

АНТОЛОГИЯ
ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ

Ю. Г. Басин

ИЗБРАННЫЕ
ТРУДЫ
ПО
ГРАЖДАНСКОМУ
ПРАВУ

Юрий Григорьевич Басин
И. П. Грешников
Избранные труды по
гражданскому праву
Серия «Антология юридической науки»

http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=11197301

*Ю. Г. Басин. Избранные труды по гражданскому праву: Юридический
центр Пресс; Санкт-Петербург; 2003
ISBN 5-94201-247-4*

Аннотация

В сборник избранных трудов Ю. Г. Басина, выдающегося ученого цивилиста, доктора юридических наук, профессора, заслуженного деятеля науки РК, одного из основателей казахстанской школы права, вошли наиболее значительные работы по частному праву, опубликованные за последние семь лет (с 1996 по 2003 г.). Ю. Г. Басин является одним из разработчиков ГК стран СНГ (Модель), десятков других модельных актов, его идеи легли в основу многих норм ГК России и значительной части ГК Казахстана. Российские юристы хорошо знакомы с монографиями, статьями, рецензиями и комментариями Ю. Г. Басина, выходившими в Москве, Ленинграде, Алма-Ате в 1950–1980-е годы. Данный цикл

работ охватывает процесс формирования нового гражданского права на всем постсоветском пространстве. Книга рассчитана на преподавателей, аспирантов, студентов, практических и научных работников, всех, кто интересуется частным правом, современным развитием гражданского права и его основных институтов.

Содержание

Юрий Григорьевич Басин	6
Общие положения	32
Гражданское право как отрасль права[16]	32
§ 1. Понятие гражданского права	32
§ 2. Отличие гражданского права от смежных отраслей права	42
§ 3. Принципы гражданского права	47
§ 4. Система гражданского права	64
Технические предписания и право[20]	69
Договорные институты в особенной части гражданского кодекса Республики Казахстан[30]	83
Почему управляющим национального банка не нравится Гражданский кодекс?[31]	95
Конец ознакомительного фрагмента.	101

Юрий Басин

Избранные труды по гражданскому праву

© Ю. Г. Басин, 2003

© И. П. Грешников, составление, вступительная
статья, 2003 © Изд-во «Юридический центр Пресс»,
2003

Юрий Григорьевич Басин

Имя Юрия Григорьевича Басина, выдающегося ученого цивилиста, доктора юридических наук, профессора, заслуженного деятеля науки, одного из основателей казахстанской школы права, известно далеко за пределами Республики Казахстан и СНГ.

Юрий Григорьевич – яркая и неординарная личность, Ученый с большой буквы, человек живого и острого аналитического ума, всесторонней эрудиции и искрометного юмора; безусловно, он обладает редким полемическим даром, что делает его воистину «грозой» оппонентов, оставляя последним весьма малые шансы на успех.

Жизнь и деятельность профессора Басина неразрывно связана и с Украиной, где 28 марта 1923 г. он родился и окончил школу, и с Россией, где защищал кандидатскую и докторскую диссертации, где публиковались его многочисленные работы, и с Казахстаном, где он состоялся как ученый и педагог.

Если попытаться одной фразой определить то, что есть основное, сущностное для Юрия Григорьевича, то это, пожалуй, стремление быть «актуальным» в любое время и не только там, где это требуется в данный момент, но и на далекую перспективу.

Как отмечает сам Юрий Григорьевич, в его жизни было

многое: он воевал, защищая Ленинград, участвовал в боевых операциях в Восточной Пруссии,¹ затем учился и рабо-

¹ Юрий Григорьевич редко говорит о войне, но заседания кафедры гражданского права юридического факультета КазГУ, а затем КазГЮУ, посвященные дню Победы, обычно сопровождаются его воспоминаниями, стихами военных лет и рассказами. Глубоко в память врезался рассказ Юрия Григорьевича о последних днях Великой Отечественной войны, которые он встретил в звании капитана. Готовясь к наступлению в Восточной Пруссии, где немцы дрались за каждый сантиметр земли, на некоторых участках фронта бои продолжались и после официальной капитуляции. День первый – 7 мая 1945 г., был получен приказ – наступать. Это означало, что завтра, 8 мая 1945 г., каждый третий из находившихся на передовой солдат и офицеров будет убит или тяжело ранен, в то время когда все знали о падении Берлина и встрече с американцами на Эльбе. День второй – неожиданно, утром 8 мая 1945 г. приходит весть о капитуляции, немцы выбрасывают белые флаги и начинают сдаваться; вдоль всей линии фронта волной поднимается стрельба и всеобщее ликование. Но для Юрия Григорьевича война еще не закончилась, на штабном виллисе он и водитель выехали в соседний населенный пункт. Кто был в Прибалтике, знает, что местность там преимущественно – холмы, поросшие лесом. Вдруг по ходу движения машины на опушке леса появилась немецкая колонна, до батальона солдат и машины с орудиями, двигаясь в походной колонне, немцы наигрывали на губных гармошках популярную «розамунду», знают ли они о капитуляции или..? Одиночная штабная машина, капитан Красной Армии, да еще еврей по национальности, чего Юрий Григорьевич никогда не скрывал, – это был почти приговор. Несмотря на реальную опасность, капитан Басин приказал водителю продолжать движение. Поравнявшись с немецким офицером, идущим впереди, машина Юрия Григорьевича остановилась, обменявшись взаимными приветствиями, офицер попросил Юрия Григорьевича указать по карте, где ближайший «капитуляционный» пункт, что и было сделано. Последних два дня войны, и смерть два раза стояла рядом, а сколько таких моментов было до того?! Юрий Григорьевич был несколько раз ранен, в том числе тяжело. За свой ратный и трудовой путь Юрий Григорьевич награжден многими орденами и медалями, но свои боевые он ценит неизмеримо выше всех последующих.

тал, создавая вместе с Г. М. Степаненко, М. А. Ваксбергом, Б. В. Покровским, А. И. Беспаловой, С. И. Меерзоном, Б. Б. Базарбаевым Алма-Атинскую цивилистическую школу,² которая, наряду с московской, ленинградской и свердловской школами, составляла и составляет основу гражданско-правовой науки СССР и СНГ.

* * *

Волею судеб, в 1946 г. Юрий Григорьевич вместе с супругой Инной Петровной отправляется в Казахстан, в Алма-Ату, на родину супруги, где, взвесив все «за» и «против», решает остаться. Практически сразу Юрий Григорьевич поступает в Алма-Атинский государственный юридический институт и в 1949 г. получает диплом юриста.

Избрав темой своего первого научного исследования «Договор подряда по капитальному строительству в гражданском праве», в 1954 г. Юрий Григорьевич успешно защища-

² Интересно заметить, что вплоть до 30-х годов XX в. в Казахстане не существовало специализированного учебного заведения юридического профиля. С образованием в 1938 г. Алма-Атинского юридического института ситуация начала постепенно меняться. В период Великой Отечественной войны в Алма-Ате работали многие известные ученые и преподаватели юридического факультета Московского университета, которые, наряду с приехавшими до войны «первопроходцами», в то время молодыми кандидатами наук из России и Украины, дали мощный толчок развитию юридической науки и образованию на казахстанской земле.

ет диссертацию на соискание степени кандидата юридических наук. Защита проходила в Москве в стенах Института права АН СССР. Вспоминая то время, Юрий Григорьевич не раз высказывал слова благодарности своему научному руководителю профессору Г. М. Степаненко и академику АН РК С. З. Зиманову, бывшему тогда директором Алма-Атинского юридического института; оппонентами по диссертации выступили известные профессора И. Л. Брауде и Б. С. Антимонов.

С этого момента статьи Юрия Григорьевича начинают активно публиковаться в ведущих юридических изданиях, таких, как: «Советское государство и право», «Социалистическая законность», «Правоведение» и других, одна за другой выходят в свет монографии и тематические сборники. Вот лишь некоторые из них: в 1957 г. в Алма-Ате публикуется брошюра «Жилищные права и обязанности граждан», а в 1960 г. в Москве выходят в свет «Правовые вопросы строительства в СССР» (в соавторстве). Большое практическое значение имел «Комментарий к Положениям о поставке продукции производственно-технического назначения и товаров народного потребления» (1962 г., в соавторстве).

Основные положения докторской диссертации легли в основу монографии «Вопросы советского жилищного права», выпущенной в Алма-Ате в 1963 г. Обращаясь к данной работе, необходимо отметить, что ее содержание намного шире, чем это предполагает название. Юрий Григорьевич анализи-

рует основополагающие понятия гражданского права: правоотношение, объект гражданского правоотношения, соотношение договора и административного акта. Проведенное им исследование, сделанные выводы и обобщения актуальны и по сей день. В ходе защиты диссертации, проходившей в 1964 г. в Ленинградском государственном университете, настоящая дискуссия развернулась вокруг трактовки, данной Юрием Григорьевичем объекту гражданского правоотношения. Профессора С. Н. Братусь, В. А. Рясенцев, О. А. Красавчиков, официальные оппоненты по диссертации, а также профессора О. С. Иоффе, Ю. К. Толстой и другие ученые высказались по данному весьма сложному и неоднозначному вопросу теории права. Квинтэссенцией подхода Юрия Григорьевича к проблеме может служить следующее утверждение: «Мы признаем в качестве объекта правоотношения поведение обязанного субъекта... Ни вещи, ни продукты духовного творчества, ни иные явления, существующие вне их творцов, не могут подвергаться непосредственному воздействию прав и обязанностей, эти категории могут оказывать свое действие только на поведение человека. Именно оно и является объектом всякого правоотношения».³ «Исследование объекта, однако, этим не может ограничиться. Право воздействует на поведение не ради самого поведения как такового, ибо само по себе поведение не в состоянии удовлетворять ни общезначимые, ни индивидуальные интересы.

³ Басин Ю. Г. Вопросы советского жилищного права. Алма-Ата, 1963. С. 136.

Поведение – это не цель, а средство. Будучи направленным содержанием правоотношения, поведение вторгается в материальный мир, создает нужные людям вещи и иные блага, производит различные изменения в этом мире, при помощи этого достигает реальной цели, ради которой участники вступают в правоотношения».⁴

В своей работе Юрий Григорьевич различает внешний (материальный) объект воздействия: «Это – вещи, объективированные продукты духовного творчества, результаты иных действий» и поведение (юридический объект правоотношения), через который право обеспечивает создание вещей и образование других материальных явлений. Причем материальные объекты есть не составные части правоотношения, а лишь находящиеся вне его предметы, на которые воздействует не право, а поведение, сформированное правом.⁵ По мнению Ю. Г. Басина, «внутренние волевые процессы, не нашедшие отражения в поведении человека, не учитываются и не направляются правом. Воли (значит – волевого объекта) как самостоятельного предмета юридического воздействия не существует».⁶

В целом теория *объекта-поведения*, отстаиваемая Ю. Г. Басиным, имеет своим истоком более общие подходы, базирующиеся, с одной стороны, на материалистических воз-

⁴ Там же. С. 138.

⁵ Там же. С. 139.

⁶ Там же.

зрениях, столь популярных в XX в., а с другой – на социальной идее права. Основным постулатом социальной идеи права является признание примата объективного права над субъективным, а также констатирование того «очевидного и неусомневаемого факта», что нормы права имеют своей задачей воздействовать на человеческое поведение. Наиболее яркие, но малоизвестные в России и Казахстане представители социальной теории права и государства, например А. А. Гольденвейзер,⁷ даже выдвигали идею субъективного права как некоего социального долга индивидуума, а законодательство рассматривали как своеобразный свод «правил поведения». Независимо от каких бы то ни было дискуссий и критики, докторская диссертация Ю. Г. Басина явно обозначила новый этап развития казахстанской юриспруденции – в Республике появился первый доктор юридических наук, известный далеко за пределами Казахстана.

После принятия Основ гражданского законодательства Союза ССР и Республик 1961 г., во многом благодаря участию ведущих казахстанских ученых, в том числе Ю. Г. Басина, за короткий срок был разработан проект ГК КазССР, который был принят Верховным Советом КазССР 28 декабря 1963 г., Казахстан стал первой республикой, принявшей новый Гражданский кодекс, и произошло это почти на полгода раньше, чем стал законом ГК РСФСР 1964 г.

Комментарий к ГК КазССР, вышедший в свет в 1965 г.

⁷ Гольденвейзер А. А. В защиту права. Нью-Йорк, 1952. С. 167–184.

под редакцией М. А. Ваксберга, Ю. Г. Басина и Б. В. Покровского, объемом около 50 п. л., также явился первым среди комментариев к гражданским кодексам союзных республик. В написании Комментария к ГК КазССР участвовали многие казахстанские цивилисты, работа проходила в тесном сотрудничестве с российскими коллегами, среди которых, прежде всего, необходимо назвать профессора О. С. Иоффе, с которым Юрий Григорьевич связан узами тесной дружбы.⁸

Гражданский кодекс КазССР 1963 г. отличался от своего «российского собрата» и от ГК других союзных республик, если можно так выразиться, большей «цивилистической» направленностью. Чтобы убедиться в этом, достаточно обратиться к его тексту и проанализировать особенности его основных институтов. Интенция наполнить гражданское законодательство Казахстана частноправовым содержанием отразилась в смелых и, вместе с тем, ироничных словах краткого предисловия к Комментарию к ГК КазССР – «в комму-

⁸ Олимпиад Соломонович Иоффе, в настоящее время проживающий в США, поддерживает разносторонние научные и дружеские связи с Юрием Григорьевичем Басиным, Анатолием Григорьевичем Диденко и поныне, его работы выходят в казахстанских юридических изданиях конца XX – начала XXI в. (см., напр.: *Иоффе О. С.* 1) Из истории цивилистической мысли // Гражданское право. Учебное пособие / Рук. авт. кол. проф. А. Г. Диденко. Алматы, 1999. С. 160–222; 2) Понятие права и его типы // Гражданское законодательство Республики Казахстан: статьи, комментарии, практика / Под ред. А. Г. Диденко. Вып. 12. Алматы, 2001. С. 45–59 и другие публикации; см. также статью Ю. Г. Басина об О. С. Иоффе, опубликованную в журнале «Правоведение» (2000. № 1)).

нистическом строительстве полностью используются товарно-денежные отношения в соответствии с новым содержанием, которое они имеют в плановом социалистическом хозяйстве, и применяются такие важные инструменты развития экономики, как хозяйственный расчет, деньги, цена, себестоимость, прибыль, торговля, кредит, финансы. Строительство коммунизма опирается на принцип материальной заинтересованности граждан, предприятий, колхозов и других хозяйственных организаций... С этим связано дальнейшее укрепление и развитие оперативной и имущественной самостоятельности и инициативы предприятий и иных хозяйственных организаций, расширение их прав в рамках единого народнохозяйственного плана».⁹

Интересный и глубокий комментарий ГК КазССР (1965 г.) в течение 25 лет служил настольной книгой для десятков тысяч практических работников, судей, адвокатов, юрисконсультов, следователей, прокурорских работников, хозяйственных руководителей, многие его положения еще долго останутся актуальными. Следующий Комментарий к ГК КазССР также под редакцией Ю. Г. Басина вышел в свет только в 1990 г.

⁹ Комментарий к Гражданскому кодексу Казахской ССР / Под ред. М. А. Ваксберга, Б. В. Покровского и Ю. Г. Басина. Алма-Ата, 1965. С. 7–8. – Комментарий был подготовлен при участии заведующего кафедрой гражданского права Ленинградского университета профессора О. С. Иоффе. Также в соавторстве с О. С. Иоффе был написан «Комментарий к Кодексу о браке и семье КазССР», вышедший в свет под редакцией Ю. Г. Басина в 1972 г.

Имя Ю. Г. Басина неразрывно связано с юридическим образованием – будучи профессором кафедры гражданского права юридического факультета Казахского государственного университета (КазГУ), а затем ее заведующим и одновременно деканом юридического факультета КазГУ, Юрий Григорьевич настойчиво добивался создания казахстанских учебников и пособий. Издание с 1968 по 1971 г. четырех выпусков учебного пособия «Гражданское право КазССР», вышедших под редакцией М. А. Ваксберга и Ю. Г. Басина было настоящим прорывом, несмотря даже на довольно малый тираж – всего 1000 экземпляров. Авторский коллектив под руководством Юрия Григорьевича создает учебник «Гражданское право Казахской ССР в двух частях (Ч. 1. – 1978 г. и Ч. 2–1980 г.); в 1984 г. в свет выходит учебник «Семейное право»; в соавторстве с М. Сулейменовым и другими авторами Юрий Григорьевич выпускает «Комментарий к Жилищному кодексу Казахской ССР» (1987 г.), «Комментарий к Кодексу о браке и семье Казахской ССР» (1989) и другие работы.

Научные интересы Юрия Григорьевича никогда не ограничивались рамками гражданского, семейного и жилищного права. Весьма существенным является его вклад в развитие науки гражданского процесса. Еще в 1976 г. он принял активное участие в создании научно-практического комментария к ГПК Казахской ССР. Из-под его пера (в буквальном значении этого слова, так как Юрий Григорьевич до сих пор предпочитает писать только перьевыми ручками) вышла гла-

ва «Судебное разбирательство».

В период с 1970 по 1991 г. у Юрия Григорьевича выходит более сотни статей, рецензий на учебники и работы коллег, которые публикуются в ведущих юридических журналах, таких, как: «Государство и право», «Правоведение», «Хозяйство и право», «Вестник МГУ» и других, а также в казахстанских изданиях. Он выступает с докладами на всесоюзных и международных конференциях, проводившихся в Алма-Ате,¹⁰ Ленинграде, Москве, Свердловске, Киеве, Таллине, Тарту, Уфе и других городах. Издательство «Юридическая литература» выпускает несколько его монографий.

* * *

После распада СССР российские ученые из Центра частного права при Президенте РФ – С. С. Алексеев, М. И. Брагинский, В. В. Витрянский, В. А. Дозорцев, Ю. Х. Калмыков, А. С. Комаров, А. Л. Маковский, Е. А. Суханов, С. А.

¹⁰ Благодаря организаторскому таланту Юрия Григорьевича с 1975 по 1986 г., когда он возглавлял юридический факультет КазГУ, в Алма-Ате на базе факультета было проведено несколько всесоюзных конференций и семинаров. Так, например, в 1986 г. на юридическом факультете прошло «Всесоюзное совещание-семинар «Гражданское право и защита имущественных интересов граждан и организаций». Среди выступавших были практически все ведущие цивилисты страны. Материалы совещания-семинара были опубликованы в сборнике, а также в ведущих журналах (см.: Вестник МГУ. Сер. «Право». Вып. 11. 1987. № 2; Правоведение. 1987. № 4. С. 115; Советское государство и право. 1987. № 7. С. 117).

Хохлов, В. Ф. Яковлев и другие, вместе со своими казахстанскими коллегами – Ю. Г. Басиным, М. К. Сулейменовым, И. У. Жанайдаровым, А. И. Худяковым, а также специалистами в области гражданского права из других бывших союзных республик предпринимают беспрецедентную попытку разработать модели основных гражданско-правовых законов для стран СНГ. В результате были созданы десятки базовых актов, имеющих рекомендательное значение и ставших основой частного права Армении, Беларуси, Казахстана, Киргизии, России, Узбекистана и ряда других стран СНГ.

Параллельно с созданием в 1992–1995 гг. Модельного Гражданского кодекса стран СНГ шла напряженная работа над проектами гражданских кодексов Казахстана и России. Интересно заметить, что первые части всех трех сводов гражданско-правовых норм были приняты почти одновременно: 21 октября 1994 г. Государственная Дума РФ принимает ГК РФ (Первая часть), 29 октября 1994 г. Межпарламентская Ассамблея государств – участников СНГ в Санкт-Петербурге одобрила Модель Первой части ГК стран СНГ, а 27 декабря того же года Верховный Совет РК принимает ГК РК (Общая часть).

Таким образом, как верно утверждение, что Модель Первой части ГК стран СНГ послужила прототипом принятых в России и Казахстане соответствующих частей гражданских кодексов, так и наоборот, можно с большой степенью достоверности констатировать, что принципиальные положения

ГК России и Казахстана легли в основу Модельного Гражданского кодекса стран СНГ, который использовался при подготовке проектов ГК других стран Содружества. Несмотря на то, что в разработке Модельного кодекса принимали участие ученые из многих стран СНГ, основную роль в его подготовке все же сыграли цивилисты из России и Казахстана. Показательно, что даже в составе рабочей группы по подготовке участвовало 11 представителей из России, 5 из Казахстана и по 1–2 – из других стран Содружества.

* * *

Профессор Басин совместно с учениками принимает активное участие в становлении гражданского законодательства Казахстана. Его вклад в создание Гражданского кодекса Республики Казахстан, почти 70 законов и указов Президента РК, имеющих силу закона, трудно переоценить. Юрий Григорьевич входил в состав Научно-экспертного совета по разработке проекта действующей казахстанской Конституции 1995 г. Благодаря усилиям профессоров Басина и Сулейменова Казахстан присоединился к ряду важнейших международных конвенций, принятых в области частного права.

В ходе работы по подготовке проектов Юрий Григорьевич вместе с другими разработчиками ГК Казахстана неоднократно выезжает в Нидерланды (ГК этой страны является од-

ним из самых «молодых» в Европе), Германию, Россию, где они посещают различные правовые институты, встречаются с коллегами, изучают опыт и обсуждают отдельные положения проекта ГК РК, что лишний раз подчеркивает непосредственную, живую связь казахстанского гражданского права с континентальным правом, его германской и российской ветвями.

После «лавины» законодательных актов 1990-х годов одной из самых актуальных задач, стоящих перед наукой гражданского права и цивилистами, стало комментирование их положений. Этой кропотливой работой профессор занимается вот уже на протяжении почти десяти лет. Непрерывно выходят серьезные научные и научно-практические, популярные и учебные работы. Вот лишь некоторые из них: «ГК РК, Комментарий Общей и Особенной частей ГК РК» (в трех книгах, под ред. Ю. Г. Басина и М. К. Сулейменова; вышло два издания в 1998 и 2003 гг.); «Гражданское право (академический курс)» (под ред. Ю. Г. Басина и М. К. Сулейменова. Алматы. Т. 1–2000 г., Т. 2–2003 г., планируется выход третьего тома). Одна за другой выходят монографии ученого: «Сделки». (Учебное пособие, Алматы. 1-е изд. – 1996 г., 2-е изд. – 1999 г.); «Юридические лица по гражданскому законодательству Республики Казахстан. Понятие и общая характеристика». (Учебное пособие. Алматы. 1-е изд. – 1996 г., 2-е изд. – 2000 г.). К 80-летию Юрия Григорьевича выходят «Избранные труды по гражданскому пра-

ву» (2003). Множество его статей вышло в сборниках «Гражданское законодательство РК» (под ред. А. Г. Диденко. Вып. 1–17, 1996–2003 гг.). Всего с 1992 по 2003 г. увидели свет около 150 публикаций, в том числе более 10 работ вышло в Германии, Нидерландах, США и в других странах.

Особый практический интерес представляет цикл работ Ю. Г. Басина, комментирующих меры защиты гражданских прав и условия ответственности за нарушение обязательств, часть этого цикла представлена в настоящем издании. В одной из своих статей профессор отмечает, что до принятия Основ 1991 г., а затем гражданских кодексов Казахстана, России и других сторон вина нарушителя являлась необходимым условием ответственности. «Нет вины – нет и ответственности, хотя бы бесспорным был и сам факт нарушения, и причиненный кредитуру этим нарушением материальный ущерб... (см., напр.: ст. 212 ГК КазССР 1963 г.). Разумеется, имели место и исключительные случаи безвиновной ответственности, но исключения не колебали общего правила». С вступлением в силу Основ и гражданских кодексов понятие вины изменилось. Если в прежнем понимании вина проявлялась в чисто психологических категориях: умысел, неосторожность, то теперь, указывает Басин, Гражданский кодекс РК раскрывает вину через поведенческие категории: *нарушитель не принял всех зависящих от него мер, чтобы не допустить нарушения исполнения обязательства* (ст. 359

ГК РК).¹¹ Здесь представляется уместным провести параллель с выводами, сделанными ученым еще в 1960-х годах в докторской диссертации. *Поведение*, в данном случае нарушителя обязательства, по его мнению, – *объект возникающего правоотношения*; от поведения нарушителя, его действий по исполнению обязательств в конечном итоге зависит, будет ли он привлечен к ответственности, или нет. В отличие от ГК КазССР, ГК РК (ст. 359) устанавливает соотношение виновного и безвиновного основания ответственности не в качестве правила и исключения, и как равнозначные основания, применяемые в разных видах гражданских отношений (предпринимательская и непредпринимательская деятельность). Так, в отношении ответственности предпринимателя, а также в силу прямого указания закона (см., например, деликтные обязательства) ответственность наступает без вины. Ю. Г. Басин не только выдвигает *теорию безвиновной ответственности*, но и говорит о действии в сфере гражданских обязательств *презумпции виновности нарушителя*. Нарушитель предполагается виновным в силу самого факта неисполнения либо ненадлежащего исполнения обязательства, пока не докажет свою невиновность.¹² Хотя последнее утверждение и сам тезис о *презумпции виновности нарушителя*, на наш взгляд, являются спорными, они чрез-

¹¹ Работу Ю. Г. Басина «Вина как условие ответственности за нарушение обязательства» см. на С. 380–392 настоящего издания.

¹² См.: там же.

вычайно важны, так как в этом и заключается позиция ученого, непосредственно написавшего, составившего текст ст. 359 ГК РК.

Республика Казахстан, как и любое другое современное государство, является активным участником гражданских правоотношений. Различные частноправовые акты государственных органов в сфере экономики, действия чиновников, бесчисленные сделки, в том числе контракты с иностранными инвесторами, договоры подряда, залога, гарантии делают государство и его административно-территориальные единицы непосредственными субъектами хозяйственных отношений. Чуть ли не ежедневно рождаются крупные и небольшие споры между частными организациями, иностранными инвесторами и государством. Все эти факты не могли не найти отражения в работах Ю. Г. Басина, не могли не привлечь его внимания как ученого, юриста-практика, арбитра и консультанта нескольких международных третейских судов.

«Государство, – по словам Юрия Григорьевича, – это прежде всего и больше всего феномен публичной власти, его главная задача – создавать и обеспечивать правопорядок в обществе, предупреждать и устранять все возможные и уже возникшие правонарушения». Однако государство может быть участником правоотношений как частного, так и публичного характера и весьма часто выступает в роли непосредственного участника гражданских прав, обязанностей и

ответственности.¹³ На практике происходит смешение публичных и частных функций в деятельности государства и его органов. В ряде статей последних лет Юрий Григорьевич внимательно, с присущей ему обстоятельностью, используя многочисленные примеры судебной практики, разбирает различные формы и последствия этого смешения, анализирует, как государство употребляет *публичную* власть, в том числе и для защиты своих *частных* интересов, создает условия для освобождения государственных органов, учреждений и предприятий, казны от ответственности по договорным и иным гражданско-правовым обязательствам.

Одной из форм ухода государства от ответственности, с одновременным усилением его роли в управлении определенной отраслью экономики, является создание организаций, совмещающих управленческие и хозяйственные функции, например, национальных компаний, существующих ныне во многих областях хозяйства в виде акционерных обществ. Тенденция распространения национальных компаний, их правовой статус – один из объектов анализа, проведенного ученым.

Другая тенденция, влияющая на современное развитие гражданского законодательства и экономики Казахстана, заключается в непрерывных, начиная с 1995 г., попытках пред-

¹³ Басин Ю. Г. Гражданско-правовая ответственность государства по законодательству Республики Казахстан // Гражданское законодательство РК. Вып. 15. Алматы, 2003. С. 46.

седателей Национального банка РК (нынешнего – Г. А. Марченко и предшествующего – О. А. Жандосова), некоторых членов правительства и чиновников «меньшего калибра» максимально вывести из сферы регулирования гражданского права банки, страховые компании, рынок ценных бумаг и иные институты, регулирующие крупное предпринимательство, что отчасти им удалось сделать. Руководители Нацбанка напрямую обвинили разработчиков проектов ГК РК и гражданских законов в незнании основ современной рыночной экономики, в создании внутренне противоречивых текстов проектов законов и даже в нарушении правил формальной логики.¹⁴ На протяжении более чем восьми лет между юристами и чиновниками, именующими себя «экономистами-рыночниками», идет бескомпромиссная, но явно неравная борьба.

Рыночная идеология и экономический романтизм, стремление списать собственные неудачи и промахи на «отсталость правовой системы», а преувеличенные успехи отнести исключительно на свой счет, наряду с явными передержками и прямыми оскорблениями в адрес юристов, вроде заявления А. Г. Марченко о том, что «наши юристы разбираются только в частных вопросах юридического характера, а что такое рыночная экономика, деньги и как они работа-

¹⁴ См.: Нашим юристам нужно получить второе образование. Интервью с председателем Национального банка Казахстана Г. А. Марченко // Юрист. 2002. № 10. С. 9–10.; Интервью с бывшим председателем Национального банка Казахстана и экс вице-премьером Республики О. А. Жандосовым // Там же. № 12. С. 10–11.

ют, и понятия не имеют», — все это позволяет провести параллель между казахстанскими администраторами и «хозяйственниками», если не по сути, то по методам и стремлению создать законодательство «под себя». Развернувшуюся борьбу с чиновниками можно смело охарактеризовать как *борьбу за Гражданское право*, и в этом деле профессор Басин занимает принципиальную высоконравственную позицию, находясь под огнем беспощадной критики, которая порой сродни площадной брани.

Суть «претензий» к ГК РК и другим рыночным законам проста: Кодекс и законы являются «экономическим законодательством», регулируют хозяйственные отношения и должны создаваться экономистами, преимущественно так называемыми «финансистами», юристы могут лишь оформлять волю новоявленных «финансовых эквилибристов», помогая Национальному банку расширять свои полномочия. Используя эту демагогическую и неподкрепленную доказательствами и ссылками на конкретные примеры риторику и свое высокое положение «топ-экономисты» страны, являющиеся, по сути, лишь амбициозными чиновниками, протаскивают все новые и новые изменения в ГК, лоббируют принятие так называемых «экономических законов».

К числу «рыночных» новшеств этой группы можно отнести: исключение векселя и чека из числа ценных бумаг, внесение в ГК РК норм о полной безответственности государства по долгам и обязательствам государственных учрежде-

ний. По инициативе нацбанковских управляющих понятие «гарантия» было заменено на «поручительство» и, наоборот, были приняты законы, поставившие под контроль Национального банка страховые компании, весь рынок ценных бумаг в РК и даже акционерные общества – сферы, которые нигде, кроме Казахстана, ни напрямую, ни косвенно не управляются центральными и национальными банками. Деятельность фондовых бирж, страховых, перестраховочных организаций, а иногда и акционерных обществ зачастую регулируется не ГК РК, а отдельными законами РК и нормативными актами Нацбанка РК. Налицо, как метко подчеркивает профессор Басин, «необузданная жажда подчинить своей власти все формы и участки денежного оборота».¹⁵

Целых три года, с 1995 по 1998 г., казахстанское банковское законодательство (даже в отношении Клиент—Банк) стояло выше общегражданского, правда, благодаря усилиям Ю. Г. Басина, М. К. Сулейменова и многих других юристов этот приоритет был отменен. Удалось также в определенной мере урегулировать вопрос об ответственности государства по долгам государственных учреждений, и в этом также большая заслуга Юрия Григорьевича, его статей и выступлений.

Государство и частное право, характеристика правового ста-

¹⁵ Работу Ю. Г. Басина и М. К. Сулейменова «Почему управляющим национального банка не нравится Гражданский кодекс?» см. на С. 65–84 настоящего издания.

туса государства как субъекта частных отношений – сфера научных интересов профессора Басина, ибо спорные и конфликтные ситуации, возникающие между отечественными и иностранными предпринимателями, с одной стороны, и государством и его органами – с другой, вопросы иммунитета и ответственности государства сегодня в Казахстане наиболее актуальны. Отвечая на этот вызов времени, Юрий Григорьевич вновь на передовом рубеже развития Гражданского права и законодательства.

* * *

Басин – педагог и Учитель. И в этом качестве он сделал главное – он создал школу, которая по праву носит его имя. Самая высокая награда Учителя – ученики, продолжатели и наследники традиций, многими из которых Юрий Григорьевич гордится. В их числе член-корреспондент АН РК, доктор юридических наук, профессор М. К. Сулейменов и доктор юридических наук, профессор А. Г. Диденко. Под руководством Юрия Григорьевича защитились десятки ученых.

Дар оратора делает каждую лекцию или выступление Юрия Григорьевича поистине незабываемым событием. Сильный, хорошо поставленный голос, виртуозное владение материалом и аудиторией, огромный жизненный опыт и не утраченная с годами способность и желание учиться у жизни порой создают эффект подлинного откровения, лекции-от-

крытия, прорыва в нечто как будто давно известное, но открывающееся слушателю с какой-то новой, неизведанной стороны. При этом нельзя не учитывать, что лекции по гражданскому праву, сравнительному правоведению или международному коммерческому арбитражу в корне отличаются от лекций по истории или литературе. Технические достижения XX в. позволили нам создать аудио– и видеотеку лекций и некоторых выступлений ученого, что предоставляет уникальную возможность человеку, незнакомому с Юрием Григорьевичем, убедиться, что в написанном нет преувеличений, скорее, наоборот, сказанного явно недостаточно, чтобы передать ту особую атмосферу, энергетику и дух творчества, процесс сотворения на глазах чего-то неповторимого и живого.

* * *

Гражданское право имеет огромное прикладное значение, это дисциплина практическая, непосредственно соприкасающаяся с повседневной жизнью, – зачастую повторяет Юрий Григорьевич, и он не только консультирует, рассматривает в качестве арбитра гражданские дела, дает заключения по различным вопросам права, преподает и т. п., но и сам принимает активное участие в создании и работе различных организаций и даже инициирует образование новых направлений деятельности.

Еще в далекие 1960-е годы при непосредственном участии Юрия Григорьевича и во многом благодаря его идеям и энергии в Алма-Ате был создан первый в городе и в Республике жилищно-строительный кооператив, в котором он состоит до сих пор. Нормативно-техническая документация, комментарии и рекомендации по организации ЖСК разрабатывались и писались с участием Юрия Григорьевича. Таким образом, без всякого преувеличения можно сказать, что он стоял у истоков казахстанской жилищно-строительной кооперации – этого островка частноправовых отношений в рамках советской системы.

В 1992 г. он совместно с учениками и коллегами – профессорами П. Я. Грешниковым, А. Г. Диденко, А. А. Матюхиным, М. К. Сулейменовым, А. И. Худяковым и другими создал первое в Казахстане негосударственное учебное заведение – Алма-Атинский юридический колледж (впоследствии Академия юриспруденции – «Высшая школа права “Адилет”»).

Юрий Григорьевич является партнером известной казахстанской юридической фирмы “Aequitas”, арбитром Арбитражной комиссии при ТПП РК, Международного третейского суда Юридического центра “IUS” (Санкт-Петербург), он не раз выступал в качестве эксперта по казахстанскому праву в Арбитражном институте Торговой палаты г. Стокгольма, в Международном арбитражном суде МТП (Париж), в Центре по разрешению инвестиционных споров (Вашингтон) и др.

На протяжении нескольких десятилетий профессор Басин является членом научно-консультативного совета при Верховном Суде КазССР, а затем – при Верховном Суде РК.

Юрий Григорьевич состоит членом рабочих групп по подготовке проектов ГК РК, десятков других законов, как арбитр он эффективно совмещает законотворческую, преподавательскую работу с деятельностью юриста-практика, третейского судьи, разрешающего конкретные споры. Арбитражные решения, принятые Юрием Григорьевичем либо с его участием – это своего рода комплексные заключения по сути спора, решения-прецеденты, некоторые из них, будучи опубликованными, служат примерами для рассмотрения аналогичных дел.

Поистине энциклопедические знания в области юриспруденции, огромный авторитет иногда ставят правовые заключения профессора Басина, данные им по конкретным делам, рассматриваемым государственными судами и арбитражами, вровень с нормативными актами. Это особенно актуально в периоды отсутствия законодательной базы по определенным вопросам или наличия пробелов в ней.

Несмотря на возраст, – 28 марта 2004 г. профессору Басину исполняется 81 год, – Юрий Григорьевич по-прежнему обладает потрясающей работоспособностью, чему можно только позавидовать, и дай Бог ему жизненных сил, здоровья и долголетия.

Кандидат юридических наук, доцент КазГЮУ, докторант

юридического факультета СПбГУ

Игорь Грешиников

Общие положения

Гражданское право как отрасль права¹⁶

§ 1. Понятие гражданского права

Еще со времен римского права юридические нормы, регулирующие общественные отношения, условно делились на публичные и частные. Поэтому принято разделение всей совокупности правовых норм на **публичное и частное право** (*jus publicum* и *jus civile* или *jus privatum*). Во многих государствах такое деление применяется и поныне.

Публичное право регулирует отношения, затрагивающие государственные или общественные интересы. Этому праву свойствен метод приказного и запретительного регулирования отношений, а также возможность вмешательства в частные дела государства в лице управленческих, правоохранительных или иных властных органов.

¹⁶ Печатается по: Гражданское право. Учебник для вузов (Академический курс) Т. 1 / Отв. ред. М. К. Сулейменов, Ю. Г. Басин. Алматы: КазГЮУ, 2000. С. 13–31.

Частное право, напротив, охватывает отношения, затрагивающие частные обособленные интересы, возможности и необходимость защиты которых определяются их носителями без вмешательства государства.

Гражданское право Республики Казахстан в полной мере опирается на основные принципы частного права, хотя и отличается своими особенностями, отражающими современное общественное и экономическое состояние страны, ее исторический опыт и национальные традиции.

В существующей правовой системе (совокупности всех юридических норм) Республики Казахстан гражданское право – одно из основных и ведущих звеньев, именуемых отраслями права. Как и другие отрасли, гражданское право опирается на Конституцию Республики Казахстан, ст. 1 которой провозглашает, что высшими ценностями нашего государства являются человек, его жизнь, права и свободы.

Значение гражданского права в системе всех отраслей права Республики определяется, во-первых, ключевой ролью тех отношений, которые являются предметом его регулирования; во-вторых, широкой сферой его применения; в-третьих, его неразрывной связью с защитой имущественных и неимущественных прав и интересов личности.

В общую систему права Республики Казахстан входят, помимо гражданского, иные отрасли права – государственное, уголовное, административное и другие. Гражданское право отличается от них своими особыми признаками, характери-

зующими предмет и метод регулирования, а также основополагающими принципами.

Под **предметом гражданского права** понимается круг общественных отношений, регулируемых гражданско-правовыми нормами. Первый пункт ст. 1 Гражданского кодекса Республики Казахстан определяет: «Гражданским законодательством регулируются товарно-денежные и иные основанные на равенстве участников имущественные отношения, а также связанные с имущественными личные неимущественные отношения». И п. 2 этой же статьи: «Личные неимущественные отношения, не связанные с имущественными, регулируются гражданским законодательством, поскольку иное не предусмотрено законодательными актами либо не вытекает из существа личного неимущественного отношения».

Для гражданских имущественных отношений, регулируемых гражданским правом, характерно то, что они возникают между имущественно обособленными субъектами, не связанными взаимными правами и обязанностями властно-подчиненного характера, каждый из которых обладает собственными частными интересами (так называемые горизонтальные имущественные отношения).

Под **имущественными отношениями** понимаются отношения по приобретению и использованию имущества: вещей, прав и обязанностей по поводу вещей и иных материальных благ. Как правило, предмету имущественных отно-

шений можно дать денежную оценку.

Первыми среди имущественных отношений Гражданским кодексом названы товарно-денежные отношения, составляющие основу рыночной экономики, основу предпринимательской деятельности, ибо рыночная экономика без гражданского права невозможна; гражданское право без рыночной экономики во многом беспредметно. Даже в советские годы, когда экономика управлялась в командно-приказном вертикальном порядке, гражданское право охватывало лишь допускавшиеся в те годы товарно-денежные отношения (т. е. те группы рыночных отношений, которые разрешались в советском обществе). Недаром в теорию и практику регулирования экономики активно внедрялась концепция, исключавшая даже применение термина «гражданское право» для плановой экономики. Была выдумана даже особая правовая отрасль – «хозяйственное право», о чем будет сказано далее.

Но предметом гражданского права служат и те горизонтальные имущественные отношения, которые по сути своей не являются товарно-денежными, например, наследование, оказание бескорыстных имущественных бытовых услуг и некоторые другие. Объем их по сравнению с товарно-денежными отношениями незначителен, но в повседневной жизни они весьма ощутимы.

Статья 1 ГК называет также **личные неимущественные отношения, связанные с имущественными**. Прежде всего это – отношения, вытекающие из создания объектов

интеллектуальной собственности – произведений науки, искусства, технического творчества, средств индивидуализации участников гражданского оборота и т. п. Сами по себе эти объекты и права на них не имеют непосредственного имущественного содержания и денежной оценки. Но они, эти личные неимущественные отношения, тесно связаны с имущественными и потому попадают в сферу гражданско-правового регулирования, охраняясь средствами защиты гражданских прав.

К примеру, один из двух авторов изданной книги вновь опубликовал ее в другом издательстве под иным названием, и соавтором было обозначено другое лицо. Прежний соавтор предъявил иск о признании его соавтором переизданной книги и о лишении авторских прав вновь появившегося соавтора. Дело неоднократно рассматривалось в суде с привлечением нескольких экспертиз. Иск был удовлетворен. Следует отметить, что ни в исковом заявлении, ни в заключениях экспертов, ни в одном из судебных решений ни слова не говорилось о нарушении имущественных прав истца. Предмет спора был один: кто автор (соавтор) книги. Это право авторства было подтверждено и защищено. Однако нет сомнений, что получивший судебное подтверждение своих авторских прав истец также с полным основанием может требовать от издательства свою долю гонорара за второе издание книги, а издательство вправе требовать от ложного соавтора возврата выплаченных ему денег. Ведь связь права считаться автором

и права на авторский гонорар неразрывна.

Статья 1 ГК среди отношений, являющихся предметом гражданского права, называет также **личные отношения, не связанные с имущественными**. Например, отношения по поводу имени гражданина, его чести и достоинства, возможности выбора места жительства, неразглашения личных записей (дневники, письма), неприкосновенности изображения, телесной неприкосновенности и т. п. Подобные отношения регулируются гражданским правом при соблюдении некоторых условий: если они не регулируются другими отраслями права (например, уголовным правом), если это не противоречит существу личных неимущественных отношений (например, в сфере интимной близости).

Отнесение многих личных неимущественных отношений к предмету гражданско-правового регулирования объясняется и некоторыми дополнительными соображениями. Во-первых, без применения к ним гражданского права значительная часть таких отношений оказалась бы вообще без правового регулирования. Во-вторых, граница между личными отношениями, связанными или не связанными с отношениями имущественными, весьма условна (к примеру, и право на имя, и право на собственное изображение передаются иногда другим лицам за плату, как правило, в рекламных целях). В-третьих, наконец, личные права, даже не связанные с имущественными, в случае их нарушения могут, как правило, защищаться гражданско-правовыми средства-

ми путем предоставления потерпевшему возможности требовать денежной компенсации за причиненные страдания и переживания, прекращения нарушений либо ликвидации их последствий. Без этого личные права, не связанные с имущественными, вообще остались бы без правовой защиты, как это нередко бывало в прошлом.¹⁷

Итак, первым определяющим признаком предмета гражданского права является **имущественный и (или) неимущественный** характер составляющих этот предмет отношений.

Но сходные с ними отношения могут быть предметом регулирования других отраслей права. Налоговые отношения, например, бесспорно, носят имущественный характер, однако п. 4 ст. 1 ГК прямо говорит, что к налоговым отношениям гражданское законодательство не применяется. Поэтому для более точного определения предмета гражданского права необходим второй определяющий признак: степень властной подчиненности одного субъекта отношения другому. Если же они друг другу не подчинены и во взаимных правоотношениях не могут в силу власти, полученной от государства, давать обязательные для другого участника приказы и указания, то правоотношения строятся по гражданско-правовой модели.

Если же, напротив, государство наделило одного участ-

¹⁷ См.: Красавчикова Л. О. Понятие и система личных неимущественных прав. Екатеринбург, 1994.

ника отношений властью издавать обязательные для другого участника (других участников) приказы и указания, то правоотношения строятся по модели иных отраслей права, прежде всего – административного, финансового, но не гражданского. Это, кстати, касается не только имущественных, но и некоторых личных неимущественных отношений (например, условий перемены гражданином имени, признания решения технической задачи изобретением, получения разрешения на занятие некоторыми видами деятельности).

В юридической литературе признак взаимной неподчиненности участников гражданских правоотношений друг другу называют нередко их равноправием. Это не совсем точно, так как взаимные права не являются равными (одинаковыми), они различаются по содержанию (у покупателя по договору купли-продажи право требовать передачи купленного имущества, а у продавца – право требовать оплаты проданной вещи) и поэтому не могут быть равными. Более точно говорить о **взаимной независимости**, неподчиненности участников гражданского правоотношения, но не о равноправии. Впрочем, следует учитывать, что оба термина истолковываются однозначно.

Для характеристики отрасли права важно определить не только предмет, но и свой **гражданско-правовой метод регулирования**. Этот вопрос наиболее глубоко исследован проф. В. Ф. Яковлевым в его капитальном труде «Гражданско-правовой метод регулирования общественных отноше-

ний» (Свердловск, 1972).

Под методом регулирования принято понимать систему тех средств и способов, при помощи которых государство добивается нужного поведения участников данных отношений. В отличие от методов запретов и обязываний, общая характеристика метода гражданско-правового регулирования может быть обозначена как общедозволительность, т. е. государственная разрешаемость участникам гражданского оборота совершать любые действия, какие они желают, т. е. те, какие отвечают их интересам, кроме тех, конечно, действий, какие нарушают запреты закона либо правомерные интересы других лиц.

Метод в основном определяется предметом. Разрешено все, кроме того, что в установленном порядке запрещено государством. Разумеется, встречаются исключения из общего правила, но они касаются отдельных частных вопросов, не разрушая общую систему. Более конкретно отдельные способы, образующие в совокупности метод гражданско-правового регулирования, могут быть обозначены следующим образом:

А. Поскольку государство не навязывает своей воли участникам правоотношений, гражданское законодательство широко использует не императивные, а диспозитивные нормы, которым придается восполнительное значение, дополняющее волю сторон, но не формирующее ее.

Б. Поскольку государство применяет общедозволитель-

ный, но не обязывающий метод регулирования, как в части возникновения (изменения, прекращения) правоотношений, так и в части их содержания, и стороны юридически взаимонезависимы, они могут вступать в правоотношения лишь по своей свободно выраженной воле и определять их содержание по взаимному добровольному согласию, выраженному в заключенном ими договоре. Поэтому **инициатива участников** является ведущим мотивом вступления в гражданские правоотношения, а **свободный договор** служит основным способом их регулирования.

В. Регулируя гражданские отношения, государство обеспечивает защиту прав и правомерных интересов их участников от нарушений путем восстановления нарушенного состояния либо имущественной компенсации потерь, вызванных нарушением. При этом выбор возможного средства защиты и его фактическое применение зависят от воли субъекта, пострадавшего от нарушения.

Г. Поскольку гражданское право обеспечивает защиту частного, но не публичного интереса, метод его защиты направлен на имущество нарушителя, а не на его личность.

Д. Поскольку стороны не подчинены друг другу либо более высокой общей государственной структуре, а исполнение обязанностей, равно как ответственность за нарушение, должны обеспечиваться принуждением, основным органом защиты является суд.

Таковы элементы метода гражданско-правового регули-

рования.

Опираясь на понятия предмета и метода гражданского права, можно вывести его определение.

Гражданское право как отрасль права – это совокупность юридических норм, регулирующих общедозволительным методом имущественные и близкие к ним личные неимущественные отношения между юридически неподчиненными друг другу имущественно обособленными субъектами.

§ 2. Отличие гражданского права от смежных отраслей права

Отличие гражданского права от смежных правовых отраслей проводится по тем признакам, какие определяют понятие и специфику гражданского права. Прежде всего – по предмету. Все отрасли права, не регулирующие имущественные отношения (например, **уголовное право, административное право, процессуальное право**), четко отграничиваются от гражданского права по предмету регулирования. Там же, где другие отрасли права охватывают имущественные отношения, размежевание проводится по методу правового регулирования. Общая граница определяется по основным признакам отличия частного от публичного права. Правоотношения, которые носят публичный характер и участники которых находятся в неравном положении (вла-

сти и подчинения), а метод регулирования носит не общедозволительный, а запрещающий либо обязывающий характер, относятся к публичным (но не гражданским) правоотношениям.

Переход к рыночной экономике, отказ государства от монополистической роли собственника, основного производителя, распределителя и поставщика выпускаемой в стране продукции и от запрета частных экономических отношений ведет к расширению сферы общественных отношений, регулируемых гражданским правом. Земельные отношения, ранее полностью подчиненные самостоятельной отрасли – **земельному праву**, с разрешением частной собственности на землю и выходом на рынок права землепользования превращаются в отдельный раздел гражданского права. Гражданское право все глубже проникает в **трудовые, семейные, природно-ресурсные отношения**. Все это происходит в рамках процесса глобального разделения правовой системы государства на публичное право, защищающее государственные и общественные интересы, и частное право, обеспечивающее удовлетворение и защиту частных интересов.

Специально остановимся на размежевании между **гражданским и предпринимательским правом**.

Гражданское право определяет общие начала правового регулирования всех рассмотренных выше правоотношений как находящихся, так и не находящихся в сфере предпринимательской деятельности. Такая деятельность определена

ст. 10 ГК в качестве инициативной деятельности граждан и юридических лиц, направленной на получение чистого дохода путем удовлетворения спроса на товары (работы, услуги), осуществляемой от имени, за счет, под риск и под имущественную ответственность предпринимателя. Предпринимательская деятельность осуществляется по спросу рынка, для удовлетворения рынка и по условиям, определенным рынком.

Но гражданское право, как уже отмечалось, охватывает и внепредпринимательские отношения, удовлетворяющие бытовые, личные, семейные, материальные и духовные потребности субъектов гражданского права – как предпринимателей, так и не предпринимателей на любой стороне правоотношения. Тем не менее в правовой научной и не очень научной литературе стран СНГ иногда высказывается мнение, что гражданское и предпринимательское (название условное, его именуют также как «хозяйственное», «торговое», «коммерческое») – это разные обособленные отрасли права.

Подобные высказывания являются продолжением острой полемики, которая десятилетиями велась в правовой литературе бывшего СССР, где при энергичной поддержке власти широко распространилась концепция так называемого «хозяйственного» права. Ее сторонники доказывали, что плановая экономика, которая в те годы была господствующей, требует принципиально иного правового регулирования, далекого от гражданского права, вместо которого пыта-

лись внедрить сконструированное ими «хозяйственное право». Такое право, по мнению сторонников концепции, отличалось тем, что включало все нормы, регулировавшие плановые хозяйственные отношения: и вертикальные – по управлению хозяйством, и горизонтальные – между непосредственными участниками хозяйственных отношений, и даже внутривозрастные – между подразделениями юридических лиц. В одной отрасли были смешаны и разные предметы, и разные методы, и даже разные субъекты. Гражданское право, по мнению сторонников концепции хозяйственного права, должно регулировать только отношения с участием граждан. Поэтому настойчиво выдвигалось предложение принять, наряду с Гражданским, Хозяйственный кодекс.

Изменилась экономическая и политическая система страны, экономика перешла на рыночную основу, однако бывшие сторонники хозяйственного права и сейчас еще с изменившейся аргументацией пытаются доказать двухсекторность правового регулирования горизонтальных экономических отношений. Никаких вертикальных и внутривозрастных отношений уже нет. Ссылаются на то, что в некоторых развитых европейских и азиатских государствах (Германия, Франция, Япония и др.), наряду с гражданскими, действуют торговые кодексы. Аналогичные высказывания такого рода выдвигались отдельными зарубежными консультантами и в Республике Казахстан.

Ясно, что эти доводы не имеют под собой серьезного на-

учного или практического основания. Зарубежные торговые кодексы, принимавшиеся, как правило, в XIX в., являлись сборниками законов, которые на гражданско-правовой основе определяли особенности правового регулирования отношений в отдельных сферах предпринимательской деятельности (прежде всего – рынок ценных бумаг, корпоративное и морское право). Во многих европейских государствах, в до-революционной России не было и нет торговых кодексов.

Правовая система Казахстана также не знает такой отрасли, как хозяйственное (или предпринимательское, или торговое, или коммерческое) право. В то же время гражданско-правовые нормы учитывают особенности предпринимательства, устанавливая для них специальные правила, повышающие уровень защиты интересов потребителей, применение предпринимательского риска, необходимость определенного государственного контроля за рынком и т. п. Это находит прямое выражение, например, в ряде статей ГК (10, 11, 36, 38, 41, 359, 360, 387, 389 и др.), в законах, непосредственно направленных на регулирование предпринимательской деятельности.

Вместе с этим юридическому лексикону известен термин **«предпринимательское (коммерческое, торговое) право»** – **«Business Law»**. Этим термином называются сборники законов или литературные источники, посвященные правовому регулированию отдельных отраслей предпринимательства в комплексе их частных и публичных эле-

ментов. Например, Theory and Problems of College Business Law by Rober Rosenberg and William Gott. New York, 1977; Business Law by Paul Dobson and Clive M. Schmitthoff. London, 1991. Здесь проводится не отделение одной отрасли права от другой, а, напротив, комплексное объединение с целью всестороннего изучения и правильного практического применения.

§ 3. Принципы гражданского права

Под **принципами гражданского права** следует понимать его основные начала, т. е. основополагающие идеи, сформулированные законом или вытекающие из смысла его предписаний, содействующие правильному пониманию содержания и текстуального выражения гражданско-правовых норм, их адекватному толкованию, разрешению противоречий между ними, помогающие восполнять пробелы законодательства.

Принципы гражданского права Республики Казахстан коренным образом отличаются от принципов, на которых строилось советское гражданское право. Выражая характер существовавших тогда общественных отношений и ориентируясь на их укрепление и защиту, гражданское право советского периода было построено на таких принципах, как верховенство государственной собственности перед всеми ее негосударственными видами и формами, обязательность

подчинения спускаемому сверху плановому заданию при заключении, толковании и исполнении гражданско-правового договора, недопустимость конкуренции в экономических отношениях и т. п. Все эти принципы отражали централизованную, командно-приказную систему регулирования экономикой и ушли в прошлое вместе с этой системой.

Сегодня уже можно назвать такие принципы гражданского права, как:

равенство правового статуса субъектов гражданско-правовых отношений;

неприкосновенность собственности;

свобода гражданско-правового договора;

невмешательство государства и всех третьих лиц в частные дела и личную жизнь;

защита предпринимателей и потребителей как основных субъектов гражданско-правовых отношений;

защита прав и правомерных интересов кредитора;

защищенность гражданских прав.

Указанным принципам соответствуют (должны соответствовать) все гражданско-правовые нормативные акты, прежде всего – Гражданский кодекс Республики Казахстан. Перечисление большинства из них содержится в ст. 2 ГК, которая так и называется «Основные начала гражданского законодательства». Все эти принципы неразрывно связаны между собой, дополняют друг друга и представляют единую органическую систему.

Рассмотрим их.

Равенство субъектов гражданско-правовых отношений обусловлено общеметодологической предпосылкой: субъектами гражданских правоотношений становятся неподчиненные друг другу субъекты, которые законом признаются равными и в приобретении, и в осуществлении, и в защите гражданских прав, равными в обязанностях и в ответственности за их нарушение. Никто из субъектов гражданского права не вправе приказывать друг другу и потому в основе их отношений лежит взаимное соглашение. Более конкретно равенство субъектов означает:

государство или его административно-территориальные единицы, вступая в гражданские правоотношения, не имеют каких-либо преимуществ либо привилегий перед своими гражданско-правовыми партнерами – гражданином или юридическим лицом;

юридические лица в любой их организационной форме приравниваются в качестве субъектов гражданских правоотношений к физическим лицам;

иностранцы граждане и иностранные юридические лица приобретают такие же гражданские права и обязанности и в таком же порядке, что и казахстанские граждане и юридические лица.

Некоторые исключения из такого равенства возможны лишь в силу прямых предписаний законодательных актов (см., например, Указ Президента Республики Казахстан,

имеющий силу Закона, от 19 июня 1995 г. «О правовом положении иностранных граждан в Республике Казахстан»¹⁸).

Неприкосновенность собственности. Важность данного принципа вытекает из того, что собственность является фундаментом всей экономической системы страны. Данный принцип подчеркивает отказ от прежних установлений, позволявших государству вмешиваться во все отношения, связанные с негосударственной собственностью. Поэтому принцип неприкосновенности нашел закрепление и в Конституции Республики Казахстан (ст. 6 и 26).

Неприкосновенность собственности означает прежде всего признание за собственником возможности использовать свое имущество по личному свободному усмотрению для достижения любой, не запрещенной законом, цели (ст. 188 ГК). Это также означает недопустимость принудительного прекращения права собственности независимо от того, выплачивается или не выплачивается собственнику какая-либо компенсация. Должно действовать непременное правило: принудительное прекращение собственности допустимо лишь при наличии на это оснований, непосредственно предусмотренных законом (см., например, ст. 249). Недостаточно поэтому ссылки на то, что прекращение права собственности допустимо лишь по решению суда. Само решение должно опираться на точное законное основание.

Возможности собственника, конечно, не беспредельны,

¹⁸ См.: Ведомости Верховного Совета РК. 1995. № 9–10. Ст. 68.

но пределы четко ограничиваются законом: законодательные запреты (например, при использовании собственного оружия либо опасных веществ), недопустимость использования собственности, ведущей к нарушению прав и законных интересов других лиц, ограничения прав собственника распоряжаться некоторыми принадлежащими ему вещами (исторические и культурные ценности, иностранная валюта и т. п.). Но подобные запреты и ограничения применимы только в качестве мер защиты публичных интересов.

Помимо права собственности гражданское законодательство предусматривает некоторые другие вещные права, позволяющие их обладателю непосредственно использовать предоставленное ему имущество в своих интересах: право землепользования (Указ о земле), право хозяйственного ведения (ст. 195–201 ГК), право оперативного управления (ст. 202–208), право на жилище (ст. 194 ГК; Закон о жилищных отношениях и др.). Такие права, в отличие от прав собственности, всегда производны, над обладателями подобных вещных прав стоит собственник имущества. Границы правомочий таких вещных прав устанавливаются, как правило, не только законодательством, но и волей собственника.

Одним из важнейших принципов гражданского права является **свобода договора** (кроме ст. 2 см. также ст. 380 ГК). Это означает, что любое лицо по своему усмотрению и без принуждения извне вправе:

заключать (или не заключать) тот или иной договор;

выбирать партнера, с которым он желает заключить договор;

выбирать вид договора;

определять условия договора.

При этом, конечно, следует учитывать, что и договорный партнер обладает такими же правами. Поэтому подлинно гражданско-правовым договором может признаваться лишь добровольное и взаимно принятое соглашение. С принципом свободы договора нельзя смешивать ограничения, которые возложили на себя сами участники договора, вступая в него. Подобные самоограничения становятся обязательными, и односторонний отказ от них недопустим. Свобода договора, но не свобода от договора. Pacta sunt servanda – договоры должны исполняться.

Продавец какого-либо товара, например, как правило, вправе вступать в договор с покупателем, по своей воле соглашаться или не соглашаться с условиями договора при его заключении. Никто не вправе принудить продавца к принятию того или иного решения. Но если решение принято и продавец заключил договор на определенных условиях, то они становятся для него обязательными, и в дальнейшем он не вправе, ссылаясь на свободу договора, односторонне отказаться от его выполнения, изменять его условия и т. п. Об этом прямо говорится в ст. 401 ГК.

Свобода договора имеет еще одну границу в форме законодательных запретов либо императивных предписаний пра-

вовых норм. Если законом запрещено совершать какие-либо действия (например, продажу оружия или наркотиков), то, разумеется, такие действия нельзя включать в договор в качестве его условия, хотя бы обе стороны были на него согласны. Договоры, содержащие подобные условия, должны признаваться недействительными по ст. 158 ГК.

Известно, что некоторые нормы гражданского законодательства носят императивный характер, т. е. должны применяться в обязательном порядке. Среди них могут быть нормы, ограничивающие свободу договора для защиты более слабой стороны, ограничения монополизма, борьбы с недобросовестной конкуренцией, защиты потребителей и т. п. Условия, предусмотренные императивными законодательными нормами для данного вида договоров, обязательно входят в содержание каждого конкретного договора данного вида, независимо от того, включили или не включили стороны эти условия в текст своего договора.

Свобода договора заключается также в возможности заключать любые по содержанию договоры, независимо от того, предусмотрены они законодательством или не предусмотрены. Возможны также договоры, содержание которых охватывает элементы нескольких договорных видов (ст. 7 и 380 ГК). Важно лишь, чтобы все условия договоров не нарушали запретов и ограничений, установленных законодательством (ст. 381 ГК).

Необходимость защиты публичных интересов также вно-

сит поправку в пределы применения принципа свободы договора: подконтрольность совершения валютных операций, запреты отказывать в заключении публичных договоров либо неравным образом определять их условия для разных клиентов (ст. 387 ГК), лицензирование некоторых видов деятельности.

Следующим принципом гражданского законодательства можно назвать **недопустимость вмешательства кого-либо в частные дела и личную жизнь**. Этот принцип распространяется на гражданские правоотношения в той мере, в какой они носят личный имущественный или неимущественный характер. В ранее действовавшем Гражданском кодексе он (принцип) был отражен весьма слабо и касался лишь защиты чести и достоинства, тайны личных записей, дневников и писем. В действующем казахстанском гражданском праве этот принцип получил значительное развитие. Он закреплён также Конституцией Республики Казахстан (ст. 18 ГК).

Недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела означает запрет органам власти и управления, родителям, служебным руководителям и другим лицам влиять на то, как дееспособные граждане или юридические лица распоряжаются своим имуществом, делят свою прибыль, используют доходы. Не требуется получения чьих-либо разрешений, выяснения согласия, предоставления информации, если подобного рода требования не установлены законом.

Запрещено требовать предоставления сведений, составляющих личную, семейную и коммерческую тайну.

Недопустимость вмешательства кого-либо в частные дела означает также запрет на вторжение в чужую личную жизнь, в чужие отношения. Об этом говорят многие статьи ГК, прежде всего ст. 2, 115, 125, 144, 146 и др.

К числу принципов гражданского права можно отнести **защиту прав предпринимателей и потребителей**. На первый взгляд между названными субъектами гражданских правоотношений существует полярная противоположность интересов, и потому защита одних не совпадает с защитой других – напротив, одних (потребителей) нужно защищать от других (предпринимателей). Но это сугубо поверхностное суждение. При бесспорных отдельных расхождении защищенность подлинных интересов и предпринимателей, и потребителей ведет к одной конечной цели – развитию предпринимательства, которое не может осуществляться иначе, чем через все более полное удовлетворение интересов и нужд потребителей. Это – полное удовлетворение интересов потребителей – как раз и составляет главную задачу цивилизованной экономики. Но, конечно, конкретные средства непосредственной защиты интересов предпринимателей, с одной стороны, и потребителей – с другой, во многом различны.

Предприниматели нуждаются в упрощении порядка образования предпринимательских структур, свободе предпри-

нимательской деятельности, недопустимости необоснованных проверок и ненужного государственного контроля, сохранении коммерческой тайны, справедливом налогообложении. Именно на это направлена ст. 10 ГК, иные законы, содержащие гражданско-правовые нормы: от 11 декабря 1990 г. «О свободе хозяйственной деятельности и развитии предпринимательства»; от 4 июля 1992 г. «О защите и поддержке частного предпринимательства»; от 19 июня 1997 г. «О государственной поддержке малого предпринимательства»; от 19 июня 1997 г. «Об индивидуальном предпринимательстве»; от 31 марта 1998 г. «О крестьянском (фермерском) хозяйстве»; Указы Президента Республики Казахстан от 14 июня 1996 г. «О дополнительных мерах по реализации государственных гарантий свободы предпринимательской деятельности»; от 6 марта 1997 г. «О мерах по усилению государственной поддержки и активизации развития малого предпринимательства»; от 27 апреля 1998 г. «О защите прав граждан и юридических лиц на свободу предпринимательской деятельности», и др.

Однако свобода предпринимательства без государственного регулирования может привести к монопольному положению некоторых из предпринимателей и их объединений, к ограничению конкуренции и к другим негативным последствиям, нарушающим в итоге интересы потребителей. Поэтому законодательством, в том числе гражданским, вводятся меры, направляющие развитие предпринимательства

в нужное для общества русло, даже если это ограничивает их свободу (особенно свободу, переходящую в произвол). Здесь можно назвать ст. 11, 387, 389 ГК, законы: от 11 июня 1991 г. «О развитии конкуренции и ограничении монополистической деятельности», от 9 июля 1998 г. «О естественных монополиях» и другие нормативные акты. Закон запрещает под видом коммерческой тайны скрывать информацию по вопросам, имеющим важный публичный интерес (например, п. 7 ст. 41 ГК, ст. 23 Закона «О защите и поддержке частного предпринимательства»).

Закон возлагает на предпринимателя риск убытков, могущих возникнуть в ходе предпринимательства даже без вины предпринимателя (например, п. 1 ст. 10, п. 2 ст. 359, ст. 360 ГК, ст. 1 Закона «О защите и поддержке частного предпринимательства»). Не менее полно гражданское законодательство защищает интересы потребителей. Здесь можно назвать множество гражданско-правовых норм, например, ст. 10, 358, 387 и 389 ГК. Сохраняет полную силу Закон «О защите прав потребителей», принятый еще 5 июня 1991 г. Если интересы потребителей очень часто грубо нарушаются, то виной тому – не отсутствие законодательных средств защиты, а то, что они на практике применяются недостаточно.

К принципам гражданского права с полным основанием следует отнести принцип **защиты прав и правомерных интересов кредиторов**. Кредитор – необходимая фигура всякого гражданского обязательства и, как правило, потер-

певшая сторона при всяком его нарушении. Пренебрежение интересами кредитора и защитой его интересов неизбежно ведет к ослаблению гражданско-правового оборота, ибо гасится инициативное стремление к вступлению в обязательство и его надлежащему исполнению.

Защита кредитора прежде всего проявляется в возложении на должника всех неблагоприятных последствий неисполненного или ненадлежаще исполненного обязательства, в широко распространенном освобождении кредитора от риска случайного неисполнения обязательства и от бремени доказывания вины должника, нарушившего свои обязанности перед кредитором. Особенно четко защита интересов кредитора проявляется при нарушении денежного обязательства. Для такой защиты ГК устанавливает ответственность должника, не исполнившего в срок денежное обязательство, в форме взыскания неустойки за каждый день задержки возврата денег (ст. 353). При уменьшении хозяйственным товариществом суммы уставного капитала кредиторы вправе потребовать досрочного прекращения товарищества или исполнения соответствующих обязательств (ст. 59 ГК). Требование о прекращении обязательства, соединенное к тому же с солидарной ответственностью должников, может быть предъявлено к ним кредитором при их реорганизации (ст. 48 ГК), перемена должника в обязательстве требует согласия кредитора (ст. 348 ГК).

Весьма распространенным способом уклонения от пога-

шения долга кредитору являются действия должника, направленные на то, чтобы путем различных махинаций с имуществом уклониться от исполнения обязанностей и от реальной ответственности за это.

Для пресечения подобного поведения должника п. 3 ст. 158 ГК предусматривает недействительность сделки, совершенной должником с намерением уклониться от исполнения обязательства, а п. 5 ст. 350 гласит: «Кредитор вправе признать недействительным любое действие должника, а также собственника его имущества, если докажет, что оно совершено с целью уклониться от ответственности за нарушение обязательства».

Следует назвать и такой принцип, как **защищенность гражданских прав**. Разумеется, защищенность – это атрибут всякого права, без которого оно теряет главное свое качество, а предусматривающая его юридическая норма превращается в фальшивую декларацию. Конституция Республики Казахстан подчеркивает право граждан на защиту своих прав (ст. 13). Но средства защиты гражданских прав обладают своей спецификой, вытекающей из предмета и метода гражданско-правового регулирования. Эта специфика заслуживает рассмотрения в качестве принципа гражданского права.

Гражданский кодекс и другие акты гражданского законодательства уделяют первостепенное внимание не просто формулировке гражданско-правовых норм, но и уста-

новлению санкций за их нарушение, созданию системы мер, которые различными путями обеспечивают реализацию прав, безусловную исполнимость обязанностей. Этой задаче посвящены сотни гражданско-правовых законодательных предписаний.

Общая характеристика защиты гражданских прав как системы мер, направленных на то, чтобы обеспечить неприкосновенность права, его осуществимость, восстановление в случае нарушения и ликвидацию последствий нарушения, содержится в ст. 9 ГК. (Данная статья будет рассмотрена в главе, ей посвященной.) Здесь мы остановимся только на специфике защиты, которая может быть охарактеризована, по нашему мнению, следующими основными признаками:

абсолютный характер защиты;

свобода обращаться или не обращаться за защитой;

органы защиты;

возможность предварительной защиты;

универсальные способы защиты.

Безусловно, гражданские права должны защищаться государством при любых обстоятельствах – независимо от того, предусмотрено или нет в данном конкретном случае применение конкретного средства защиты против конкретного нарушения. Если оно не предусмотрено ни в законодательстве, ни в договоре, то должно отбираться из общего арсенала.

В практике нередки случаи, когда нарушитель права пытается избежать применения к нему средств защиты, ссыла-

ясь на то, что они для такого рода нарушений не предусмотрены ни законом, ни договором. Подобные попытки являются незаконными. Например, фирма А., заключившая с фирмой Б. договор о долевом финансировании строительства до его завершения, беспрестанно затянула завершение строительства и отказывалась возвратить уже полученные деньги, ссылаясь на то, что строительство не завершено, а санкции за его задержку договором не предусмотрены. Довод не может быть признан правомерным. Задача заключалась лишь в том, чтобы найти адекватное средство защиты.

Поскольку речь идет о защите права, принадлежащего данному субъекту, то он сам определяет, применять или не применять к нарушителю средство защиты и в каком объеме (полном или неполном). В прошлом законодательство в некоторых случаях устанавливало, что привлечение должника к ответственности за нарушение обязательства – это обязанность кредитора, и если он уклоняется от ее исполнения, то сам должен привлекаться к ответственности. В настоящее время требования подобного рода недопустимы (п. 1 ст. 8 ГК). Также в п. 2 ст. 349 ГК прямо говорится: «Привлечение должника к ответственности за нарушение обязательства производится по требованию кредитора».

Даже в тех случаях, когда закон запрещает предварительное, до нарушения, предусматривать освобождение нарушителя от ответственности (например, п. 2 ст. 350, п. 3 ст. 359 ГК), после факта нарушения на нарушителя может быть воз-

ложена ответственность только по требованию потерпевшего.

Спецификой отличаются органы защиты гражданских прав. Уже упоминалось, что основным таким органом является суд, который не вправе уклоняться от принятия обращенной к нему просьбы (требования) о защите права. В ст. 13 Конституции Республики Казахстан записано: «Каждый имеет право на судебную защиту своих прав и свобод». Эта статья помещена в разделе Конституции РК «Человек и гражданин», но выраженное ею государственное обязательство применимо и к защите гражданских прав юридических лиц.

Помимо государственного суда субъект гражданского права при его нарушении может обратиться и к арбитражному (третейскому) суду. Такое обращение допускается при соблюдении некоторых материальных и процедурных условий, но если они соблюдены, то решение арбитражного суда подлежит такому же обязательному исполнению, как и решение государственного суда.

В некоторых случаях закон допускает самозащиту гражданских прав, т. е. применение потерпевшим мер защиты своего права без обращения к суду или какому-либо иному официальному органу. Например, удержание задатка (ст. 338 ГК), воздержание от исполнения встречного обязательства (ст. 284 ГК) и в некоторых других, предусмотренных законом, случаях.

В гражданских правоотношениях допустимо применение мер защиты еще до совершения правонарушения с целью его предотвращения. Это возможно, например, если принадлежащее субъекту право оспаривается другим лицом (применяется такой способ защиты, как признание права). Все более настойчиво выдвигается требование о применении средств защиты права при угрозе его нарушения, причем не только путем пресечения действий, выражающих такую угрозу (п. 1 ст. 9 ГК), но и путем компенсации затрат, понесенных владельцем права для предотвращения нарушения или устранения угрозы.

С учетом абсолютного характера защиты гражданского права законодательство выработало универсальные средства его защиты, которые применимы во всех случаях нарушений, независимо от того, предусмотрено или нет подобное средство законодательством или договором для конкретного нарушения. К таким средствам прежде всего следует отнести возмещение убытков. Отказы некоторых судей от взыскания убытков, причиненных нарушением гражданского права, по мотиву, что такое взыскание для данного нарушения законодательством или договором прямо не предусмотрено, – свидетельство их юридической неграмотности. К подобным же универсальным средствам могут быть отнесены некоторые другие меры, предусмотренные п. 1 ст. 9 ГК. Например, признание права, пресечение действий, нарушающих право, и т. п.

Но существуют и такие средства защиты гражданских прав, которые могут применяться только при наличии прямого предписания законодательства или договора. Например, это неустойка (ст. 293 ГК), задаток (ст. 337 ГК) и др.

Таковы принципы гражданского права, определяющие его основные концепции.

Вместе с этим следует учитывать, что принципы гражданского права – это категория, вырабатываемая не только прямыми указаниями закона, но и творческим трудом ученых и других специалистов. Поэтому конкретные перечни принципов, излагаемых в различных учебных и научных публикациях, не совпадают.¹⁹

§ 4. Система гражданского права

Далее определим понятие **«система отрасли гражданского права»**, под которой следует понимать находящуюся во внутренней логической связи и зависимости совокупность ее звеньев: разделов (подотраслей), институтов и норм.

Казахстанское гражданское право строится по **модели пандектной системы** (*panductae* – всеобъемлющий), основы которой были заложены еще в римском праве, а более широкое практическое воплощение эта модель нашла

¹⁹ См., напр.: Гражданское право. Т. I. М.: БЕК, 1998. С. 37–43; Гражданское право. Т. I. М.: Проспект. С. 16–22; Гражданское право России. Курс лекций. М., 1996. С. 11–13; Гражданское право Республики Казахстан. Т. I. Алматы, 1998. С. 15–25.

несколько сот лет тому назад в германском праве. Разумеется, за многие годы после первого построения этой модели в разных государствах, воспринявших ее, такая система в той или иной мере отошла от первоначального образца. В Республике Казахстан первым звеном системы служат **общие положения**, правила которых определяют круг отношений, охватываемых гражданско-правовыми нормами, соотношение этих норм по юридической силе, их действие во времени, пространстве и по лицам, условия их действительности, толкование и осуществление. В этот же раздел включаются нормы о всех видах гражданских прав, об их защите, о значении сроков в гражданском праве. Действие этих положений и норм распространяется на все последующие разделы и институты, позволяя тем самым не включать в более частные законы и частные разделы Гражданского кодекса РК правила, содержащиеся в общих положениях.

Вместе с этим следует иметь в виду, что каждый раздел (подотрасль) гражданского права имеет свои общие положения в своих более узких границах. Общие положения могут быть четко выделены в разделах «Субъекты гражданских прав», «Право собственности», «Обязательственное право» и в других разделах.

В единой же системе гражданского права после общих положений идет раздел о субъектах гражданских прав и обязанностей, их правоспособности и дееспособности (правосубъектности), основания возникновения, изменения и пре-

кращения правосубъектности. Здесь же – определение правового статуса отдельных видов субъектов гражданских прав и гражданских обязанностей, главным образом юридических лиц, о представительстве таких субъектов в сфере гражданских правоотношений.

Следующим большим разделом служит объединение юридических норм о праве собственности и иных вещных правах. Раздел охватывает понятие вещных прав, правомочия субъектов вещных прав, основания их возникновения и прекращения, особые способы защиты вещных прав от нарушений.

Самым большим разделом (подотраслью) гражданского права является обязательственное право, регулирующее правоотношения между конкретными лицами, одно из которых может требовать от другого совершения определенных действий, а другое лицо обязано исполнять такие требования.

Обязательственное право четко разделяется на общую часть, содержащую правила, подлежащие применению при регулировании всех видов обязательств, и многочисленные институты, каждый из которых регулирует отдельные виды обязательств (купля-продажа, подряд, отношения банков с клиентами, перевозки и многие другие).

Следующий раздел гражданского права охватывает так называемые внедоговорные обязательства (деликты), порожденные действиями граждан или юридических лиц, причи-

няющие ущерб другим гражданам и юридическим лицам вне договорных отношений с ними.

По принятой у нас системе за деликтами следует обширный раздел, регулирующий отношения, связанные с созданием и использованием результатов интеллектуальной деятельности; т. е. с возникновением и осуществлением права интеллектуальной собственности. Законодательство и применяемая практика различают в этом разделе два подраздела: авторское право, регулирующее отношения по созданию и использованию произведений науки, литературы и искусства, и патентное право, охватывающее использование результатов творческой деятельности в промышленности и производстве. Этот подраздел нередко именуется промышленным правом. К нему примыкают нормы о средствах индивидуализации участников гражданского оборота.

Заключительным разделом системы гражданского права служит наследственное право, регулирующее наследственные отношения, которые возникают в связи со смертью гражданина и переходом имущества умершего к его наследникам.

Специально следует выделить раздел, относящийся ко всем разновидностям гражданских правоотношений, если в них принимают участие иностранные субъекты, т. е. раздел, который можно назвать международным частным правом. Данный раздел определяет юридический статус иностранных граждан и иностранных юридических лиц, вступающих

в многообразные гражданские правоотношения с казахстанскими гражданами и юридическими лицами, а также критерий выбора применимого права, которое распространяется на эти правоотношения и по правилам которого должны разрешаться споры между их участниками.

Традиционно всю отрасль гражданского права по структуре законодательного материала и материала для изучения принято делить на две части: Общую часть, охватывающую нормы права, размещенные по вышеизложенной схеме (включая общую часть обязательственного права), и Особенную часть (от отдельных обязательственных правовых институтов до международного частного права включительно).

Технические предписания и право²⁰

Одним из существенных проявлений научно-технической революции служит широкое проникновение техники во все сферы общественной жизни. Соответственно растет объем и значение технических предписаний, с которыми сегодня сталкиваются не только специалисты на производстве, но и все граждане на работе и в быту.

Технические предписания, преимущественно в форме технических норм, определяют оптимальный режим производства, правила обращения с машинами и механизмами, требования к выпускаемой продукции и т. п. Строгое соблюдение правил эксплуатации оборудования, государственных стандартов и других технических норм будет содействовать решению основной задачи 10-й пятилетки – повышению качества и эффективности производства.

Юристы все чаще обращаются к проблематике технического нормирования, стремясь выяснить соотношение технических и правовых норм. Наметились две крайние точки зрения, одна из которых вообще отрицает за техническими нормами какое-либо юридическое значение и проводит четкую границу между нормами техническими и нормами со-

²⁰ Печатается по: Юридические науки. Вып. 6. Алма-Ата: КазГУ, 1976. С. 68–78.

циальными,²¹ другая же, напротив, склонна считать технические нормы особым видом юридических норм (во всяком случае – особым видом социальных норм), т. е. юридическими нормами с техническим содержанием.²²

Отметим прежде всего недоказательность разграничения юридических и технических норм по тому признаку, что они помещаются в разных актах и утверждаются разными органами.²³ Признак этот – сугубо формальный и к тому же весьма ненадежный. Можно привести, конечно, немало примеров, когда названное различие имеет место, но не менее просто назвать примеры противоположного характера. Акты, утверждаемые Госстроем СССР, Госстандартом СССР,

²¹ *Денисов А. И.* Теория государства и права. Юриздат, 1948. С. 398; *Шебанов А. Ф.* Нормы советского социалистического права. Изд-во МГУ, 1956. С. 7; *Недбайло А. Е.* Советские социалистические правовые нормы. Львов, 1959. С. 41–43; *Иоффе О. С., Шаргородский М. Д.* Вопросы теории права. Госюриздат, 1961. С. 124–127; *Общая теория советского права.* ЮЛ, 1966. С. 126–128; *Правовое регулирование капитального строительства в СССР.* ЮЛ, 1972. С. 25–26; *Бондаренко Э. Н.* К вопросу о соотношении социальных и технических норм // Вопросы советского права. Томск, 1974. С. 202–210 и др.

²² *Полежаий П. Т., Шелестов В. С.* О соотношении юридических и технических норм в социалистическом обществе // Советское государство и право. 1960, № 10; *Левин Б. Р.* Юридические формы государственного руководства социалистическим производством // Правоведение. 1961. № 1. С. 137; *Алексеев С. С.* Гражданское право в период развернутого строительства коммунизма. Госюриздат, 1962. С. 16–18; *Черданцев А. Ф.* Техничко-юридические нормы в советском праве. Автореф. канд. дис. 1963. С. 9; *Законодательство о капитальном строительстве.* Вып. 1. ЮЛ, 1970. С. 10–11, и др.

²³ *Правовое регулирование капитального строительства в СССР.* С. 25.

сплошь и рядом содержат и юридические, и технические нормы.

Далее можно констатировать, что все авторы, изучавшие данную проблему, не отрицают специфического характера технических норм. Даже те, кто признает их правовую природу, говорят о юридических нормах с техническим содержанием. Эта “техничность” выражается, очевидно, в том, что рассматриваемые нормы непосредственным образом определяют обращение человека (способ, границы, результат) с предметами природы в их первичном или преобразованном виде. Иначе говоря, технические нормы определяют приемы (способы) воздействия человека на предметы труда и предметные результаты, которые должны быть достигнуты этим воздействием. Технические нормы – общие предписания о средствах труда, предметах труда, приемах труда и результатах труда.²⁴ И на каком бы уровне эти нормы ни принимались, в какой бы акт они ни включались, они сохраняют свое техническое содержание.

Данным качеством рассматриваемые нормы отличаются от норм с социальным содержанием (в том числе и прежде всего – правовых норм), которые непосредственно регулируют общественные отношения, т. е. определяют взаимное поведение их участников. Технические нормы влияют на об-

²⁴ Сравни: *Черданцев А. Ф.* Понятие технико-юридических норм и их роль в формировании общественных отношений // Советское государство и право. 1964. № 7. С. 134; Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Социалистическое право. ЮЛ, 1973. С. 215.

ественные отношения косвенным образом, в той мере, в какой участники таких отношений обращаются к предметам, охватываемым данными нормами. Технические нормы не служат моделью правоотношений и непосредственно не устанавливают прав и обязанностей их участников. Если же применять здесь этот термин, то можно сказать, что техническая норма служит моделью элемента трудового процесса либо его результата.

Таково различие по содержанию. Теперь – о различии в условиях применения. Первоначально технические нормы вырабатываются, чтобы содействовать рациональному использованию предметов и средств труда в интересах субъектов, владеющих этими предметами и средствами либо применяющими их. Для этих лиц технические нормы могут иметь информационно-рекомендательное значение. Однако по мере усложнения общественных связей все большее число технических норм приобретает иной характер. Их применение оказывает влияние на интересы не только применяющего нормы субъекта, но также других лиц, на классовые интересы и т. п.

Более того, лица, пользующиеся предметами, эксплуатация которых предусмотрена техническими нормами, могут быть в их применении и не заинтересованы (например, нормы о предельных размерах вредных выбросов производства в атмосферу), но применимость их определяется более важными общественными интересами. Непосредственно воз-

действуя на отношения людей к предметам, средствам и результатам труда, технические нормы хотя и косвенным образом, но весьма существенно влияют на общественные отношения, связанные с этими предметами, средствами и результатами, что обуславливает придание им обязательного для применения принудительного характера. Такие нормы, в полной мере сохраняя свое техническое содержание, приобретают качества социальных юридических норм, становятся юридическо-техническими (или технико-юридическими) нормами.²⁵ Их количество и удельный вес в общей массе технических предписаний неуклонно возрастают, но наряду с ними сохраняются технические нормы информационно-рекомендательного характера.

Придание техническим нормам обязательной силы производится путем их утверждения в качестве обязательных надлежащим государственным органом, границы компетенции которого определяют пределы действия и, значит, сферу обязательности технической нормы как отраслевой, межотраслевой и т. п. В нормотворческой практике акты, содержащие технические нормы, именуются так же, как и акты, содержащие юридические нормы, нормативными актами или нормативными документами. Акты технического нормирования и их сборники утверждаются обычно отдельно от актов, содержащих юридические нормы. Но нередко вкрапле-

²⁵ Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Социалистическое право. С. 217.

ния технических норм в юридические нормативные акты и наоборот. В некоторых же актах трудно определить, какого рода нормы там количественно преобладают: юридические или технические. Назовем, к примеру, инструкции по разработке проектов и смет для строительства.

Юридическое качество обязательных технических норм подтверждается тем, что их соблюдение служит критерием правомерности оцениваемых действий. Так, нарушение правил техники безопасности и производственной санитарии, имевшее своим последствием причинение вреда здоровью работника, дает основание считать, что вред причинен противоправным поведением. Неправомерность действий железной дороги, не обеспечившей сохранности перевозимого груза, определяется с учетом того, соблюдались ли технические правила перевозки данного вида грузов. Грубым проступком, влекущим даже применение уголовного наказания, является нарушение государственных стандартов. Решения XXV съезда КПСС специально подчеркивают необходимость повысить ответственность хозяйственных органов, предприятий и объединений за соблюдение стандартов.²⁶

Юридикотехнические (в дальнейшем изложении – технические) нормы в общей массе правовых правил сохраняют свое обособленное положение в силу технического содержания, означающего непосредственное регулирование свя-

²⁶ Правда. 1976. 7 марта.

зи «человек—предмет», и только через это – последующее регулирование общественных связей. Именно поэтому технические нормы не могут систематизироваться по отраслям права. Отраслевое расчленение правовых норм проводится по видам общественных отношений, которые эти нормы регулируют. Предметы же регулирования технических норм одновременно связываются со многими видами общественных отношений. Поэтому соблюдение (либо, напротив, нарушение) одной технической нормы может влиять на развитие правоотношений различной отраслевой принадлежности. Соблюдение либо несоблюдение в процессе изготовления изделия требований государственного стандарта учитывается в трудовых отношениях между работником и предприятием, в административных отношениях между органами Госстандарта и предприятием, гражданских правоотношениях между поставщиком изделия и покупателем и т. п.²⁷ В каждом из подобных правоотношений содержание технической нормы позволяет конкретизировать права и обязанности участников.²⁸

Соответственно этому технические нормы, как правило, не имеют собственных санкций; при нарушении нормы применяются санкции той отрасли права, которая регулирует (ли-

²⁷ Красавчиков О. А. Юридическая природа стандарта. Всесоюзная научно-практическая конференция по правовым проблемам стандартизации качества продукции и метрологии (тезисы докладов). Изд. стандартов, 1975. С. 47.

²⁸ Алексеев С. С. Проблемы общей теории права. Свердловск, 1972. Т. 1. С. 88–89.

бо охраняет) отношения, затронутые данной нормой в данном случае.

Следует заметить, что технические нормы – это не единственный вид норм, обладающий рассмотренными выше своеобразными признаками. Подобного типа нормы широко представлены в системе общественных явлений. Непосредственно к юридико-техническим примыкают нормы, которые можно было бы назвать *юридико-организационными*: предписания о составлении всякого рода протоколов, документов, записей актов приемки продукции, записей рождения ребенка, нотариальных документов, бухгалтерских регистров, реквизитов банковских документов, форм отчетности и т. п. Помещение оттиска печати не в установленном месте носит характер технического нарушения, но если бланку документа придана обязательная сила, нарушение приобретает юридическое значение, которое может проявляться в различных правоотношениях материального и процессуального характера.

Однотипными являются правила о взаимодействии лиц в едином технологическом процессе – *юридико-технологические* нормы, которые устанавливают характер и последовательность действий участников неразрывного производственного цикла, начиная от рабочих, стоящих у одного конвейера, кончая бригадами, участками, цехами, выполняющими связанные операции по изготовлению одного конечного изделия. Здесь следует заметить, что технологические

предписания могут содержаться и в обычных технических нормах, но в последнем случае они устанавливают технологические приемы обработки изделий или выполнения каких-либо производственных операций без координации действий соисполнителей. В понятие же юридико-технологических норм мы включаем предписания по координации производственных действий нескольких (многих) участников единого технологического процесса.

Нормы технологического проектирования, типовые технологические карты, инструкции по производству того или иного вида продукции и другие аналогичные документы предписывают, на какой стадии производства и в каком виде полуфабрикаты передаются с одного участка производства на другой, какой обработке они подвергаются на каждом участке вплоть до выхода готовых к реализации изделий. Все более широкое распространение получают стандарты технологических процессов, рациональной организации производства.²⁹ Столь же строго нормируется участие в едином технологическом процессе подсобных и вспомогательных подразделений предприятия, обеспечивающих основное производство.

Некоторые нормы о внутреннем хозрасчете, принимаемые на предприятиях (в объединении) с целью четкой организации производственного процесса, также являются технологическими (однотипными техническим) нормами. Разу-

²⁹ Коммунист. 1976. № 2. С. 21.

меется, речь идет не о правилах, регламентирующих отношения работников с предприятием либо администрацией, которые относятся к нормам трудового или административного права, а о предписаниях, определяющих последовательные действия работников и внутренних подразделений по ходу развития производственного цикла. Сторонники концепции хозяйственного права, рассматривающие внутренние горизонтальные отношения между подразделениями на предприятии как обычные хозяйственные отношения, выдвинули в обоснование этого ряд конструкций внутреннего хозяйственного обязательства, внутренней поставки, внутреннего оперативного управления и даже внутреннего юридического лица.

Внутрихозяйственные горизонтальные отношения, однако, не наполнены реальным юридическим содержанием, тем более они не могут быть хозрасчетными в понятии эквивалентно-возмездном, ибо цех, передавая в следующий цех для дальнейшей обработки сырье, полуфабрикаты, детали и т. п., не получает встречного предоставления. Лишь в учетных регистрах выполненная операция фиксируется стоимостными либо иными показателями. Только там, где производственная единица выделена на отдельный баланс, имеет свой счет в банке и получает от другой производственной единицы того же предприятия (объединения) за переданные изделия, выполненные работы, либо оказанные услуги, установленные платежи (хотя бы и по не вполне эквива-

лентным, так называемым расчетным ценам), можно говорить о реальных хозрасчетных правоотношениях. При отсутствии этих условий взаимные отношения внутренних подразделений в значительной своей части носят характер согласованных технологических действий, а нормы, обеспечивающие такое согласование, являются юридико-технологическими нормами, нарушение которых влечет ответственность участников технологического процесса перед тем, кто этим процессом управляет.

Таковы *общие технические предписания* в их соотношении с правом. Но наряду с ними регуляторами производственного процесса и вообще регуляторами технических действий могут быть также *индивидуальные технические предписания*. И технические нормы, и индивидуальные технические предписания направляют поведение людей в процессе их воздействия на средства и предметы труда, но если технические нормы делают это абстрактным образом, определяя общую меру поведения в принятых условиях, индивидуальные технические предписания содержат либо единичные решения для конкретных условий, либо команду начинать, изменять, прекращать действия в процессе технической деятельности. Типовой проект, например, устанавливает, каким образом и из каких материалов должны строиться все здания данного типа, – это техническая норма. А при привязке проекта к определенному участку строительства предусматривается, что в соответствии с рельефом участка

и характером почвы глубина фундамента сооружаемого дома должна составлять столько-то метров и столько-то сантиметров. Это – индивидуальное техническое решение, столь же обязательное для исполнителей (строительной организации, заказчика), если проект надлежащим образом утвержден, как и требования типового проекта.

Индивидуальным техническим предписаниям свойственны многие признаки общих технических предписаний, т. е. технических норм. Так же, как и нормы, рассматриваемые индивидуальные предписания имеют техническое содержание. Как и нормы, они приобретают обязательный характер (т. е. юридическое качество) после утверждения компетентным управляющим органом или издаются в порядке, установленном таким образом. Границы обязательности определяются границами компетенции названного органа. Неутвержденные индивидуальные предписания носят информационно-рекомендательный характер. Неисполнение индивидуального технического предписания, имеющего обязательную силу, рассматривается как правонарушение и может повлечь (в зависимости от вида предписания и последствий нарушения) административную, дисциплинарную, имущественную или уголовную ответственность.

Поскольку техническое содержание индивидуальных предписаний (равно как и норм) заключается в воздействии на отношения к средствам, предметам и результатам труда, такие предписания применяются чаще всего в процессе

труда либо в виде прямых распоряжений исполнителям начинать, изменять, прекращать трудовой процесс, прилагать конкретные усилия на конкретном участке и т. п., либо в виде указаний и команд, координирующих действия соучастников общего технологического процесса (графики, распоряжения диспетчера, оператора, индивидуальные технологические карты, сигналы автомата, приказы ЭВМ при автоматизированном управлении производственным процессом и пр.). А такой, например, сложный технический документ, как сетевой график многозвенного и многоэтапного производственного процесса, представляет собой целую систему индивидуальных технических предписаний.

Индивидуальные технические предписания применимы и в других случаях необходимой координации действий лиц, поведение которых связано с техникой, хотя бы и за пределами производства. Команде светофора начинать и прекращать движение подчиняются одновременно сотни водителей транспорта и пешеходов.

По мере развития техники и расширения областей ее использования будут, очевидно, раздвигаться границы применения индивидуальных технических предписаний, будет расти их значение. Имеются основания предполагать повышение роли индивидуальных технических предписаний в связи с применением автоматизированных систем управления и широким внедрением в производственные и хозяйственные процессы машинных решений.

Индивидуальные технические предписания являются важной формой, направляющей действия людей в их обращении с техникой, со средствами и предметами труда. Изучение природы таких предписаний и их реального значения поможет решению задач, выдвигаемых развитием технического прогресса.

Договорные институты в особенной части гражданского кодекса Республики Казахстан³⁰

1. Как известно, Общая часть гражданского права, в основе которой лежит Общая часть Гражданского кодекса, содержит общие принципы и общие правила регулирования договорных отношений, а Особенная часть – правила, отражающие особенности отдельных видов договоров.

Принятая в 1994 г. Общая часть Гражданского кодекса Республики Казахстан (далее – ГК) в достаточной мере уделяла внимание регулированию договорных отношений: понятию гражданско-правового договора, его общим признакам, содержанию, порядку его заключения в требуемой форме, основаниям и последствиям признания его недействительным, его изменению и прекращению. Это позволяло решать многие вопросы, возникавшие между участниками договорных отношений в условиях реформируемой казахстанской рыночной экономики.

Но затруднений в правовом регулировании таких отно-

³⁰ Печатается по: Договор в гражданском праве: проблемы теории и практики. Т. 2. Материалы Международной научно-практической конференции, посвященной 5-летию образования НИИ частного права КазГЮА (в рамках ежегодных цивилистических чтений). Алматы, 6–7 апреля 2000 г. / Отв. ред. М. К. Сулейменов. Алматы: КазГЮА, 2000. С. 3–7.

шений оставалось еще немало потому, что Особенная часть Гражданского кодекса, охватывающая отдельные виды договоров, сохранялась, практически почти неизменной с 1963 г. и исходила из дореформенной экономики, централизованно управляемой в планово-приказном порядке.

Положение несколько улучшилось с признанием в 1993 г. на территории Республики Казахстан действия Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик, но этого было явно недостаточно. Динамично развивающаяся в новых политических и экономических условиях экономика требовала введения новых юридических методов регулирования взаимоотношений хозяйственных партнеров, но закон не оказывал здесь нужной помощи. Такие методы неизбежно появлялись волею договорных сторон. Это не нарушало требований закона, ибо ни прежний, ни ныне действующий Гражданский кодекс не устанавливают исчерпывающего закрытого перечня договоров. Могут быть и такие, какие прямо законом не предусмотрены, их условия стороны определяют самостоятельно. Требуется лишь, чтобы они не нарушали запретов закона. Но подобные договоры, как правило, упускают многие нужные детали, что нередко негативно сказывается в дальнейшем, особенно при возникновении конфликтных ситуаций либо умелого навязывания одним хозяйственным партнером своей воли другому.

Лишь введение в действие Особенной части Гражданского кодекса Республики Казахстан (с 1 июля 1999 г.) созда-

ло более или менее удовлетворительную правовую базу для определения специфики правового статуса многих конкретных договоров.

Особенная часть Гражданского кодекса охватывает значительно большее количество договоров, нежели их было в Особенной части ГК 1963 г. Используя опыт правового регулирования экономических отношений, накопленный в других государствах, Особенная часть ГК включила в свои границы и такие договоры, которые ранее вообще не предусматривались нашим гражданским законодательством: доверительное управление, факторинг, франчайзинг, лизинг, рента. В то же время ряд договоров, которые в ГК 1963 г. рассматривались как самостоятельные виды обязательства, в Особенной части ГК лишены этого статуса и включены в состав других договоров в качестве их разновидностей: поставка, контрактация, подряд на капитальное строительство и некоторые другие.

Объясняется это тем, что в советский период названные виды выделялись только одним признаком: их особенно тесной связью с жестким, приказным, вертикальным планированием.

Вместе с этим в рамки одного договора текст ГК нередко включает несколько его разновидностей, объединяемых общими родовыми чертами. Например, в рамках договора купли-продажи – розничная купля-продажа, поставка, контрактация, энергоснабжение, продажа предприятия; в рамках до-

говора имущественного найма (аренды) – лизинг, аренда предприятия, аренда зданий и сооружений, аренда транспортных средств, прокат; в рамках договора подряда – особенности бытового подряда, строительного подряда, подряда на проектные и изыскательские работы, подряда на научно-исследовательские, опытно-конструкторские и технологические работы и т. д.

Поэтому глава ГК, регулирующая отношения по такому «многосекторному» договору, как правило, открывается параграфом «Общие положения».

2. И здесь следует отметить важную структурную закономерность всего Гражданского кодекса. В тех границах, в которых выделяется Общая и Особенная части всего закона в целом, его разделов и отдельных глав, нормы соответствующей Особенной части, отражающие специфику отдельных институтов и аналогичных нормативных образований, имеют приоритет при установлении несовпадений содержания перед нормами соответствующей Общей части. Нормы Особенной части всего Кодекса – перед нормами его Общей части, нормы особенной части раздела – перед нормами общей части раздела, нормы особенной части главы – перед общими положениями главы и т. п.

Например, статья 401 ГК допускает одностороннее расторжение договора при его существенном нарушении другой стороной, а статья 627 устанавливает права заказчика в любое время отказаться от договора подряда, не связывая это с

нарушением договора подрядчиком. Статья 404 ГК требует при одностороннем отказе от договора уведомления об этом другой стороны не позднее, чем за месяц. А статья 852 ГК предусматривает необходимость предварительного уведомления при одностороннем расторжении договора поручения лишь тогда, когда поверенный действует по этому договору в качестве предпринимателя.

А вот пример из главы, регулирующей один договор подряда. Статья 116 (из общих положений главы) предусматривает, что работа выполняется за риск подрядчика, а статья 652 устанавливает, что в договоре строительного подряда значительная доля риска перекладывается на заказчика.

Обычно отмеченная закономерность подтверждается непосредственно текстом нормы из Общей части. Но мы полагаем, что она (закономерность) должна применяться и при отсутствии текстуального подтверждения, если, конечно, общей нормой не установлен прямой запрет на исключения.

Вместе с этим следует учитывать, что отдельные конкретные виды договоров регулируются не только особенной частью договорного права, но и другими разделами Гражданского кодекса Республики Казахстан, прежде всего, разделом V «Право интеллектуальной собственности». Да и в Общей части Гражданского кодекса содержатся некоторые виды таких договоров: учредительный, о совместной деятельности, о залоге, о гарантии, о поручительстве и т. п.

Некоторые виды договоров предусмотрены иными актами

законодательства, например, Законом «О жилищных отношениях».

Как же здесь производится расстановка приоритетов при необходимости устранения несогласованностей и даже возможных противоречий?

Представляется, что правовое регулирование договоров, предусмотренных иными (помимо ГК) законодательными актами, следует рассматривать с учетом соотношения юридической силы, предусмотренного пунктом 2 статьи 3 ГК, который, с свою очередь, содержит отсылку к пункту 3 статьи 1 Гражданского кодекса. Это означает, что нормативные акты, предусматривающие регулирование различных договоров, относящихся к семейному, трудовому законодательству, законодательству об использовании природных ресурсов и об охране окружающей среды, имеют приоритет перед нормами Гражданского кодекса. Если же речь идет о коллизиях между ГК и нормами, относящимися к иному законодательству либо к условиям договоров, непосредственно установленных сторонами, в том числе и договоров, прямо законодательством не предусмотренных, то на них императивные нормы Гражданского кодекса распространяются в полной мере, они имеют обязательный приоритет.

3. Для разъяснения точного содержания того или иного договора весьма важными представляются выяснение и изучение оснований их возможных группировок. Ряд таких группировок и оснований их внутренней классификации хо-

рошо известны и общеприняты. Например, деление договоров на односторонние и двусторонние, на консенсуальные и реальные, на каузальные и абстрактные и т. п. Но даже зная различие между разными звеньями той или иной группировки, мы наталкиваемся иногда на трудности отнесения конкретного договора к тому или иному звену.

Так, различие между каузальными и абстрактными договорами идет еще со времен римского права, но общепризнанная лакмусовая бумага определения еще не найдена. Стороны, например, договорились о долях в разделе вознаграждения за выполненную для одного заказчика работу после ее полного завершения. Вскоре, однако, заказчик отстранил одного из участников договора от работ. Тем не менее после завершения работ этот (отстраненный) участник потребовал оплаты своей доли, ссылаясь на то, что соглашение о разделе вознаграждения не содержало условия о необходимости участия в общих работах до их завершения. Определялись лишь доли в полученном вознаграждении, т. е. сделка оценивалась как абстрактная. Другие участники, напротив, утверждали, что поскольку работа претендента на долю фактически не исполнялась, то и право на получение доли вознаграждения прекратилось, т. е. сделка – каузальная. Отпала кауза (основание) – прекратилась и юридическая сила договора.

Полагаем, что в подобных ситуациях должна применяться презумпция каузальности сделки, если иное прямо не вы-

текает из текста закона либо определения условий договора сторонами.

4. Не менее важное значение имеет разделение договоров на основные и дополнительные.

Дополнительными можно признать договоры, которые дополняют, развивают, конкретизируют, уточняют условия, средства исполнения основных договоров. В ГК по данному вопросу нет общего правила. Между тем практика нередко требует определения правовой судьбы дополнительного договора в зависимости от судьбы договора основного.

Проблемы обычно не возникают при полном совпадении субъектов данных договоров. Между сторонами заключен, к примеру, договор подряда, а затем те же стороны изменили сроки исполнения работ, требования к их качеству, размеры и порядок оплаты работ. Разумеется, каждый последующий договор соответственно изменял договор первоначальный, если, конечно, дополнительное соглашение сторон не нарушало законодательных запретов. Такова же судьба всякого рода приложений к договору.

Здесь мы наблюдаем одностороннюю зависимость основного договора от дополнительного, что полностью отвечает пункту 1 статьи 401 ГК.

Ситуация значительно усложняется, если субъектный состав основного и дополнительного договоров не совпадает. Это возможно в различных вариантах:

А) На одной стороне основного договора несколько участ-

ников, которые затем заключают между собой соглашение, связанное с исполнением основного договора.

Б) Третье лицо заключает с одной из сторон (или с обеими сторонами) основного договора соглашение, направленное на обеспечение его исполнения (залог, гарантия, поручительство).

Какова здесь зависимость между основным и дополнительным договорами?

При рассмотрении ситуации «А» обратимся к примеру из арбитражной практики, который выше уже привлекался. Заказчик заключает договор на оказание консультационных услуг с несколькими взаимно не связанными консультантами, и сам дает им конкретные задания. Консультанты заключают между собой соглашение о разделе вознаграждения, получаемого в общей сумме. Затем заказчик ограничивает деятельность одного из консультантов, потом вовсе отстраняет его от работы. Тем не менее отстраненный консультант требует свою долю оплаты, предусмотренную соглашением о разделе вознаграждения, в полном объеме. Другие консультанты возражают, ссылаясь на зависимый характер соглашения о разделе вознаграждения от основного договора об оказании консультационных услуг.

Мы полагаем, что возражения подобного рода обоснованы. Здесь нужно исходить из общего принципа, сформулированного как частное правило статьей 122 ГК для вещных отношений: принадлежность следует судьбе главной вещи.

Иначе говоря, целесообразно в виде общего, конечно, диспозитивного правила определять зависимость дополнительного договора от основного: изменение или прекращение основного договора автоматически влечет соответствующее изменение или прекращение договора дополнительного. Зависимость односторонняя – изменение или прекращение дополнительного договора автоматически не влияет на судьбу основного.

Несколько иная зависимость вырисовывается в дополнительных обеспечительных договорах с участием третьих лиц (ситуация «Б»). Изменение основного договора само по себе, без согласия третьего лица, не изменяет дополнительный договор, но прекращение основного договора прекращает дополнительный.

Юридическая связанность основного договора с дополнительным проявляется и в отношениях правопреемства, как универсального, так и сингулярного.

При замене субъекта основного договора при ситуации «А» права и обязанности участников дополнительного договора остаются неизменными. В обеспечительных же дополнительных договорах зависимость неоднозначная: переход к правопреемнику прав залогодержателя автоматически не прекращает договора о залоге (статья 325 ГК). Напротив, перемена должника по основному обязательству, обеспеченному залогом, прекращает залоговый договор, если залогодатель не выразит согласия сохранить свои обеспечительные

обязанности (статья 326 ГК).

Замена должника по договору, исполнение которого обеспечено гарантией либо поручительством, прекращает обеспечительное соглашение, если гарант (поручитель) не выразит кредитору по основному договору согласия отвечать за нового должника (пункт 2 статьи 336 ГК). Здесь также **безусловная** односторонняя зависимость прекращения дополнительного обеспечительного договора при прекращении основного и **условная** (отменительное условие) зависимость прекращения основного договора в случае прекращения дополнительного.

5. По нашему мнению, договоры могут группироваться по признаку несовпадения или совпадения направленности прав и обязанностей участников. Здесь, как нам кажется, можно различать договоры со встречными правами и обязанностями и договоры с совпадающими правами и обязанностями.

Договоры, относящиеся к первой из названных групп, характеризуются тем, что действие, являющееся содержанием **права** одной стороны, служит содержанием **обязанности** договорного контрагента. Передача купленного имущества является содержанием права покупателя в договоре купли-продажи и одновременно – содержанием обязанности продавца, тогда как оплата этого имущества – это содержание обязанности покупателя и права продавца. Элементарная модель договорного обязательства, по которой конструи-

руется подавляющее большинство традиционных договоров. Но есть договоры с иным отличительным признаком: одни и те же действия являются содержанием прав и обязанностей (во всяком случае, в качественном, если не в количественном значении) всех участников договора. И такие договоры весьма распространены, хотя и составляют очевидное меньшинство в общей массе договорных обязательств: учредительные договоры об образовании юридического лица, договор о совместной деятельности, о совместном использовании общего имущества, договоры между соавторами и некоторые другие.

Целесообразность различать названные группы договоров связана с необходимостью более четко устанавливать права и обязанности сторон, позиции кредиторов и должников, факты нарушения договоров и последствия таких нарушений.

Почему управляющим национального банка не нравится Гражданский кодекс?³¹

В последние месяцы на страницах некоторых юридических журналов со стороны банковских лидеров и знатоков нарастающей волной поднимается бескомпромиссная критика действующего в Республике Казахстан гражданского законодательства, прежде всего – казахстанского Гражданского кодекса (см. журнал «Юрист» № 10–12 за 2002 г.). Критика касается и якобы недостаточной квалификации разработчиков проектов гражданских законов, и незнания этими разработчиками основ современной рыночной экономики, и внутренней противоречивости гражданско-правовых норм, и нарушения правил формальной логики, и многого другого.

Особенно остро критикует гражданские законы, главным образом – Гражданский кодекс, хорошо известный финансовый эрудит Ораз Алиевич Жандосов в своем интервью «Надо быстрее идти на снижение налогового бремени» («Юрист» № 12). Правда, автор столь глубоких критических суждений предупреждает читателя, что он не юрист и давно уже оторвался от Гражданского кодекса. Но, тем не

³¹ Печатается по: Басин Ю. Г., Сулейменов М. К. Почему нацбанковским руководителям не нравится Гражданский кодекс? // Юрист. 2003. № 2.

менее, именно он безапелляционно утверждает, что в любой наугад выбранной главе Кодекса найдет противоречия и несоответствия. Однако на просьбу назвать хотя бы одну такую главу он уклонился от ответа и вообще **ни одного** конкретного примера, подтверждающего его оценку ГК, не привел.

Но, Бог с ним! Вести полемику с О. А. Жандосовым и другими прошлыми и нынешними правителями банковской системы по серьезному вопросу путем взаимного обмена грубостями мы считаем делом нестоящим.

Однако, имея некоторое отношение к подготовке проектов Гражданского кодекса (и иных гражданских законов) и ко многим спорам, которые велись и сейчас еще ведутся между специалистами гражданского и банковского законодательства, мы хотели бы разъяснить читателям, какие принципиальные концептуальные разногласия лежат в основе этих споров и в чем, по нашему мнению, заключается перспектива разрешения таких разногласий.

Еще с далеких времен римского права методы правового регулирования общественных отношений разделяли государственную правовую систему на две глобальные составляющие части: публичное и частное право. Обе эти части создавались и развивались государством, но их функции опирались на различные методы правового регулирования. Для публичного права характерны отношения власти и подчинения: обязательные предписания, безоговорочное исполне-

ние, государственный надзор и проверка, государственная наказательная реакция на всякое нарушение. Для частного же права характерны: взаимонезависимость и равенство участников частных юридических отношений, свобода договоров и неприкосновенность частной собственности, невмешательство кого-либо (прежде всего – государства) в частные дела.

На протяжении всей известной истории в разных государствах, в разные времена, с учетом условий развития, традиций, национальной психологии и т. п., различными были государственный строй, экономика и пути исторического развития. И соответственно различным было соотношение частного и публичного начала в общеправовой системе.

Для Казахстана, в частности, в советский период его истории характерными были диктаторская система управления экономикой и почти полное господство публичного начала во всех сферах правового пространства. Для постсоветского периода – переход к демократическому государственно-му строю и экономике свободного рынка. И в этих условиях особенно важно найти правильное соотношение публичного и частного права, ибо цивилизованный свободный рынок строится на интересе и инициативе его участников, однако при полном соблюдении прав и правомерных государственных, общественных и социальных интересов.

Необходимость обеспечения такого соотношения специально подчеркивается в Концепции правовой политики Рес-

публики Казахстан, одобренной Указом Президента Республики Казахстан 20 сентября 2002 г.

Так вот. Гражданский кодекс и пытается перевести на юридический язык это очень важное для развития нашего государства соотношение. С этой целью еще в 1994 г. в первых же статьях ГК были сформулированы основные начала гражданского законодательства, регулирующего преобладающую область применения частного права. Эти начала полностью совпадают с изложением признаков частного права в Концепции правовой политики.

Именно это и является основой наших разногласий и с прошлым, и с нынешним руководителями Национального банка Республики Казахстан, которые постоянно стремятся внедрить в гражданское законодательство методы правового регулирования, свойственные публичному праву, во всяком случае – в денежно-финансовой области: контроль, надзор, отчетность, бесконечные запросы виз и разрешений, регистрации и т. п. К этому следует добавить настойчивое стремление Нацбанка включить в сферу своего непосредственного управления и контроля не только деятельность банков и приравненных к ним учреждений, но и все другие виды деятельности, связанные с деньгами: страхование, акционирование, рынок ценных бумаг, пенсионные фонды и т. п. Принятое, например, 26 декабря 2002 г. Заявление об основных направлениях экономической и социальной политики и прогнозе экономических показателей на 2003 год издается от

имени не только Правительства Республики Казахстан, но и Национального банка.

Вот кто, оказывается, вершит экономическую и социальную политику!

Мы же полагаем, что такая политика Нацбанка, во многом поддерживаемая влиятельными бюрократическими аппаратными структурами, ведет к открытому государственно-му вмешательству в частные дела, к бюрократической централизации свободного рынка и замене его главного принципа «разрешено все, что не запрещено законом» принципом «допустимо все, что разрешено чиновником».

Гражданский кодекс Республики Казахстан не был и не мог, конечно, быть с первого дня своего рождения совершенным системообразующим законом, полностью лишенным недостатков. Это был закон, создаваемый в период перехода всей экономики на принципиально иные начала управления и развития. Естественно, на качестве такого закона не могли не сказаться и прочно укоренившиеся оценки и представления прошлого (достаточно назвать споры о праве частной собственности на землю), и просчеты, допущенные при подготовке закона, но обнаруженные лишь в ходе его применения, и полное отсутствие практического опыта реорганизации экономики в новых условиях с учетом традиций, идеологии Казахстана и казахстанцев. Жизнь всегда и неизбежно богаче любых продуманных юридических предписаний. А современные темпы развития экономики порождают

все новые явления, о которых мы вчера еще ничего не знали, но которые уже сегодня требуют скорейшего юридического освоения. Достаточно упомянуть всемирную экономическую глобализацию и интеграцию, электронные средства связи фиксации и осуществления экономических операций и многое другое.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.