосвязью выводов между собой и подчиненностью исследования его ведущей идеи.

При этом хотелось бы рекомендовать автору четче придерживаться цепочки «задачи» - «положения, выносимые на защиту» - «выводы и рекомендации в заключении».

В целом, выносимые на защиту положения представляют основные результаты диссертационного исследования.

5. Направленность полученных результатов на решение соответствующей актуальной проблемы, теоретической или прикладной задачи

Полученные результаты исследования обладают теоретической и практической значимостью и направлены на решение проблемы совершенствования коллизионного законодательства. Результаты диссертационного исследования соответствуют поставленным целям,

определенным задачам.

6. Подтверждение достаточной полноты публикаций основных положений, результатов, выводов и заключения диссертации

Основные научные результаты диссертации на соискание ученой степени доктора философии (PhD), опубликованы в 8 научных публикациях по теме диссертации.

Основные научные результаты диссертации были апробированы в учебном процессе по дисциплинам «Международное частное право», «Международный гражданский процесс», «Международный коммерческий арбитраж» в Университете КазГЮУ, а также опубликованы в 8 публикациях по теме исследования, в том числе: 4 в научных изданиях, рекомендованных уполномоченным органом в сфере образования и науки, 1 в иностранном научном журнале, входящем в базу данных Scopus, 3 в материалах зарубежных международных конференций.

Таким образом, количество и содержание публикаций соответствует требованиям, установленным для представления диссертационной работы к защите, содержание публикаций достаточно полно отражает основные положения, результаты, выводы и заключения диссертации и соответствует пункту 7 «Правил присуждения учёных степеней», утвержденных приказом Министра образования и науки Республики Казахстан от 31 марта 2011 года.

7. Замечания по содержанию и оформлению диссертации

Данное диссертационное исследование обладает теоретической и практической значимостью, характеризуется достаточным уровнем научного подхода. При этом, хотелось бы отметить ряд замечаний как по технической стороне, так и по содержанию диссертации. Может показаться, что отдельное из сказанного ниже незначительно и не стоит внимания, однако, поскольку мы рассматриваем работу, которая заявлена как завершенная, соответственно наличие отдельных таких «мелких» недоработок и недочетов также влияет на общий уровень восприятия работы читателем.

1) Есть вопрос к структуре плана. Работа состоит из 4 разделов, которые объединяют 9 параграфов. Из них названия 2 параграфов и 2 разделов содержат слово «характеристика», если быть точнее, во всех 4 разделах сказано о «характеристике». Таким образом, складывается ощущение, что основная цель диссертанта была лишь дать характеристику каким-то правовым явлениям и понятиям. Диссертация не может состоять только из характеристик.

2) Формулировка цели исследования также вызывает вопросы.

Диссертант ставит следующую цель: «выработка рекомендаций по усовершенствованию положений законодательства Республики Казахстан по применению коллизионных норм путем комплексного изучения рассматриваемой категории норм в отечественном и иностранном праве». Здесь возникает вопрос к использованию слова «изучение», так, согласно научной методологии, изучают что-либо для себя (включает уяснение, осознание), а исследуют для науки, для читателя (т.е. для получения научного результата для внешнего мира). Кроме того, заявленная диссидентом «комплексность» также вызывает вопросы, т.к. обычно комплексность исследования предусматривает рассмотрение ряда взаимодействующих правовых явлений в их взаимосвязи. Здесь мы видим, что основным непосредственным предметом являются коллизионные вопросы – квалификация и отсылка, а также сопутствующие им вопросы – предварительный вопрос и так называемого «расщепления». Да, следует признать, что эти вопросы диссидентом рассмотрены достаточно детально и всесторонне. Автор затрагивает частично и местами другие вопросы применения норм МЧП, однако они не являются непосредственным предметом исследования, а комплексность в исследовании предполагает рассмотрение какого-то явления, с выходом за рамки точечных вопросов, охватывая все компоненты явления во взаимодействии его структурных и системных элементов.

3) На наш взгляд, объект и предмет исследования сформулированы диссидентом не совсем корректно. Так, в работе под объектом исследования автор понимет «отечественные и иностранные нормы законодательства, правоприменительная практика и научные доктрины, касающиеся условий применения коллизионных норм», а под предметом - «общественные отношения, связанные с применением коллизионных норм к частноправовым отношениям, связанным с несколькими правовыми системами». Эти понятия, опять же, согласно основам научной методологии, соотносятся как «общее и частное». Так, объект – всегда первичный по отношению к предмету, он шире и представляет собой основу и часть научного знания, с которой исследователь имеет дело в целом. А предмет всегда находится в рамках объекта, это аспект проблемы, исследуя который исследователь познает объект, это то, на что непосредственно направлена познавательная деятельность исследователя. Исходя из этого, считаем, что раскрытие диссидентом объекта и предмета следует пересмотреть или хотя бы поменять местами.

4) Начиная со стр. 7 диссертационного исследования и далее по тексту автор использует понятия «выбор права», «применение коллизионных норм»,

«определение права». Например, на стр.7 работы сказано: «Достоинства конкретных коллизионных норм могут быть сведены на нет их неправильным толкованием, и наоборот, адекватное определение общих условий применения коллизионных норм может нивелировать пороки отдельных положений по выбору права. Поэтому, для улучшения отечественного МЧП в целом, в рамках диссертационного исследования целесообразно сконцентрироваться на самых сложных проблемах отрасли, связанных с применением коллизионных норм – квалификации, отсылке, предварительном вопросе и коллизионном расщеплении». Так, на наш взгляд, автор несколько смешивает или подменяет понятия «выбор права» и «определение права» и «применение норм», не совсем четко разграничивая их. О выборе права мы можем говорить, когда речь идет о праве субъектов (сторон частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом), выбрать право, применимое к их отношениям. Определение права и применение норм относится к деятельности субъекта правоприменения и не адресовано прямо субъектам частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом. В то же время, говоря о «выборе права», автор перечисляет понятия «квалификация, отсылка, предварительный вопрос и расщепление», с которыми сталкивается правоприменитель в ходе определения применимого права, как формы реализации норм международного частного права, и соответственно, не совсем корректно говорить о «выборе права» и ставить рядом указанные выше понятия.

5) Раздел 1 параграф 1.1. диссертации называется «Коллизионное право в структуре международного частного права».

Во-первых, название самого раздела не соответствует по звучанию тому названию, которое указано в плане диссертации, есть разнотечения. В содержании (плане) раздел именуется: «Условия применения коллизионных норм как особая категория норм международного частного права», внутри текста название звучит: «Условия применения коллизионных норм в системе международного частного права».

Во-вторых, в этой части работы автор приходит к выводу о необходимости сужения международного частного права до коллизионного права, выделяя его общую и особенную части. Как понимать название «коллизионное право в структуре ...права»? Получается право в праве? Т.е. не получается ли так, что автор себе противоречит и все же выделяет международное частное право, как некое системное образование, которое является крупнее коллизионного права. А если так, и если исходить из дословного наименования этого параграфа, то коллизионное право можно рассматривать лишь как часть международного частного права, т.е. как

подотрасль или институт. При этом все же существует отрасль «Международное частное право», которое охватывает и коллизионное право в качестве структурного элемента. И не проще ли тогда в целях исследования диссертанта рассматривать коллизионное право действительно как часть международного частного права и рассматривать соответствующие коллизионные понятия, не настаивая на сужении международного частного права? Соответственно, выводы, связанные с этим предложением автора, вызывают вопросы.

6) Само по себе сужение сферы международного частного права до коллизионного права не целесообразно с точки зрения правоприменения, и не включение в одноименную дисциплину соответствующих разделов, рассматриваемых в особенной части не даст учащимся полноту картины о регулировании соответствующих отношений. Так, в теории права есть такое понятие «механизм правового регулирования», который должен достигаться нормами каждой отрасли права. Чтобы этот самый механизм эффективно работал в плане регулирования частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом, необходимо взаимодействие коллизионных норм и материальных норм выбранного или определенного в качестве применимого права. Т.е. если, следуя логике автора, мы ограничимся коллизионными нормами и дойдем до отсылки, то возникает вопрос – а что дальше? Тогда получается, мы сужаем роль этой отрасль права просто до технической функции? Да, есть точка зрения о том, что материальные нормы, которые рассматриваются в системе норм международного частного права, наряду с коллизионными нормами, по своей сути ничем не отличаются от гражданско-правовых норм внутреннего права, и являются ими. Но, если мы говорим о полном регулировании частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом, то мы должны не только определить применимое право, но и правильно найти соответствующие нормы этого права (будь то право страны суда или иностранное – это не должно влиять на действия правоприменителя), а также правильно применить их, разрешив соответствующий спор (применив в рассмотрении дела). А это уже действие тех самых материальных норм, которые автор нам предлагает не рассматривать в международном частном праве. Если в качестве применимого определено или выбрано отечественное право это не означает, что нет выхода за пределы правовой системы одного государства, точно так же, как присутствие иностранного элемента не обязательно предопределяет решение коллизионного вопроса в пользу применения иностранного права.

7) Позволим себе не согласиться с мнением автора на стр.21 о том, что учебную дисциплину международное частное право следует также урезать до

коллизионной части и оставшееся можно заменить содержанием дисциплин «Правовое регулирование внешнеэкономической деятельности», «Международное торговое право» и др. Во-первых, у данных дисциплина априори разное содержание. Внешнеэкономическая деятельность рассматривается как предпринимательская деятельность субъектов с выходом за пределы одного государства и может рассматриваться как часть комплексной отрасли «Предпринимательское право». Что касается дисциплины «Международное торговое право», то основное содержание дисциплины охватывает вопросы торговли в рамках ВТО, Генеральное соглашение по тарифам и торговле, защитные, антидемпинговые и компенсационные меры, что не относится к частноправовым отношениям. Эти курсы абсолютно не взаимозаменяемы, при этом, как и любые другие дисциплины при построении содержания учебных программ, являются взаимодополняющими друг друга и взаимосвязанными. А «овладение точнейшим инструментарием собственно МЧП – коллизионными нормами и условиями их применения» зависит от профессионализма преподавателя при построении курса и подаче им материала, к тому же студенту, будущему дипломированному специалисту в своей профессиональной деятельности не нужно знать тончайший инструментарий, для этого есть образовательные уровни «магистратуры» и «докторантуры». Для студента важно в целом знать, что такое международное частное право и какой у него механизм правового регулирования. Если исходить из логики диссертанта, не получится ли так, что они знают все про квалификацию и ссылку, а что дальше делать для разрешения спора (рассмотрения дела) они не знают, т.к. их не учили применять нормы права, которые были выбраны или определены в качестве применимого?

8) На стр.20 работы автор, опять же, настаивая на ограничении международного частного права одним коллизионным правом, указывает, что «с точки зрения целесообразности можно включить вопросы международного гражданского процесса (в чем, со слов автора, он частично соглашается с М.К. Сулейменовым), а также международного коммерческого арбитража». В качестве сноски приводится соответствующая статья Сулейменова М.К. за 2009 год.

Однако, если посмотреть одну из последних работ М.К. Сулейменова многотомник «Гражданское право Республики Казахстан: опыт теоретического исследования», опубликованную в 2016 году, на стр.258 указанной работы мы видим следующие слова Сулейменова М.К.: «...несомненно то, что международный гражданский процесс является институтом национального гражданского процесса и относится к

публичному праву. Исходя из непреложного факта, что МГП относится к публичному праву, не может быть признана правильной возможность включения его в состав международного частного права. МЧП целиком находится в сфере частного права, и публично-правовые институты в него входить не могут». При этом по мнению Сулейменова М.К. в рамках науки и учебного курса «Международное частное право» можно изучать МГП, но в силу наличия общности между ними в виде осложненности иностранным элементом.

9) Нельзя согласиться с мнением диссертанта о том, что «коллизионные нормы, так же, как и процессуальные, носят публично-правовой характер» (стр.24) и «в рамках МЧП подлинным субъектом является судья, арбитр, нотариус и др.правоприменитель, а право-дееспособность лиц выступает ординарным объектом коллизионного регулирования» (стр.34). Субъектами международного частного права являются физические, юридические лица и государство, как непосредственные участники частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом. Объектами регулирования в МЧП являются вещи, права, блага и др. Судьи никак не являются субъектами МЧП, они являются субъектами правоприменения, т.е. регулирования. Нельзя ставить международный гражданский процесс в один ряд с МЧП. Они по сути имеют разный предмет регулирования, разный метод, субъектов. Тем более, нельзя говорить о публичности коллизионных норм и коллизионного права лишь на основании характера конечного адресата применения коллизионных норм. Если так, то большинство отраслей можно было бы отнести к публичному праву.

10) Вызывает вопрос предложенный автором законопроект. Даже сторонники комплексного видения международного частного права не считают нужным создание отдельного правового акта по МЧП. Сейчас основные коллизионные нормы содержатся в ГК РК. Он по силе выше, чем отдельный закон о МЧП. Да есть проблема в изложении отдельных положений в КоБ(С)С, это следует признать. Однако, проблема применения норм международного частного права, на наш взгляд, не столько в самостоятельности акта, сколько в сознании правоприменителя. К тому же, предлагая законопроект, автор пишет слова «в части, касающейся применения коллизионных норм», соответственно, автор допускает, что все же есть часть, не касающаяся коллизионных норм? т.е. допускается наличие и материальных норм? И также, если предлагается законопроект отдельного закона, то хотелось бы видеть цельное авторское видение всего текста закона.

11) Тезис (стр.26) о том, что нежелательность применения генвой

связана с тем, что коллизионная норма является нормой публичного права, спорен. На наш взгляд, нежелательность применения обратной ссылки и ссылки к праву третьей страны, связана в большей степени с желанием избежать «бесконечного балансирования» между правовыми системами и с желанием урегулировать конкретные отношения.

12) Алгоритм, приведенный на стр. 40 работы вызывает ряд вопросов. Алгоритм предполагает цепочку действий. Почему именно такой алгоритм? Почему именно эти действия отобраны автором? По тексту нет четкого обоснования.

13) Спорны выводы о соотношении оговорки о публичном порядке, т.н. сверхимперативных норм и нормы, запрещающей обход закона. Не вдаваясь в полемику, отметим, что эти понятия являются фильтрами или защитными клапанами.

Каждый по-своему «защищает» интересы общества и государства от нежелательных последний применения норм международного частного права. Обход закона связан с действием императивных коллизионных норм, сверхимперативные нормы связаны с действием существующих императивных материальных норм и действуют независимо от подлежащего применению права. Публичный порядок связан с какими-то особенностями иностранного права, применение которого может привести к особо нежелательными последствиям для страны суда. Единственное, в чем согласимся с автором – что эти случаи нельзя применять расширительно, к ним следует обращаться только в исключительных случаях.

14) Вывод автор на стр.55 о «приближенности» коллизионного права к конституционному праву очень спорен и не находит обоснования по тексту работы, в связи с чем вызывает вопросы.

15) На стр.81 работы говорится о принципе международного единства. Автор достаточно детально о нем пишет. Однако, возникает вопрос – кто должен устанавливать такое «единство»? И может быть, следует говорить не о единстве, а о сближении? Также на стр.87 предлагается закрепление принципа внутреннего единства в НП ВС. О чем должно быть это постановление?

16) Спорен принцип упрощения судопроизводства. Это скорее всего не принцип, а исключение из общего принципа МЧП, предписывающего применять нормы права, к которому отсылает коллизионная норма. А обращение к праву страны суда, скорее, должно быть только в исключительных случаях.

17) Отрадно, что автор на стр.106 работы склонен считать так же, как и мы ранее писали в нашей работе о том, что объем коллизионной нормы – ее

гипотеза, а привязка – ее диспозиция. И правильно отмечается необходимость более точного регулирования вопросов квалификации. Однако, на наш взгляд, вторичная квалификация существует и ее роль тоже важна.

18) Возможность выработки положения о «расщеплении» в законодательстве Республики Казахстан на стр.140 – не совсем новое предложение. В ст.1112 ГК РК уже предусмотрена возможность «расщепления» при выборе применимого права сторонами отношений.

19) Автор указывает, что среди методов он использовал метод моделирования. По тексту работы данный метод не нашел отражения в виде конкретной модели чего-либо. Возникает вопрос – в какой части работы и для исследования какого из правовых явлений автор применил этот метод?

20) На некоторые источники, перечисленные в списке использованных источников, по тексту работы нет ссылок, например, источники под номером 37, 156, 174 и 208.

21) В заключении работы автор приводит ссылку на ряд работ других авторов и приводит примеры. Возникает вопрос – насколько это допустимо делать в заключении диссертационной работы. Заключение должно представлять собой выводы автора, полученные в результате исследования, уже без ссылок на другие мнения.

22) Следует отдать должное автору, он довольно смело выражает свои мысли. Но местами все же использует фразы «может быть, возможно» и др., хотелось бы порекомендовать ему поменьше их использовать, поскольку в своей работе автор выражает свое видение, а в своем видении он должен быть непреклонен.

При этом, с другой стороны, по тексту работы встречаются отдельные фразы и предложения, которые не совсем уместно использовать в работах подобного плана.

Так, местами не совсем научно-корректно писать так, как в работе, об отдельных представителях цивилистической школы Республики Казахстан, которые заслуженно считаются и являются классиками и в любом случае их труды являются для нас или в позитивном или в негативном плане отправной точкой для наших исследований и нельзя сводить на нет все, что было сделано до нынешнего поколения исследователей. Так, есть такое понятие как «научная этика», и одна из задач ученого «возвысить степь, не унижая горы». Как бы пафосно не звучало, но наука не должна сеять агрессию, она может и должна приводить только к конструктивной научной дискуссии. Поэтому словесное выражение смелых идей авторов должно облачаться в приемлемые формы.

Однако, высказанные выше замечания не влияют на значимость представленного научного исследования, и носят дискуссионный характер.

3. Заключение о возможности присуждения степени доктора философии (PhD) по соответствующей специальности

Диссертация Ешнязова Нуржана Сергалиевича является завершенным научным исследованием актуальной проблемы, а отдельные положения и выводы, сформулированные по результатам данного исследования, содержат подходы к совершенствованию коллизионного законодательства.

Диссертация Ешнязова Н.С. на тему «Условия применения коллизионных норм в международном частном праве (сравнительно-правовой аспект)» соответствует требованиям Комитета по контролю в сфере образования и науки Министерства образования и науки Республики Казахстан, а ее автор Ешнязов Нуржан Сергалиевич заслуживает присуждения ему искомой степени доктора философии (PhD) по специальности «6D030100 – Юриспруденция».

Официальный рецензент:

Доктор PhD,

ассоциированный профессор

ВШП «Эділет»

**УО «Каспийский общественный
университет»**



М.Н.Абилова

09 ноября 2017 г.