

Размышления по поводу реформы Гражданского кодекса Казахстана

Ханс-Йоахим Шрамм, Димитри Олейник *

Сентябрь 2019 года

Оглавление:

- I. Введение
- II. Размышления по поводу процесса
- III. Структурные вопросы
- IV. Усиление принципов материального права
- V. Модернизация

I. Введение

После распада Советского Союза перед всеми государствами бывшего социалистического блока встала задача создания новых правовых основ в области частного права. Так, в девяностые годы прошлого столетия и нулевые годы нового столетия были приняты новые гражданские кодексы, которые частично имеют общие корни в модельном гражданском кодексе для государств-участников СНГ. К ним относятся гражданские кодексы России, Казахстана, Узбекистана и Украины. Особенностью казахстанского и украинского законодательства является то, что там параллельно с Гражданским кодексом был принят Предпринимательский кодекс и Хозяйственный кодекс соответственно.

Впервые опубликована в: Казахстанское гражданское право и европейское договорное право: реформирование и имплементация: Монография. Отв. ред. С.П. Мороз. – Алматы: Центр оперативной полиграфии, 2020. – 468 с.

* Профессор д-р Ханс-Йоахим Шрамм, Димитри Олейник, Ostinstitut/Wismar при университете г. Висмара, ФРГ.

Однако, в отличие от Хозяйственного кодекса Украины, Предпринимательский кодекс Казахстана ограничивается регулированием вертикальных (публично-правовых) отношений, а частноправовые отношения прямо исключены из сферы его применения (часть 2 статьи 1 Кодекса) [1].

Грузия [2] в 1997 году и Молдавия придерживались несколько иной модели гражданских кодексов, более ориентированной на модель континентальной Европы. Если сравнивать эти две модели, то можно увидеть, что в особенности Гражданский кодекс Грузии в большей степени привязан к разделению частного и публичного права, дает большую свободу субъектам, например, через отказ от требований к форме, содержит современные правила в сфере заключения юридических сделок посредством новых средств связи, в нем более выражена защита доверия в правовом обороте посредством положений о регистрации, а также вещное право, включая право на владение, представляется более развитым.

В государствах Восточной Европы на первоначальном этапе после обретения независимости сначала от принятия новых гражданских кодексов воздерживались, а вместо этого частично изменили старые кодексы, стараясь привести их в соответствие с новыми требованиями. Процесс создания новых кодексов был начат только после завершения фундаментальных реформ. В настоящее время этот процесс завершен принятием новых гражданских кодексов в Румынии (закон № 287/2009, вступил в силу в 2011 году), Чехии (закон № 89/2012 от 3.2.2012) [3, с. 467 – 503] и Венгрии (Act V 2013) [4, с. 37 – 54]. В Польше в 2006 году была опубликована Зеленая книга о «Видении Гражданского кодекса Польши» [5], на основе которой был разработан проект польского кодекса [6, с. 29-39]. Однако новый Кодекс в Польше, как и в Сербии, до сих пор не принят [7, с. 65 – 77]. В Западной Европе, в Германии и Франции, после завершения работы над голландским *Burgerlijk Wetboek* были проведены большие реформы [8, с. 459-460], [9, с. 355-375].

В настоящее время в странах, которые первоначально следовали модельному гражданскому кодексу для государств-участников СНГ, началась волна реформ. В России этот процесс был начат в 2008 году, он привел к комплексному пересмотру законодательства [10, с. 257-273], [11]. Характерной чертой здесь было то, что российский законодатель разделил реформируемое законодательство на отдельные "блоки", которые обсуждались и принимались отдельно друг от друга. Не принята пока только новелла вещного права. Аналогичные реформы были инициированы в Казахстане, Белоруссии и Узбекистане.

Ниже будут изложены некоторые соображения о том, как опыт, полученный в ходе вышеупомянутых процессов, может быть использован Казахстаном.

II. Размышления по поводу процесса

1. Документация материалов

Главной особенностью реформ, особенно в восточноевропейских государствах, был прежде всего широкий общественный диалог с участием всех заинтересованных сторон, как практиков, так и ученых. Особую роль при этом играет публикация материалов, которые не только ссылаются на текст предлагаемого регулирования, но и содержат высказывания относительно цели, преследуемой новым регулированием, обоснование конкретной формулировки и обсуждение альтернатив. На первый взгляд, такой подход кажется очень трудоемким, но он направляет обсуждение на рациональные рельсы. В материалах, разработанных в последнее время в связи с правовыми реформами, даются ссылки даже на конкретные судебные решения и кейсы. Такие "кейсы" прекрасно подходят для того, чтобы облегчить последующее применение права практикующими юристами.

2. Ориентирование на право ЕС и государств-участников ЕС

Важным при этом также является определение цели реформы, в частности, в какой степени законодательство Европейского союза должно служить образцом для подражания. Для стран Восточной Европы опора на европейское право была предопределена политическими и историческими причинами. Однако здесь возникла проблема, связанная с отсутствием всеобъемлющего регулирования частного права в Европейском союзе. В этом отношении ЕС не обладает достаточной законодательной компетенцией, и только в некоторых областях, а именно в области защиты прав потребителей, была проведена гармонизация законодательства [12]. Хотя в ЕС и была проведена подготовительная работа над общим европейским гражданским кодексом, результатом которой стала в 2009 году публикация проекта "Принципы, определения и модельные правила европейского частного права. Проект общей справочной схемы (DCFR)" [13]. Однако в настоящее время этот проект не реализуется, равно как и проект общеевропейского права, регулирующего договор купли-продажи [14]. Ни один из этих проектов в настоящее время не является политически осуществимым. Тем не менее, DCFR, в частности, предлагает большое количество формулировок, которые могут быть использованы в процессе разработки законопроектов. Следует также упомянуть Принципы международных коммерческих договоров Международного института унификации частного права (УНИДРУА-UNIDROIT), которые в последний раз пересматривались в 2016 году [15]. Последнее развитие событий в ЕС сосредоточено на создании надлежащих правовых условий для требований дигитализации. В этой связи особую актуальность приобретают недавно принятые Директивы 2019/770 о некоторых договорных аспектах предоставления цифрового контента и услуг и 2019/771 о некоторых договорных аспектах торговли товарами.

3. Английское право в качестве модели?

В отсутствие единого европейского законодательства у стран с переходной экономикой возникает вопрос о возможном ориентировании на право одного из государств-участников ЕС. В Казахстане, в частности, прямо предусмотрено создание институтов английского права; в России в ходе реформы Гражданского кодекса также были введены отдельные институты, в некоторых случаях с сохранением английского обозначения, например, "Эстоппель" в ч. 5 ст. 166 ГК РФ и "Эскроу счет" в ст. 860.7 ГК РФ. Другие положения, взятые из английского права, содержатся в ст. 406.1 и ст. 431.2 ГК РФ. Первая норма касается соглашений о размере ущерба, вторая - ответственности за заверения об обстоятельствах.

Использование английского права кажется на первый взгляд очевидным. Однако основной причиной этого изначально было только лишь широкое распространение английского языка. С одной стороны, это облегчает доступ к английскому праву по сравнению с законодательством других стран. С другой стороны, международные договоры часто заключаются на основе английского права, в результате чего инвесторы хотят видеть соответствующие концепции в национальной правовой системе. Задача местных юристов состоит в таком случае в том, чтобы "воплотить" идеи инвесторов в национальную правовую систему. Среди других преимуществ английского права называют его гибкость, приоритет свободы договора и большое количество судебных решений, которые дают ответы на аналогичные вопросы в национальном законодательстве. Однако эти преимущества, согласно представленному здесь мнению, не являются таковыми. Серьезным недостатком является то, что с трудом поддающаяся обзору казуистика английского права смещает акцент с основополагающих принципов и направляет дискуссию слишком сильно в сторону сопоставления казусов и, следовательно, в сторону выяснения фактических вопросов.

Согласно представленному здесь мнению, необходимости вносить поправки в российское законодательство по этим вопросам не было. Принцип эстоппеля уже был закреплен в российском законодательстве в виде запрета на злоупотребление правом, а другие конструкции вытекают из принципа свободы договора. Как представляется, проблема здесь заключается в слишком узком понимании кодификации. Такое понимание основывается на принципе, согласно которому запрещено то, что прямо не разрешено. На самом деле всё наоборот. Стороны, в принципе, могут договариваться на основе свободы договора обо всем [16, с. 101-137], будь то размер требования о возмещении убытков, будь то независимая от вины ответственность должника за недостоверные заверения. Также и ст. 431.2 ГК РФ не выходит за рамки того, что было уже ранее предусмотрено действующим российским законодательством, поскольку каждое нарушение обязанности обосновывает требование о возмещении ущерба. В частности, до сих пор можно было давать обещание нести ответственность за свойство товара независимо от вины. Напротив, новое регулирование откладывает решение вопроса об освобождении от ответственности, которое возможно, если кредитор "не полагался на

обещание". Доверие обещанию, однако, касается другой причины ответственности, а именно обмана. Согласно представленному здесь мнению, в этом случае смешиваются две разные категории, известные российскому законодательству, которые, однако, следует рассматривать отдельно: основанная на «гарантии» ответственность в рамках сделки и деликтная ответственность за обман. В результате, в российское право был введен институт из английского права, применение которого по причине наличия других конструкций ответственности должника может представлять трудности.

Из этого следует окончательный вывод, что это задача науки - выработать как можно более широкий спектр возможных решений конкретной правовой проблемы на основе законодательства самых разных правовых систем, а законодатель должен выбрать из них наиболее подходящее для Казахстана решение.

III. Структурные вопросы

1. Отказ от принципа отраслевого законодательства

Вышеупомянутый вопрос систематизации возникает также в связи с другими законами в конкретных секторах. Здесь следует прежде всего упомянуть Земельный кодекс, частноправовые положения которого должны быть перенесены в Гражданский кодекс. То же самое относится и к другим специальным законам, например, закону о защите прав потребителей, об обеспечительных правах на движимое имущество, ипотеке и др.

Второй аспект систематизации касается концепции рамочного законодательства. Так, ГК Казахстана содержит в различных местах положения, которые лишь частично регулируют определенный комплекс правоотношений (например, в отношении юридических лиц в части 5 статьи 34, части 2 статьи 37, части 2 статьи 38, а также в отношении залога в части 2 статьи 319 ГК). В современных кодексах законодатель стремится как можно более полно, но в то же время окончательно урегулировать каждый конкретный комплекс.

2. Разграничение публичного и частного права

Одной из центральных задач реформы частного права Казахстана будет разграничение частного и публичного права. Такое разграничение представляется необходимым не только с учетом различной подсудности, но прежде всего в силу того обстоятельства, что принцип частной автономии не действует в отношении государства. Вместо него действует принцип связанности законом. Государство вправе действовать только на основании и в рамках закона. В соответствии с этим, в отношении юридической силы частных и государственных правовых актов действуют различные условия.

В то время как Гражданский кодекс Казахстана проводит это различие в ч. 4 ст. 1, Предпринимательский кодекс следует принципу отраслевого законодательства. В частности, Предпринимательский кодекс должен быть ограничен положениями, которые относятся к публичному праву, т.е. положениями, в которых государство или его органы являются субъектами, и которые основаны на принципе подчинения. В соответствии с этим должны быть определены формы судебной защиты в зависимости от того, направлены ли они против государства или против других субъектов предпринимательской деятельности. Таким образом, ст. 300 и след. Предпринимательского кодекса Казахстана представляются недоработанными.

С другой стороны, Гражданский кодекс должен быть освобожден от норм, регулирующих участие государства в гражданско-правовых отношениях. В соответствии с этим, следует пересмотреть, в частности, статьи 19, 21, 102-104, ч. 4 157, 192, 196-208, 251-258 ГК Казахстана.

IV. Усиление принципов материального права

1. Принцип правовой определенности

Одной из центральных задач частного права является обеспечение стабильных правовых отношений. Этот принцип охватывает два аспекта: защита добросовестности и стабильность договорных отношений.

1.1. Защита добросовестности

Концепция защиты доверия уже зафиксирована в различных местах ГК Казахстана, например, в ч. 2 ст. 171 и ст. 261. Этот принцип нуждается в дальнейшем развитии, прежде всего в отношении защиты добросовестности относительно содержания публичных реестров (Относительно реестра юридических лиц см. ст. 8 Директивы ЕС 2017/1132 от 14.6.2017. Соответствующие положения следует предусмотреть для реестра прав на недвижимое имущество. К регулированию реестра прав на недвижимое имущество см. ст. 182 ГК Украины) [17]. При этом необходимо дополнительно изучить вопрос о том, должно ли быть предусмотрено в законе в случае ст. 261 ГК Казахстана приобретение права собственности неуполномоченным лицом вместо простого возражения против требования (прежнего) собственника о реституции.

В этом контексте следует также рассмотреть вопрос о дополнении положений о реестре (ст. 118 ГК Казахстана) путем защиты добросовестности в отношении содержания реестра прав на недвижимое имущество или реестра юридических лиц. Российский законодатель это уже сделал (Ст. 8.1 (6) ГК РФ).

1.2 Стабильность договорных отношений

Принцип стабильности договорных отношений выражен в принципе «pacta sunt servanda» (договоры должны соблюдаться). Этот принцип имеет первостепенное значение для функционирования рыночной экономики. В этой связи, по крайней мере в других государствах, была выявлена проблема, состоящая в том, что должникам стало легче отказываться от договорных условий, ссылаясь на положения, соответствующие ч. 10 и 11 ст. 159 ГК Казахстана. Поэтому в России соответствующие положения были пересмотрены. Исходя из этого, Казахстану также целесообразно пересмотреть практику применения судами положений об оспоримости и ничтожности юридических сделок, чтобы определить, не слишком ли легко суды на основании нечеткой формулировки этих положений признавали договоры недействительными.

В этом контексте следует отметить, что различие между оспоримыми и ничтожными юридическими сделками является целесообразным с целью сохранения стабильности правовых отношений. Поскольку посредством этого разделения правом ссылаться на основания недействительности, если они носят субъективный характер и не имеют большого значения, наделяется только небольшая группа лиц.

2. Принцип добросовестности

При реформировании ГК РФ большое значение придавалось внесению изменений в статью 1, которая содержит положение, обязывающее стороны действовать добросовестно. В ГК Казахстана хотя и упоминается этот принцип в ч. 4 ст. 8, но он не уточняется. Прежде всего, следует отметить, что в данном случае речь идет о генеральной оговорке, непосредственное применение которой сопряжено с трудностями, поскольку формулировка нормы не содержит конкретных обязательств.

С другой стороны, важную роль играют сопоставимые положения кодексов стран европейского континента. Обязанность вести себя в соответствии с принципами добросовестности предоставляет судам возможность дополнять договорные отношения. В качестве примера можно привести вопрос о том, обязан ли грузоотправитель или перевозчик груза надлежащим образом упаковывать груз. Если этот вопрос не урегулирован ни договором, ни законом, принцип добросовестности позволяет судам установить такую обязанность грузоотправителя. В английском праве эта концепция дополнения договора судом известна как доктрина подразумеваемых условий. Та же идея содержится в статье II.-9: 101 документа "Принципы, определения и модельные правила европейского частного права. Проект общей справочной схемы (DCFR)".

Кроме того, концепция обязательства действовать добросовестно лежит в основе обязательства раскрывать информацию до заключения договора и ответственности за нарушение преддоговорных обязательств. Документ "Принципы, определения и модельные правила

европейского частного права. Проект общей справочной схемы (DCFR)" содержит по этому вопросу ряд предложений в отношении формулировок (Art.II.-3:101, Art. II.-3.301 (2) DCFR).

3. Запрет на злоупотребление правом

Запрет на злоупотребление правом уже содержится в ч. 3 ст. 8, ст. 11 ГК Казахстана. В ходе реформы российского законодательства эта идея под английским названием "эстоппель" получила более детальное регулирование. В ст. I.-1:103 (2) проекта DCFR содержится положение, в котором излагается лежащий в основе этого правила принцип в общих чертах.

В целом вопрос о том, как обращаться с генеральными оговорками, является, согласно представленному здесь мнению, не столько проблемой формулирования закона, сколько методическим вопросом его применения. Поэтому необходимо обсудить, следует ли разрешить казахстанским судам в их работе сравнивать различные правовые системы в том смысле, чтобы они были вправе для обоснования своего решения ссылаться на нормы или судебные решения иностранных юрисдикций. Согласно представленной здесь точке зрения использование иностранного права следует разрешить в качестве аргументационной поддержки судебного решения. При этом, однако, иностранному праву не должно придаваться обязательное действие.

V. Модернизация

Кроме того, реформа Гражданского кодекса должна быть использована для модернизации и адаптации к последним изменениям. Прежде всего, речь идет о дигитализации с ее влиянием на формы коммуникации, заключение контрактов и торговлю через Интернет [18, с. 255-293].

В области вещного права в первую очередь должны быть пересмотрены концепции недвижимого имущества (ст. 117 ГК Казахстана) и предприятия как имущественного комплекса (ст. 119 ГК Казахстана). В этом случае целесообразно вернуться к римскому правовому принципу "Superficies solo cedit" (Строение следует за землей). В отношении норм вещного права следует обсудить необходимость внесения дополнений в отношении прав на обеспечение исполнения в свете практического опыта в этой области. Кроме того, необходимо прояснить вопрос о том, должна ли собственность на квартиры в сочетании с совместной собственностью на здание регулироваться Гражданским кодексом или специальным законом.

Обязательственное право требует реализации принципов эффективности, ясности и правовой определенности. В этом контексте, должны быть пересмотрены положения о форме, содержащиеся в статьях 151, 152 ГК Казахстана. В ст. 155 ГК Казахстана можно подумать о различии между декларативным и конститутивным действием внесения в реестр. Также, в свете текущих событий могут быть пересмотрены положения об одностороннем расторжении договора (ст. 404 ГК Казахстана) и о договоре присоединения (ст. 389 ГК Казахстана).

В целом, научные статьи об общих принципах европейского права дают много материала, достойного рассмотрения при реформировании ГК Казахстана.

Список использованных источников

- [1] **Правовое** регулирование предпринимательской деятельности в постсоветский период: сб. науч. ст. / под общ. ред. Н. С. Кузнецовой и М. К. Сулейменова. – Харьков: Право, 2018. – 864 с.
- [2] CIVIL CODE OF GEORGIA, <https://matsne.gov.ge/ru/document/download/31702/75/en/pdf> (дата обращения 29.09.2019).
- [3] Tichy Das neue ZGB für die Tschechische Republik – eine kritische Skizze, ZEuP 2014.
- [4] Vekas Über das ungarische Zivilgesetzbuch im Spiegel der neuern europäischen Privatrechtsentwicklung, ZEuP 2016.
- [5] Зеленая книга <https://www.ejcl.org/112/greenbookfinal-2.pdf> (дата обращения 29.09.2019).
- [6] Zoll Die Arbeiten am neuen polnischen Zivilgesetzbuch – Kodifikation in einer schwierigen Zeit, Osteuropa-Recht 2/2012.
- [7] Djurovic Serbian Contract Law: its development and the new Serbian Civil Code, European Review of Contract Law Vol. 7 Nr. 1/2011.
- [8] Grundmann/ Schäfer The French and the German Reforms of Contract Law, European Review of Contract Law Vol. 13 Nr. 4/2017.
- [9] Helleringer The Anatomy of the new French law of Contract, European Review of Contract Law Vol. 13 Nr. 4/2017.
- [10] Mascher Die Modernisierung des russischen Zivilgesetzbuches in den Jahren 2012 bis 2015 im Überblick, JOR Vol. 57 Nr. 2/2016.
- [11] Витрянский Реформы гражданского законодательства промежуточные итоги (2018), Медведев (ред.) Кодификация российского гражданского права 2019 (2019).
- [12] Директива ЕС 2011/83/EU от 25.10.2011 о правах потребителей.
- [13] "Принципы, определения и модельные правила европейского частного права. Проект общей справочной схемы (DCFR)", https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LA

[W/EN EPL 20100107 Principles definitions and model rules of European private law - Draft Common Frame of Reference DCFR .pdf](#) (дата обращения 29.09.2019).

[14] Предложение по Постановлению о едином европейском законодательстве, регулирующем договор купли-продажи, Com 2011/0035: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52011PC0635> (дата обращения 29.09.2019).

[15] Принципы международных коммерческих договоров Международного института унификации частного права (УНИДРУА-UNIDROIT), <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>, (дата обращения 29.09.2019).

[16] Möller Working with legal principles - demonstrated using private autonomy and freedom of contract as examples, European Review of Contract Law Vol. 14 Nr. 2/2018.

[17] Директивы ЕС 2017/1132 от 14.6.2017.

[18] Grundmann/ Hacker Digital Technology as a Challenge to European Contract Law, European Review of Contract Law Vol. 13 Nr. 3/2017.

©Ostinstitut Wismar, 2019
Alle Rechte vorbehalten
Der Beitrag gibt die Auffassung des Autors wieder

Redaktion:
Prof. Dr. Otto Luchterhandt,
Dimitri Olejnik,
Dr. Hans-Joachim Schramm
Prof. Dr. Andreas Steininger

Ostinstitut Wismar
Philipp-Müller-Straße 14
23966 Wismar
Tel +49 3841 753 75 17
Fax +49 3841 753 71 31
office@ostinstitut.de
www.ostinstitut.de

ISSN: 2366-2751