## БИБЛИОТЕКА ВЕРХОВНОГО СУДА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

## 

**Отдельные вопросы применения норм Гражданского кодекса Республики Казахстан об обязательственном праве**

## (Сборник материалов круглого стола)

**АСТАНА**

**2013**

**Составители:**

**По общей редакцией Председателя Верховного Суда Бекназарова Б.А.,**

**кандидат юридических наук**

**Абдыкадыров Е.Н. -** председатель надзорной судебной коллегии по гражданским и административным делам Верховного Суда Республики Казахстан

**Сулейменова У.А. -** судья Верховного Суда Республики Казахстан,

кандидат юридических наук

**Искакова С.-** редактор

В сборнике опубликованы материалы международного круглого стола «Отдельные вопросы применения норм Гражданского кодекса Республики Казахстан об обязательственном праве», проведенного в Верховном Суде Республики Казахстан 19 апреля 2013 года.

В работе семинара приняли участие судьи Верховного Суда, областных и приравненных к ним судов, специализированных межрайонных экономических судов, эксперты Германского фонда по международному правовому сотрудничеству (IRZ).

На круглом столе обсуждены проблемные вопросы, возникающие в правоприменительной деятельности судов при применении соответствующих норм Гражданского кодекса Республики Казахстан об обязательственном праве.

Сборник предназначен для судей и широкого круга юридической общественности.

*Организаторы семинара:*

Верховный Суд Республики Казахстан

Германский фонд по международному правовому сотрудничеству (IRZ)

*Мнения, высказанные на круглом столе, отражают авторскую точку зрения и могут не совпадать с позицией редакционной коллегии и организаторов.*

С Верховный Суд Республики Казахстан, 2013.

## ПРИВЕТСТВЕННОЕ СЛОВО

## председателя надзорной судебной коллегии по гражданским и административным делам Верховного Суда Республики Казахстан Елиса Нуркасымовича Абдыкадырова

**Добрый день, уважаемые дамы и господа!**

**Коллеги!**

Рад приветствовать вас сегодня на мероприятии, организованном совместно с нашими коллегами из Германского фонда международного правового сотрудничества (IRZ).

В Казахстане последовательно осуществляется правовая реформа, одной из важнейших задач которой является дальнейшее совершенствование гражданского и гражданско-процессуального законодательства, которое является наиболее актуальным с точки зрения выбора средств обеспечения гарантированных Конституцией прав и свобод человека и гражданина.

Особо значимыми здесь являются вопросы гражданско-правовых отношений в сфере обязательственного права.

В ежегодных посланиях Главы государства Н.А. Назарбаева народу Казахстана неоднократно указывалось, что приоритетным направлением деятельности судебных и правоохранительных органов определено повышение уровня правовой защищенности граждан и организаций.

Этому должно способствовать решение задач последовательной модернизации и обеспечения устойчивых темпов экономического роста, активизации внешних и внутренних инвестиционных ресурсов, растущей ролью государственных холдингов, институтов развития.

В контексте этих целей возрастает значение отношений экономического оборота, которые, будучи урегулированы правовыми нормами, становятся обязательственными правоотношениями. Обязательство – один из основных институтов гражданского права. Развитие экономики, предпринимательства, деловой инициативы граждан обусловило актуальность норм обязательственного права, необходимости совершенствования для казахстанского законодательства понятия ипотеки, банковской гарантии, удержания. Своевременное нормативное регулирование и правильное применение законодательства об обязательствах определяет уровень правовой защищенности бизнеса и частных интересов граждан, что непосредственно влияет на качество их жизни.

Пунктом 2.4 Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года определено, что «Следует принимать меры по совершенствованию общих и специальных норм Гражданского кодекса об обязательствах».

Для реализации заложенного в Концепции потенциала совершенствования судебной системы Казахстана и создания правовых механизмов судебной защиты, субъективных прав в публично-правовых отношениях требуется обстоятельная проработка всех вопросов, связанных с реализацией принципов судопроизводства в гражданском процессе. При решении этой задачи важно изучение законодательной и судебной практики государств, в частности, Германии, имеющей схожую систему гражданского процесса.

Для нас полезным является международный опыт развития в европейском обязательственном праве.

Поэтому не вызывает сомнений теоретическая и практическая значимость вопросов, подлежащих обсуждению в рамках настоящего круглого стола.

Совершенно уверен в том, что обсуждение темы повестки дня внесет весомый вклад в дальнейшее совершенствование, осмысление и наработку позитивного опыта в данной области, поможет выработать эффективные предложения, направленные на дальнейшее усиление правовых гарантий защиты конституционных прав граждан и в целом обеспечения конституционного порядка и законности.

**Желаю всем участникам успешной**, **плодотворной работы.**

**Спасибо за внимание!**

**Профессор д-р. Вальтер Ролланд,**

*университет им. Мартина Лютера*

*Халле/Виттенберг*

**Тенденции развития в европейском обязательственном праве**

**Введение**

Гражданское право в европейских правопорядках отличается многообразием. Отсюда возникают определенные проблемы, когда приходится рассматривать дела, касающиеся разных правопорядков. Так, например, если один из участников является иностранным гражданином, или, если его постоянное местожительство находится за рубежом, или, если предмет оспаривания (скажем, земельный участок) находится за рубежом. Тогда встает вопрос, какое право в данном случае должно быть применимо. Для того чтобы справиться с трудностями, вытекающими из пересечения правовых компетенций, с давних пор предпринимаются попытки найти приемлемые международные решения. При этом наблюдаются два различных подхода к поиску таких решений. С одной стороны, речь идет о коллизионно-правовом подходе, при котором стороны стремятся к унификации международно-правовых предписаний, определяющих, какое национальное право должно быть применимо в данном случае. Поясним это на небольшом примере. Продавец В., постоянно проживающий во Франции, заключает с покупателем К., постоянное местожительство которого находится в Испании, договор купли-продажи о поставке 36 тонн стали. Договор заключается в Лондоне. Поскольку К. не выплачивает покупную цену, продавец В. возбуждает во французском суде против покупателя К. иск об уплате, исходя при этом из применимости французского права. Покупатель К. предъявляет претензию, доказывая, что сталь была некачественной и поэтому, на основании испанского права, он правомерен не выплачивать покупную цену. Если бы не существовали согласованные международные предписания, вполне возможно, что французские суды иначе решали бы вопрос применимости права, чем испанские суды. Вытекающие из этого трудности применения права и осуществления правомерных претензий очевидны. Этих трудностей можно было бы избежать (по крайней мере, до известной степени) с помощью унификации национальных предписаний, регулирующих вопросы применимости соответствующего права.

Другой международный подход предполагает унификацию национальных материально-правовых предписаний. Его целью могла бы быть, например, унификация национальных предписаний о заключении договора купли-продажи. Тогда, применительно к вышеупомянутому случаю, было бы безразлично, какое право нашло бы применение – испанское или французское, поскольку оба правовых порядка применяли бы единое торговое право. Вопрос о том, какое право в данном случае применимо, просто не возник бы. Совершенно очевидно, что такая модель обладает существенными преимуществами по сравнению с коллизионно-правовой моделью. Однако ее широкое международное осуществление оказывается затруднительным, поскольку для этого требуется вмешательство в национальные материальные права. Прилагая усилия по унификации гражданско-правовых предписаний, необходимо искать решения сразу по двум направлениям. Краткий обзор важнейших международных инициатив и организаций поможет объяснить это более наглядно.

**I.Гаагская Конференция по международному гражданскому праву (HCCH)**

**Основанная в 1893 году Гаагская Конференция по международному гражданскому праву является, вероятно, старейшим международным учреждением по унификации национального гражданского права и по развитию правового и юридико-административного сотрудничества. Главные усилия в своей деятельности она сосредотачивает в области семейного права, выбора права при заключении международных договоров купли-продажи и международного правового сотрудничества, в целом. Поэтому, с учетом данной тематики, Гаагская Конференция не находится в центре нашего внимания.**

**II.UNCITRAL (Комиссия ООН по международному торговому праву)**

В этой связи хочу лишь вкратце упомянуть **UNCITRAL – организацию в системе ООН. Данное сокращение обозначает Комиссию Организации Объединенных Наций по международному торговому праву. О созданной в рамках UNCITRAL Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров** (CISG) я расскажу ниже. Что же касается **UNCITRAL, то,** помимо прочего, она развивает свою активность в области подсудности международному третейскому суду, конкурсного права и транспортного права**.**

**III.UNIDROIT (Принципы международных коммерческих договоров)**

Институт Unidroit (УНИДРУА), именуемый также «Римским Институтом», является международным институтом по унификации гражданского права, который находится в Риме. Он был основан в 1926 году Лигой Наций. Институт Unidroit осуществил или подготовил многочисленные международные инициативы в области гражданского права. При его активном участии, например, были заложены основы для разработки международного права купли-продажи товаров, а также подготовлена Оттавская конвенция о международном финансовом лизинге. Еще в 1994 году УНИДРУА сформулировал и опубликовал так называемые „Principles of International Commercial Contracts“ (основные правила заключения международных торговых соглашений), которые были заново сформулированы в 2004 году. Они включают в себя принципы заключения и осуществления международных договоров в области торговли. Эти принципы содержат также общие предписания обязательственного права. Они разработаны гораздо детальнее, чем международное право купли-продажи товаров. В принципах «Римского Института», например, содержатся также предписания относительно оспаривания договоров в связи с допущенными ошибками или преднамеренным обманом. По мнению УНИДРУА, эти принципы не должны приниматься государствами в качестве единого правового основания. Они задуманы, прежде всего, как концепция транснационального торгового права („lex mercatoria“) в рамках Римского права, но и как модель, которая может быть согласована сторонами в качестве применимого права, также во взаимосвязи с арбитражным соглашением или при определении применимого права в международном гражданском праве. Кроме того, она может служить моделью при введении и осуществлении национальных прав.

**IV.Подготовительные работы по европейскому гражданскому праву (Draft Common Frame of Reference (DCFR)**

Вышеизложенные соображения универсального порядка потеряли известное значение после того, как конкурирующие группировки в Европе взяли на вооружение конкретную идею единого европейского гражданского права. Европейская Комиссия поначалу не стремилась к самостоятельным действиям. Европейский Парламент в трех резолюциях (в 1989, 1994, 2001 годах) потребовал создания европейского Гражданского Кодекса, который должен был быть подготовлен учеными-правоведами. В 1999 году Совет ЕС уполномочил Комиссию подготовить отчет по этому вопросу. В плане мероприятий на 2003 год было предложено, осуществить задуманное в рамках сотрудничества с уже существующими исследовательскими проектами. Целью такого сотрудничества должна была стать разработка общей основы Гражданского Кодекса (с упором на обязательственное право), терминология которого содержала бы основные принципы и концепции, которые, в свою очередь, могли бы послужить основой для образования (по возможности) международного правового института.

Важнейшими институтами, с которыми тесно сотрудничала Комиссия, были: Рабочая группа по вопросам Европейского Гражданского Кодекса (Study Group on a European Civil Code) и Исследовательская группа ЕС по вопросам частного права (Research Group on EC Private Law - Acquis Group), которые, в свою очередь, тесно сотрудничали между собой. Они состояли, в основном, из профессоров европейских университетов. По завершении многолетней работы группы «Study Group» и «Acquis Group» представили результаты своих исследований. В 2009 году был опубликован шеститомный сборник объемом в 6.564 страницы (версия Интернета насчитывает 4.795 страниц) под названием «Принципы, определения и модель регламента Европейского частного права» („Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law“) с подзаголовком «Подготовительные работы по европейскому гражданскому праву» (“Draft Common Frame of Reference” - DCFR).

Совместный труд охватывает все разделы тематики, представляющие собой доказательственную часть Гражданского Кодекса, в особенности, предписания относительно возникновения отношений обязательственности, относительно санкий при обстоятельствах, мешающих выполнению обязательств, относительно большинства кредиторов и должников, а также – замены партнеров. Общие определения дополнены особыми регулированиями для конкретных обязательственных отношений: таких, как покупка предметов, наём, арендный договор, услуги и т.п. Кроме того, регламент содержит предписания относительно приобретения и утраты движимого имущества, включая регулирования относительно добросовестного приобретения имущества не у собственника. К отдельным предписаниям будут даны – в том числе и судебно-правовые – пояснения, содержащие также различную терминологию национальных правопорядков, с учетом поставленной цели разработать единую терминологию. Документ DCFR составлен преимущественно на английском языке, что может вызвать удивление, если учесть, что англоязычные государства – Англия и Уэльс – не имеют кодифицированного права. Соответствующие переводы текстов уже готовятся.

Составители DCFR не исходят из того, что в обозримом будущем их документ обретет статус Европейского Гражданского Кодекса. Комиссия ЕС также не преследует такую амбициозную цель. Однако можно исходить из того, что этот проект косвенным образом ускорит европеизацию обязательственного права. Так, например, он может послужить моделью для тех государств, которые заново формируют свое обязательственное право, поскольку содержат убедительные транснациональные решения. Есть основания также предполагать, что национальные суды будут ориентироваться на европейскую модель в „начальной фазе“ своих преобразований: после того, как национальное обязательственное право потребует дополнений и расширения некоторых трактовок. И, наконец, есть надежда, что DCFR в рамках международной подсудности третейскому суду все чаще сможет играть роль применимого права, особенно, если стороны захотят предпочесть применение „нейтрального“ права. Не подлежит сомнению, что со временем DCFR будет оказывать существенное влияние на дальнейшее развитие обязательственного права в Европе.

**V.Обзор важнейших регулирований гражданского права, в основе которых лежит право Европейского Союза**

Европейский Союз – не в последнюю очередь, с учетом отсутствия широкой компетенции для осуществления унификации материального гражданского права (за исключением защиты прав потребителя) – прилагал основные усилия для гармонизации коллизионного права, то есть предписаний, содержащих решения относительно того, какое право подлежит применению (регулирования международного гражданского права).

**1. Регулирования в области международного гражданского права**

С момента вступления в силу AEUV - Договора о свободе перемещения товаров, услуг, рабочей силы и капитала - (в редакции Амстердамского договора от 1997 года) Европейский Союз имеет четкий мандат на осуществление правотворческой деятельности в области международного гражданского права. Согласно ст. 81 абз.1 Договора о свободе перемещения товаров, услуг, рабочей силы и капитала (ранее ст. 65 Договора об учреждении Европейского сообщества - EGV), Европейский Союз развивает транснациональное юридическое сотрудничество по гражданским делам.... Это сотрудничество может включать осуществление мер по унификации правовых предписаний государств – членов ЕС. Согласно абз. 2 c) ст. 81 Договора о свободе перемещения товаров, услуг, рабочей силы и капитала сюда относятся также меры, обеспечивающие совместимость действующих в государствах – членах Европейского Союза норм коллизионного права и предписаний по предотвращению споров о подведомственности конфликтов. Первым универсальным инструментом, появившимся в области международного гражданского права, является предписание (ЕС) Nr. 593/2008 от 17 июня 2008 г. О договорных обязательственных правоотношениях применимого права - „Рим I“ (Ведомственный листок L 177; ср. также документ KOM (2002) 654 окончат.). Вопрос о том, какое право может быть применимо, если речь идет о договорных обязательственных отношениях с иностранным элементом, должен быть стандартизирован. После этого для договорных обязательственных отношений с иностранным элементом станет нормативным, в первую очередь, заключение сторонами соглашения относительно применимого права. Полезным при заключении договоров о приобретении движимого имущества считается применение права того государства, в котором продавец имеет постоянное местожительство; при условии, что стороны заранее не согласовали применение того или иного права. В случае, который приводился вначале, следовало бы применить французское право, поскольку продавец имел постоянное местожительство во Франции; причем даже с учетом того, что покупатель в Испании имел право отказаться от выполнения договорного обязательства, право расторгнуть договор или право на выплату компенсации. Речь идет о единой подсудности. Впрочем, Европейский Союз при таком предписании не может претендовать на его авторство.

Существенные пункты регулирования содержатся уже в ранее вступившей в силу международной Конвенции о праве, применимом к договорным обязательственным отношениям (EuVtrÜbk), которая была принята 19 июня 1980 г. в Риме (Вестник федерального законодательства, 1986 II 809; 1991 II 871). Государства-участники Европейского сообщества были участниками конвенции еще до образования ЕС. Сообщество „преобразовало“ Конвенцию в совместное правовое предписание, придав ему характер общего инструмента сообщества. Было принято и название Конвенции - „Рим I“. Большое значение для общего применения предписания имеет то обстоятельство, что с преобразованием Конвенции в общий инструмент сообщества была обоснована первичная ответственность Европейского верховного суда за трактовку Конвенции. Прежде это должно было быть конститутивно согласовано в особом протоколе. Для германского права регулирования „Рим I“ не принесли ничего существенно нового. Германское международное гражданское право покоилось (и покоится) на сопоставимых принципах (ст. 27, 28 Вводного закона к Гражданскому Кодексу). За документом „Рим I“ последовал „Рим II“. Предписанием ЕС Nr. 864/2007 от 31.7.2007 (Ведомственный листок L 199/40) Европейский Союз унифицировал коллизионные нормы относительно права, применимого к внедоговорным обязательственным отношениям („Рим II"). Речь идет, главным образом, о вопросе коллизионной привязки при внедоговорных обязательственных отношениях, „отражающих связь с правом различных государств“ (ст.1 абз.1). К числу важнейших внедоговорных обязательственных отношений, согласно ст. 2, в особой степени принадлежат требования в связи с запрещенной торговлей, неосновательным обогащением, ведением чужих дел без поручения („Negotiorum gestio“) и в связи с задолженностью при переговорах по заключению договоров („Culpa in contrahendo“). Сопоставимое развитие наблюдается также в процессуально-правовой области. Раньше уже существовала международно-правовая (Брюссельская) конвенция от 27 сентября 1968 г. по вопросам юрисдикции и принудительного исполнения судебных решений в отношении гражданских и коммерческих споров (Вестник федерального законодательства, 1972 II стр. 774 - Брюссель I) . Эта конвенция по вопросам юрисдикции и принудительного исполнения судебных решений, принятая в качестве международно-правовой конвенции, была преобразована в предписание „Брюссель I“, которое стало действовать с 1 марта 2002 г. для всех государств Европейского Союза, за исключением Дании (ср. ст. 68 предписания), тем самым она была преобразована в общий правовой документ сообщества. (Предписание о юрисдикции, о признании и исполнении решений по гражданским и торговым делам, Предписание Совета Nr. 44/2001 от 22.12.2000 – Ведомственный листок L 12 от 16.1.2001, стр. 1, уточн. Ведомственный листок L 307 от 24.11.01 стр. 28 -, в последний раз измененное Предписанием Nr. 1103/2008 от 22.10.2008, со вступлением в силу 4.12.2008).

Это развитие, для которого характерны приведенные в качестве примеров правовые акты, и которое преследует цель унифицировать коллизионное право и юрисдикцию в гражданском праве, будет систематически продолжено Европейским Союзом. Резюмируя, можно отметить, что действующее гражданское право, особенно, в области международного гражданского права и международного процессуального права в существенной мере определяется правовыми интересами сообщества. Но это развитие еще не завершено.

**2.Регулирования в области защиты прав потребителя**

Упомянутые проблемы, связанные с подсудностью ЕС, не имеют существенного значения для унификации материального гражданского права, если речь идет о регулированиях в области защиты прав потребителя. В этом отношении ЕС имеет достаточно широкие компетенции на издание нормативных актов материального права. Ниже будут представлены наиболее важные правовые акты доказательственно-правового характера, причем станет ясно, в какой мере правовые регулирования сообщества повлияли на национальное право (не учитываются регулирования права купли-продажи, которые будут рассмотрены отдельно).

**a)Правовая ответственность за качество выпускаемой продукции**

Еще в 1985 году сообщество разработало директиву относительно ответственности за выпуск некачественной продукции (Директива 85/374/ Общего рынка, Ведомственный листок 1985 L 210/29). Директива опирается на „Договор об учреждении Европейского сообщества“, в особенности, на ст.100. Правовая ответственность за выпуск некачественной продукции предусматривает широкую ответственность производителя за качество произведенной и распространяемой им продукции, независимо от состояния задолженности. К производителям приравниваются импортеры и, помимо прочего, торговцы. В первоначальной редакции, в ст.4, в связи с определением понятия „продукт“ было предусмотрено ограничение. Согласно этому ограничению, „природные сельскохозяйственные и охотничьи продукты“ не считались объектом применения производственной ответственности. Эта привилегия была отменена Директивой об изменениях от 04.06.1999 г. (Директива 1999/34/ Общего рынка, Ведомственный листок, 1999 L 141/20). Директива об изменениях 1999 года опирается на обоснованную тем временем подсудность, согласно ст.95 Договора об учреждении Европейского Союза.

Обе директивы, преобразованные в национальное право (Закон от 15.12.1989 г. – Вестник федерального законодательства, 1989 г. I стр. 2198; Закон от 02.11.2000 г. - Вестник федерального законодательства, 2000 г. I стр. 1478) привели в Германии к существенному изменению структуры правовой ответственности за производство некачественной продукции. До этого времени такая универсальная ответственность за производство некачественной продукции, вне зависимости от задолженности, в германском праве не была предусмотрена. Претензии могли быть предъявлены только на основе права общей виновности. Однако, согласно этому, потерпевший должен был, в принципе, доказать виновность производителя. А сделать это, прежде всего, в рамках промышленного производства, крайне трудно или почти невозможно. Суды стараются корректировать неприятные ситуации, возникающие для потерпевшего в результате перехода бремени доказывания. Удовлетворительным такое вынужденное решение, естественно, не оказалось, ситуацию удалось исправить только введением ответственности за некачественно произведенную продукцию - принятием упомянутой Директивы.

Рассматривать с точки зрения ответственности за некачественно произведенную продукцию следуют и другие директивы, касающиеся общей безопасности производства: от 29.6.1992 г. (Директива 92/59/ Общего рынка, Ведомственный листок, 1992 г. L 228/24; от 03.12.2001 г. (2001/95/ЕС, Ведомственный листок ЕС L 11 стр.4); с многочисленными изменениями и дополнениями. Они устанавливают стандарты безопасности производства. Такое регулирование, хотя оно и носит публично-правовой характер, имеет также большое значение и для гражданско-правовых требований по возмещению убытков, особенно, связанных с ответственностью за производство некачественной продукции, поскольку оно чаще может способствовать выяснению вопроса, является ли продукция некачественной, что можно предположить, когда имело место нарушение предписаний закона о безопасности производства.

**б) Сделки на дому**

С учетом временной увязки с директивой об ответственности за производство некачественной продукции сообщество разработало Директиву от 20 декабря 1985 года „касающуюся защиты прав потребителя в случае договоров, заключенных вне территории производства“ (Директива 85/577/ Общего рынка, Ведомственный листок, 1985 г. L 372/31).

Законом «Об отмене сделок на дому и тому подобных сделок» (Закон об отмене сделок на дому) 16 января 1986 г. (Вестник федерального законодательства, I стр. 122) директива была преобразована в национальное германское право. В процессе реформы обязательственного права (Закон о модернизации обязательственного права от 26 ноября 2001 г. – Вестник федерального законодательства I стр. 3138, со вступлением в силу 01 января 2002 г.) директива была интегрирована в Гражданский Кодекс Германии, теперь ее можно найти в §§ 312, 312a ГК. Центральным пунктом регулирования сделок на дому является предоставляемая потребителю возможность в течение двух недель аннулировать заключенный договор без какого-либо обоснования. В данном случае директива также привела к существенным изменениям германского обязательственного права, поскольку до этого не было предусмотрено специальное регулирование для подобных договорных решений (директива тем временем стала частью директивы о правах потребителя).

**в) Потребительский кредит**

Директивой от 22 декабря 1986 года об унификации правовых и административных предписаний государств-членов сообщества о потребительском кредите (Директива 87/102/ Общего рынка, Ведомственный листок 1987 L 42/48) сообщество утвердило защиту потребителя в связи с проблемами финансирования (особенно, при условии взятия ссуды); в новой редакции – директивой от 23.04.2008 г. (2008/48 ЕС Ведомственный листок L 133/66).

Ключевыми элементами директив являются, во-первых, необходимость письменной формы с детальными требованиями к содержанию (ст.4 абз.1); во-вторых, требование транспарентности (ст.4 абз.2), благодаря которому достигается то, что договор должен гарантированно содержать все существенные аспекты, важные для оценки его содержания, в особенности, данные, относительно эффективной годовой арендной платы и условия овердрафта, денонсации, досрочного истребования обратной уплаты и т.п. Если наиболее существенные из предусмотренных данных отсутствуют, или если письменная форма в целом не соблюдена, договор считается недействительным. И, наконец, если потребитель вправе расторгнуть договор о кредите в течение четырнадцати календарных дней без объяснения причин (ст.14). Директивы сообщества введены в Германии в национальное право особым законом (Закон о кредитовании потребителей, 1.1.1991). В процессе уже упомянутой реформы обязательственного права это регулирование интегрировано в гражданское право (ГК) в качестве составной части особого обязательственного права (§§ 491 ff. ГК; расторжение § 495; недостатки формы § 494).

**г) Туристические поездки с предварительной оплатой всех расходов**

В 1990 году сообщество издало директиву относительно туристических поездок с предварительной оплатой всех расходов (Директива от 13 июня 1990 г. 90/314/ Общего рынка, Ведомственный листок 1990 L 158/59). Директива опирается на ст.100 a Договора об учреждении Европейского сообщества. Примечательно, что директива не ограничивается регулированием транснациональных туристических поездок. Она распространяется также на договоры, не имеющие транснационального характера, причем в этом смысле она формулируется не как регулирование защиты потребителей, а как регулирование по предотвращению нарушений конкуренции на внутреннем рынке.

Директива была непосредственно интегрирована в Гражданский Кодекс (§ 651a ff. ГК – Договор о путешествиях). Она служит защите путешествующих (обязанность информирования, правила аннулирования поездки, допустимость перевода договора, обеспечение требований путешествующих и т.п.). Она кардинальным образом изменила германское право.

**д) Оплаченное право временного проживания (Договор о временном жилищном праве)**

Директива относительно оплаченного права временного проживания (Директива 94/47/ЕС от 26 октября 1994 г., Ведомственный литок 1994 L 280/83) должна служить „Защите потребителей с учетом определенных аспектов договоров о приобретении прав на частичное использование недвижимости“. Данная директива так же сформулирована не как инструмент защиты прав потребителей, а как инструмент, который должен обеспечить „надлежащее функционирование внутреннего рынка“ и предотвратить „нарушения конкуренции и раздел отдельных государственных рынков“. Директива опирается, разумеется, на ст.100 a Договора об учреждении Европейского сообщества. "Договор о временном жилищном праве" имеет разные формации. По сути дела, речь идет о предоставлении недвижимости на определенное время года потребителю, который вечно или обязательственно пользуется ею. Если, например, потребитель приобретает 52-ю часть курортной недвижимости в Испании при условии, что он может пользоваться жилыми помещениями в течение недели, тогда отношения между ним и управляющим группы собственников подчиняются предписаниям относительно "оплаченного права временного проживания". Предусмотренная защита прав потребителя осуществляется, в частности, строгими обязанностями информирования, минимальными требованиями к содержанию договора, требованием письменной формы (никакой автоматической ничтожности в случае нарушения договора) и полномочием приобретателя расторгнуть договор в течение десяти (четырнадцати) дней без каких-либо оснований. Законом об отчуждении прав на частичное использование жилых помещений (Закон о временном жилищном праве) от 20 декабря 1996 г. (Вестник федерального законодательства I стр. 2154) директива была интегрирована в германское право. В процессе реформы обязательственного права регулирование было включено в Гражданский Кодекс (§§ 481 ff. ГК), причем срок для опровержения договора был увеличен до двух недель (§ 485 ГК). Это стало возможным, поскольку Директива, согласно ее ст. 11, определяет лишь минимальный стандарт, что не исключает дальнейших национальных формаций.

**е) Договора удаленного режима**

В контексте только что рассмотренных правовых инструментов следует упомянуть Директиву 97/7/ЕС от 20 мая 1997 г. (Ведомственный листок 1997 L 144/19) о защите прав потребителя при заключении договоров в удаленном режиме. При этом имеются в виду договора о поставках товаров или об оказании услуг, которые заключаются исключительно дистанционно, с помощью информационных технологий, то есть, например, по телефону, по телефаксу, по электронной почте, по радиосвязи и т.п. При защите прав потребителя речь, по сути дела, также идет об обязанностях информирования и возможности аннулирования договора в течение двух недель без каких-либо обоснований; Директива была позднее распространена на сферу оказания финансовых услуг (Директива 02/65 ЕС от 23.9.2002, Ведомственный листок ЕС 02 L 271/16). Относительно германского права ср. §§ 312 b ГК, аннулирование § 312 г ГК).

**ж) Недозволенные оговорки в потребительских договорах**

Директива от 05 апреля 1993 года относительно недозволенных оговорок в потребительских договорах (Директива 93/13/ Общего рынка, Ведомственный листок 1993 L 95/29), которая также опирается на ст. 100a) Договора об учреждении Европейского сообщества, касается не потребительских договоров, как таковых, а (только) договоров, заключенных на основе общих условий сделки, установленных лицом, занимающимся промысловой деятельностью. Под лицом, занимающимся промысловой деятельностью, Директива имеет в виду „физическое или юридическое лицо, которое при заключении договоров …действует в рамках своей промысловой или профессиональной деятельности. Директива глубоко затрагивает структуры обязательственного права. Речь идет о контроле содержания общих условий сделки. Распространяющийся на обязательственное право основной принцип частной автономии при этом не просто периферийно нарушается, чтобы откорректировать недозволенные условия отдельной сделки, общие условия заключения сделок в большей мере подлежат контролю с учетом материальной справедливости. Главную роль играет тот аргумент, что „лицо, занимающееся промысловой деятельностью“, которое формулирует общие условия сделки и предлагает их потребителю, может воспользоваться тем преимуществом, что оно, в целом, объективнее оценивая шансы и риски заключаемой сделки, чем его партнер по договору, может попытаться с помощью формулировок общих условий сделки односторонне использовать договор в своих интересах. Потребитель не всегда может в полной мере осознать последствия этого, к тому же зачастую у него нет шансов добиться заключения договора, если он не признает условий сделки другой стороны. Примечательно, что правила общих условий сделки не только преследуют цель оттеснить на второй план применение этих условий, в большей мере они корректируют также их содержание, чтобы таким образом задним числом сбалансировать преимущества „лица, занимающегося промысловой деятельностью“ во время переговоров. Директива ЕС о недозволенных оговорках не обусловила для германского права существенной потребности в изменениях. Она наложилась на уже существующее решение во внутригосударственном праве Федеративной Республики Германия. Судопроизводство достаточно рано пришло к выводу, что принцип частной автономии больше не может претендовать на то, чтобы служить „гарантией достоверности“ ввиду изменений экономических структур, особенно при применении трудового права. Поначалу предпринимались попытки, с учетом предписаний относительно аморальных договоров (§ 138 ГК) и согласно принципу добросовестности (§ 242 ГК), осуществлять контроль содержания договоров (Решения Верховного федерального суда по гражданским делам 22,94; 41,154; 60,380), что, разумеется, имело известные пределы. По этой причине в 1976 году был принят Закон о регулировании права общих условий заключения сделок (Закон от 9.12.1976, ГК1. I стр. 3317; ГК l 1989 I стр. 2486), который затем, в рамках реформы обязательственного права, был интегрирован в Гражданский Кодекс (§§ 305 ff. ГК). В нем уже были изъяты правила Директивы: по всем наиболее существенным пунктам. К тому же, национальное регулирование находит куда более широкое применение, чем Директива. Так, например, германское право действует преимущественно повсеместно; отнюдь не само собой разумеется, что партнер потребителя по договору является „лицом, осуществляющим промысловую деятельность“. Поэтому закон, разумеется, использует для этого нейтральное понятие «применитель трудового права». С учетом этого трудно предположить, что национальное германское право общих условий заключения сделки при своем возникновении понималось как реализация правового акта сообщества. Однако это ничего не меняет в том факте, что благодаря впоследствии принятой Директиве установилась связь, мешающая германскому законодателю изменять национальные регулирования, отклоняясь от минимального стандарта Директивы (ср. ст.8). Тем самым право сообщества кодифицируется с внутренним применением.

**з) Приобретение товаров широкого потребления**

Особое значение для германского обязательственного права получила „Директива от 25 мая 1999 года относительно определенных аспектов приобретения товаров широкого потребления и гарантий на товары широкого потребления (Директива 99/44/ЕС, Ведомственный листок 1999 L 171/12)“. Об этом поговорим подробнее.

**и) Директива о правах потребителей (2011/83/ЕС)**

**( вступление в силу: 12.12.2011)**

По предложению Комиссии (предложение о принятии директивы Европейского парламента и Совета от 08 октября 2008 года относительно прав потребителей [KOM(2008) 614 окончат.]; подготовительные документы: 2008/0196 (COD); {SEK(2008) 2544}; {SEK(2008) 2545}; {SEK(2008) 2547}) была принята Директива о правах потребителей, заново формулирующая прежние директивы о защите прав потребителей и обобщающая их в едином правовом документе.

По сути дела, эта директива заменяет европейские директивы относительно сделок в удаленном режиме (97/ЕС) и директиву относительно сделок на дому (85/577 Общего рынка). Она содержит также и различные регулирования, действующие для потребительских договоров, в целом.

К ним относятся, в частности:

aa) Регулирования относительно точного указания цен: предприниматель обязан предоставить обширные данные относительно общей стоимости, включая все налоги и дополнительные расходы. Если он этого не делает, тогда потребитель при известных обстоятельствах платить не обязан. бб) Потребитель должен однозначно одобрить каждую отдельную доплату за товар, которая выходит за рамки согласованной оплаты по основным обязательствам. В противном случае потребитель имеет право выдвинуть обратное требование в отношении этих дополнительных расходов. вв) Ограничение пошлин при денежных сделках и телефонных переговорах.

Особо в отношении сделок в удаленном режиме и сделок на дому в Директиве, помимо прочего, подчеркивается:

гг) Необходимость точного определения понятия „сделки на дому“, причем сюда относятся так называемые „послеобеденные прогулки с питьем кофе“ и тому подобные сделки.

дд) Денежные ловушки в Интернете: обязанность несения расходов при каком-либо предложении должна быть недвусмысленно указана и однозначно признана и подтверждена потребителем. Тем самым должны быть предотвращены невольные заказы платных товаров и услуг.

ее) Право отказа в 14-дневный срок: при договорах об оказании услуг в области заключения договоров в удаленном режиме и сделок на дому предусмотрено право отказа от заключения договора в 14-дневный срок (в будущем – по всей Европе). Если разъяснение права на отказ от сделки в установленном порядке не состоялось, то право на отказ действует максимально один год и 14 дней. В будущем потребитель сможет использовать для своего отказа специальные бланки. Обратная выплата уже уплаченных сумм должна состояться, как правило, в течение 14 дней, как и возможный возврат товаров.

Независимо от условий предписаний о защите прав потребителей, Директика должна обеспечивать „подлинную“ унификацию права, ср. вывод Комиссии*:* „Проверенные директивы содержат определения минимальной гармонизации, но есть такие, которые позволяют государствам-членам ЕС сохранить или ввести строгие предписания по защите прав потребителей. Государства-члены широко использовали такую возможность, что привело к расщеплению права в сообществе, в результате чего у предприятий, занятых в транснациональной торговле, возникли существенные дополнительные расходы из-за соблюдения различных предписаний“.

**VI. Заключительный анализ**

Одно лишь краткое перечисление активных действий ЕС в области обязательственного права свидетельствует о том, в каком значительном объеме национальное право государств-членов утратило свои национальные корни. Развитие еще далеко не завершено. Оно касается не только унификации коллизионно-правовых регулирований, решающих, какое национальное право должно быть применимо, но также и унификации материального права государств-членов. При рассмотрении развития в области торгового права это становится особенно очевидным в связи с недавней инициативой Комиссии ЕС относительно создания (оптимального) унифицированного торгового права.

В результате унификации национальных прав приходится расставаться то с одним, то с другим привычным национальным регулированием. Преимущества унифицированного правового пространства, хотя бы и в отдельных областях, однако, очевидны.

**Сейтимова В.Х.,**

*судья Алматинского*

*городского суда*

**Об обращении взыскания на заложенное имущество вещного поручителя**

Тема является актуальной, ибо количество исков об обращении взыскании на заложенное имущество в последние годы увеличилось, но судебная практика применения законодательства в этой сфере правоотношений не имеет стабильного, единообразного характера.

Необходимо выделить вопрос, связанный с обязательствами вещного поручителя, процедурой удовлетворения требования кредитора из залогового имущества третьего лица.

Предметом залогового обеспечения может быть не только собственное имущество должника, но и имущество третьих лиц (ст.305 ГК), такой правообладатель залогового имущества в теории именуется вещным поручителем.

При разрешении споров об ответственности вещного поручителя за неисполнение обязательств должника сформировалось неоднозначное мнение и подход в их разрешении.

Для вещного поручителя в гражданском законодательстве обязательства, предусмотренные ст.ст.268-288 ГК, прямо не предписаны. Вместе с тем, вещный поручитель отвечает принадлежащим ему имуществом в случае, если должник не исполнил обязательства перед кредитором.

Нормами гражданского кодекса (ст.ст.317, 318) не предусмотрено ясно и четко, когда наступает ответственность вещного поручителя, при каких условиях.

Законодатель предусмотрел обязанность вещного поручителя (залогодателя) нести ответственность за должника в случае не исполнения им обязанностей перед кредитором, а также право залогодержателя (кредитора) требовать удовлетворения путем обращения взыскания на заложенное имущество в судебном порядке.

В этой связи возникает вопрос применения указанных норм права:

- вправе ли требовать кредитор в судебном порядке обращения взыскания на заложенное имущество вещного поручителя, независимо от установления обстоятельств наличия у должника возможности к исполнению обязательств перед кредитором?

- возникает ли солидарное обязательство вещного поручителя наравне с должником к исполнению требований кредитора?

Существует мнение, что в силу буквального толкования норм материального права, вещный поручитель отвечает наравне с должником при наличии общих правовых оснований к требованию о взыскании задолженности.

Такому мнению имеется альтернатива.

Полагается, что, поскольку вещный поручитель не несет солидарной, субсидиарной или долевой ответственности (поскольку это прямо не предписано законом), то, следовательно, обращение взыскания на заложенное имущество вещного поручителя в судебном порядке, возможно исключительно при исчерпании всех правовых возможностей взыскать задолженность с должника, и, лишь реальное отсутствие у должника возможности к исполнению обязательств, - является основанием для предъявления требования к вещному поручителю.

Параллельно с вопросом о правомерности удовлетворения требований кредитора путем обращения взыскания или принудительной реализации предмета залога (независимо - из имущества должника или вещного поручителя) возникает вопрос о безусловной необходимости одновременного предъявления требования о взыскании задолженности, либо предварительного такого требования, предшествующего иску об обращении взыскания на заложенное имущество.

Отсутствие единообразного подхода в этом вопросе повлекло нестабильную судебную практику.

Так, районным судом № 2 Алмалинского района было отказано в иске ТОО «С.К.» к Б.С., Т.Н., А.Г., О.А., Б.А. о принудительной реализации предмета залога.

Выводы суда были мотивированы тем, что иск предъявлен преждевременно, поскольку не может быть удовлетворен без предъявления иска о взыскании задолженности. Суд посчитал, что в обязанности истца входит установление начальной продажной стоимости заложенного имущества.

Апелляционный суд с выводами суда полностью согласился, а также в целом согласился и с мотивами суда об отказе в иске. При этом коллегия указала на то, что, не предъявляя требования о взыскании задолженности, истец тем самым лишил право суда на определение суммы задолженности, во исполнение которого предъявлен иск об обращении взыскания на заложенное имущество, реализации ипотеки, ибо, входя в обсуждение данного вопроса, суд выйдет за пределы исковых требований. Данная сумма должна быть, бесспорно, установлена и не оспариваться ответчиками. В рассматриваемом случае, без предъявления иска о взыскании задолженности, суд лишен, в силу статьи 49 ГПК, входить в обсуждение данного вопроса. Поэтому, обоснован был признан довод суда о том, что до предъявления иска об обращении взыскания на заложенное имущество и реализации ипотеки, что, по сути, является равнозначным, следовало в исковом порядке установить сумму задолженности. Коллегия отклонила довод истца о том, что сумма задолженности установлена соглашением, заключенным между заемщиками и МКО, в котором заемщики признали сумму задолженности, поскольку в судебном заседании ответчик Б. оспаривал сумму задолженности, во исполнение которого предъявлен иск об обращении взыскания на заложенное имущество.

Особо в мотивах апелляционной инстанции было указано на то, что рассматриваемый иск предъявлен не только к заемщикам, но и к вещным поручителям, поскольку из числа пятерых ответчиков - заемщиками по договорам о предоставлении микрокредита, являлись лишь двое (мать и отец), остальные совершеннолетние дети - являлись вещными поручителя. Вместе с тем, действующее гражданское законодательство не определило однозначно солидарной или субсидиарной ответственности вещного поручителя наравне с должником. Поэтому, по мнению коллегии, кредитор, не исчерпав возможности извлечь удовлетворение из имущества самих должников, не вправе требовать удовлетворения из заложенного имущества, принадлежащее на праве общей собственности заемщикам и вещным поручителям. По обстоятельствам спора не было установлено того, что МКО исчерпало все возможности удовлетворения требований из имущества заемщиков.

В приведенном случае, по мнению апелляционной инстанции, право требования удовлетворения кредитора из заложенного имущества вещного поручителя наступает при полном исчерпании возможности удовлетворить данные требования из имущества должников.

Учитывая изложенное, апелляционная судебная коллегия полагала, что данных мотивов достаточно для признания правомерным оспоренного решения суда об отказе в иске, о принудительной реализации залога.

Таким образом, в мотивах судов основополагающими критериями к отказу в иске явилось:

- преждевременность предъявления иска о принудительной реализации заложенного имущества ввиду не предъявления иска о взыскании задолженности,

- отсутствие доказательств о невозможности исполнения обязательств непосредственным должником.

При этом каждое из приведенных доводов явилось самостоятельным основанием к отказу в иске.

Вместе с тем, в другом примере судебного спора по иску ТОО «Л.Ф.» к Т.Е. об обращении взыскания на заложенное имущество - трехкомнатную квартиру в г.Алматы, рассмотренного районным судом № 2 Алмалинского района, апелляционный суд отменил решение, которым иск был удовлетворен.

Апелляционная судебная коллегия указала на преждевременность выводов суда первой инстанции, поскольку обращение взыскания на предмет залога в целях исполнения обязательств залогодателя допустимо только после завершения исполнительного производства и представления суду бесспорных доказательств отсутствия у основного должника-заемщика иного имущества и возможности исполнения решения о взыскании суммы задолженности, и отсутствия у залогодателя иного имущества; либо при наличии оснований, предусмотренных п.2 ст.321 ГК РК. Задолженность ТОО по кредитным обязательствам достоверно не установлена, не была предметом судебного рассмотрения, вопрос о взыскании этой задолженности с заемщика не рассматривался.

Кассационная инстанция не согласилась с выводами суда апелляционной инстанции, ссылаясь на то, что в силу п.1 ст. 299 ГК, залогом признается такой способ обеспечения обязательств, в силу которого кредитор (залогодержатель) имеет право в случае неисполнения должником обеспеченного залогом обязательства получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами лица, которому принадлежит это имущество (залогодатель), за изъятиями, установленными ГК; удовлетворение требования залогодержателя производится из стоимости заложенного имущества (п.1 ст.318 ГК); в соответствии со статьей 20 Закона «Об ипотеке недвижимого имущества» в случае неисполнения должником основного обязательства залогодержатель вправе удовлетворить свои требования путем реализации ипотеки в судебном порядке.

В соответствии с условиями Договора залога недвижимого имущества в случае неисполнения и/или ненадлежащего исполнения обеспеченного залогом обязательства по возврату основного долга и вознаграждения по нему, а так же при наступлении иных случаев неисполнения и/или ненадлежащего исполнения Заемщиком и/или залогодателем своих обязательств по соглашению об открытии кредитной линии и настоящего договора, залогодержатель вправе удовлетворить свои требования, обратив взыскание на предмет залога, независимо от того, в чьем владении и пользовании он находится.

Во исполнение условий соглашения о предоставлении кредитной линии, а также Договора залога истцом предпринимались меры для реализации во внесудебном порядке заложенного имущества.

Кассационная инстанция указала, что суд апелляционной инстанции, пришел к неправильному выводу о том, что: истец не предъявлял в суд искового заявления о досрочном погашении займа, решения суда о взыскании суммы долга не имеется, и данный иск подан преждевременно и необоснованно.

Срок исполнения обязательства заемщика ТОО истек еще в 2008 году, задолженность, основной долг и вознаграждение, составила 38 933 381,24 тенге. Банк уступил право требования ТОО Истец не предъявлял требования о досрочном возврате займа, иск заявлен об обращении взыскания на залоговое имущество в связи с истечением срока погашения и неисполнением обязательства ТОО. Должник и залогодатель не оспаривают размер задолженности. Истцом предпринимались меры для внесудебной реализации, однако ему было отказано в связи с имеющимися обременениями на заложенное имущество.

Размер задолженности соразмерен стоимости заложенного имущества.

Приведя вышеизложенные доводы, кассационная инстанция согласилась с основанием иска об обращении взыскания на заложенное имущество, принадлежащее вещному поручителю, однако, учитывая, что судом не выполнены требования, предусмотренные статьей 21 Закона «Об ипотеке недвижимого имущества» об определении:

1) всех суммы, подлежащих уплате залогодержателю из стоимости заложенного имущества, за исключением сумм расходов по охране и реализации недвижимого имущества, которые определяются по завершении его реализации. Для сумм, исчисляемых в процентном соотношении, должны быть указаны сумма, на которую начисляется вознаграждение, размер вознаграждения и период, за который они подлежат начислению;

2) являющееся предметом ипотеки недвижимое имущество, из стоимости которого удовлетворяются требования залогодержателя;

3) начальную продажную цену заложенного недвижимого имущества при его реализации;

4) меры по обеспечению сохранности недвижимого имущества до момента его реализации, если они необходимы,

решение апелляционной инстанции было отменено, дело направлено на новое рассмотрение в части выполнения требований, предусмотренных вышеуказанной нормой Закона.

Относительно обязательств вещного поручителя, в судебной практике при применении норм Гражданского кодекса, касающихся ответственности залогодателя, возникает также вопрос следующего характера:

- какова ответственность вещного поручителя, если заемщик (юридическое лицо, ИП) находятся на стадии банкротства?

На этот счет имеется заслуживающее внимание суждение, что обязательства вещного поручителя прекращаются аналогично прекращению обязательств должника по правилам, предусмотренным законодательством о банкротстве.

**Мушанова Г.А.,**

*судья Алматинского*

*областного суда*

**Судебная практика применения законодательства при рассмотрении споров, связанных с исполнением договоров банковского займа и обращением взыскания на залог**

Статистика показывает, что в последнее время в судах Алматинской области увеличились споры,связанные с исполнением договоров банковского займа и обращением взыскания на залог.

В суды банки обращаются с исками о взыскании всей оставшейся части предмета займа вместе с причитающимся вознаграждением и неустойкой ввиду нарушения заемщиком графика погашения периодических платежей, предварительно потребовав у заемщика досрочного исполнения обязательства, обеспеченного залогом.

      При этом банки ссылаются на то, что исполнение обязательств заемщика обеспечены залогом недвижимого имущества.

По общему правилу договор займа является платным, предусматривающим вознаграждение за пользование предметом займа, если иное не предусмотрено законодательными актами или договором.

Кредитный договор является разновидностью договора займа и обладает рядом специальных особенностей. Эти особенности предусмотрены в статьях 727 и 728 Гражданского кодекса Республики Казахстан и выражаются в том, что заимодателем выступает банк или иное юридическое лицо, имеющее лицензию на осуществление отдельных видов банковских операций. Предметом договора являются только деньги. Кредитный договор считается вступившим в силу с момента его заключения, если иной срок не предусмотрен договором. Договор, заключенный в письменной форме не может содержать условий, позволяющих заимодателю изменять его условия в одностороннем порядке. Договор не может содержать условий, позволяющих исполнять заемщиком денежные обязательства предоставлением вещей.

В силу пункта 7 статьи 34 Закона «О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан» заемщик - физическое лицо, получившее заем, не связанный с осуществлением предпринимательской деятельности, на приобретение товаров, работ и услуг, вправе в течение четырнадцати календарных дней с даты заключения договора банковского займа вернуть заем с оплатой вознаграждения, начисленного банком с даты предоставления займа.  
      В случае, предусмотренном настоящим пунктом, неустойка или иные виды штрафных санкций за возврат займа не взимаются.  
      Согласно пункту 8 вышеназванной нормы Закона банковские заемные операции осуществляются в соответствии с Правилами о внутренней кредитной политике, утверждаемыми органом управления банка, ипотечной организации или дочерней организации национального управляющего холдинга в сфере агропромышленного комплекса.

В соответствии со статьей 35 названного выше Закона возвратность кредитов может обеспечиваться неустойкой, залогом, гарантией, поручительством и другими способами, предусмотренными законодательством Республики Казахстан или договором.

Размер неустойки (штрафа, пени) за нарушение обязательства по возврату суммы займа и (или) уплате вознаграждения по договору банковского займа, заключенному с физическим лицом, в том числе договору ипотечного займа, не может превышать 0,5 процента от суммы просроченного платежа за каждый день просрочки, но не более десяти процентов от суммы выданного займа за каждый год действия договора банковского займа.

Требования о досрочном возврате предмета займа может быть заявлено, если заемщик нарушает предусмотренные договором сроки текущих платежей, более чем на сорок календарных дней (подпункт 6) статьи 728 ГК).

Правоотношения, возникающие по залогу, регулируются нормами Гражданского Кодекса Республики Казахстан, Законами «Об ипотеке недвижимого имущества», «О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан», «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество», «Об оценочной деятельности в Республике Казахстан».

Согласно пункту 2 статьи 299 ГК залог предприятий, зданий, сооружений, квартир, прав на земельные участки и другого недвижимого имущества (ипотека) регулируется Законом «Об ипотеке недвижимого имущества». Общие правила о залоге, содержащиеся в ГК, применяются к ипотеке в случаях, когда Законом об ипотеке не установлены иные правила.  
      Закон «Об ипотеке недвижимого имущества» не предусматривает основания для обращения взыскания на заложенное имущество, основания для досрочного исполнения обязательства, обеспеченного залогом, и обращения взыскания на заложенное имущество.  
     Основания для обращения взыскания на заложенное имущество предусмотрены  пунктом 1 статьи 317 ГК, в соответствии с которой взыскание на заложенное имущество для удовлетворения требований залогодержателя (кредитора) может быть обращено в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения должником обеспеченного залогом обязательства, за которое он отвечает.

В соответствии со статьей 272 ГК, обязательство должно исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями законодательства, а при отсутствии таких условий и требований - в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями.

Отношения, возникающие между заемщиком и займодателем по договору банковского займа, исполнение обязательств по которому обеспечиваются залогом имущества, регулируются положениями статьи 321 ГК, предусматривающей случаи возникновения права залогодержателя потребовать досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства и обращения взыскания на заложенное имущество.

Статьей 321 ГК предусмотрен конкретный перечень случаев досрочного исполнения обязательства, обеспеченного залогом, и обращения взыскания на заложенное имущество и не могут рассматриваться как дополнительные основания досрочного исполнения обязательств.

      Пунктом 1 статьи 321 ГК установлено, что залогодержатель вправе потребовать досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства в случаях:  
      1) если предмет залога выбыл из владения залогодателя, у которого он был оставлен, не в соответствии с условиями договора о залоге;  
      2) нарушения залогодателем правил о замене предмета залога (статья 314 настоящего Кодекса);

   3) утраты предмета залога по обстоятельствам, за которые залогодержатель не отвечает (пункт 2 статьи 313 настоящего Кодекса), если залогодатель не воспользовался правом, предусмотренным пунктом 2 статьи 314 настоящего Кодекса;

      4) обращения взыскания на предмет залога в целях исполнения обязательств залогодателя по исполнительным документам перед третьими лицами, не имеющими преимущества перед требованием залогодержателя, при отсутствии у залогодателя иного имущества.  
      Пунктом 2 этой же статьи предусмотрено, что залогодержатель вправе потребовать досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства, а если его требование не будет удовлетворено, обратить взыскание на предмет залога в случае:

      1) нарушения залогодателем правил о последующем залоге;  
      2) невыполнения залогодателем обязанностей, предусмотренных подпунктами 1 и 2 пункта 1 и пунктом 2 статьи 312 настоящего Кодекса;  
      3) нарушения залогодателем правил, о распоряжении заложенным имуществом (пункт 2 статьи 315 настоящего Кодекса).

Следует отметить, что не всякое неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства со стороны заемщика предоставляет банку право на взыскание задолженности по договору банковского займа и обращение взыскания на заложенное имущество. Для этого требуется, чтобы обязательство было нарушено заемщиком по обстоятельствам, за которые он несет ответственность.

В силу пунктов 1 и 2  статьи 359 ГК должник отвечает за неисполнение и (или) ненадлежащее исполнение обязательства при наличии вины, если иное не предусмотрено законодательством или договором. Должник признается невиновным, если докажет, что он принял все зависящие от него меры для надлежащего исполнения обязательства.

Лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет имущественную ответственность если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, то есть чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельствах (стихийные явления, военные действия и т.п). К таким обстоятельствам не относится, в частности, отсутствие на рынке нужных для исполнения товаров, работ или услуг.

Законодательством или договором могут быть предусмотрены иные основания ответственности или освобождения от нее.  
      По изученным делам имеются факты, когда задолженность по уплате неустойки (пени) за нарушение заемщиком обязательств по возврату основного долга (суммы займа), по уплате вознаграждения за пользование займом наращивалась банком на протяжении нескольких лет. Длительное не обращение банка в суд и непринятие им необходимых мер по урегулированию ситуации влекут необоснованное увеличение размера неустойки (пени), которая значительно превышает сумму основного долга, и вознаграждения по займу.

При этом суды Алматинской области при взыскании пени руководствуются требованиями статьи 364 ГК.

Пунктом 1 статьи 364 ГК предусмотрено, что если неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства произошло по вине обеих сторон, суд соответственно уменьшает размер ответственности должника. Суд также уменьшает размер ответственности должника, если кредитор умышленно или по неосторожности содействовал увеличению размера убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением, либо не принял разумных мер к их уменьшению. Указанные нормы соответственно применяются и в случаях, когда должник в силу законодательного акта или договора несет ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства независимо от своей вины (пункт 2 статьи 364 ГК).  
      Обстоятельства, приведенные участниками процесса в обоснование своих доводов, подлежат объективному исследованию в ходе судебного разбирательства. При этом доводы сторон оцениваются с учетом положений, содержащихся в Правилах о внутренней кредитной политике, утверждаемых органом управления банка. Эти правила разрабатываются в целях снижения риска при осуществлении банковских заемных операций и определяют условия проведения банковских заемных операций, в том числе по предоставлению кредитов юридическим и физическим лицам, их сопровождению, мониторингу и т.п.

Если будет установлено, что подлежащая уплате неустойка (штраф, пеня) чрезмерно велика по сравнению с убытками кредитора, суд в силу статьи 297 ГК вправе уменьшить неустойку (штраф, пеню), учитывая степень выполнения обязательства должником и заслуживающие внимания интересы должника и кредитора.

Согласно статье 20 Закона «Об ипотеке недвижимого имущества», в случае неисполнения должником основного обязательства залогодержатель вправе удовлетворить свои требования путем: реализации ипотеки в судебном порядке; реализации ипотеки во внесудебном порядке, если это предусмотрено законодательными актами либо в ипотечном договоре, или последующем соглашением сторон; обращения в свою собственность заложенного имущества в случае объявления торгов несостоявшимися согласно статье 32 настоящего Закона.

В соответствии с пунктом 2 статьи 318 ГК, в случаях, предусмотренных договором о залоге, а также настоящим Кодексом и иными законодательными актами, залогодержатель вправе самостоятельно реализовать находящееся в залоге имущество в принудительном внесудебном порядке путем проведения торгов. Такое же право имеет банк-залогодержатель по реализации предмета залога, обеспечивающего денежную ссуду.

Таким образом, из вышеуказанной нормы следует, что право на внесудебную реализацию (путем проведения торгов) предмета залога, обеспечивающего денежную ссуду, имеет банк-залогодержатель. При этом право банка-залогодержателя не означает его обязанность по реализации предмета залога, обеспечивающего денежную ссуду, только во внесудебном порядке.  
      В соответствии с пунктом 4 статьи 21 Закона «Об ипотеке недвижимого имущества», при наличии уважительных причин предусмотрено предоставление гражданам при получении ими жилищных или потребительских займов, не связанных с предпринимательской деятельностью, отсрочки реализации ипотеки.

В силу пункта 3 статьи 24 Закона «Об ипотеке недвижимого имущества» удовлетворение требований залогодержателя во внесудебном порядке не допускается в случаях, когда:  
      1) для ипотеки недвижимого имущества требовалось согласие другого лица или органа и такое согласие не было получено;  
      2) предметом ипотеки является недвижимое имущество, имеющее значительную историческую, художественную или иную культурную ценность для общества;

3) предметом ипотеки является недвижимое имущество, находящееся в общей собственности, и кто-либо из его собственников не дает письменного согласия на удовлетворение требований залогодержателя во внесудебном порядке;  
      4) имеется письменный отказ залогодателя по ипотечному жилищному займу, являющегося физическим лицом, от проведения реализации заложенного недвижимого имущества во внесудебном порядке, зарегистрированный органом, где был зарегистрирован ипотечный договор, и представленный в срок, установленный подпунктом 7-1) статьи 26 настоящего Закона;

      5) предметом ипотеки является жилище и (или) земельный участок с расположенным на нем жилищем, являющиеся обеспечением по договору о предоставлении микрокредита (кредита), заключенному физическим лицом с микрокредитной организацией (кредитным товариществом).  
      В указанных случаях взыскание на заложенное имущество обращается только по решению суда.

Статьей 25 Закона «Об ипотеке недвижимого имущества» предусмотрено проведение банком обязательных процедур до торгов, в том числе составление уведомления о невыполнении обязательства, регистрация его в органе, зарегистрировавшем ипотечный договор, и вручение залогодателю, при невозможности непосредственной передачи допускается направление уведомления залогодателю заказным письмом.

Вместе с тем в силу пунктов 1 и 2 статьи 724 ГК заемщик вправе оспаривать договор займа, доказывая, что предмет займа (деньги или вещи) в действительности не получен им от займодателя или получен в меньшем размере или количестве, чем указано в договоре.   
     В тех случаях, когда договор займа должен быть совершен в письменной форме (статья 716 настоящего Кодекса), его оспаривание путем свидетельских показаний не допускается, за исключением случаев, когда договор был заключен под влиянием обмана, насилия, угрозы, злонамеренного соглашения представителей сторон или стечения тяжелых обстоятельств (пункты 9 и 10 статья 159 настоящего Кодекса).

Указанная норма Закона согласуется с требованиями пунктов 4 и 5 статьи 8 ГК, согласно которой граждане и юридические лица должны действовать при осуществлении принадлежащих им прав добросовестно, разумно и справедливо, соблюдая содержащиеся в законодательстве требования, нравственные принципы общества, а предприниматели также правила деловой этики.

Эта обязанность не может быть исключена или ограничена договором. Добросовестность, разумность и справедливость действий участников гражданских правоотношений предполагаются.

Не допускаются действия граждан и юридических лиц, направленные на причинение вреда другому лицу, на злоупотребление правом в иных формах, а также на осуществление права в противоречии с его назначением.

**Б.С.Пазылов,**

*Қызылорда облысы*

*Қармақшы аудандық сотының судьясы*

**Моральдық зиянды өтеу**

Қазақстан Республикасында моральдық зиянды өтеуге қатысты сот тәжірибесін қарастырмас бұрын, ең алдымен, теориялық мәселелерге және сұрақтың тарихына тоқталып өту қажет деп санаймын. Моральдық зиянды өтеу деген ұғым кеңес үкіметінде бастапқы кезде азаматтық құқықтық реттеуге жатпайтын ұғым ретінде қарастырылған, себебі, адамның ар-ожданы мен абыройы ақшалай бағалауға жатпауы тиіс деген түсінік орын алған болатын.Тек қана жиырмасыншы ғасырдың жетпісінші жылдары ғана азаматтық құқық саласында жүргізілген зерттеулердің негізінде бұл түсінік өзгерген.

Қазіргі таңда қолданыстағы заңнамаға сәйкес, моральдық зияннан туындайтын қатынастарды жалпы шарттан тыс туындайтын міндеттемелік қатынастар ретінде қарастыруға болады. Себебі, бұл қатынастардың обьектісі жеке тұлғаның өзіндік құқықтары мен игіліктері болып табылады. Мәселен, бұқаралық ақпарат құралдары арқылы таратылған жалған мәлімет немесе жоғары қауіптілік көзінен туындаған моральдық зиянға қатысты зиян келтіруші мен зиян шегуші тұлғаның арасында шарттық құқықтық қатынас орын алуы міндетті емес екені белгілі.

Сол себепті Қазақстан Республикасында заң актілеріне моральдық зиянды өндіруге қатысты нормалар енгізілген. Моралдық зиянды өтеуді қарастыруда Қазақстан Республикасында келесі нормативтік құқықтық актілер реттейді:

Қазақстан Республикасының Азаматтық Кодексі, Қылмыстық іс жүргізу кодексі, сонымен қатар арнайы заңнамамен қарастырылмаған жағдайда Еңбек туралы, Неке және отбасы туралы, табиғи ресрустарды пайдалану және қоршаған ортаны қорғау туралы, «Бұқаралық ақпарат құралдары туралы», «Тұтынушылардың құқықтарын қорғау туралы», «Жарнама туралы» және өзге де заңнамалық актілермен осындай құқықтарды қорғау қолданылуы мүмкін.

Осы тұрғыда моральдық зиянды өтеу мәселелерін реттейтін заңнаманы сот тәжірбиесінде дұрыс әрі біркелкі қолдану мақсатында Қазақстан Республикасы Жоғарғы Сотының нормативтік қаулыларында моральдық зиянды өтеудің құқық қолданушылық нормалары қарастырылған.

Атап айтқанда, «Соттардың моральдық зиянды өтеу туралы заңнаманы қолдануы туралы» Қазақстан Республикасы Жоғарғы Сотының 2001 жылғы 21 маусымдағы №3 нормативтік қаулысы (бұдан әрі-Соттардың моральдық зиянды өтеу туралы заңнаманы қолдану туралы Жоғарғы Соттың нормативтік қаулысы);

«Сот тәжірбиесінде жеке тұлғалардың және заңды тұлғалардың ар намысы мен абыройын және іскерлік беделдігін қорғау жөніндегі заңдылықты қолдануы туралы» Қазақстан Республикасы Жоғарғы Сотының 1992 жылғы 18 желтоқсандағы нормативтік қаулысы (бұдан әрі-Сот тәжірибесінде жеке тұлғалардың және заңды тұлғалардың ар намысы мен абыройын және іскерлік беделдігін қорғау жөніндегі заңдылықты қолдану туралы Жоғарғы Соттың нормативтік қаулысы) ;

«Соттардың денсаулыққа келтірілген зиянды өтеу жөніндегі Республика заңдарын қолданудың кейбір мәселелері туралы» №9 Қазақстан Республикасы Жоғарғы Сотының 1999 жылғы 9 шілдедегі нормативтік қаулысы (бұдан әрі-Соттардың денсаулыққа келтірілген зиянды өтеу жөніндегі Республика заңдарын қолданудың кейбір мәселері туралы Жоғарғы Соттың нормативтік қаулысы);

«Тұтынушылардың құқығын қорғау туралы заңнаманы соттардың қолдану тәжірибесі туралы» Қазақстан Республикасы Жоғарғы Сотының 1996 жылғы 25 шілдедегі нормативтік қаулысы.

Жоғарыда аталып өткен нормативтік қаулылардың талабына сай азаматтарға туғаннан бастап немесе заң бойынша тиесілі мүліктік емес игіліктер мен өзіндік құқықтарды қорғаудың және азаматтарға келтірілген моральдық зиянды толық өтеудің конституциялық құқықтары мен бостандықтарын жүзеге асырудың, құқықтық мемлекет пен азаматтық қоғам құрудың тиімді тәсілі болып табылатындығына аса назар аударылған.

Осыған орай, Қазақстан Республикасы Конституциясының, сондай-ақ Қазақстан Республикасы Азаматтық кодексінің 141-бабының талабына сай азаматтардың мүліктік емес игіліктер мен өзіндік құқықтарын, бұзылған құқықтарын қорғауды сот арқылы жүзеге асыруына мүмкіншілік берілген.

Дегенмен нақты мұндай талаппен немесе жалпы құқығын қорғау мақсатында сотқа жүгіну барысында Қазақстан Республикасы Азаматтық іс жүргізу кодексімен бірқатар талаптар бекітілген, яғни арыздың нысаны мен мазмұны Қазақстан Республикасы Азаматтық іс жүргізу кодексінің 150,151 баптарына сай келуі, сонымен қатар Салық кодексінің нормаларына сәйкес моральдық зиянды өтеу туралы талаптары мүліктік емес сипаттағы талаптар сияқты, арыз берілген күнде тиісті қаржы жылына республикалық бюджет туралы заңмен белгіленген айлық есептік көрсеткіштің 50 пайызы мөлшерінде мемлекеттік баж төленуге жатады.

Қазіргі таңда сот тәжірибесінде моральдық зиянды өндіруге қатысты сотқа жүгіну барысы көп жағдайда бұқаралық ақпарат құралдары арқылы шындыққа сай келмейтін мәліметтердің тартылуына қатысты, қылмыстық немесе әкімшілік құқық ьұзушылық әрекеті арқылы келтірген зардабына қатысты, жоғарғы қауіптілік көзінен келтірелген зиян үшін, уәкілетті органның әрекетсіздігіне қатысты азаматтық істер қаралуда.

Моральдық зиянның негізгі ұғымы және өндірілуге жататын мөлшері Қазақстан Республикасы Азаматтық Кодексінің 4-тарауында, яғни 951 және 952-баптарында көзделген.

Қазақстан Республикасы Азаматтық кодексінің 951-бабының талабына сай, моральдық зиян-жеке тұлғалардың өзіндік мүліктік емес игіліктері мен құықтарының бұзылуы, кемсітілуі өзіне қарсы құқық бұзушылықтың жасалуы салдарынан басынан кешірген жан азабы немесе тән азабы деп анықталған. Бұл құқық нормасынан моральдық зияннан туындайтын құқықтық қатынастардың обьектісі жеке тұлғалардың өзіндік мүліктік емес игіліктер мен құқықтары болып табылатынын аңғарамыз.

Моральдық зиянды өндіруге қатысты ҚР АК нің 951-бабының 1- бөлігінің талабында көзделген тұжырымнан зиян келтірушінің кез келген мүліктік немесе мүліктік емес құқықтарының бұзылғанын емес, біріншіден, заңсыз әрекетпен зиян келтірілген адамның құқықтарына нұқсан келтірілсе өндірілуі тиіс деген қортындыға келуге болады.

Демек, жеке мүліктік емес игіліктер мен құқықтарға қандай азаматтық құқықтың обьектілерін жатқызатынымызды да қарастыра кеткен жөн болар. Бұл сұрақтың жауабын Азаматтық кодекстің 115-бабынан табуға болады. Бұл нормаға сүйенсек, жеке мүліктік емес игіліктер мен құқықтарға: жеке адамның өмірі, денсаулығы, қадір-қасиеті, абыройы, игі атағы, іскерлік беделі, жеке өмірге қол сұқпаушылық, жеке бастың құпиясы мен отбасы құпиясы, есім алу құқығы, автор болу құқығы, шығармаға қол сұқпаушылық құқығы және басқа материалдық емес игіліктер мен құқықтар жатады.

Бұл аталған мәселе «Соттардың моральдық зиянды өтеу туралы заңнаманы қолдануы туралы» Жоғарғы Соттың нормативтік қаулысында түсінік берілген. Қаулыға сәйкес, бұзылуы, айырылуы немесе кемітілуі азаматқа моральдық зиян келтіруге әкеп соғатын мүліктік емес өзіндік құқықтар деп азаматқа тумысынан тиесілі игіліктерге: өмір сүру, денсаулықты, ар-намысты, бостандықты, жеке басына қол сұқпаушылық құқығын, жеке өмірінің немесе отбасының құпиясын, телефон, телеграф хабарларының құпиясы мен хат алысу құпиясы құқығын; атын пайдалану құқығын; өз бейнесіне құқығын; интеллектуалдық қызметтің нәтижелеріне құқығын қорғау туралы заңнамаға сәйкес авторлық құқықты және мүліктік емес өзіндік құқықтарды; емін-еркін жүріп тұру және тұратын жерін таңдау, нанымды ақпарат алу құқығын және республиканың заңнамалық актілерімен көзделген басқа да құқықтарды жатқызуға болады.

Жоғарыда атап өткенімдей моральдық зиян бұл құқықтарға қол сұғу арқылы азаматқа тән не жан азабын келтіруі тиіс.Азаматтың жан азабы деп, адамның кемсітуге, ызалануға, түңілуге, ашуға, ұятқа, қажуға, жайсыздыққа және т.б байланысты басынан кешіретін эмоциялық-өзіндік жан күйзелісі сезімдерін түсіну қажет. Мұндай сезімдер тікелей жәбірленушінің өзіне немесе оның жақын туыстарының (ата-анасының, жұбайының, баласының, бауырының, апа-сіңлісінің) өмірі мен денсаулығына құқыққа қайшы қол сұғуға; бас бостандығынан заңсыз айыруға немесе шектеуге не емін-еркін жүріп-тұру құқығынан заңсыз айыруға; денсаулығына зиян келуінің нәтижесінде, оның ішінде бет әлпетіне адам танымастай болып жарақат пен сызаттың түсуінің салдарынан алғашқы бейнесінен айырылуына байланысты белсенді еңбек ету және қоғамдық қызметті жалғастыру мүмкіндігінен толық немесе ішінара айыруға; отбасылық, жеке және дәрігерлік құпияның ашылуына; хат-хабар алмасу, телефон мен телеграф ақпараты құпиясының бұзылуына; азаматтың қадір-қасиеті мен ар намысына кір келтіретін, шындыққа жанаспайтын мәліметтерді таратуға; өз атына, өз бейнесіне құқықтарының бұзылуына; авторлық және аралас құқықтарының бұзылуына және т.б. байланысты болуы мүмкін.Тән азабы деп, құқыққа қайшы күш қолдануға немесе денсаулығына зақым келтірілуіне байланысты сезінетін тәнінің ауыруын түсіну қажет.

Мұндай тұжырымды көресете келе, жоғарыда атап өткенімдей, моральдық зиянның ұғымы жәбірленушінің өзіне қарсы құқық бұзушылықтың жасалуы салдарынан басынан кешірген жан азабы немесе тән азабы деп анықтама берілген, яғни қандай да бір азап.

Азапқа қатысты тоқталар болсақ, жалпы алғанда моральдық зиянды өтеу жеке тұлғалардың мүліктік емес игіліктер мен құқықтарын қорғаудың негізгі институты болып табылады. Бірақ Азаматтық кодекстің нормаларына түсініктеме берген М.К.Сүлейменов пен Ю.Г.Басиннің пікірінше, Кодексте орын алған моральдық зиянның анықтамасы зиян шегушінің мүддесіне сәйкес келмейді. Мәселен, егер моральдық зиян ретінде адамның абыройына зиян келтіретін мәліметтерді таратуды санасақ, онда зиян шегуші тек таратылған мәліметтердің іс жүзіне сәйкес келмейтіндігін ғана дәлелдеуі тиіс. Бірақ егер моральдық зиян деп азапты айтатын болсақ, онда талапкер азаптың болғандығын дәлелдеуі тиіс деген тұжырым жасаған.

Ғалымдардың бұл пікірі қазіргі таңда қолданыстағы АІЖК-нің талаптарына сай келмейді, себебі, қазіргі таңдағы қолданыстағы заң нормалары бойынша, яғни азаматтық іс жүргізу заңнамасына сәйкес әр тарап өз талабының негізі ретінде сілтеме жасаған мән жағдайларды дәлелдеуі тиіс.

Моральдық зияннан туындайтын құқықтық қатынастар жалпы ереже бойынша зиян келтірушінің кінәсі дәлелденген жағдайда зиян келтіруші өтейді. Алайда бұл ереже, кей жағдайларды қолданылмайтыны көрсетілген. Оған заң шығарушы келесі жағдайларды жатқызады, егер:

зиян азаматтың өмірі мен денсаулығына жоғары қауіптілік көзі арқылы келтірілсе;

зиян азаматқа заңсыз сотталудың, заңсыз қылмыстық жауапқа тартылудың, бұлтартпау шарасы ретінде заңсыз қамауға алудың, үйде қамауда ұстаудың немесе ешқайда кетпеуі туралы қолхат алуды қолданудың, қамауда ұстау, психиатриялық емдеу мекемесіне немесе басқа емдеу мекемесіне орналастыру түрінде әкімшілік жазаларды заңсыз қолданудың салдарынан келтірілсе;

зиян ар-ожданына, қадір-қасиеті мен іскерлік беделіне нұқсан келтіретін мәліметтер тарату арқылы келтірілсе, зиян келтірушінің кінәсінің дәлелденуі шарт емес.

Аталған мәселелерді толықтыра келе, егер заң актілерінде көзделген жағдайларда азаматтың мүліктік құқықтарын бұзатын әрекеттер (әрекетсіздік) арқылы келтірілген моральдық зиян да өтелуге жататынын айта кетуіміз керек.

Заң нормаларында азаматтың мүліктік құқықтарын бұзатын әрекеттер (әрекетсіздік) арқылы келтірілген моральдық зиян өтелуге жатпайтыны көзделген.

Бұл заң нормасына «Соттардың моральдық зиянды өтеу туралы заңнаманы қолдануы туралы» Жоғарғы Соттың нормативтік қаулысында Азаматтық кодекстің 352-бабының қағидаларына орай, егер міндеттемені тиісті түрде орындамау несиегердің мүліктік құқықтарының бұзылумен байланысты болмаса, Азаматтық кодекстің 272,288-баптарында көрсетілген міндеттемелерді орындамау мүліктік емес зиянды өтеу үшін негіз бола алады. Борышкердің мүліктік құқықтарын қозғайтын міндеттемелердің тиісінше орындалмауы (мысалы, займ шарты бойынша алған ақшаны қайтарудан жалтару, сатып алу-сату шарты бойынша сатып алынған заттың құнын төлеу немесе мәміле затын беру бөлігінде міндеттемелерді орындамау) Азаматтық кодекстің 951-бабының 4-тармағына сәйкес, моральдық зиян ақша нысанында өтелуге жатпайды деп түсіндірме берілген.

Жалпы тұрғыда моральдық зиянның ұғымына осындай түсіндірмелер берілген. Енді моральдық зиянды өтеу мөлшеріне тоқталсақ.

Қазақстан Республикасы Азаматтық кодексінің 952-бабының талабында, моральдық зиян ақшалай нысанда өтелетіні, моральдық зиянның мөлшерін анықтаған кезде жәбірленушінің жан азабы мен тән азабының дәрежесін дәлелдейтін обьективті деректер де: қол сұғу обьектісі болған игіліктің «өмір, денсаулық, ар-ождан, қадір –қасиет, бостандық, тұрғын үйге ешкімнің тимеуі және т.б) өмірлік маңыздылығы; құқық бұзушылық зардаптарының ауырлығы (жақын туыстарын өлтіру, мүгедектікке әкеп соққан дене жарақатын салу, бас бостандығынан айыру, жұмыстан немесе тұрғын үйден айыру және т.б) ұятқа қалдыратын жалған мәліметтер тарату сипаты мен аясы; жәбірленушінің өмір сүру жағдайлары (қызмет, отбасы, тұрмыс, материалдық, денсаулық жағдайы, жасы және басқалары), өзге де назар аударуға тұратын мән-жайлар ескерілетіні көрсетілген.

Осы тұрғыда «Соттардың моральдық зиянды өтеу туралы заңнаманы қолдану туралы» Жоғарғы Соттың нормативтік қаулысында моральдық зиянның өтеу мөлшеріне нақты түсіндірмелер берілген. Яғни моральдық зиянға тек ақша нысанында өтем мөлшерін анықтау кезінде соттар әділеттілік пен ақылға сыйымды қажеттілікті негізге алуы қажет. Мүліктік зиянға ақшалай нысанда өтем жасау мөлшері талапкер мәлімдеген тараптардың тиісті мөлшерде қанағаттандырылуы туралы негізді тұжырым жасауға мүмкіндік берсе, ол әділ әрі жеткілікті мөлшерде жасалды деп есептеу қажет деп түсіндірме берген.

Осы жерде, яғни моральдық зиянның мөлшеріне қатысты Ресей ғалымдарының ғылыми еңбектерінде моральдық зиянның мөлшеріне қатысты зерттеулер жүргізілген. Атап айтқанда, қылмыстық әрекетпен келтірілген зардапқа қатысты, оның ішінде жәбірленушінің алған дене жарақатына қатысты моральдық зиянның мөлшерін нақтылау ұсынылған, мысалы, дене жарақаттарын жеңіл, орташа, ауыр деп бөлетін болсақ, алынға дене жарақаттарына байланысты Қылмыстық кодекстің дәрежелеу бабының санкциясында көзделген айыппұлдың мөлшерінен анықтау ұсынылған.

Қолданыстағы заң талаптарына сәйкес, қазіргі таңда моральдық зиянның мөлшері әрекеттің немесе залалдың ауырлығының субьективті түрде бағалауы, жан азабы мен тән азабының дәрежелейтін обьективті деректері, қол сұғу обьектісінің өмірлік маңыздылығы, құқық бұзушылық зардаптарының ауырлығы, жалған мәліметтер тарату сипаты мен аясы, жәбірленушінің өмір сүру жағдайлары, өзге де назар аударуға тұратын мән-жайлар ескеріліп белгіленеді.

Келтірілген мысалдарға қатысты біркелкі сот тәжірбиесін қалыптастыру мақсатында қолданыстағы заңнамаға моральдық зиянды өндіру мөлшерін нақтылауға қатысты толықтырулар енгізу қажеттігін талқылау қажет деп есептеймін.

Моральдық зиянды өндіруге қатысты негізгі ұғым мен өндірілетін мөлшері жайлы аталып өтті, әрі қарай сот өндірісінде қаралатын азаматтық істерге тоқталсақ.

Жоғарыда атап өткенімдей, бұқаралық ақпарат құралдары арқылы шындыққа сай келмейтін мәліметтердің таратылуына қатысты қаралатын азаматтық істер бойынша сот тәжірбиесінде жеке тұлғалардың және заңды тұлғалардың ар намысы мен абыройына және іскерілік беделіне нұқсан келтіретін, шындыққа жанаспайтын мәліметтердің таралуына жол бермеуге бағытталған заңмен көзделген әдістер жеке мүліктік емес құқықтар мен игіліктерді қорғаудың әсерлі құралы болып табылатыны көрсетілген.

Қазақстан Республикасы Азаматтық кодексінің 141,143-баптарымен, Қазақстан Республикасы Азаматтық іс жүргізу кодексінің «бұдан әрі-АІЖК) 24 және 152-баптарымен көзделген тәртіпте және негіздер бойынша қозғалған азаматтық істерді қарағанда талап бойынша бекерге шығару туралы көрсетілген мәліметтер таратылған ба, олар ұйымның атағына, азаматтың ар-намысына және абыройына кір келтіре ме, мәліметтер шындыққа жата ма деген мән-жайларды толық анықтау керектігі түсіндірілген.

Аталған санаттағы азаматтық істер бойынша талапкер КР АІЖК-нің 24 -бабының талабына сай сотқа жүгіне алатындығы белгілі, демек, осы талаппен бірге талапкер моральдық шығынды да өндіруге құқылы.

Алайда, Қазақстан Республикасы Азаматтық кодексінің 951-бабының талабына сай моральдық зиянды өндіруде жеке тұлғаның ғана жан азабы мен тән азабы көрсетілгенін ескерсек, аталған бапта нақты заңды тұлғаның да көрсетілгені дұрыс деп есептеймін.

Сонымен қатар сот өндіріснде қаралатын азаматтық істердің бірі- тұтынушының құқығын қорғаудағы талабы. Бұл санаттағы істер бойынша да «Тұтынушылар құқын қорғау туралы заңнаманы соттардың қолдану тәжірбиесі туралы» Қазақстан Республикасы Жоғарғы Сотының қаулысында түсідірмелер көрсетілген. Аталған азаматтық істер бойынша да ерекшеліктер көзделген, яғни «Тұтынушылар құқығын қорғау туралы» Қазақстан Республикасы Заңының 42-бабында тұтынушылардың қоғамдық ұйымдарының талаптарын шешудің алдын ала соттан тыс тәртібі белгіленген, егер аталған ұйымдар істі реттеудің тәртібін сақтамаса және мұндай мүмкіндік болса, арыздары АІЖК-нің 154-бабының бірінші бөлігінің 1-тармақшасына сәйкес кері қайтарылады, осымен бірге Заңның 42-бабының талаптарына сай тұтынушылардың қоғамдық ұйымдарына тұтынушылардың белгісіз бір көлеміне қатысты мүлікті және моральдық зиянның орнын толтыру туралы талап арыз қоюына құқық берілмеген. Сондықтан нақты тұтынушылары көрсетілмеген мүліктік және моральдық зиянның орнын толтыру тұтынушылар қоғамның талап арызы АІЖК-нің 150-бабы бұзылып берілген деп қозғаусыз қалдыруға жатады.

Жол-көлік оқиғасынан жәбірленуші жарақат алмаған жағдайда, соттарда моральдық зиянды өндірмеу жайлы тәжірибе бар. Алайда, менің ойымша, егер жол көлік оқиғасы салдарынан жәбірленуші қызметіне кешігіп, оған кешіккені үшін тәртіптік шара қолданылса, өзге де маңызды істеріне кешіксе немесе кейіннен сол оқиға салдарынан ауырып қалса және ол жайлар сотта нақты құжаттармен расталса, кінәлі азаматтан моральдық зиян өндіруге болады деп есептеймін.

Атап өткен азаматтық істер бойынша дау материалдық шығынға және моральдық залалға қатысты туындауы мүмкін, яғни материалдық шығынына қатысты құқығын қорғауға мүмкіншілігі бар. Осы орайда моральдық зиянның ұғымына көз жүгіртсек азаматтың мүліктік құқықтарын бұзатын әрекеттер (әрекетсіздік) арқылы келтірілген моральдық зиян өтелуге жатпайды. Сондықтан жоғарыда аталған кей санаттағы істер бойынша бұл шектеуді алып тастау жөнінде талқылауды қажет деп тұжырым жасауға болады.

Сөзімді қорытындылай келе, төмендегідей ұсыныстарды талқылау қажет деп есептеймін.

**Біріншіден,** Қазақстан Республикасы Жоғарғы Сотының «Сот тәжірибесінде азаматтардың және заңды тұлғалардың ар-намысы мен абыройы және іскерлік беделін қорғау жөніндегі заңдылықты қолдану туралы» нормативтік қаулысында жеке тұлғамен қатар заңды тұлғаға да келтірілген рухани (мүлікке жатпайтын) зиянның орнын толтыру талаптарды да қарауға соттың мүмкіндігі бар деп көрсетілген.

Бірақ Қазақстан Республикасы Азаматтық кодексінің 951-бабында моральдық зиянды өндіруде жеке тұлға және жәбірленушіге қатысты көрсетілген, сондықтан осы бапқа өзгерістер мен толықтырулар енгізіп, нақты жеке тұлғамен қатар заңды тұлғаның да сотқа моральдық зиянды өндіру туралы жүгіну құқығын көрсету керек.

Бірақ Қазақстан Республикасы Азаматтық кодексінің 951-бабында моральдық зиянды өндіруде жеке тұлға және жәбірленушіге қатысты көрсетілген, сондықтан осы бапта өзгерістер мен толықтырулар енгізіп нақты жеке тұлғамен қатар заңды тұлғаның да сотқа моральдық зиянды өндіру құқығын көрсету орынды.

**Екіншіден,** біркелкі сот тәжірибесін қалыптастыру мақсатында қолданыстағы заңнамаға моральдық зиянды өндіру барысындағы мөлшерін нақтылау қажеттілігін талқылауға жатады деп есептеймін. Мысалы, қылмыстық әрекетпен келтірілген зардапқа қатысты, дене жарақаттарына байланысты Қылмыстық кодексінің дәрежелеу бабының санкциясында көзделген айыппұлдың мөлшерін немесе белгілі бір айлық есептік көрсеткіштің есебін анықтау. Моральдық зиянның жоғарғы шегі деп айтуға келмес, бірақ алған жарақатына қатысты төменгі шектері белгіленсе, заңнаманы сот практикасында дұрыс әрі бірыңғай қолданылуға кепіл

**Үшіншіден,** Қазақстан Республикасы Азаматтық Кодексінің 951- бабаның 3-бөлігінде азаматтың мүліктік құқықтарды бұзатын әрекеттер (әрекетсіздік) арқылы келтірілген моральдық зиян өтелуге жатпайды деп көзделген. Сондықтан осы нормаға қатысты кей санаттағы істер бойынша бұл шектеуді алып тастауды немесе нақты көрсетілуін ойластыру қажет. Мысалы, жол көлік оқиғасына қатысты. Автокөлікке материалдық залал келді, ал оның салдарынан жәбірленуші жан азабын шегуі мүмкін. Атап айтқанда, жол көлік оқиғасының болу салдарынан жұмысына кешігуі, сол үшін тәртіптік жазаға тартылуы немесе алыс жолға шыққан жәбірленушінің уақытында жете алмауы, еңбек демалысында толық демала алмауы және т.б.

**Рахимжанова А.С.,**

*судья Глубоковского районного суда*

*Восточно-Казахстанской области*

**Проблемные вопросы, связанные с возмещением морального вреда в законодательстве Республики Казахстан**

В советском гражданском праве возможность присуждения компенсации за причиненный моральный вред была исключена по определению. Такое возмещение считалось апологией чуждого строя, воспринималось как унижающее достоинство советского человека». Таким образом, в течение длительного времени считалось, что моральный вред в социалистическом обществе возмещению вообще не подлежит. В обоснование этого обычно приводился аргумент - личность советского человека находится на столь недосягаемой высоте, что ее никак нельзя оценить на деньги. Такая позиция была связана и с отсутствием четких указаний в гражданском законодательстве.

С начала 90-х годов казахстанское законодательство пополнилось принципиально новым правовым институтом - компенсацией за нанесенный моральный вред.

Впервые право гражданина на возмещение морального вреда было установлено в 1990 году в Законе СССР от 12 июня 1990 года «О печати и других средствах массовой информации». В качестве общеправовой нормы, понятие о возмещении в материальной форме за причиненный гражданину вред (физические или нравственные страдания) появилось в казахстанском законодательстве с января 1993 года, когда в Казахстане Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 года получили статус республиканского Закона и позволяли устранить препятствия, которые создавались в новых экономических условиях старым Гражданским кодексом.

Результатом коренной перестройки общественно-политической системы Казахстана, проведения правовой и экономической реформ последних лет стало создание современной нормативно-правовой базы, регулирующей систему новых социальных и экономических отношений, обеспечивающей приоритет защиты интересов личности. Институт возмещения морального вреда - возложения на нарушителя обязанности по выплате потерпевшему денежной компенсации за физические или нравственные страдания, которые тот испытывает в связи с нарушением его прав, оказался востребованным нашим обществом и логически вписался в правовую модель, закрепленную в Конституции РК, согласно которой права и свободы человека являются высшей ценностью. Бесспорно то, что возрождение этого института содействует более полной защите нематериальных благ и личных неимущественных прав человека, способствует становлению и укреплению демократического правопорядка, несет в себе воспитательную функцию в деле укрепления доверия членов общества в силу закона.

Вместе с тем действенность данного института была бы намного большей и более эффективной, если бы правовые конструкции были завершены. Их уязвимость в том, что они носят обще рекомендательный характер.

Возмещение морального вреда в настоящее время предусматривается статьями 352, 951-952 Гражданского кодекса РК. В статье 131 Основ гражданского законодательства Союза ССР впервые была предпринята попытка определить понятие морального вреда, а также закрепить условия и способы его возмещения. Моральный вред в Основах гражданского законодательства Союза ССР был определен как причинение гражданину физических или нравственных страданий. Что же касается условий возмещения морального вреда, то в качестве таковых предусмотрены противоправность действий, причинивших вред, и вина причинителя вреда. Предусмотрено, что моральный вред возмещается в денежной или иной материальной форме и в размере, определяемом судом, причем, независимо от подлежащего возмещению имущественного вреда.

Поскольку отечественное законодательство не определяет ни минимальный, ни предельный размер взыскания за причиненный моральный вред в том или ином случае и в законе не установлен какой-либо специальный метод его исчисления, применение соответствующих норм фактически лимитировано  идеалистическим либо консервативным субъективизмом.

Как  свидетельствует практика судов, при установлении размера денежной суммы, подлежащей взысканию в возмещение морального вреда, ими, прежде всего, учитываются общие правила, предусмотренные в нормах гражданского законодательства, указывающие на необходимость выявления и всесторонней оценки обстоятельств причинения вреда, его последствий, материального положения сторон, роли лица, которому был причинен вред, в самом событии причинения.

В соответствии со ст.ст.951 ГК РК размер компенсации морального вреда определяется судом в денежном эквиваленте. При этом в законе, как уже отмечалось выше,  отсутствует какой-либо как базовый, так и ориентированный размер компенсации. Нет и общей единицы измерения или эквивалента между перенесенными страданиями и денежной единицей. Из изложенного следует, что до вынесения судебного решения, размера компенсации морального вреда так же не существует. Он возникает только после вынесения решения судом.

Обращаясь в суд с заявлением, истец может выразить в нем свое мнение о следуемом ему размере компенсации. Но это будет лишь его мнение, но не цена иска в   смысле   ст.102  ГПК РК.   Размер   денежной   компенсации вообще не входит в предмет доказывания иска о компенсации морального вреда. Предметом доказывания по данной категории дел является совокупность юридических фактов, образующих основание иска (юридический состав).

Размер компенсации морального вреда суд должен определять по общим правилам ст.6 ГК РК, исходя из требований добросовестности, разумности и справедливости.

В ч.2 ст.952 ГК РФ указывается, что при определении размеров компенсации морального вреда суд принимает во внимание степень вины нарушителя и иные заслуживающие внимания обстоятельства.  Здесь же законодатель установил, что суд должен учитывать  степень физических и нравственных страданий, связанных с индивидуальными особенностями лица, которому причинен вред.

Основанием иска о компенсации морального вреда является виновное совершение ответчиком противоправного деяния, повлекшего причинение истцу физических или нравственных страданий. Это подлежит доказыванию в суде, как и характер причиненных страданий, степень вины причинителя вреда, наличие у потерпевшего индивидуальных особенностей. В то же время вина не всегда является обязательным условием для ответственности.

Предметом иска является субъективное право истца на компенсацию такого вреда в денежной форме.

  Содержание же иска составляет действия, о совершении которых просит истец. Таковыми являются:

1) признать право истца на компенсацию морального вреда в принципе;

2) определить денежный размер компенсации морального вреда;

3) взыскать с ответчика компенсацию в определенном судом размере.

Следует признать, что ответственность за нанесенный моральный вред носит компенсационно-штрафной характер. Денежная компенсация за причинение морального вреда на деле призвана вызвать такие положительные эмоции, которые могли бы в максимальной степени сгладить негативные изменения в психической сфере личности, вызванные перенесенными страданиями. Степень такого «сглаживания» носит чисто условных характер, почему, по всей видимости, законодатель отказался от прямого регулирования его размера, оставив этот вопрос на разрешение суда.

Поскольку выраженное истцом в исковом заявлении мнение о размере компенсации не образует цену иска, то и любые изменения в его мнении по этому поводу, выраженные     в   любой    форме   во время   производства по делу   в      суде    первой    инстанции, не являются увеличением или уменьшением исковых требований. Соответственно, определение судом суммы компенсации морального вреда в размере большем, чем указывает истец, не  является выходом суда за пределы исковых требований в порядке ст. 219 ГПК РК.

Вместе с тем суд не может не принимать во внимание мнение истца относительно размера компенсации как косвенно подтверждающее глубину перенесенных им страданий, но при оценке этого мнения должен учитывать, что оно носит субъективный характер. Поэтому вполне возможно определение меньшего, по сравнению с заявленным истцом, размера компенсации.

В то же время, по мнению автора,  назначить компенсацию в большей сумме, чем заявил истец, суд не должен, в том числе и при предъявлении исков о взыскании символических сумм компенсации.

Со   значительными   сложностями   при   определении   оснований и размеров   компенсации   морального   вреда   судьи   сталкиваются   из-за недостаточно   полного   перечня   критериев,   их   некоторой неопределённости и   отсутствия четко разработанных методов оценки.

Законодатель   установил   следующие  критерии,    которые должны учитываться   судом    при     определении размера компенсации морального вреда (ст. 952 ГК РК):

- степень вины нарушителя;

- степень физических и нравственных страданий пострадавшего;

- тяжесть последствий правонарушений

-характер и сфера распространения ложных позорящих сведений

- иные заслуживающие внимания обстоятельства.

Степень вины причинителя вреда, в случаях, когда вина является основанием возмещения вреда, является  наиболее определенным критерием в представлениях и доктринальных установках большинства юристов.

Степень негативных последствий тем сильнее, чем значительнее вина нарушителя неимущественного права. Поэтому умышленное причинение в большей степени негативно отражаются на психическом равновесии, духовной сфере пострадавшего.

Степень физических и нравственных страданий потерпевшего, является наиболее сложным, составным критерием, он непосредственно увязан с другим   критерием   «… иные заслуживающие внимания обстоятельства». Этот критерий, по нашему мнению, имеет больше психологический, нежели правовой аспект. Законодатель не определил что такое степень страданий, и какова единица ее измерения. Как нам представляется, это количественный определитель, характеризующий глубину переживаний. Здесь необходимо говорить о степени и интенсивности переживаний, сила которых способна лишить человека психологического комфорта. Степень страданий и их проявление глубоко индивидуальны, эти факты подлежат безусловной дифференцированной оценке судьями.  Следует признать, что по аспектам причинения и компенсации морального вреда в целом нередки упрощенные производства, попытки судей индивидуально оценить упомянутые особенности и второй критерий в целом. Но, поскольку судьям зачастую трудно сделать это только на основе собственных познаний, представляется необходимость назначения и проведения экспертиз как минимум по квалифицированным случаям морального вреда.

Требования разумности и справедливости соответствуют общим принципам права. Закон не представил единого инструмента для всесторонней оценки глубины страданий конкретного человека в конкретной ситуации. По определению невозможно так же любое прямое измерение страданий в денежных единицах. Речь может идти только о компенсации перенесенных страданий. Размер этой компенсации всецело зависит от судейского усмотрения и вполне может быть неполным. Поэтому представляется правильным снабдить судейский корпус едиными для всех судов писаными нормами, раскрывающими базисный уровень определения размера компенсации.

**Гюнтер Яннзен,**

*Председательствующий судья Верховного земельного суда в Ольденбурге (Германия)*

**Переход права требования компенсации морального ущерба к правопреемникам в Германии**

**I. Компенсация морального ущерба в результате телесных повреждений и нанесения вреда здоровью**

Исторический законодатель в Германии довольно долго критически относился к требованиям компенсации морального ущерба в денежной форме. Так, например, 200 лет назад во многих городах Южной Германии вообще не существовали никакие требования компенсации морального ущерба в денежной форме и, согласно Общему земельному праву прусских государств, только крестьяне и простые горожане имели право при наличии злого умысла и грубой небрежности требовать компенсации морального ущерба. (Общее земельное право прусских государств - ALR I-я часть, 6-й раздел § 112). Более высоким сословиям (например, знати и священнослужителям) это было запрещено. Следуя этому духу закона, также и почти 100 лет назад в Протоколах совещания к Гражданскому Кодексу (том I, стр. 622f) было записано, что оценка нематериального ущерба в денежных суммах противоречит точке зрения, распространенной в лучших кругах населения. Из одной такой возможности „могли бы извлечь выгоду только отрицательные элементы; своекорыстие, стремление к собственной выгоде и алчность усилились бы, а из низменных побуждений были бы возбуждены многочисленные недобросовестные процессы“.

Сегодня общественное развитие в этом отношении пошло в другом направлении. Согласно § 253 абз. 2 ГК, от каждого можно потребовать „умеренного возмещения в денежной форме убытков в связи с нанесением телесных повреждений и вреда здоровью, а также в результате нанесения ущерба, который не является имущественным,“ то есть потребовать компенсации морального ущерба.

О размере компенсации за моральный ущерб выносит решение судья - согласно § 287 абз. 1 Гражданско-процессуального Кодекса при уважении всех обстоятельств и по свободному убеждению. Однако он должен при этом соблюдать общепризнанные критерии, выработанные Верховным Федеральным судом за последние 60 лет (Решение Федерального Верховного суда, Общий каталог журналов и периодики 1/55 от 06.07.1955 Решение Федерального Верховного суда 18, 149).

Компенсация за моральный ущерб, в правовом смысле имеет двоякую функцию. Потерпевшему должна быть предложена соразмерная компенсация за нанесение неимущественного ущерба. В то же время следует отдать должное идее, согласно которой причинитель ущерба обязан дать удовлетворение потерпевшему за то, что он ему причинил.

На первом месте стоит сегодня функция возмещения ущерба. В основе ее лежит та идея, что причинитель ущерба, ухудшивший жизненные условия потерпевшего, не говоря уже об имущественном ущербе, должен теперь оказанием определенных услуг облегчить ему жизненные условия в рамках своих возможностей.

Однако идея возмещения ущерба не является общим рецептом для всех случаев жизни. Воссоздание прежнего состояния, в отличие от случаев нанесения имущественного вреда, невозможно. Таким образом, подлинного возмещения нанесенного ущерба не бывает. В то же время нематериальный ущерб никогда, а возможности компенсации только ограниченно могут выражаться в денежной форме. Подлежащую выплате денежную сумму невозможно рассчитать с помощью простой замены страданий на радости, с помощью которых пострадавший должен забыть о перенесенных страданиях. При этом, чем крупнее нематериальный ущерб, тем меньше поддается определению степень такого ущерба. Это особенно проявляется в тех случаях, когда нематериальный ущерб настолько велик, что реальная компенсация становится едва ли возможной, например, при значительных физических повреждениях или при тяжелых психических расстройствах.

Тем не менее, даже в таких случаях управомоченность на получение компенсации юридически признается. Компенсация морального ущерба, хотя и предполагает возмещение неимущественного вреда, однако, достижение этой цели не является предпосылкой для присуждения компенсации морального ущерба в денежной форме. Это действует как для тех случаев, когда компенсация исключена ввиду тяжести телесных повреждений, так и для тех случаев, когда пострадавший настолько состоятелен, что выплата денежной компенсации существенного значения для него не имела бы.

С учетом вышеизложенного для исчисления размера компенсации за моральный ущерб следовало бы учитывать, в первую очередь, величину и масштабы ухудшения жизненных условий, то есть:

- масштабы и тяжесть телесных повреждений и морального ущерба;

- длительность стационарного лечения;

- последствия операции и других методов лечения;

- длительность инвалидности или увечий.

Наряду с этим необходимо также учитывать обстоятельства, придающие отдельному случаю причинения морального ущерба особый характер, например:

- степень задолженности причинителя ущерба и степень совместной вины потерпевшего.

Разумеется, есть существенная разница между тем, что пострадавший сломал себе ногу, потому что поскользнулся на банановой кожуре, которую причинитель ущерба по небрежности бросил на землю, или тем, что причинитель ущерба сознательно сломал ногу потерпевшему при вымогательстве крышевых денег.

Если причинитель ущерба стал виновником дорожно-транспортного происшествия, потому что не принял во внимание преимущественное право проезда потерпевшего, и потерпевший, поэтому не смог уклониться от столкновения, поскольку ехал с превышением скорости, тогда потерпевший должен рассчитывать на меньшую компенсацию морального ущерба по причине соучастия в ДТП.

- Причина несчастного случая или противозаконного действия, направленного на нанесение телесных повреждений.

Если, например, кто-то по неосторожности нанес легкие телесные повреждения своему другу топором при оказании соседской помощи по строительству дома, то эти особые обстоятельства при исчислении размера денежной компенсации должны учитываться как смягчающие обстоятельства.

При дорожно-транспортных происшествиях это частично рассматривается иначе, поскольку особые отношения между участниками ДТП не могут служить оправданием для того, чтобы только уменьшить страхование от ответственности для причинителя ущерба (Решение Верховного земельного суда г. Хамм, Новый юридический еженедельник - RR 1998, 1179).

- Повреждаемость потерпевшего

Причинитель ущерба, правда, не может сослаться на то, что причиненный им ущерб наступил только потому, что потерпевший в силу своего телосложения оказался особенно подвержен ущербу (повреждаем): например, при гистогенезе костной ткани, при предварительно поврежденном позвоночнике или неправильном лечении психического заболевания. Однако при исчислении размера денежной компенсации учитывается, что действие причинителя ущерба, которое привело к ущербу, только усилило имевшуюся предрасположенность телосложения потерпевшего к получению ущерба и что причиненный его здоровью вред является следствием его высокой повреждаемости (Решение Федерального Верховного суда, Новый юридический еженедельник 1997, 455 Предварительные повреждения позвоночника; Решение Федерального Верховного суда, Новый юридический еженедельник, 811 Неправильное лечение психического заболевания).

- Возраст потерпевшего

Возраст потерпевшего имеет большое значение, поскольку временной промежуток между нанесенными телесными повреждениями и наступлением смерти, то есть предположительная длительность страданий, разумеется, играет определенную роль при исчислении компенсации морального ущерба в денежной форме. При преклонном возрасте или по другим причинам вскоре ожидаемое наступление смерти соответственно существенно уменьшает размер компенсации за моральный ущерб. Зато в таких случаях вполне может встать вопрос о том, чтобы вместо выплаты денежной суммы присудить соответственно выплату более высокой пожизненной ренты (Решение Федерального Верховного суда, Новый юридический еженедельник 1991, 350), с тем, чтобы от этого что-то имел бы сам потерпевший, а не только его наследники. То же самое принимается во внимание для молодых потерпевших, если суд в результате вывода, к которому он пришел в ходе судебного разбирательства, опасается, что родители потерпевшего растранжирят сумму капитала и для потерпевшего через несколько лет мало что останется.

- Поведение причинителя ущерба по урегулированию спора или его страхование от ответственности за причинение ушерба.

В отнюдь нередких случаях, особенно, компании, страхующие от ответственности за причинение ущерба другим лицам, используют свой собственный экономический потенциал, в основном, для того, чтобы выплатить потерпевшему меньше денег. Хотя обязанность платить по страховке объективно распознаваема и часто даже существует соответствующее судебное решение о наличии основания для иска, страховые компании производят лишь смехотворные авансовые платежи (или вообще отказываются их выплачивать) и используют различные процессуальные трюки с целью «измотать» потерпевшего, чтобы, в конечном счете, вынудить его к мировой сделке на абсолютно невыгодных для него условиях. Такое поведение по урегулированию спора, носящее характер принуждения, оправдывает, по единодушному мнению судоговорения, существенное повышение компенсации за моральный ущерб (Решение Верховного земельного суда г. Саарбрюккен, Новый юридический еженедельник 2011, 933;   
 Решение Верховного земельного суда г. Нюрнберг, Доплата за наследство 2007, 301; Решение Верховного земельного суда г. Бранденбург 7 U 86/03 от 25.02.2004; Решение Верховного земельного суда г. Кёльн PVR 2002, 15; Решение Верховного земельного суда г. Наумбург Доплата за наследство 2002, 459).

В конечном счете, оба радикальных размера ущерба требуют достойного отношения - с одной стороны, незначительный ущерб, а с другой – обусловленная телесными повреждениями утрата всех духовных функций.

Незначительные телесные повреждения

В принципе, все, не только тяжелые телесные повреждения отвечают требованиям компенсации за моральный ущерб. Судье, однако, в рамках предоставленного ему права справедливого усмотрения, разрешено в случаях незначительных телесных повреждений отказаться от присуждения компенсации за моральный ущерб.

Такая практика распространена достаточно широко, когда при несчастных случаях, допущенных по небрежности, возникают только легкие ушибы и гематомы.

Компенсации за моральный ущерб не выплачиваются во многих случаях, когда в результате дорожно-транспортного происшествия, сопровождавшегося наездом на небольшой скорости, возникали не объективизированные врачами дисторсии шейного позвонка первой степени – утверждение, которое уже на протяжении многих лет практически автоматически выдвигается адвокатами при дорожно-транспортных происшествиях.

В иске было отказано и в одном сравнительно необычном случае. На одной химической фабрике произошла авария, в результате которой в окрестностях распространилось газовое облако с неприятным запахом. Истец в день происшествия страдал легкой одышкой и раздражениями слизистой оболочки, а также легкими головными болями. Длительный ущерб не наступил (Решение Верховного земельного суда, Новый юридический еженедельник 1992, 1043).

С другой стороны участковые суды присуждали курьезные компенсации морального ущерба в размере от 100 до 200 евро, например, в связи с неудачной шестимесячной завивкой (Решение участкового суда г. Зиген, Новый юридический еженедельник - RR 1990, 1248) или в связи с неоправданным укорачиванием бороды (Решение участкового суда г. Эмден, 5 C 465/87 от 01.03.1988).

Тяжелые душевные расстройства потерпевшего.

Если утрачены все духовные функции потерпевшего, для функций мировой сделки или удовлетворения места не остается. В соответствии с этим, прежде компенсация морального ущерба считалась исключительно символическим жестом примирения.

14-летняя жертва дорожно-транспортного происшествия, которая будучи полностью парализованной и неспособной к адекватному восприятию действительности, проживала в детском доме, получила компенсацию за моральный ущерб в размере 15.000 евро (Решение Федерального Верховного суда, Новый юридический еженедельник 1976, 1147).

Позднее Федеральный суд пересмотрел свою точку зрения, согласно которой компенсация должна быть только символическим жестом примирения, и признал, что утрата личности и утрата личных качеств, представляет собой подлежащий компенсации нематериальный ущерб.

25.000 евро и 250 ежемесячной ренты при тяжелых повреждениях головного мозга с параличом и обширной утратой чувствительности и способности восприятия в результате ошибки акушера (Решение Федерального Верховного суда, Страховое право 1993, 327).

Тем временем, суммы капитала при компенсации морального ущерба в таких случаях стали значительно выше. В особенности, при тяжелых повреждениях головного мозга в результате нарушения снабжения кислородом во время родов, возникшего как следствие ошибок врачей, денежные суммы компенсации морального ущерба в размере 500.000 евро сегодня стали вполне обычными.

**II. Компенсация морального ущерба в связи с противозаконным лишением свободы**

Нарушение свободы имеет место, если свобода передвижения существенно ограничивается против воли потерпевшего.

- Исполнение ареста, несмотря на непригодность к исполнению наказания (Решение Федерального Верховного суда, Новый юридический еженедельник 1993, 2927);

- пребывание в следственном изоляторе в результате бездействия адвоката защиты (Решение Федерального Верховного суда Новый юридический еженедельник 2005, 1284 - 7.000 евро за 76 дней);

- неправомерное помещение в психиатрическую клинику (Решение земельного суда г. Марбург, Страховое право 1995, 1199 – 250.000 евро за восемь с половиной лет);

- противозаконное лишение свободы полицией за участие в несанкционированной демонстрации – Решение земельного суда г. Гамбург, Новый журнал по административному праву 1987, 833 –

„символические“ 100 евро за 14 часов пребывания в «Гамбургском котле».

**III. Компенсация за моральный ущерб, в связи с нарушением права на сексуальное самоопределение**

В то время как прежде защищались права исключительно лиц женского пола, § 253 абз. 2 ГК включает сегодня женщин, мужчин и детей в равной мере.

Основной центр тяжести вынесенных в этой связи приговоров приходится, как и следовало ожидать, на изнасилования. То, что в этой связи выносится сравнительно немного приговоров, объясняется, во-первых, тем, что ввиду распространенных представлений морали многие жертвы, особенно, раньше, стеснялись рассказать о насилии над собой. Во-вторых, им было страшно представить себе, что придется заново переживать кошмарное событие во время гражданского процесса и выслушивать провокационные вопросы со стороны преступников и их адвокатов. Ко всему прочему, многие преступники были неимущими, а денежные суммы компенсаций за моральный ущерб на протяжении многих лет – смехотворно маленькими.

- Земельный суд г. Фленсбург, Страховое право 1993, 979.

2.500 евро при изнасиловании девушки шестнадцати с половиной лет.

Обоснование: не было установлено какого-либо психического ущерба, выходящего в подобных случаях за рамки „обычной“ длительности.

- Земельный суд г. Брауншвейг 5 O 181/85 от 26.02.1986.

6.000 евро при изнасиловании с угрозой убийства.

- Земельный суд г. Хайльбронн 4 O 2145/87 от 21.12.1987.

7.500 евро при многочасовом изнасиловании с нанесением телесных повреждений с тяжелыми и длительными психическими последствиями.

- Верховный земельный суд г. Хамм, Журнал по правовым нормам возмещения ущерба 1992, 156.

20.000 евро при похищении девочки-турчанки, лишение девственности и многократные изнасилования с тяжелыми и длительными психическими последствиями.

- Верховный земельный суд г. Кобленц, Новый юридический еженедельник 1999, 1639.

20.000 евро за истязания и многократное изнасилование 17-летней девушки.

- Верховный земельный суд г. Мюнстер 14 O 455/10 от 01.12.2010.

40.000 евро при изнасиловании отцом 14-летней дочери в не менее чем 32 случаях, причем исполнитель преступления, он же – глава семьи – побуждал и других членов семьи совершать сексуальные действия по отношнию к жертве, с тяжелыми посттравматическими последствиями.

- Верховный земельный суд г. Франкфурт 2-26 O 564/96 от 24.02.1998.

50.000 евро при грубых истязаниях и изнасиловании в течение недель с тяжелыми и длительными психическими последствиями и нанесением увечий.

В особенности, последние случаи показывают, что суммы выплат хотя и увеличились, но все еще остаются намного ниже, чем подобало бы.

**IV. Переход требования компенсации морального ущерба на наследников?**

Как уже упоминалось, раньше было не само собой разумеющимся требовать компенсацию морального ущерба в результате дорожно-транспортного происшествия, возникшего по вине третьего лица. Это стало считаться „нормальным“ только после резкого возрастания интенсивности дорожного движения и связанного с этим увеличения числа ДТП. Положительным в этом развитии было то, что в связи с обязательным страхованием ответчиком в качестве участника дорожного движения становится уже не индивидуальный причинитель ущерба, а „анонимная“ страховая компания.

Еще меньше ценилась идея, что требования о компенсации морального ущерба могут выдвигать, например, наследники.

Отцы германского Гражданского Кодекса, размышляя в конце 19-го столетия о так называемых мотивах, соответственно, высказывались:

„Вместе с пострадавшим умирает и пережитый им ущерб“...

„Поэтому наследникам не должно быть разрешено, выдвигать такое требование до тех пор, пока этого не сделает сам потерпевший..., поскольку есть что-то отталкивающее в том, чтобы позволить наследникам потерпевшего реализовать требование, о котором не подумал сам потерпевший.

§ 847 абз. 1 стр. 2 ГК в прежней редакции звучал так:

„Требование не передается и не переходит на наследников, за исключением тех случаев, когда это зафиксировано в договоре или когда дело было принято к судопроизводству“.

Альтернатива признания требования путем заключения договора на практике не играла никакой роли. Иными словами, все зависело от того, принято ли требование к судебному производству, то есть, был ли подан иск против причинителя ущерба о компенсации морального ущерба до наступления смерти потерпевшего. Дополнительно к этому формальному требованию судопроизводство требовало, чтобы пострадавший выразил волю подачи искового заявления.

А затем во многих случаях начиналась нелицеприятная «борьба со смертью». Если пострадавший в результате дорожно-транспортного происшествия находился в бессознательном состоянии и поэтому не мог высказаться относительно того, собирается ли он предъявить требование, суд должен был сначала назначить попечителя. Попечитель должен был решить, собирался ли пострадавший потребовать компенсацию морального ущерба, затем он должен был поручить ведение дела адвокату, который должен был подать иск в суд. После того, как в суд был внесен авансовый платеж, суд должен был распорядиться относительно вручения искового заявления, и исковое заявление должно было быть передано причинителю ущерба. Только после этого пострадавший имел право спокойно умереть.

Этой недостойной игре законодатель в конце последнего столетия положил конец и вычеркнул § 847 абз. 1 стр. 2 ГК. С тех пор требования компенсации морального ущерба могут быть перенесены на другое лицо, могут служить предметом залога, и могут наследоваться.

**Тайтолеуов Б.К.,**

*судья Восточно-Казахстанского*

*областного суда*

**Обеспечение исполнения обязательства**

Обязательственное право - это совокупность правовых норм и правовых институтов, регулирующих гражданские правоотношения, возникающие из договоренности сторон, принимающих на себя определенные обязательства и приобретающих в связи с этим определенные права.

Обязательства возникают из договора, вследствие причинения вреда и из иных оснований, предусмотренных законодательством. Каждый договор воплощает согласованное волеизъявление заключающих его лиц, преследующих собственные интересы. И поэтому заключение договора представляет собой процесс согласования воли сторон. Инициатива исходит от одной из будущих сторон и юридическую значимость приобретает лишь в том случае, когда выражается в форме предложения заключить договор и содержит существенные условия будущего договора.

Разработанный правильно, поименованный договор позволяет точно установить круг правовых норм, которыми он регулируется. Это имеет большое значение, в случае возникновения спора и рассмотрения дела в суде. Нередко за уклонением от исполнения договора скрывается недобросовестный умысел заставить должника допустить просрочку. Просрочка влечет за собой ответственность должника за допущенное нарушение.

В соответствии со ст.350 ГК Республики Казахстан просрочивший должник обязан возместить кредитору убытки и уплатить неустойку.

Неустойкой признается определенная законом или договором денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности в случае просрочки исполнения. В сказанном обращает на себя внимание то обстоятельство, что участники договорных отношений сами вправе определять пределы и меры ответственности, находящей свое выражение в виде неустойки, на случай неисполнении ими принятых на себя обязанностей.

В зависимости от способа начисления неустойки различают штраф и пеню. Штраф начисляется однократно, а пеня - за определенный период времени (час, день, месяц и т.д.). Преследуемая законом норма или договором право, неустойка, прежде всего, преследует цель создания условий защищенности договаривающихся сторон, стабильности взаимоотношений между ними, гарантирующих их нормальное развитие. Неустойка подлежит взысканию и тогда, когда нарушением какого-либо обязательства кредитору не были причинены убытки.

Привлекательность неустойки, её широкое применение в целях обеспечения договорных обязательств объясняются, прежде всего, тем, что она представляет собой удобное средство упрощенной компенсаций потерь кредитора, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением должником своих обязательств. В этом смысле неустойке присущи следующие черты: предопределенность размера ответственности за нарушение обязательства, о котором стороны знают уже на момент заключения договора; возможность взыскания неустойки за сам факт нарушения обязательств, когда отсутствует необходимость представления доказательств, подтверждающих причинение убытков и их размер; возможность для сторон по своему усмотрению формулировать условие договора о неустойке (за исключением законной неустойки), в том числе в части ее размера, соотношения убытками, порядка исчисления, тем самым приспосабливая ее к конкретным взаимоотношения сторон и усиливая ее целенаправленное действие.

Соглашение о неустойке - это дополнительное обязательство, действие и исполнение которого зависит от действительности основного обязательства.

Определение размера неустойки в первую очередь предопределенно юридическим основанием ее возникновения: законом или договором. При законной неустойке порядок исчисления ее размера определен соответствующей нормой правового акта, подлежащего применению к регулированию спорных правоотношений. Как правило, в таких случаях размер неустойки определяется исходя из официальной ставки рефинансирования Национального банка Республики Казахстан на день исполнения денежного обязательства или его соответствующей части.

Но, наиболее распространенным способом определения размеров договорной неустойки является установление ее процента от суммы договора, подлежащего к уплате за каждый просроченный день исполнения. Учитывая, что в абсолютном своем большинстве хозяйствующие субъекты в процессе своей деятельности используют типовые договора, размер неустойки не превышает 0,5-1 процент от суммы договора.

В судебной практике встречаются случай, когда истец неверно определяет сумму неустойки, в силу ошибочного подсчета времени, за который она должна быть взыскана, необоснованно увеличивая, таким образом, ее размер. Именно взыскание неустойки в повышенном размере является одним из проблемных вопросов в практике ее применения.

По общему правилу, если подлежащая уплате неустойка явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства, суд вправе уменьшить неустойку.

В статье 297 Гражданского Кодекса Республики Казахстан установлено, что если подлежащая уплате неустойка (штраф, пеня) чрезмерно велика по сравнению с убытками кредитора, суд вправе уменьшить неустойку (штраф, пеню), учитывая степень выполнения обязательства должником и заслуживающим внимания интересы должника и кредитора.

Данная норма предполагает оценочную категорию «соразмерности», и судья по собственному усмотрению должен оценить установленную договором неустойку и разрешить данный вопрос, опираясь на внутреннее убеждение.

Соразмерность неустойки последствиям нарушения обязательства предполагается. При этом ответчик должен представить доказательства явной несоразмерности неустойки последствиям нарушения обязательства, в частности, что возможный размер убытков кредитора, которые могли возникнуть вследствие нарушения обязательства, значительно ниже начисленной неустойки. Кредитор для опровержения такого заявления вправе представить доводы, подтверждающие соразмерность неустойки последствиям нарушения обязательства. Поскольку по требованию об уплате неустойки кредитор не обязан доказывать причинение ему убытков, он может в опровержение заявления ответчика о снижении неустойки представить доказательства, свидетельствующие о том, какие последствия имеют подобные нарушения обязательства для кредитора, действующего в гражданском обороте разумно и осмотрительно при сравнимых обстоятельствах.

Практика применения ст.297 ГК Республики Казахстан при рассмотрении дел показывает, что один из самых главных и проблемных вопросов, с которыми сталкиваются судьи при рассмотрении вопроса о неустойке - это вопрос о размере и пределах её снижения.

Поскольку оценка соразмерности или несоразмерности преимущественно представляет собой субъективную оценку, в судебной практике отсутствует единство в понимании техники применения указанной статьи. Как и любая оценочная норма, ст.297 ГК Республики Казахстан, нуждается в разъяснении и уточнении.

Статья 297 ГК Республики Казахстан предоставляет суду право уменьшить подлежащую уплате неустойку, если она явна, несоразмерна последствиям нарушения обязательства, но не обязывает его сделать это. В данной норме закона нет указания на обязательное наличие заявления со стороны ответчика для рассмотрения вопросов об уменьшении размера неустойки. В связи с чем, возникает вопрос, при отсутствии требования ответчика об уменьшении размера неустойки суд по своей инициативе вправе ее снижать, если суд придет к выводу о явной несоразмерности неустойки последствиям нарушения обязательства.

Судебная практика идет по пути, опирающимся более на собственное усмотрение судьи и на установление соразмерности неустойки последствиям нарушения обязательства. Критериями для установления несоразмерности подлежащей уплате неустойки последствиям нарушения обязательства в каждом конкретном случае могут быть:

-чрезмерно высокий процент неустойки;

-значительное превышение суммы нестойки над суммой возможных убытков, вызванных нарушением обязательства;

-длительность неисполнения обязательства;

-и другие обстоятельства.

**Профессор д-р. Вальтер Ролланд,**

*университет им. Мартина Лютера*

*Халле/Виттенберг*

**Разработки в европейском праве купли-продажи**

**Введение**

Развитие международной торговли после второй мировой войны заметно ускорило работу по гармонизации торгово-правовых предписаний, причем во главу угла была поставлена идея универсальной сферы применения. Организация Объединенных Наций после ее основания тоже стала решать эту задачу. Позднее и Европейский Союз стал самостоятельно развивать эту идею, первоначально ограничившись сферой защиты прав потребителя, сейчас предпринимаются попытки утвердить комплексное альтернативное торговое право в Европейском Сообществе. Об этих инициативах подробнее:

**II.Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров (CISG)**

Как упоминалось вначале, первая комплексная попытка унификации торгового права связана с инициативами ООН, конкретно – с деятельностью Комиссии Организации Объединенных Наций по международному торговому праву ([United Nations Commission on International Trade Law - UNCITRAL](http://www.google.de/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&sqi=2&ved=0CEIQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.uncitral.org%2Funcitral%2F&ei=N7hSUcfpAsjStAao-oGwDA&usg=AFQjCNHcB11KZmSP0vUU1pFgEBPs74MLrA&bvm=bv.44342787,d.Yms&cad=rja)). В результате долгих переговоров, 11 апреля 1980 года была заключена так называемая "Конвенция ООН о международной купле-продаже товаров" (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods). Сокращенно – Конвенция CISG или Венское торговое право. Венское торговое право потому, что переговоры проходили в Вене. Федеративная Республика Германия присоединилась к Конвенции с 1 января 1991 года (Вестник федерального законодательства 1989 II 588; Вестник федерального законодательства 1990 II 1477). Текст на немецком языке можно скачать в Интернете по адресу: [www.cisg-online.ch/cisg/conv/convde.htm](http://www.cisg-online.ch/cisg/conv/convde.htm). Казахстан, если я не ошибаюсь, не присоединился к Конвенции. В соглашении относительно UNCITRAL говорится: „Former USSR states Armenia, Estonia, Georgia, Kyrgystan, Latvia, Lithuania, Moldova and Uzbekistan have filed notices of accession to the CISG. The other cited States have not at this time filed notice of accession or succession to the CISG.” После первоначально сдержанного отношения многих государств к CISG эта Конвенция повсеместно утвердилась, к ней присоединились 74 государства. Уместно, однако, упомянуть, что некоторые значительные торговые партнеры, такие, как Великобритания, Испания и Бразилия, не подписали Конвенцию CISG. Широкая государственная сфера действия Конвенции, правда, еще не свидетельствует о ее признании потенциальными применителями международного торгового права.

В рамках настоящего, ограниченного определенными временными рамками доклада не представляется возможным обстоятельно представить все аспекты CISG. Поэтому я вынужден ограничиться лишь наиболее существенными пунктами, прежде всего, принципиальными вопросами применимости CISG, сферой ее применения и структурами обязательственного права.

**1.Правовой характер CISG**

Конвенция CISG представляет собой так называемый «единый закон» („loi uniforme“), то есть она может непосредственно применяться как национальное право. По своему содержанию она не регулирует вопросы международного гражданского права, а потому не отвечает на вопрос, какое из имеющихся в виду национальных торговых прав находит применение при заключении конкретного международного торгового договора, более того, она сама представляет собой материальное торговое право, действующее в качестве унифицированного торгового права в государствах - членах. Унификация материального права имеет, как правило, то преимущество, что зачастую можно отказаться от сложной процедуры международной гражданско-правовой проверки, какое материальное право должно быть применимо в конкретном случае.

**2.Отношение CISG к национальному праву государств-членов**

Конвенция CISG регулирует международный товарооборот, то есть „приобретение товара за границей“. Для торговых договоров, имеющих внутренний характер, действует исконное национальное право государства-партнера. Это означает, что в государствах-членах действуют параллельно два материально-правовых торговых права, одно – для внутреннего рынка и одно - для транснациональных торговых договоров.

**3.Предпосылки применения Конвенции CISG и сфера ее применения**

**a) Интернациональность торгового договора**

Как уже упоминалось, Конвенция CISG не является всеобщим торговым правом, она представляет собой торговое право международного формата. Она принципиально применима только в том случае, если торговый договор носит специфический зарубежный характер. Такой специфический (первичный) зарубежный характер имеет место, согласно ст. 1 абз. 1 a), в случае торговых договоров, при которых покупатель и продавец имеют свои местожительства в различных государствах, и если эти государства являются участниками договора. Государственная принадлежность участников значения не имеет (ст. 1 абз. 3).

**б) Конвенция CISG как диспозитивное право**

Конвенция CISG в полной мере является диспозитивным правом. Это означает, что стороны вправе исключить ее применение. Это совершенно логично, если учесть, что гражданское право подчиняется признанному принципу автономии сторон. Соглашение об этом заключается либо формально, либо по молчаливому согласию. При этом возможны различные формы таких соглашений.

aa) Стороны вправе формально исключить применение CISG (отказ от права), не определяя, какое право должно быть применимо в данном конкретном случае. Тогда применимое право определяется согласно общим регулированиям международного гражданского права принимающего решение государства (lex fori). Если, например, некий продавец с местожительством в Германии заключает договор с итальянским предпринимателем и если оба они исключают применение CISG, тогда при судебном деле в Германии, согласно нормативным регулированиям германского международного гражданского права, применимым было бы германское торговое право. Поскольку CISG тоже является материальным германским правом, оно также должно было бы быть применено „как таковое“. Однако это не принимается во внимание, поскольку должен быть учтен согласованный отказ от права. Воля сторон исключить применение CISG должна соблюдаться, согласно ст.6. Применяться должно только единое торговое право Гражданского Кодекса и при определенных случаях – дополнительные определения национального Торгового Кодекса (HGB).

бб) Применение CISG может, кроме того, быть исключено положительным выбором права какого-либо государства. Например, это имеет место, если выбирается право какого-либо государства, которое не присоединилось к Конвенции CISG. В таком случае выбор права обязательно касается единого торгового права. Если формально выбирается право государства, которое также является участником Конвенции CISG, например, французское право, тогда в отдельном обосновании следует пояснить, означает ли выбор права применение французского права при исключении или при включении CISG.

вв) Конвенция CISG может, однако (что происходит все чаще), быть определена в рамках третейского разбирательства как применимое право.

**4 .Предписания формы**

Согласно регулированиям CISG, заключаемый сторонами торговый договор не требует определенной формы, чтобы стать действенным, особенно, если он не должен заключаться письменно (ст.11). Отказ от предписания формы понятен, если учесть, что CISG действует исключительно для движимого имущества, но никак не для земельных участков. Если такие предписания формы предусмотрены в национальном праве, они уступают этому праву, они не оказывают никакого действия на действенность торгового договора, подлежащего применению CISG.

**5.Обзор содержания CISG**

**a) Заключение договора; недостаточность**

Конвенция CISG содержит в ст. 14 ff. детальные регулирования по заключению договоров, особенно, относительно того, какие требования должны предъявляться к предложению заключить договор, к принятию договора и к доступу к соответствующим волеизъявлениям. Концепция сохраняется, таким образом, в рамках известных структур, включая и другие международные инструменты, такие, как UNIDROIT (УНИДРУА) – Принципы международных коммерческих договоров (Principles) или так называемые Европейские принципы (European Principles).

Не урегулированы, в частности, вопросы относительно сроков действия договора (недостаточная способность к совершению договоров, ошибки в определении существенных признаков, преднамеренный обман или угрозы, замещение и т.п.

**б) Обязанности продавца (ст. 30 - 34) и покупателя (ст. 53 - 60).**

К основным обязанностям продавца относятся: обязанность поставки товара согласно условиям договора (с соответствующими документами) и предоставление его в собственность покупателю. Передача самой собственности условиями CISG не регулируется (ст.4). Это означает, что продавец обязан заключить договор о передаче права собственности, если этого требует применимое национальное право. В число, основных обязаностей покупателя входят уплата покупной цены и принятие товара.

**в) Требование последующего исполнения**

Если товар не отвечает условиям договора, покупатель имеет право предъявить требование устранить недостатки; если же речь при этом идет о существенных нарушениях договора, он вправе также потребовать адекватной замены товара (последующее исполнение) (ст. 46 абз. 2) .

**г) Отмена договора**

Отмена договора может быть истребована покупателем при двух предпосылках: во-первых, если имело место существенное нарушение условий договора в смысле ст. 25 абз. 1 (ст. 49 абз. 1 буква a); во-вторых, если продавец безрезультатно не выдерживает назначенный соразмерный срок исполнения своего невыполненного обязательства (ст. 49 абз. 1 буква б). Это означает, что в случае поставки некачественного товара отмена договора может быть истребована только, если недостатки являются существенным нарушением условий сделки (ст. 25). Если это не имеет место, покупатель должен ограничиться тем, что может потребовать снижения цены или компенсации. Отмены договора можно потребовать независимо от того, несет ли ответственность продавец за нарушение условий договора.

**д) Требование компенсации**

Правила выплаты компенсации урегулированы для покупателя и продавца единообразно (ст. 74 - 77). Требование отмены договора и требование выплаты компенсации не исключают одно другого, они могут быть реализованы присовокупительно. Требование выплаты компенсации опирается на нарушение условий договора, которое необязательно может быть существенным. Задолженность в узком смысле не является предпосылкой выплаты компенсации, однако, закон предоставляет продавцу возможность признать свои упущения. Так, например, обязательство к выплате компенсации не наступает, "если сторона, к которой предъявляются претензии, докажет, что неисполнение обусловлено причинами, выходящими за рамки ее компетенции, и что от нее поэтому не следует ожидать, что она могла предвидеть при заключении договора допущенные нарушения и тем более - их последствия", ст**. 79). Кроме того, возмещается только тот ущерб, который "можно было предвидеть", (ст. 74). Требование направлено на денежную компенсацию**, CISG не знает требования возмещения ущерба в натуральном виде.

Продавец, что касается канона обязанностей покупателя, имеет сопоставимые права (ср. ст. 61 - 65). Что касается требований выплаты компенсации за причиненный ущерб, для него действуют те же самые правила, что и для покупателя.

**VI.Заключительные замечания; Оценка Ковенции CISG**

После этого тезисного обзора международного Торгового права, которому нередко приписывают характер модели будущих инициатив по унификации права, имеет смысл дать краткую оценку сильных и слабых сторон Конвенции.

**1.Сильные стороны Конвенции**

aa) Конвенция CISG, несомненно, является регулирующим инструментом существенного значения. В Конвенции имеются варианты решений, которые нашли всеобщее признание и нередко имеют характер образца для других правовых систем. В качестве примера можно упомянуть хотя бы четкое структурирование средств правовой защиты, в особенности, привязку к единому понятию нарушений договора (неисполнение обязанностей); принципиальный отказ от задолженности в качестве предпосылки отмены договора, все это уже стало международным стандартом. Директива ЕС о приобретении товаров широкого потребления в той же степени выгадала от этого, что и реформа германского обязательственного права.

a) В судебной практике и в практике юридических консультаций Конвенция CISG способствует увеличению правовой безопасности и безопасности планирования, поскольку те же самые фактические обстоятельства по одному и тому же праву оцениваются на основе унифицированного текста закона. Благодаря CISG повсеместно создаются правовые рамочные условия, что укрепляет равные конкурентные возможности.

б) Нередко сложная и сопряженная с большой неуверенностью коллизионно-правовая проверка, позволяющая выяснить, какое национальное право вообще применимо в конкретном случае, при известном объеме становится излишней.

в) Применение зарубежного национального права, которое оказывается затруднительным, дорогостоящим и небезупречным, теряет свое значение в области применения Конвенции CISG, поскольку CISG олицетворяет унифицированное материальное национальное право.

г) Так называемый "forum shopping", то есть попытка при помощи выбора юрисдикции добиться применения права, наиболее выгодного для одной из истцовых сторон, чтобы таким образом увеличить шансы на успех, теряет свое значение при унифицированном применении CISG.

**2.Слабости CISG**

После таких комплиментов в адрес CISG становится просто неизбежным добавить ложку дегтя в бочку меда и вкратце коснуться известных слабостей Конвенции:

a) Область действия и сфера применения CISG однозначно отнюдь не определены; это обстоятельство, и целый ряд исключительных регулирований вызывают сложные разграничительные вопросы, которые могут ослабить правовую безопасность.

б) Целый ряд отдельных важных проблем, представляющих большое значение для торгового права, в Конвенции вынесены за скобки. Не урегулированы, в частности, вопросы законной силы договора (недостаточная способность к совершению договоров, ошибки в определении существенных признаков, преднамеренный обман или угрозы, замещение, зачет встречных требований, исковая давность и т.п.).

В первую очередь должны быть ликвидированы пробелы, возникшие в результате автономного толкования CISG (ст. 7 абз. 2). Это удается, однако, не всегда, в особенности, в тех случаях, когда текст договора не содержит никакой опорной точки для принятия какого-либо решения и когда предмет сравнительного метода урегулирован неоднозначно. Это доказывается примером, в котором мы исходили из "германо-французского" торгового договора. Речь идет о действенности зачета встречных требований против покупной цены. В Германии это требуется для зачета заявления о зачете встречных требований, во Франции этого не требуется. Конвенция CISG в этом отношении имеет пробелы. Исходя из общих принципов CISG, невозможно вывести концепцию решения; различные регулирования в участвующих правопорядках сковывают свободу действий для принятия какого-либо решения. В подобных случаях не принимается в расчет толкование на основе CISG. Принимать решение приходится на основе нормативов национального права, что, в свою очередь, определяется по правилам международного гражданского права.

Необходимость предварительного включения коллизионно-правового контроля представляется неудовлетворительной.

Неудовлетворительно также, если в одном из таких случаев могут оказаться применимы к унифицированным обстоятельствам дела и к другим обстоятельствам различные правопорядки. Тем самым применение права

В целом, очевидно, можно сказать, что Конвенция CISG вносит значительный

вклад в дело унификации торгового права. Это подходящая основа для развития транснациональной договорной практики. Представленные проблемы применения выдвигают, однако, особые требования к определению содержания и формы договора. С этой точки зрения неудивительно, что в практике торговых отношений в течение многих лет регулярное применение CISG было исключено. Такая сдержанная позиция постепенно меняется. Практика повернулась лицом к проблемам. Существует целый ряд применяемых в международных масштабах общих условий сделок, которые по своему содержанию широко соответствуют требованиям CISG, причем по открытым вопросам предусмотрены конкретные самостоятельные решения (ср. напр.: Общие условия заключения сделок купли-продажи товаров международных торговых палат (ICC Model International Sale Contract, ICC Publications N° 556, Париж, 1999).

**III. Приобретение потребительских товаров**

|  |
| --- |
|  |

Как уже упоминалось вначале, Европейский Союз не имеет широкой законодательной компетенции по унификации материально-правовых гражданско-правовых предписаний. Такая компетенция, однако, появляется, как только речь заходит о гражданско-правовых предписаниях, имеющих характер определений по защите прав потребителя. В этом смысле Европейский Союз широко пользуется своими правовыми полномочиями, также и в области торгового права. В данном случае речь идет о Директиве от 25 мая 1999 года "О некоторых аспектах приобретения потребительских товаров и гарантиях для потребительских товаров" (1999/44/ЕС). Догматически она касается также, хотя только применимо к потребительским сделкам, самой сути торгового права, а именно – обнаруженных недостатков товара, поставленного в соответствии с договором. Отправной точкой регулирования служит принцип, согласно которому продавец несет ответственность за каждое нарушение договора, допущенное в момент поставки потребительского товара. Тем самым ответственность за обнаруженные недостатки товара представляет собой категорию недостаточного исполнения договора. Такая догматическая конструкция распространена в международных масштабах, она находит место также и в международном торговом праве (ст. 35 ff. CISG – Вестник федерального законодательства. 1989 II стр. 586). Иной была ситуация в германском праве. В Гражданском Кодексе ответственность за обнаруженные недостатки продаваемой вещи не являлась составной частью общего права обстоятельств, препятствующих исполнению обязательства, она была самостоятельным обязательственным режимом с самостоятельными регулированиями (§§ 459 ff. ст. ред. ГК). Для германского законодателя встал вопрос, каким образом реализовать Директиву. Одной из возможностей было реализовать Директиву по предписанию. В результате получилось бы, что тогда для ответственности за недостатки продаваемой вещи оказались бы применимы две догматически различные системы обязательственного права: новое право для приобретения потребительских товаров и старое, унаследованное право для других торговых договоров. Возобладала точка зрения, что, не в последнюю очередь с учетом системно-правовых аспектов, это является неприемлемым. В результате получилось, что торговое право было обновлено таким образом, что система и регулирования Директивы не только оказались приняты для потребительских договоров, но и повсеместно

**IV.Предложение Комиссии ЕС о регламенте Европейского Парламента о „Едином европейском праве купли-продажи товаров“ от 11.10.2011 (GEK) KOM (2011) 635 окончат. – 2011/0284 (COD) – SEK 1165 окончат. – SEK (2011) 1166 окончат.)**

В конце прошлого года Комиссия ЕС внесла предложение об издании предписания относительно введения факультативного Единого европейского торгового права (GEK). Предложение содержит комплексное регулирование торгового права, включая предписания по заключению торговых договоров, относительно прав сторон и санкций в случае нарушений обязательств. Некоторые отдельные области отсутствуют, в частности, относящиеся к вопросам способности сторон к совершению договоров, противоправности и аморальности договоров, регулирований замещения при заключении договора, зачета встречных требований и т.п.

Относительно своего предложения Комиссия отмечает: „Предложение предусматривает введение единого европейского торгового права, иными словами, самостоятельного, унифицированного свода правил с полностью гармонизированными определениями договорного права, включая предписания по защите прав потребителей, которые могут находить применение в праве государств-членов в качестве второй системы договорного права, при действующих соглашениях сторон относительно транснациональных сделок“.

Таким образом, свод законов должен быть включен государствами-членами ЕС в национальные правопорядки в качестве альтернативного торгового права и может стать для участников договоров применимым правом. Комиссия надеется, что своим модельным характером это регулирование со временем фактически усилит нормативные правовые инструменты.

Инициатива Комиссии вызвала споры. В особенности подвергается сомнению, обладает ли ЕС компетенцией на введение торгового права (даже хотя бы только альтернативного). Комиссия считает статью 114-ю Договора о свободе перемещения товаров, услуг, рабочей силы и капитала (AEUV) достаточным правовым основанием. Эта статья предусматривает, что ЕС вправе осуществлять меры по унификации права и административных предписаний, предметом которых является создание и поддержание функций внутреннего рынка.

стали составной частью общего торгового права. Это наглядный пример того, в какой степени правовые акты сообщества не только охватывают центральные аспекты национального гражданского права, но и изменяют их содержание.

**1. Предпосылки применения**

Как уже упоминалось, GEK является новым регламентом национального торгового права, действующим наряду с общим национальным торговым правом. Однако его применение может быть только согласованным участниками договора, если Единое европейское право купли-продажи товаров как таковое применимо к правоотношениям сторон. Относится ли это к данному конкретному случаю, необходимо заранее определить согласно общим коллизионно-правовым регулированиям международного гражданского права. В рамках нормативного национального права стороны могут тогда выбрать вторую национальную систему торгового права.

**2.Сфера применения**

a) Единое европейское право применимо для торговых договоров относительно движимого имущества (физических вещей) и для "дигитальных продуктов", а кроме того для так называемых "смешанных услуг", таких, как установка или ремонт приобретенных товаров (ст. 5).

б) Личная сфера применения ограничена. Предпосылкой является то, что одна из сторон является так называемым мелким или средним предприятием (KMU) - предприятием, насчитывающим до 250 сотрудников, с годовым оборотом до 50 миллионов евро или с годовым балансом до 43 миллионов евро (ст. 7 Абз. 2).

Исключенными из сферы применения проекта предписания остаются, таким образом, договора между потребителями и договора между двумя предприятиями, каждое из которых не является малым или средним предприятием. Однако, государства-члены вправе распространить применение GEK на торговые договора между крупными предприятиями (ст. 13 б).

в) Единое европейское право применимо только к транснациональным договорам (ст. 4). В этом отношении одно из государств-членов вправе также автономно распространить сферу применения на внутригосударственные договора (ст. 13 a).

**3.Защита прав потребителей**

Для договоров, в которых участвует потребитель, Единое европейское право предусматривает широкий спектр предписаний защиты, свойственных регулированиям по защите прав потребителей, как, например, обширные обязанности информирования, права аннулирования и т.п. Помимо этого, предполагается, что продавец обязан заранее предоставить потребителю определенную информацию относительно Единого европейского торгового права, для чего существует Информационный листок, предписанный текст которого содержится в предписании (Приложение II). Согласно ст. 8 абз. 2 VO-E, соглашение о применении GEK в отношениях между предприятием и потребителем, действует только, если потребитель недвусмысленно и отдельно от своего заявления, в котором он выразил свое согласие с заключением договора, с ним согласится“.

Кроме того, предприятие должно предоставить потребителю подтверждение этого особого соглашения о применимом праве на надежном носителе информации.

Урегулирован также контроль содержания общих условий сделок. Примечательно в этой взаимосвязи, что обязательный контроль общих условий заключения сделки, так же должен действовать для договоров между предпринимателями, хотя и с меньшим объемом проверки. Это нацелено не столько против создания существенного неравновесия за счет другой стороны (как в потребительском договоре), сколько против грубого недобросовестного отклонения от торговой практики (ст. 83 абз. 1, ст. 86 абз. 1б). Даже если масштаб проверки сравнительно незначителен, это в каждом случае служит ограничением частно-автономного определения содержания и формы договора между предпринимателями.

**4.Отношение к Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров (CISG)**

Как уже говорилось, международное (всемирное) торговое – так называемая Конвенция CISG, сфера применения которой пересекается со сферой применения GEK, давно существует. Таким образом, возникает вопрос о взаимосвязи между обоими торговыми правами. Конвенция CISG настоятельно применима при международных торговых закупках, если не обусловлено, что именно является допустимым (ст. 6). Но это может происходить и конклюдентно. Если стороны договариваются о применении GEK, тогда можно исходить из того, что они по умолчанию отменили применение CISG.

**5.Обзор содержания условий договора**

Предметное содержание GEK вытекает из текста предписания и двух приложений. Предписание обусловливает в значительной мере предметную и личную сферу применения GEK, однако, оно содержит также длинный список определений конкретных понятий. Приложение 1 состоит из текста Единого европейского права, то есть непосредственно из торгово-правовых нормативов, Приложение 2 содержит текст Информационного листка, который должен быть передан потребителю при заключении договора.

**6.Пробелы в условиях договора**

Единое европейское право GEK имеет широкий спектр применения. Так, например, регулируется помимо прочего совершение договоров, расчет сроков их действия, преддоговорные обязанности информирования, право аннулирования, предпосылки и последствия ошибок, преднамеренный обман или угрозы, некорректное поведение, последствия нарушения договоренностей и проч. С другой стороны, GEK позволяет выявлять недостатки. Единое европейское право различает внутренние и внешние недостатки. Внутренние недостатки касаются вопросов, которые "оказываются в сфере применения GEK, но недостаточно четко урегулированы". Такие вопросы должны решаться не в рамках GEK, но „во взаимосвязи с лежащими в его основе целями и принципами и всеми его определениями и без оглядки на право отдельных государств или на любое другое право, которое могло бы быть применимым при отсутствии соглашения о применении Единого европейского торгового права“ (ст. 4 абз. Таким образом, имеет место, как и при применении CISG, автономное толкование. Внешние недостатки, т.е. такие, которые выявляются вне сферы действия GEK, оцениваются согласно применимому материальному праву, которое является определяющим, согласно надлежащим коллизионным нормам. К числу внешних недостатков Комиссия относит, помимо прочего: вопросы правосубъектности, недействительности договора в связи с неспособностью совершения договоров, противозаконностью или аморальностью договора, определения языка договора, запрета дискриминации, замещения, большинства должников и кредиторов, смены сторон, включая передачу прав, зачета встречных требований и слияния должника и кредитора в одном лице, вещного права, включая передачу собственности, права интеллектуальной собственности, а также деликтного права. А кроме того, вопрос, могут ли объединяться конкурирующие требования, вытекающие из договорной или внедоговорной ответственности, не является предметом Единого Европейского права купли-продажи товаров (ср. Причина рассмотрения Nr. 27).

**7.Средства правовой защиты покупателя**

При центральном регулировании торгового права, при последствиях нарушений обязанностей продавцом и покупателем предписание преимущественно ориентируется на унаследованные образцы, в частности, на регулирования Директивы относительно приобретения потребительских товаров или на CISG, используются, однако, и самостоятельные образцы решений.

a) К числу основных обязанностей продавца относится поставка товара по условиям договора. Если товар не поставлен в соответствии с условиями договора, в распоряжении покупателя, в связи с нарушением этого условия договора, есть целый ряд средств правовой защиты. Так, например, он может потребовать исполнения или аннулирования договора, уменьшения покупной цены и/или выплаты компенсации (ст. 106 абз. 1). Согласно регулированиям Директивы о приобретении потребительских товаров (ст. 3 абз. 5), покупатель может принципиально отказаться от договора только в том случае, если он дал возможность продавцу устранить недостатки, что достигается путем исправления недостатков или новой поставки (право второго предъявления). Единое европейское право следует этому примеру лишь в редких случаях, право второго предъявления должно действовать только тогда, когда покупатель является предпринимателем. Если же покупатель является потребителем, его нельзя обязать, чтобы он сначала дождался устранения недостатков.

б)Если покупателю причинен ущерб в результате поставки некачественного товара, он вправе предъявить продавцу требование о компенсации (ст. 106 абз. 1). Директива о приобретении потребительских товаров не содержит регулирований относительно требований компенсации за нанесенный ущерб. Требование о компенсации за нанесенный ущерб, предъявленное согласно GEK, сформулировано по образцу соответствующего регулирования в CISG (ст. 79), это в особой мере действует для исключения таких требований (ст. 88). Продавец не обязан выплачивать компенсацию, если он докажет, что „помеха исполнения обязательства объясняется причинами, находящимися вне сферы его компетенции, и от него не следует ожидать, что он мог принять это во внимание при заключении договора или мог избежать такой помехи или ее последствий или преодолеть эти последствия“.

Требование компенсации за нанесенный ущерб имеет абсолютно обязательный характер (ст.108). Любое ограничение требования о компенсации в ущерб потребителю является ничтожным (действующее регулирование: исключение в случае незначительной небрежности – также и в соответствии с общими условиями заключения сделок – является допустимым).

**8.Оценка Единого европейского права купли-продажи товаров**

a) Известные оценки проекта носят отнюдь не положительный характер.

Существенные возражения ответчиков выдвигаются против ограничений в личной сфере применения. Так, например, представляется не слишком убедительным, если делается различие между предпринимателями и так называемыми малыми или средними предприятиями. Непонятно, почему договора между предпринимателями должны быть исключены. Кроме того, регулирование приводит к существенной неуверенности в правоотношениях, поскольку предприниматель не всегда может понять, имеет ли его партнер по договору качества малого или среднего предприятия. Доходит до того, что предприниматель, поддерживающий договорные отношения различного рода, вынужден иметь дело с двумя различными основами договора.

б) Не менее сомнительным является ограничение проекта предписания рамками транснациональных торговых договоров. Императивных причин для такого ограничения нет. Торговый оборот затрудняется, если предприниматель при определении содержания и формы договора должен предъявить различные условия заключения договора.

в) Сомнительными кажутся также требования определенной формы договора при приобретении потребительских товаров (ст. 8 абз. 2). Они настолько эксцессивны, что могут иметь воспретительный характер.

г) Неадекватным считается, когда судебный контроль содержания Общих условий заключения сделок в отношениях между крупными предпринимателями должен носить императивный характер (ст. 81). Таким предпринимателям, поскольку потребность в защите прав не существует, должна быть дана возможность ограничить судебный контроль содержания с помощью индивидуальных соглашений.

д) В отношении средств правовой защиты покупателя высказывается претензия, что покупатель при приобретении потребительских товаров может отказаться от договора, не предоставив продавцу возможность устранить недостаток путем его исправления или осуществления новой поставки. Такое право продавца относительно "второго предъявления" предусмотрено только в том случае, если покупатель является предпринимателем.

Проект Предписания в настоящее время дискутируется по всей Европе. О его судьбе можно лишь строить догадки. Известно только, что он вступит в силу не без изменений.

**Базарбаев С.А.,**

*судья Кызылординского областного суда*

**Ответственность за вред, причиненный с деятельностью связанной с повышенной опасностью для окружающих (источники повышенной опасности)**

Актуальность темы заключается в том, что она связана напрямую с решением многочисленных вопросов возникающих в повседневной жизни.

Научный и технический прогресс постоянно привносят в нашу жизнь все новые усовершенствования и изобретения - предметов, процессов и т.д., и, соответственно, появлением новых видов источников повышенной опасности и сфер осуществления деятельности, создающей повышенную опасность для окружающих. Возрастает также применение и традиционных источников повышенной опасности. Статистика отмечает увеличение количества транспортных средств на душу населения в Казахстане, что является одним из факторов роста количества дорожно-транспортных происшествий, в результате которых, как известно, гражданам и организациям причиняется огромный имущественный и моральный вред. Все это способствует увеличению количества разрешаемых судами споров, случаев применения норм об ответственности за причинение вреда источником повышенной опасности.

В [пункте 5](http://online.zakon.kz/Document/?link_id=1000216503) нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан №9 от 09 июля 1999 года «О некоторых вопросах применения судами Республики законодательства по возмещению вреда, причиненного здоровью» разъяснено, что под источником повышенной опасности следует признавать любую деятельность, осуществление которой создает повышенную опасность причинителя вреда из-за невозможности полного контроля за ней со стороны человека, а также деятельность по использованию, транспортировке, хранению предметов, веществ и иных объектов производственного, хозяйственного и иного назначения, обладающих такими же свойствами. Также разъяснено, что вредоносность и бесконтрольность действий домашних (в том числе служебных, сторожевых собак) и диких животных, находящихся у юридических лиц и граждан, при определенных обстоятельствах, могут быть отнесены к источникам повышенной опасности.

Под источником повышенной опасности следует понимать не только объект деятельности - вещь, но и саму деятельность - действия или бездействие владельца источника повышенной опасности.

Государство признает необходимость того или иного рода деятельности, создающей повышенную опасность для окружающих, и в императивном порядке принимает превентивные меры относительно возможных негативных последствий. Признаки объектов, потенциально опасных для окружающих, определены в юриспруденции. Во-первых, это вредоносность как качественная характеристика предметов; во-вторых, невозможность осуществления полного контроля над ними при определенных количественных параметра. Закон от 03.04.2002 года «О промышленной безопасности опасных производственных объектов», к опасным производственным объектам относятся объекты, на которых: производятся, используются, перерабатываются, образуются, хранятся, транспортируются, уничтожаются опасные вещества, а именно газы, окисляющие вещества, горючие, взрывчатые, токсичные, высокотоксичные вещества, представляющие опасность для окружающей среды; установлен критерий их вредоносности. Например, к высокотоксичным относятся вещества, способные при воздействии на живые организмы приводить к их гибели при введении в желудок от 15 миллиграм на 1 кг веса, при нанесении на кожу от 50 мл на 1 кг и смертельной концентрации в воздухе от 0,5 мл на 1 литр. К закону прилагаются таблицы с наименованиями опасных веществ и их видов, предельное количество которых на опасном производственном объекте является основанием для обязательной разработки декларации промышленной безопасности (например, для высокотоксичных веществ допустимое предельное количество составляет 20 тонн). Думается, что под транспортными средствами необходимо понимать только наземный, но и воздушный, речной, морской, трубопроводный транспорт. Под механизмом понимается устройство машины, приводящее ее в действие. Критерием отнесения к источнику повышенной опасности того или иного аппарата, помимо мощности двигателя, является специальное разрешение и допуск к его эксплуатации, а такжеих регистрация в контролирующих государственных органах. Например, мотоблок, бытовой электрорубанок не относятся к источнику повышенной опасности, чего нельзя сказать об эскалаторах, грузоподъемных механизмах, канатных дорогах, фуникулерах, лифты. Деятельность, связанная со сверхнормативно установленным количеством опасных веществ, также - деятельность, связанная с использованием электрической энергии высокого напряжения и атомной энергии. Энергией высокого напряжения является электрический ток 380 V (0,4 кВт), бытовой ток 127 V, 220 V. Поскольку промежуточной энергии в нашей промышленности не вырабатывается, то под энергией высокого напряжения следует понимать 380 V и выше. Строительная и связанная с ней иная деятельность. Сюда необходимо отнести ведение горных работ, работы по обогащению полезных ископаемых, работы в подземных условиях. Деятельность по проектированию строительства объектов (чертежи, схемы, макеты) формально содержит признаки специального деликта, однако к источнику повышенной опасности ее нельзя отнести, поскольку отсутствует непосредственная связь со вторым элементом (опасный предмет). Гражданская ответственность проектирующих организаций наступит лишь при наличии их вины. Случаи причинения вреда при возведении построек ручным способом неспециализированными организациями без применения электрооборудования высокого напряжения, подъемных механизмов нельзя отнести к источнику повышенной опасности, поскольку здесь также нет связи с опасными объектами. Транспортные средства являются источником повышенной опасности. Небывалый для нашей страны рост количества автомобилей в последние годы обострил дорожно транспортную ситуацию. Ежедневно на казахстанских дорогах гибнут и получают увечья более 13 человек. Стрессовое состояние, возникающее от незначительного ДТП, может оказать непредсказуемое воздействие на поведение его участников. Особенно экологически значимы аварии, происходящие на железнодорожном транспорте при перевозке опасных грузов: Правила дорожного движения обязывают перевозить опасные грузы в соответствии со специальными правилами. Требования этих правил обязаны выполнять все организации, а также индивидуальные предприниматели, независимо от того, кому принадлежит груз и везущее его транспортное средство. Безопасность дорожного движения складывается из многих факторов. Это и качество дорожного покрытия, и погодные условия и состояние автомобиля, и мастерство водителя, включающее знание возможностей своего автомобиля. Доля неисправного автотранспорта вносит свою лепту в эту печальную статистику. Для того чтобы исключить возможность появления на дорогах автотранспортных средств, технически не готовых к эксплуатации, владельцы автомобилей обязаны пройти государственный технический осмотр. На исправное транспортное средство владелец получает свидетельство о соответствии транспортного средства требованиям безопасности, на основании которого выдается талон о прохождении техосмотра. В Казахстане стало обязательным страхование гражданской ответственности владельцев транспортных средств. Кодекс об административных правонарушениях РК дополнен ст.ст. 175, 470 ч.3, согласно которой водитель, управляющий автомобилем, и не имеющий при себе полиса наказывается, так же, как за забытые дома «права» или свидетельство о регистрации – штраф 1 МРП. Все эти меры предусмотрены для обеспечения безопасности на дорогах. Понятие «экологически опасные вещества» употребляется в широком и узком смысле. В широком смысле в эту группу включаются самые различные по происхождению, сфере применения, процессам получения, правовому режиму, контролю за использованием, мерам безопасности группы веществ, упоминаемые в текстах экологических правовых норм в качестве предмета человеческой деятельности либо средства воздействия на окружающую среду. В этом перечне: радиоактивные (ядерные) материалы, радиоактивные источники и вещества; взрывчатые вещества, т.е. химические соединения либо смесь веществ, способные к быстрому само распространяющемуся химическому превращению (взрыву); наркотические средства, т.е. вещества растительного или синтетического происхождения; лекарственные препараты, оказывающие специфическое стимулирующее, галлюциногенное и иное воздействие на центральную нервную систему; психотропные вещества; сильнодействующие и ядовитые вещества оказывающее отравляющее воздействие на живые организмы; пестициды, агрохимикаты (удобрения, стимуляторы роста растений, средства борьбы с вредителями и болезнями растений, ядохимикаты), используемые в сельском и лесном хозяйстве; химические вещества, т.е. вещества, обладающие токсичностью и (или) иными опасными свойствами; озоноразрушающие вещества; биологические, бактериологические вещества, способные оказать негативное воздействие на окружающую среду, вызвать заболевания людей, животных и растений; воспламеняющиеся вещества – газы, которые при нормальном давлений и в смеси с воздухом становятся воспламеняющимися и температура кипения которых при нормальном давлении составляет 20 градусов Цельсия и ниже; окисляющие вещества, – вызывающие воспламенение и (или) способствующие воспламенению других веществ в результате окислительно-восстановительной экзотермической реакции; горючие вещества – жидкости, газы, пыли, способные самовозгораться; токсичные и высокотоксичные вещества, способные при воздействии на живые организмы приводить их к гибели; отравляющие вещества – поражающие живые организмы и характеризующиеся быстрым распространением на значительные расстояния; запрещенные виды опасных отходов и др. В узком смысле под опасными веществами понимаются прямо указанные в законодательных и нормативно-правовых актах вещества, их соединения, представляющие опасность именно для окружающей среды, при внесении (попадании) которых в окружающую среду вообще или в количествах, превышающих допустимые уровни (концентрации), фиксируются негативные изменения состояния ее отдельных элементов. Сюда входят, например, радиоактивные, химические, и бактериологические (биологические), опасные микробиологические вещества и отходы, газы, а так же классифицируемые по показателям острой токсичности в водной среде вещества, представляющие опасность для окружающей среды. Экологически опасные вещества могут находиться в твердом, жидком, газообразном, парообразном состоянии. Оружие потенциально представляет собой источник повышенной опасности, которое, *–* представляет собой устройства и предметы, конструктивно предназначенные для поражения живой или иной цели, подачи сигналов. К оружию не относятся изделия, сертифицированные в качестве изделий хозяйственно-бытового и производственного назначения, спортивные снаряды, конструктивно сходные с оружием. Указано, что обязанность возмещения вреда возлагается на лицо, которое владеет источником повышенной опасности на: 1) праве собственности; 2) праве хозяйственного ведения; 3) праве оперативного управления и 4) на любом другом законном основании. В качестве оснований возникновения обязательственного владения источником повышенной опасности закон называет договор имущественного найма, доверенности на право управления транспортным средством, в силу распоряжения компетентного органа о передаче источника и т.п.). Договор аренды является традиционным титулом законного владения источником повышенной опасности. Между тем существует исключение из правила 931 ГК РК об ответственности арендатора за вред, причиненный арендуемым источником повышенной опасности. Так, согласно ст. 585 ГК РК, при причинении вреда транспортным средством, переданным в аренду с экипажем, ответственность за вред несет арендодатель. При аренде транспортного средства с экипажем арендодатель вместе с передачей своего имущества в именное владение и пользование оказывает арендатору своими силами услуги по управлению транспортным средством и по его технической эксплуатации (ст. 588 ГК РК). Поэтому в данном случае арендодатель (через своих работников) продолжает осуществлять фактическое господство над источником повышенной опасности, только его поведение может стать непосредственной причиной вреда. На практике встречаются такие договоры, по которым работник, передав в аренду работодателю свою личную автомашину, продолжая, ее эксплуатировать для служебных нужд. Работодатель-арендатор платит работнику-арендодателю арендную плату и осуществляет своими силами текущий ремонт. По такому договору работодатель переносит на себя риск ответственности за причинение вреда источником повышенной опасности, т.к. это соглашение нельзя квалифицировать как договор аренды транспортного средства с экипажем (управление, техническую эксплуатации содержание транспортного средства осуществляет арендатор силами своих работников). При использовании работником личного автотранспорта в служебных целях может заключаться соглашение между работодателем и работником о компенсации последнему затрат на приобретение горюче-смазочных материалов. Данное соглашение является, обычно, частью трудового договора (контракта) и относится к условиям об оплате труда работника. Владение источником повышенной опасности в таком случае к работодателю не переходит. В случае причинения вреда источником повышенной опасности, когда управление источником осуществлял работник, находившийся при исполнении трудовой функции (например, ехал по указанию руководства), суду следует учесть возможность заключения вышеуказанных соглашений при выяснении вопроса о субъекте владения источником повышенной опасности. При установлении факта заключения договора аренды транспортного средства ответственность за причинение вреда необходимо возлагать на работодателя-арендатора. Следует отметить формулировки закона, согласно которой под титулом владения источником повышенной опасности понимается доверенность на право управления транспортным средством. Поскольку один лишь факт выдачи доверенности не свидетельствует о передаче владения источником повышенной опасности. «Нередко собственник, выдав доверенность другому лицу, продолжает пользоваться машиной. Поэтому в каждом конкретном случае суду следует устанавливать, кто же в действительности эксплуатировал источник в момент причинения вреда. Если собственник, выдавший доверенность, сам совершил наезд, он обязан возместить причиненный вред». Дело в том, что доверенность подтверждает право лица - представителя совершать юридические действия от имени представляемого. В данном же случае речь идет о совершенно иных, фактических действиях управлению автомашиной. Основной смысл доверенности в данном случае в том, что она является правоустанавливающим документом, подтверждающим передачу владения и пользования автомашиной, собственником которой является другое лицо. В этом случае фактически речь идет о заключении договора безвозмездного имущественного найма». Доверенность выдается для представительства, т.е. в целях совершения сделок от чужого имени (п. 1 ст.167 ГК РК). В подобных же случаях речь идет о пользовании транспортным средством от своего имени. Доверенность на право управления транспортным средством является «документом, подтверждающим право владения и пользования транспортным средством в отсутствие его владельца». Титулом же гражданско-правового владения источником повышенной опасности признается договор (аренды, ссуды и т.д.), факт заключения которого и подтверждает выдача подобной «доверенности». Кроме указанных в ст. 931 ГК РК гражданско-правовых оснований владения источником повышенной опасности можно назвать также договор хранения. Судебная практика традиционно определяет владельца источником повышенной опасности как лицо, осуществляющее эксплуатацию этого источника. Между тем признак эксплуатации присущ не всем видам законного владения. «Конечно, для большинства случаев причинения вреда этим источником характерным является то, что вред причиняется именно в процессе пользования (эксплуатации) источника. Однако далеко не все владельцы источников повышенной опасности имеют правопользования. Так, например, нефтебаза, осуществляющая хранениебензина,или железная дорога, осуществляющая его перевозку в цистернах, используют (и не имеют права как перевозчик или хранитель использовать) названное взрывоопасное и огнеопасное вещество. Тем не менее, указанные организации будут нести ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности». Передача владения источником повышенной опасности может также состояться в результате заключения договоров подряда, в том числе строительного подряда (при передаче заказчиком своего обоснования подрядчику). В транспортных обязательствах (связанных с перемещением грузов и людей в пространстве) владение источником повышенной опасности осуществляет, как правило, транспортная организация, которая и выступает владельцем источника повышенной опасности на основании заключенного со своим клиентом транспортного договора. Представляется, что в случае причинения вреда окружающим вследствие проявления вредоносных свойств перевозимого груза владельцем подобного источника повышенной опасности должна признаваться транспортная организация, непосредственно осуществляющая деятельность по перемещению груза в пространстве. Подобная повышенно опасная деятельность невозможна без фактического обладания источником повышенной опасности, титулом которого выступает, как правило, договор перевозки, по которому различные транспортные организации выступают в качестве единого перевозчика на основании ранее заключенных соглашений. В ст.931 ГК РК предусмотрена возможность владения источником повышенной опасности публично-правовыми субъектами. Так, в качестве одного из законных оснований владения источником повышенной опасности закон называет «распоряжения компетентного органа о передаче источника повышенной опасности и т.п.». В законодательстве устанавливается четкий перечень условий для принудительной передачи владения источником повышенной опасности органам публичной власти и иным уполномоченным законом лицам. Так, в соответствии Закона РК от 21.12.1995 «Об органах внутренних дел» граждане и организации, в определенных этим законом случаях, обязаны предоставлять транспортные средства по распоряжению сотрудников полиции с отстранением при необходимости водителей от управления этими средствами. К лицам, имеющим право давать распоряжения о предоставлении транспортного средства, относятся также сотрудники органов национальной безопасности, финансовой полиции. Все эти случаи передачи владения, а также складывающиеся в связи с этим отношения между прежним владельцем источника повышенной опасности и новым «публичным владельцем» имеют публично-правовую природу. Представляется, что в данном случае владельцем источника повышенной опасности и, соответственно, субъектом ответственности за причинение вреда выступает то учреждение, сотрудники (служащие) которого в качестве представителей власти издали распоряжение о передаче источника повышенной опасности. В случае с передачей транспортного средства по распоряжению сотрудника полиции таковым учреждением является соответствующий орган внутренних дел, имеющий статус юридического лица. Согласно разъяснению, постановления Пленума Верховного Суда РК от 09.07.1999 года, вред, причиненный работнику повреждением здоровья в связи с исполнением им трудовых (служебных) обязанностей, анологичных обязанностей, вытекющих из договорных обязательств, обязанностей войнской службы, возмещается организацией или физическим лицом-работодателем только при наличии вины последних. Если повреждение здоровья причинено работнику, находящемуся при исполнении договорных обязательств, трудовых(служебных) обязанностей, обязанностей войнской службы источником повышенной опасности, то ответственность за причинение такого вреда несет владелец источника повышенной опасности. Однако если вред жизни и здоровью работника причинен во время следования к месту работы или с работы от воздействия транспортного средства, представленного организацией или физическим лицом-работодателем, то последние несут ответственность перед потерпевшим. Не признается владельцем источника повышенной опасности и не несет ответственности за вред перед потерпевшим лицо, управляющее источником повышенной опасности в силу трудовых отношений с владельцем этого источника (шофер, машинист, оператор и др.). Если автотранспортные предприятия и другие предприятия передают по договору аренды автомашины своим работникам, т.е. лицам, состоящим с предприятием в трудовых отношениях, действующим в интересах предприятия, и транспортное средство фактически не выходит из владения этого предприятия, то ответственность за причиненный вред должно нести предприятие как владелец (собственник) источника повышенной опасности. Угонщик транспортного средства отвечает самостоятельно перед потерпевшим как незаконный владелец. Зачастую угоны автотранспортных средств с причинением вреда окружающим совершают несовершеннолетние преступники. Представляется, что в таких случаях незаконным владельцем источника повышенной опасности должен признаваться тот несовершеннолетний, который управлял транспортным средством в момент причинения им вреда. При этом если он достиг четырнадцатилетнего возраста, то сам и будет отвечать за вред, причиненный источником повышенной опасности, по правилам ст.ст. 926 и 931 ГК РК. В случае, когда у несовершеннолетнего в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет нет имущества или иных источников доходов, достаточных для возмещения вреда, вред должен быть возмещен полностью или в недостающей части его законными представителями, если они не докажут, что вред возник не по их вине.

Самовольное использование работником источников повышенной опасности может повлечь его ответственность лишь перед работодателем в порядке регресса (ст.933 ГК РК), и только в случае виновного причинения вреда. Однако, в соответствии с ст.167 Трудового кодекса РК работник несет полную материальную ответственность в случаях причинения работодателю ущерба не при исполнении трудовых обязанностей. Как уже отмечалось, источники повышенной опасности (транспортные средства и др.) могут передаваться во временное безвозмездное владение по договору ссуды (ст. 604 ГК РК). Между тем законом установлен особый порядок и условия возложения ответственности за вред, причиненный третьему лицу в результате использования переданной в безвозмездное пользование вещи. Согласно ст.611 ГК РК ссудодатель отвечает за вред, причиненный третьему лицу в результате использования имущества, если не докажет, что вред причинен вследствие умысла или грубой неосторожности ссудополучателя или лица, у которого эта имущество оказалась с согласия ссудодателя. В случаях «захвата» транспортного средства при чрезвычайных обстоятельствах (для доставки тяжелобольного в больницу, задержания опасного преступника и т.п.) судебная практика освобождает от уголовной ответственности за угон лиц, осуществивших такой захват. «При подобных обстоятельствах следует считать, что машина перешла правомерно во временное владение другого лица, и если это лицо, управляя ею, причинило кому-либо вред, то именно оно или соответствующая организация (если данное лицо действовало во исполнение служебных обязанностей) и должны возместить вред потерпевшему. Ответственность же первоначального владельца в этом случае должна полностью отпасть». Представляется, что подобное «общественно полезное» владение источником повышенной опасности все же должно признаваться незаконным, а ответственность на такого «захватчика» следует возлагать по ст.931 ГК РК. Согласно п. 3 ст. 931 ГК РК владелец источника повышенной опасности не отвечает за вред, причиненный этим источником, если докажет, что источник выбыл из обладания владельца в результате противоправных действий других лиц. Ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности, в таких случаях несут лица, противоправно завладевшие источником. При наличии вины владельца в противоправном изъятии из его обладания источника повышенной опасности ответственность может быть возложена как на владельца, так и на лиц, завладевших источником повышенной опасности. Приведенные нормы предусматривают презумпцию ответственности законного владельца источника повышенной опасности, опровергнуть которую возможно, лишь представив доказательства противоправного «выбытия (завладения, изъятия)» источника повышенной опасности из обладания законного владельца.

Действующее законодательство предусматривает ответственность за причинение вреда источником повышенной опасности, как личности, так и имуществу. В первом случае имеется в виду утрата заработка в результате утраты (понижении) трудоспособности (ст.937 ГК РК). В случае же его смерти вред может быть выражен в утрате средств, к существованию лицами, находившимися на его содержании и имевшими право на получение от него средств для существования (ст. 940 ГК РК). Вред может быть выражен также и в расходах на погребение погибшего человека (ст. 946 ГК РК). Норма ст.943 ГК РК предусматривает выплату потерпевшим компенсации сверх возмещения вреда, предусмотренной законом или договором. В случае причинения вреда имуществу потерпевшим может оказаться не только гражданин, но и соответствующая организация, на балансе которой это имущество числится. Как имущественное последствие нарушения права и интереса потерпевшего вред подлежит возмещению в полном объеме. Объем подлежащего возмещению вреда подтверждается, как правило, соответствующими документами о расходах, которые понес потерпевший с целью восстановления (ремонта) поврежденного имущества. Как известно, обязанность по возмещению вреда возлагается лишь на того владельца источника повышенной опасности, в процессе деятельности которого произошло умаление имущественной сферы потерпевшего. Таким образом, кроме вреда и противоправности поведения, обязательным является наличие причинной связи между этим поведением и его результатом - наступившим вредом. Отсутствие причинной связи исключает наличие обязанности по возмещению вреда, так как означает, что вред явился не следствием поведения данного владельца источника повышенной опасности, а был обусловлен иными причинами. Причинная связь - это объективно существующая связь между явлениями. Всякий раз при рассмотрении имущественных споров, возникающих в связи с причинением вреда источником повышенной опасности, суд из всей массы взаимосвязанных явлений должен выделить то явление, которое представляет собой причину возникновения вреда, возмещения которого требует потерпевший. Выделяя из всеобщей взаимосвязи причинный ряд, необходимо исходить не из вероятностей, а из достоверности, критерием которой является практическая деятельность человека. Таким образом, представление о причинности в обязательстве из причинения вреда источником повышенной опасности должно обосновываться деятельностью организаций или отдельных граждан, осуществляющих эксплуатацию этого источника, так как причинение вреда в этом случае - это всегда результат указанной деятельности. Наступление вреда причинно обусловлено деятельностью владельца источника повышенной опасности. Действие его характеризуется как создавшее реальную возможность причинения вреда независимо от тех или иных посторонних факторов. Общее правило о вине как условии деликатной ответственности закон формулирует следующим образом: лицо, причинившее вред, освобождается от возмещения вреда, если докажет, что вред причинен не по его вине (п. 2 ст.917 ГК РК). Нарушение правил безопасной эксплуатации источника повышенной опасности («внешняя» противоправность деяния) служит в данном случае «индикатором» вины для правоприменителя - нарушил, значит, виновен. Пределы должного предвидения причинителя вреда вытекают, как правило, из норм административного и трудового права: правил техники безопасности (ПТБ), правил дорожного движения (ПДД), строительных норм и правил (СНиП), государственных стандартов (ГОСТ) и т. п. Представляется, что при рассмотрении судом дел о возмещении вреда, причиненного источником повышенной опасности, неизбежно сравнение фактического поведения владельца источника с тем поведением, которое общество (закон) ожидает (требует) от законопослушного гражданина в аналогичных условиях. При решении вопроса о долженствовании предвидения данным лицом вредных последствий необходимо решить и вопрос о том, могло ли это лицо предвидеть их наступление. При проверке возможности предвидения наступления последствий нужно исходить из индивидуальных возможностей и особенностей данного субъекта, ибо нельзя вменить ему в вину несовершение такого действия, которого он совершить не в состоянии. Освобождение владельца источника повышенной опасности от ответственности за причинение вреда возможно в силу следующих таких обстоятельств как: непреодолимая сила; умысел потерпевшего; грубая неосторожность потерпевшего; неделиктоспособность и невменяемость; управомоченность на причинение вреда. Непреодолимая сила как чрезвычайное непредотвратимое явление может служить основанием освобождения владельца источника повышенной опасности от ответственности, если она непосредственно послужила причиной выхода источника повышенной опасности из-под контроля владельца. Например, сильное землетрясение, повлекшее обвал части скалы, вызвавший сход с рельсов грузового железнодорожного состава, имевший следствием человеческие жертвы и большие материальные потери. Согласно норме, установленной ст.931 ГК РК, вред, причиненный источником повышенной опасности, подлежит возмещению, если владелец этого источника не докажет, что вред возник вследствие умысла потерпевшего. Владелец источника повышенной опасности может быть также освобожден судом от ответственности полностью или частично по основаниям, предусмотренным п. 2 и 3 ст. 935 ГК РК, т. е. в случаях, когда грубая неосторожность самого потерпевшего содействовала возникновению или увеличению вреда, либо когда суд учтет имущественное положение гражданина, причинившего вред случайно или по неосторожности. Последнее возможно и после вынесения решения суда о возмещении вреда в полном размере, например, в случае, если делинквент сам в силу различных причин стал инвалидом. При этом также следует заметить, что грубая неосторожность потерпевшего может служить обстоятельством, полностью освобождающим владельца источника повышенной опасности от ответственности лишь при отсутствии вины последнего; однако в случае причинения вреда жизни или здоровью гражданина отказ в возмещении вреда не допускается. Ответственность за причинение вреда по небрежности предусмотрена потому, что лицо, имея реальную возможность предвидеть общественно опасные последствия своего поведения, не напрягает свои психические силы, чтобы дать правильную оценку своего поведения и его результатов. Следовательно, есть основания говорить об отсутствии необходимой внимательности и предусмотрительности. Невозможность предвидения иногда обусловливается определенными индивидуальными особенностями субъекта: слабое умственное развитие, внезапная болезнь, сильное переутомление в связи с длительным пребыванием на работе, отсутствие должного опыта по определенной специальности и пр. Эти индивидуальные особенности могут быть настолько выражены, что судебные и следственные органы обязаны в таких случаях признать, что в данном конкретном случае лицо не могло сознавать и предвидеть наступление в результате его поведения вредных последствий (из-за болезни, переутомления, отсутствия жизненного опыта и т. д.), поэтому и нет признаков небрежности. Таким образом, учитываются не качества абстрактной усредненной личности, а конкретный человек, действующий в конкретной обстановке. При установлении того, мог ли данный человек сознавать факт нарушения правил предосторожности и предвидеть наступление в результате этого вредных последствий, необходимо уточнить степень подготовленности и квалификации работника, знания им определенных правил предосторожности, а в случае незнания их определить, имел ли он возможность познакомиться с ними. Как известно, суд не вправе входить в обсуждение вопроса о вине малолетнего, а равно лиц, признанных судом недееспособными, даже если они и предвидели наступление вреда. Следует отметить, что состояние необходимой обороны освобождает делинквента от ответственности, чем бы он ни пользовался при осуществлении защиты своих прав. Однако, применение для самозащиты вредоносных объектов (т.е. объектов, в некоторых ситуациях обладающих признаками источников повышенной опасности, и в связи, с чем традиционно относимых к таковым) зачастую влечет причинение вреда с превышением пределов необходимой обороны. Так, известны случаи охраны имущества путем минирования периметра, проведения по нему тока высокого напряжения, выпуска на территорию диких животных и т. д. В связи с этим зачастую можно обнаружить умысел в действиях обороняющегося, т.е. они либо направлены на причинение вреда с желанием такового (прямой умысел), либо вредные последствия особо не желаются, но и не исключаются (косвенный умысел). В некоторых случаях, правда, умысел в действиях обороняющегося обнаружить затруднительно. Однако в гражданском праве делинквент отвечает и за неосторожное причинение вреда при превышении пределов необходимой обороны. Так, если хозяин охраняемого объекта вывесил табличку типа «Осторожно, мины (высокое напряжение, злой тигр и т.п.)!», то он несет ответственность и за тот вред, который обусловлен нетипичными свойствами потерпевшего, не внявшего подобному предупреждению об опасности (например, потерпевшим может оказаться маленький мальчик, не умеющий читать, слепой или иностранец, не знающий языка). В случае же применения ст. 931 ГК РК обороняющийся субъект будет отвечать и за невиновное причинение вреда. Представляется, что в тех случаях, когда, исследовав поведение делинквента, оборонявшегося с помощью вредоносного объекта, суд установит наличие признаков необходимой обороны, а также превышение ее пределов, суд должен применить правила ст.919 ГК РК. Следует отметить, что даже в случае умышленного причинения вреда работником владельца вредоносного объекта, если будет доказан факт причинения вреда при превышении пределов необходимой обороны, но в интересах работодателя и в связи с трудовой функцией, отвечать за вред должен сам работодатель по ст. 921 ГК РК. Когда речь идет о необходимой обороне, обороняющимся субъектом может быть только гражданин (работник), даже если он защищает интересы работодателя. «Это обусловлено тем, что лицо, выполняющее, например, функции сторожа, охранника, часового и т.п., обязано действовать и при выполнении служебных обязанностей в пределах необходимой обороны. Превышение пределов необходимой обороны этим лицом есть в то же время и превышение им пределов служебных полномочий». По поводу одновременного применения ст. 920 и 931 ГК РК и, соответственно, освобождения владельца источника повышенной опасности от ответственности в случае причинения им вреда в состоянии крайней необходимости вряд ли вообще возможно достоверно установить умысел на причинение вреда, так как действия водителя в подобных ситуациях, как правило, не направлены на причинение кому-либо вреда, зачастую просто рефлекторны. В таких случаях водитель, скорее, не хочет причинять вред ни одному (интересанту), ни другому лицу (потерпевшему), но в результате особых свойств источника повышенной опасности (большая масса, скорость, инерционность) не может предотвратить неблагоприятное развитие событий.

Поэтому, учитывая обстоятельства, при которых был причинен такой вред, суд может возложить обязанность его возмещения на третье лицо, в интересах которого действовал причинивший вред, либо на это третье лицо и причинителя вреда в долевом порядке, а также освободить от возмещения вреда полностью или частично как это третье лицо, так и причинившего вред.

**Гюнтер Яннзен,**

*Председательствующий судья Верховного земельного суда в Ольденбурге (Германия)*

**Гражданско – правовой ущерб, связанный со смертью**

По понятиям германского права ущербом считается любой убыток, понесенный кем-нибудь в результате определенного события. То, что смерть в этом смысле является убытком, не станет серьезно оспаривать ни один разумный человек. Иное действует разве что в том случае, если смерть становится желанным избавлением от страданий.

Во всяком случае, с давних времен действует принцип Римского права

casum sentit dominus,

означающий, что каждый, в принципе, самостоятельно терпит убытки от ущерба, причиненного его правовому благу. Если кто-нибудь желает потребовать от другого компенсацию за этот ущерб, ему необходима правовая норма, на которую он смог бы опереться, выдвигая свое требование.

В германском Гражданском Кодексе существуют три параграфа, на основании которых можно требовать компенсации ущерба в результате смерти конкретного человека.

I. Начнем с требований компенсации в результате причинения неимущественного правового ущерба, конкретно – с компенсации морального ущерба.

1. Требование компенсации морального ущерба от умершего лица

В этом смысле требования могут вытекать исключительно из § 253 Гражданского Кодекса Германии, в котором говорится следующее

**§ 253 ГК нематериальный вред**

Причиненный вред, который не является имущественным вредом, подлежит компенсации в денежной форме только в тех случаях, которые предусмотрены законом. Если подлежит компенсации вред, причиненный жизни или здоровью человека, его свободе или сексуальному самоопределению, то потерпевший вправе потребовать от причинителя небольшой компенсации в денежной форме за вред, не являющийся имущественным вредом. Согласно этому параграфу, компенсация предусматривается не в результате смерти и не в результате сокращения предполагаемой продолжительности жизни. Компенсация морального ущерба выплачивается только в том случае, если предшествовавшее наступлению смерти телесное повреждение представляло собой поддающееся определению нанесение вреда, требующее компенсации в денежной форме, согласно принципу справедливости (Решение федерального суда VI ZR 182/97 от 12.05.1998 Страховое право 1998, 1034).

**Примеры:**

1. Во время операции хирург по ошибке повреждает большую артерию в брюшной полости, и пациент умирает в операционной от потери крови, не приходя в сознание.

2.Во время дорожно-транспортного происшествия потерпевший получает множественные переломы костей и повреждения внутренних органов. Ему ампутируют обе ноги. Через несколько месяцев он умирает от почечной недостаточности, обусловленной несчастным случаем.

В первом случае телесным повреждениям и наступившей в результате этого смерти не придается самостоятельного значения.

Во втором случае возникает требование пожизненной моральной компенсации, которое переходит на наследников согласно § 1922 абз. 1 ГК.

2. Требование компенсации морального ущерба третьим лицом.

Требования компенсации морального ущерба в результате смерти конкретного лица предъявляются согласно весьма строгому германскому праву, которое в Европе в этом отношении выглядит достаточно изолированно и применяется только в исключительных случаях, при так называемом „ущербе от шока“ в результате присутствия при кончине или получения известии о смерти. Для этого должны существовать следующие предпосылки:

- Речь должна идти о смерти близкого родственника. К таким лицам наряду с родственниками по прямой линии, то есть наряду с родителями, дедушкой, бабушкой, детьми и внуками, относятся также супруги, жених, невеста и спутники жизни.

- Характер вреда здоровью по виду и степени тяжести должен определенно выходить за рамки того, что в подобных случаях, как правило, считается моральным ущербом для близких родственников.

**Примеры:**

1.Супруга после получения известия о гибели мужа в результате дорожно-транспортного происшествия при малейшем волнении периодических страдает от депрессий, бессонницы, истерик и нервного тика. (Решение Федерального суда VI ZR 78/70 от 11.05.1971 в Новом юридическом еженедельнике - NJW 1971, 1883) – В иске отказано.

2.В результате дорожно-транспортного происшествия погибают все трое детей. Отец страдает от тяжелых депрессий, в связи с чем, вынужден годами лечиться в психиатрической клинике, и оказывается не в состоянии работать по профессии. (Решение Верховного земельного суда г. Нюрнберг 3 U 468/95 от 01.08.1995 в журнале r+s 1995, 384

– Иск удовлетворен.

3.Дедушка погибает в результате дорожно-транспортного происшествия. Его дочь, находящаяся на пятом месяце беременности, получив известие о его смерти, переживает тяжелый шок, который приводит к серьезным нарушениям кровообращения и, в конечном счете, к недостаточному снабжению кислородом еще не родившейся истицы, то есть внучки. В результате ребенок рождается с тяжелыми повреждениями головного мозга. (Решение Федерального суда VI ZR 198/83 от 05.02.1985 в Новом юридическом еженедельнике 1985, 1390)

– Иск удовлетворен на 4/5.

Этот случай интересен в двух отношениях. Во-первых, потому что требование лишь побочно было распространено на ребенка, пострадавшего от смерти дедушки, хотя перенесенный матерью шок был бы недостаточен для того, чтобы удовлетворить требование самой матери. Во-вторых, потому что требование истицы было сокращено, поскольку ее дедушка на 1/5 часть был виновен в дорожно-транспортном происшествии.

При ущербе от шока в результате смерти домашнего животного компенсация за моральный ущерб не выплачивается, даже если иной владелец верного пса мог бы гораздо тяжелее переживать его смерть, чем смерть родственника. (Решение Федерального суда в Новом юридическом еженедельнике 2012, 1730).

**II. Имущественный ущерб**

Дополнительные требования третьих лиц при убийстве другого лица окончательно вытекают из §§ 844 и 845 Гражданского Кодекса.

1. Согласно **§ 844 абз. 1 ГК** причинитель ущерба должен компенсировать похоронные расходы тому, кто обязан был бы нести эти расходы. Согласно § 1968 Гражданского Кодекса, этим лицом является наследник. Компенсированы должны быть похоронные расходы, соответствующие положению умершего, включая оплату могилы, услуг представителя похоронного бюро и церемонии панихиды.

2. Если убитый в момент нанесения ему увечий обязан был по закону оказывать поддержку третьему лицу, например, ребенку и/или своей супруге, то согласно **§ 844 абз. 2 ГК** причинитель ущерба обязан компенсировать возникший моральный ущерб в результате утраты материальной поддержки. Это касается также ребенка, который был зачат в момент нанесения увечий, но еще не родился.

Следует различать алименты, выплачиваемые наличными (= обязанность денежной выплаты), и алименты натурой (= обязанность ухода и оказания услуг).

- Алименты, выплачиваемые наличными.

Требование компенсации морального ущерба по причине и по размеру предполагает, что согласно принципам семейного права существует требование о выплате алиментов. Это означает, что лицо, получающее алименты, должно быть нуждающимся, а лицо, уплачивавшее алименты, в данном случае – убитый, должен быть дееспособным. И то, и другое не должно быть само собой разумеющимся.

Если, например, отец не имеет ни работы, ни имущества, то он не может выплачивать своим детям алименты в денежной форме – ему не хватает дееспособности.

Если, напротив, супруг работает, например, в качестве судьи, то он хотя и мог бы выплачивать алименты своей супруге, но не обязан делать это, если она сама зарабатывает больше или если является богатой наследницей – она не может быть нуждающимся лицом.

-Алименты натурой  
 Оставшиеся в живых могут, в свою очередь, претендовать на те денежные средства, которые необходимы, чтобы компенсировать утрату алиментов, необходимых для содержания детей, ведения хозяйства и заработки при фиктивной занятости на предприятии супруга. Расходы на оплату фиктивной замены рабочей силы должны быть возмещены.

3. Если убитый в силу закона (= но не в результате соглашения) обязан был нести расходы в пользу третьего лица, связанные с ведением его домашнего или промышленного хозяйства, то причинитель ущерба, согласно **§ 845 ГК**, должен компенсировать третьему лицу исполнение утраченных услуг в виде выплаты денежной ренты.

Эта правовая норма касается только случаев, предусмотренных в **§ 1619 ГК**. Согласно этому параграфу, дети, до тех пор, пока они живут одним хозяйством вместе с родителями, воспитываются родителями и получают от них материальную поддержку (квартира и питание), обязаны оказывать услуги родителям в хозяйстве и по службе, в меру своих сил и соответственно своему положению. Возмещению в данном случае также подлежат расходы по содержанию замены фиктивной рабочей силы.

Эта правовая норма в настоящее время в Германии практического значения больше не имеет. Хотя такие случаи занятости в родительском сельском хозяйстве все еще встречаются. Однако уже существуют большие трудности разграничения обязанностей, поскольку чаще всего соглашения о фиктивной занятости заключаются, чтобы обосновать требования в области медицинского и пенсионного страхования. По-прежнему с трудом определяется размер ущерба, поскольку в большинстве случаев открытым остается вопрос, как долго мог проработать совершеннолетний подросток на родительском предприятии. К тому же, в процессе уравнивания взаимных претензий, из расходов на содержание фиктивного работника должны быть вычтены сэкономленные средства на оплату квартиры и питание, в связи с чем, нередко ущерб не возникает.

**III. Ущерб, в случае смерти в страховом праве**

В заключение коснемся страхового права и тем самым – проблемы, которую затронули коллеги из окружного суда Атырау.

Чтобы сразу же выделить самое главное: наступление смерти само по себе не может считаться ущербом в смысле страхового права. В большей степени компенсации подлежит исключительно ухудшение имущественного положения застрахованного лица в результате наступившего события.

Это, конечно, не означает, что страховая компания в случае смерти застрахованного лица никогда не должна платить. Об этом, хотя и могла бы мечтать каждая страховая компания, в которой, как утверждают злые шутники, есть всего три отдела: отдел создания новых страховых полисов, отдел продажи этих полисов и отдел защиты от требований застрахованных.

Германское страховое право различает страхование на фиксированную сумму и страхование от убытков.

При страховании имущества от убытков, например, при страховании от пожара и при страховании на случай болезни действует принцип покрытия конкретного спроса. Это означает, что компенсация ограничивается возмещением реально возникшего и конкретно доказуемого имущественного ущерба (например, расходов по восстановлению дома или по оплате счетов от врачей).

При страховании на фиксированную сумму, например, при страховании жизни или при страховании от несчастных случаев, действует принцип покрытия абстрактного спроса. Поскольку реально наступивший имущественный ущерб определить довольно трудно, согласовывается определенная страховая сумма. Наследник застрахованного лица должен, однако, доказать лишь наступление упомянутого в договоре события (в данном случае - смерти застрахованного лица), а не реально причиненного имущественного ущерба.

Дамы и господа, дорогие коллеги, Бенджамину Франклину приналежит высказывание: „Ничто в этом мире не является гарантированным, кроме смерти и налогов“. Поэтому юристы тоже должны больше заниматься различными аспектами убытков, связанных со смертью. На нас, судей, ложится ответственность – оставить смерти ее достоинство и по мере сил предотвратить мелочную и алчную возню оставшихся в живых и их адвокатов путем чуткого толкования закона.

**Кайманова У.К.,**

*судья Жамбылского*

*областного суда*

**Особенности изложения судебного решения**

**с признанием иска**

Порядок рассмотрения заявления ответчика о признании исковых требований истца и последствия принятия признаия иска ответчика судом регламентировано ст.193 Гражданско-процессуального кодекса Республики Казахстан.

Доводы ответчика, имеющие своей целью добиться отказа истцу в иске по существу или в его рассмотрении именуются возражениями (процессуальные, материально-правовые).

Материально-правовые возражения ответчика могут, с одной стороны, касаться обоснованности требований истца, а сдругой стороны, быть направленными на их недоказанность, в том числе, указывая суду на недопустимость тех или иных доказательств, представленных истцом.

В то же время ответчик вправе признать иск. Признание иска представляет собой выраженное в судебном заседании безусловное согласие ответчика удовлетворить материально-правовое требование истца в полном объеме либо в конкретной ее части, то есть признание иска может быть полным и частичным.

Признание иска следует отличать от признания ответчиком факта. Последнее является лишь одним из доказательств, исследуемых в ходе судебного разбирательства.

Признание же иска есть признание ответчиком права истца, то есть распорядительное действие, направленное на прекращение гражданского дела. В этой связи возникает вопрос, является ли признание иска ответчиком одновременно признанием фактов основания иска? Думается, что ответ на него не может быть однозначным, так как , совершая акт признания иска, ответчик может в своем объяснении по делу признать факты основания иска. Но даже если это действие ответчиком никак не мотивируется ( «голое» признание), оно не утрачивает вследствие этого своего распорядительного характера.

В отличие от мирового соглашения или отказа от иска признание иска ответчиком не влечет прекращения производства по делу.

При этом отказ от иска необходимо расценивать как отказ от продолжения процесса того лица, по чьей воле возникло дело. Воля этого лица присуща и мировому соглашению. Признание же иска осуществляется лицом, которое суд привлекает к ответу по предъявленному иску.

В то же время продолжение или прекращение процесса может зависеть только от воли истца или от воли истца и ответчика, но не может зависеть только от воли ответчика. Поэтому при признании иска ответчиком суд не прекращает дело, а рассматривает его до конца и выносит судебное решение.

Не влияет признание иска и на распределение судебных расходов: они взыскиваются с ответчика пропорционально удовлетворенной части иска.

Признание иска ответчиком, как и отказ истца от иска, - это важное распорядительное действие стороны, однако, в отличие отказа истца от иска, последствия признания иска ответчиком иные.

Если в первом случае следует прекращение производства по делу, то признание иска ответчиком означает, что он признает материально-правовое требование истца.

При признании иска процесс продолжается и по делу выносится решение, если суд принимает признание иска ответчиком. Только признание иска может быть положено в основу решения.

Именно это обстоятельство вносит особенность в изложении текста решения, вынесенного при признании иска ответчиком.

Если в других случаях суд обязан мотивировать свои выводы, ссылаясь на нормы закона и доказательства, представленные сторонами, то в случае признания иска ответчиком в мотивировочной части решения суда может быть указано только на признание иска и принятие его судом.

При признании ответчиком иска и принятии его судом принимается только решение об удовлетворении заявленного истцом требований.

Перед вынесением такого решения суд разъясняет сторонам последствия процессуального действия как принятие признания иска ответчиком.

Оформляется признание иска путем подачи письменного заявления либо устного заявления, внесенного в протокол судебного заседания. Заявление подписывается ответчиком и приобщается к материалам дела, о чем указывается в протоколе. Если признание иска ответчиком выражено в адресованных суду письменных заявлениях, эти заявления также приобщаются к делу , о чем также указывается в протоколе.

Суд не всегда принимает признание иска ответчиком. Суд может не согласиться с признанием иска ответчиком по причине того, что оно не соответствует закону или нарушает интересы третьего лица.

В случае непринятия судом признания иска ответчиком суд выносит об этом определение и продолжает рассмотрение дела по существу.

*Приложение: Образец заявления о признании иска в суде общей*

*юрисдикции*

**О Б Р А З Е Ц**

**заявления ответчика о признании иска**

**в суде общей юрисдикции**

В суд \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

Истец: Ф.И.О.

Место проживания

Ответчик: Ф.И.О.

Место проживания

З А Я В Л Е Н И Е

В производстве \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ суда находится дело по иску \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_.

В связи с тем, что \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

( указываются обстоятельства, подтверждающие обоснованность требований истца).

На основании изложенного и в соответствии со ст.193 ГПК РК, предъявленный иск признаю в полном объеме, в связи с чем, прошу удовлетворить требование истца.

Ответчик

« » 2013 год

**Рекомендации международного круглого стола**

**«Отдельные вопросы применения норм Гражданского кодекса Республики Казахстан об обязательственном праве»**

19 апреля 2013 года г. Астана

Участники международного круглого стола, отмечая значимость обязательственного права в сфере регулирования гражданско-правовых отношений, выработали следующие рекомендации:

1.Пунктом 2 статьи 277 Гражданского кодекса Республики Казахстан (далее – ГК) предусмотрено, что в случаях, когда обязательство не предусматривает срок его исполнения и не содержит условий, позволяющих определить этот срок, оно должно быть исполнено в разумный срок после его возникновения. Следует уточнить, по каким критериям необходимо определять разумный срок, в течение которого кредитор вправе требовать исполнения обязательства.

2.Практика государственных закупках показывает, что иногда вина просрочки исполнения обязательств лежит на самом заказчике (несвоевременное финансирование, не представление исходных данных и т.д.). Предлагается предусмотреть в ГК также ответственность заказчика по делам, связанным с обязательствами сторон по государственным закупкам.

3.В статье 280 ГК предусмотрено, что законодательством или условиями обязательства может быть предусмотрена обязанность должника сообщать кредитору о ходе исполнения обязательства. Однако в данной норме закона не предусмотрено право кредитора требовать от должника такую информацию. Данная норма закона требует дополнения нормой, в которой необходимо предусмотреть также права кредитора на получение информации о ходе исполнения обязательств.

4.Следует Верховному Суду дать разъяснение по следующим вопросам: в судебной практике встречаются случаи и возникают вопросы, когда сторона обязательства по договору обеспечения перестаёт быть субъектом правоотношений. В таком случае возникает разночтение по соглашению об обеспечении – сохраняет ли оно свою силу или перестает действовать в зависимости от правового положения субъекта правоотношений. Например, должник по основному обязательству признан банкротом, а залогодателем является третье лицо. Может ли кредитор обратиться к залогодателю, а не к основному должнику, с которого не может потребовать исполнения обязательства. Возможно, соглашение о залоге исчерпывает себя вместе с ликвидацией должника. Если основной должник – физическое лицо – умер, возможно ли истребование от гаранта исполнения обязательства до принятия наследства возможными наследниками.

5.Ст. 293 ГК определила неустойку как денежную сумму. В отдельных случаях на практике неустойку определяют в имущественном выражении. Например, обязательство – поставка товара. Неустойку стороны определили в виде процента от не поставленного товара не в денежном выражении, а в товаре. Вопрос, возможно ли установление пени, штрафа не в денежной форме или рассматривать данное обстоятельство в виде другого, отличного от неустойки, способа обеспечения обязательства.

6.Зачастую суды уменьшают заявленный истцом размер неустойки, ссылаясь на положения ст. 297 ГК, в удовлетворении требования о взыскании неустойки за неправомерное пользование чужими деньгами при взыскании договорной неустойки за нарушение или ненадлежащее исполнение договорного обязательства отказывают. Буквальное толкование положений статьи 297 ГК предусматривает право суда уменьшить размер неустойки путем его сопоставления с размером убытков. При отсутствии одновременно заявленных требований о взыскании убытков и неустойки вследствие неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, суды уменьшают размер неустойки, применяя статью 297 ГК, что нередко оспаривается стороной. При этом, уменьшая размер неустойки, суд мотивирует это бездействием кредитора, заключающимся в непринятии действенных мер к принудительному взысканию суммы основного долга или к надлежащему исполнению обязательства. Необходимо дать Верховному Суду разъяснение по такой ситуации, поскольку обращение в суд за защитой нарушенного права является процессуальным правом кредитора и не обращение за судебной защитой нельзя вменить кредитору в вину. Согласно пункту 1 статьи 8 ГК граждане и юридические лица по своему усмотрению распоряжаются принадлежащими им правами, в том числе правом на их защиту. Как правило, кредиторы не считают себя бездействовавшими, ссылаясь на принятие мер к внесудебному урегулированию спора во избежание начисления неустойки и возмещения судебных расходов. Лишь после длительного неисполнения должником договорных обязательств кредиторы вынужденно обращаются в суд.

7.Условие о неустойке является способом обеспечения договорной дисциплины, тогда как уменьшение судом по своей инициативе размера неустойки на основании статьи 297 ГК при отсутствии требования о взыскании убытков является вмешательством в договорные отношения и вызывает у стороны сомнение в беспристрастности суда при разрешении спора. Следует определить критерий к снижению суммы неустойки.

8.Статья 333 Гражданского Кодекса Российской Федерации приводит основание уменьшения неустойки: если подлежащая уплате неустойка явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства, суд вправе уменьшить неустойку; и соотношение неустойки с иными последствиями: правила настоящей статьи не затрагивают права должника на уменьшение размера его ответственности на основании статьи 404 настоящего Кодекса «Вина кредитора» (аналогично статье 364 ГК Республики Казахстан) и права кредитора на возмещение убытков в случаях, предусмотренных статьей 394 настоящего Кодекса «Убытки и неустойка» (аналогично статье 351 ГК РК). Постановлением от 22.12.2011 года № 81 Высший Арбитражный Суд Российской Федерации разъяснил порядок применения статьи 333 ГК РФ, т.е. порядок уменьшения судом неустойки, явно несоразмерной последствиям нарушения обязательства. Так, разъяснено, что соразмерность неустойки последствиям нарушения обязательства предполагается. Неустойка может быть снижена судом на основании статьи 333 ГК РФ только при наличии соответствующего заявления со стороны ответчика. При этом, если размер заявленной неустойки снижен судом по статье 333 ГК РФ на основании заявления ответчика, расходы истца по государственной пошлине не возвращаются в части сниженной суммы из бюджета и подлежат возмещению ответчиком исходя из суммы неустойки, которая подлежала бы взысканию без учета ее снижения. Ответчику необходимо доказать явную несоразмерность неустойки последствиям нарушения обязательства. В частности, что возможный размер убытков кредитора, которые могли возникнуть вследствие нарушения обязательства, значительно ниже начисленной неустойки. Возражения ответчика о проблемах исполнения им обязательства по причине тяжелого финансового положения; неисполнения обязательств контрагентами; наличия задолженности перед другими кредиторами; наложения ареста на денежные средства или иное имущество ответчика; не поступления денежных средств из бюджета; добровольного погашения долга полностью или в части на день рассмотрения спора; выполнения социально значимых функций; наличия у должника обязанности по уплате процентов за пользование денежными средствами сами по себе не могут служить основанием для снижения неустойки. Предлагается признать правильным, что уменьшение судом размера неустойки возможно только по мотивированному заявлению стороны по делу и с учетом обстоятельств, имеющих значение при разрешении данного вопроса. Уменьшение неустойки на основании статьи 297 ГК по мотиву бездействия кредитора противоречит смыслу данной нормы, нивелирует неустойку как меру обеспечения исполнения обязательств, направленной на укрепление договорной дисциплины. Инициатива суда по уменьшению неустойки является по существу вмешательством в договорные отношения сторон.

9.Решая вопрос об ответственности должника за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства суду необходимо принимать во внимание положения статьи 364 ГК, согласно которой если неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства произошло по вине обеих сторон, суд соответственно уменьшает размер ответственности должника. Суд также уменьшает размер ответственности должника, если кредитор умышленно или по неосторожности содействовал увеличению размера убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением, либо не принял разумных мер к их уменьшению.

10.Необходимо разъяснить, что при отсутствии требования ответчика об уменьшении размера неустойки суд по своей инициативе вправе ее снижать, если суд придет к выводу о явной несоразмерности неустойки последствиям нарушения обязательства.

11.Предлагается в ст.297 ГК после слов «суд вправе» добавить «по заявлению должника». В данном случае речь идет о закреплении права суда уменьшить размер неустойки только на основании заявления должника.

12.Размер неустойки – это вопрос факта, изменять размер неустойки вправе только те инстанции, которые вправе устанавливать факты: по общему правилу суд первой инстанции, а если он ошибся – суд апелляционной инстанции.

13.Следует разъяснить в нормативном постановлении, что при применении статьи 297 ГК должно быть ходатайство ответчика; уменьшение размера судом в принципе одинаково возможно и при договорной, и при законной неустойке; при решении вопроса о применении ст.297 ГК следует исходить и из требований ст.65 ГПК РК, в силу, которой ответчик обязан представить доказательства, свидетельствующие о наличии обстоятельств позволяющих снизить размер подлежащей взысканию неустойки; ответчик должен представить доказательства явной несоразмерности неустойки последствиям нарушения обязательства, в частности, возможный размер убытков кредитора, которые могли возникнуть вследствие нарушения обязательства, значительно ниже начисленной неустойки; снижая размер подлежащей взысканию неустойки, либо напротив отказывая в удовлетворении ходатайства ответчика о снижении размера неустойки суду следует исходить из требований п.5 ст.221 ГПК, мотивировать свои выводы; нормы ст.297 ГК позволяют снизить размер подлежащей взысканию неустойки, но никак не отказать в удовлетворении иска о взыскании неустойки.

14.Анализ судебной практики свидетельствует о том, что суды по-разному определяют размер неустойки. Так, сумма неустойки снижается судом до размера 10 % или 1 % от суммы заявленной неустойки либо от суммы основного долга. Такой подход к определению размера неустойки в виде установления процентного соотношения либо без конкретной мотивации представляется не совсем правильным. Надо разъяснить, что в качестве оснований для снижений неустойки может служить: чрезмерно высокий процент неустойки; неустойка значительно превышает сумму возможных убытков либо убытки отсутствуют вовсе; незначительность периода неисполнения обязательства; сумма неустойки превышает сумму договора; сумма неустойки превышает сумму долга; к моменту вынесения решения должник исполнил обязательство полностью или в части; нарушение обязательства является незначительным; кредитор длительное время не обращался в суд с иском об исполнении обязательства.

15.В случаях, когда срок выполнения работ и срок действия договора не совпадают, то есть когда работа закончена после истечения срока выполнения работ, но в срок действия договора, вправе ли заказчик требовать неустойку за нарушение сроков исполнения работ? Надо дать разъяснение, что вправе, так как в данном случае имеет место просрочка исполнения договора, хотя работа выполнена в срок действия договора.

16.Требования залогодержателей, обеспеченные залогом, возникающим в силу закона, не должны пользоваться особой защитой и приоритетом по сравнению с требованиями, возникающими на основании договора о залоге. Исключение может быть установлено только для тех требований, которые обеспечены залогом, возникающим в силу императивных норм закона. По аналогии с нормами о поручительстве предлагается создать регулирование отношений, где залогодатель не является должником по основному обязательству.

17.С учетом правил статьи 269 Гражданского кодекса Республики Казахстан о множественности лиц в обязательстве следует определить порядок осуществления прав и обязанностей залогодержателя в случае множественности лиц на стороне залогодержателя (например, в рамках отношений по договору участия в долевом строительстве).

18.Необходимо уточнить положения статьи 311 ГК о последующем залоге, в части регулирования порядка реализации предшествующим и последующим залогодержателями своих прав, взяв за основу положения статей 20, 21, 24 Закона Республики Казахстан от 23 декабря 1995 года «Об ипотеке недвижимого имущества».

19.Обсудить необходимость разъяснения в нормативных постановлениях Верховного Суда о возможности или ограничении обращения взыскания на заложенное имущество в случае взыскания частичной задолженности по обязательствам должника перед кредитором.

20.При обращении взыскания на залоговое имущество суд обязан указать начальную продажную стоимость. При рассмотрении гражданских дел указанной категории возникает вопрос: эта стоимость должна соответствовать оценке при заключении договора о залоге, либо следует устанавливать рыночную стоимость на момент вынесения судебного акта. Полагаем, что необходимо на законодательном уровне предусмотреть основные критерии определения начальной продажной стоимости залогового имущества.

21.Ввиду отсутствия в гражданском законодательстве конкретных норм, предусматривающих основания ответственности вещного поручителя (залогодатель – третье лицо), представляется необходимым дополнить материальные законы соответствующими правовыми нормами, регулирующими данный вопрос, в частности:

1)определить основания ответственности и порядок привлечения к ответственности вещного поручителя за неисполнение должником обязательств;

2)определить, является ли основанием к ответственности вещного поручителя лишь неисполнение обязательства должником, либо основанием 3)является не только неисполнение (нарушение) обязательств должника перед кредитором, но и использование кредитором всех правовых возможностей к принудительному исполнению обязательств должником;

является ли взыскание денежного обязательства – условием к предъявлению иска об обращении взыскания на заложенное имущество залогодателя, в том числе и вещного поручителя; либо обязательным является предъявление иска о взыскании денежного обязательства одновременно с требованием об обращении взыскания на заложенное имущество; допускается ли предъявление кредитором требования об обращении взыскания на заложенное имущество без самостоятельного или одновременного иска о взыскании денежного обязательства;

4)исходя из того, что вещный поручитель отвечает лишь в пределах заложенного имущества, определить, является ли ответственность вещного поручителя солидарной или субсидиарной, либо в данном случае ответственность вещного поручителя не подчиняется данным видам ответственности;

5)предусмотреть запрет кредиторам на принятие в качестве залогового имущества единственное жилье залогодателя, а допущение данного требования – в качестве самостоятельного основания к признанию договора залога недействительным.

22.Согласно нормам статьи 305 ГК залогодателем может быть как сам должник, так и третье лицо (вещный поручитель). Залогодателем вещи может быть ее собственник либо с согласия собственника лицо, имеющее на нее право хозяйственного ведения, если иное не предусмотрено законодательными актами. Вещный поручитель в данном случае отвечает принадлежащим ему имуществом в случае, если должник не исполнил обязательство перед кредитором. В то же время в нормах ст.ст. 317 и 318 ГК не предусмотрено ясно и четко, когда наступает ответственность вещного поручителя, основания и условия наступления ответственности вещного поручителя. 1)Считаем необходимо предусмотреть нормы об обращении кредитора в судебном порядке об обращении взыскания на заложенное имущество вещного поручителя, в случае установления невозможности исполнения должником своих обязательств перед кредитором. 2)Поскольку вещный поручитель не несет по гражданскому законодательству солидарной, субсидиарной или долевой ответственности, следовательно, обращение взыскания на заложенное имущество вещного поручителя в судебном порядке считаем возможным исключительно при исчерпании всех правовых возможностей взыскать задолженность по денежным обязательствам с должника только в случае реального отсутствия у должника возможности исполнения обязательства. Только в этом случае кредитор вправе обратиться в суд с иском к вещному поручителю. 3)Также необходимо предусмотреть нормы относительно ответственности вещного поручителя в случае, когда должник находится на стадии банкротства.

23.Подлежит ли удовлетворению иск об обращении взыскания на заложенное имущество, если требование о взыскании долга не было заявлено, а ответчик на суде не согласен с размером задолженности. Или же надлежит первоначально предъявить иск о взыскании долга и только потом заявлять требование об обращении взыскания на заложенное имущество.

24.Возникают вопросы об оформлении залога неделимой вещи, в которой имеется доля несовершеннолетнего лица: требуется ли согласие органов опеки и попечительства и привлечение их к участию в деле.

25.Предусмотреть возможность передачи в залог долю в неделимом имуществе.

26.Если предмет залога погиб не по вине залогодателя, не являющегося основным должником, а другое имущество этот залогодатель не желает предоставлять, может ли залогодержатель потребовать от залогодателя предоставления другого имущества.

27.При применении п. 2 ст. 317 ГК установлено, что нарушение обязательства незначительно, однако на данное нарушение начислена пеня, размер которой значительно больше основного долга. Подлежит ли в этом случае применение пункта 2 статьи 317 ГК. Что соизмерять со стоимостью заложенного имущества: размер основного долга или же весь размер требований с учётом начисленной пени.

28.Толкование понятий нормы пункта 1 статьи 337 ГК о том, что задаток даётся «в обеспечение заключения и исполнения договора либо исполнения иного обязательства» вызывает определенные затруднения при его применении.

29.Означает ли предоставление задатка, особенно в полном размере обязательства, подтверждение заключения сделки и ее частичного исполнения, или же надо рассматривать задаток как разновидность предварительного договора, по которому должен быть заключен в будущем договор.

30.Порой стороны дают задаток в размере полной стоимости предмета сделки и затем требуют исполнения договора или же надлежащего оформления договора.

31.Вправе ли лицо, давшее задаток, требовать не возврата задатка в двойном размере, а заключения договора на условиях, указанных в расписке о задатке, и подлежит ли такое требование удовлетворению.

32.Если выдача задатка сопровождалась передачей вещи – предмета сделки, возникает ли у покупателя право собственности на полученную вещь в соответствии с пунктом 1 статьи 238 ГК о моменте возникновения права собственности по договору?

33.При рассмотрении и разрешении гражданских дел по искам банковских организаций к гражданам о взыскании просроченной задолженности, в большинстве случае все истцы пропустили установленный законом трехгодичный срок исковой давности по предъявленным искам, ошибочно полагая, что на требования банков о взыскании просроченной задолженности срок исковой давности не распространяется.

Выводы банков в этой части нахожу ошибочными и безосновательными по нижеследующим основаниям:

1)В соответствии с п. 1 ст. 178 ГК РК, общий срок исковой давности устанавливается в три года.

2)При этом в соответствии с пп. 5) ст.187 ГПК РК, исковая давность не распространяется, в случаях, установленных [законодательными актами](ls:1003548.710000), и на другие требования.

3)Так, в соответствии со ст. 37 Закона РК «О банках и банковской деятельности в РК», на требования банков к заемщикам по надлежащему исполнению кредитных договоров сроки претензионной и [исковой давности](ls:1006061.1770000) не распространяются.

4)Вышеуказанная норма материального права предусматривает недопустимость применения судом срока претензионной, в том числе исковой давности на требования банков к заемщикам лишь по надлежащему исполнению кредитных договоров.

5)В соответствии со ст. 272 ГК РК, обязательство должно исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями законодательства, а при отсутствии таких условий и требований - в соответствии с [обычаями](ls:1006061.30400) делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями.

6)При этом, в соответствии с п. 1 ст. 349 ГК РК, под нарушением обязательства понимается его неисполнение либо исполнение ненадлежащим образом (несвоевременное, с недостатками товаров и работ, с нарушением других условий, определенных содержанием обязательства) - ненадлежащее исполнение.

7)Таким образом, законодатель выделяет две формы нарушения должником обязательства перед кредитором:

а. Неисполнение обязательства;

б. Ненадлежащее исполнение обязательства.

8)Принимая во внимание, что в соответствии с п 1 ст. 6 ГК РК, нормы гражданского законодательства должны толковаться в соответствии с буквальным значением их словесного выражения, то применительно к ст.37 Закона РК «О банках и банковской деятельности в РК», срок претензионной (исковой давности) не распространяется лишь на требования банков к заемщикам по надлежащему исполнению кредитных договоров, то есть по исполнению должником обязательства с нарушением условий, определенных содержанием обязательства (условий договора), в том числе с просрочкой платежа по размеру ежемесячного платежа, нарушением должником сроков осуществления ежемесячных платежей кредитору, а также с нарушением других обязательств, предусмотренных условиями кредитного договора.

9)Однако, при установлении в судебном заседании неисполнения должником обязательства по кредитному договору со дня получения банковского займа, а банк, злоупотребляя своим правом, бездействовал по своевременному обращению в суд с иском о взыскании с должника просроченной задолженности, умышленно увеличивая сумму просроченной задолженности, то отказ судом в применении установленного п. 1 ст. 178 ГК РК срока исковой давности, основанного на ст. 37 Закона РК «О банках и банковской деятельности в РК», применимого к спорному правоотношению лишь при ненадлежащем исполнении обязательства, представляется неправильным, поскольку срок исковой давности не распространяется лишь на случаи ненадлежащего исполнения обязательства.

10)При этом следует обратить внимание, что в соответствии со ст.37 Закона РК «О банках и банковской деятельности в РК», на требования банков к заемщикам по надлежащему исполнению кредитных договоров сроки претензионной и [исковой давности](ls:1006061.1770000) не распространяются как основание в отказе ответчику в применении срока исковой давности.

11)Таким образом, законодатель неверно изложил норму материального права, предусмотренную в ст. 37 Закона РК «О банках и банковской деятельности в РК», указав в диспозиции нормы права ошибочное условие ее применения, а именно о не распространении срока исковой давности на требования банков к заемщикам по надлежащему исполнению, тогда как условием ее применения должно быть именно ненадлежащее исполнение, поскольку надлежащее исполнение обязательства должником свидетельствует об исполнении должником обязательства перед кредитором и в соответствии с п. 2 ст. 349 ГК РК не может быть основанием для привлечения должника к гражданско-правовой ответственности в судебном порядке путем привлечения к нему искового заявления.

34.При рассмотрении договоров банковского займа вправе ли банк после рассмотрения иска о взыскании задолженности по договору займа, когда имеется решение суда о взыскании основной суммы задолженности, уступать права требования другим кредиторам по обращению взыскания на заложенное имущество? В данном случае может ли вынесенное решение договорного займа аннулироваться?

35.Если не истек срок договорного займа в связи с ненадлежащим исполнением обязательств, а именно своевременного возврата заемных средств, вправе ли кредитор дополнительно требовать обращения взыскания на залог?

36.Имеется необходимость растолковать диспозицию ст. 353 ГК, особенно с учётом того, что она расположена не в главе 18 ГК. В связи с чем, возникает вопрос о распространении на данную статью положений главы 18 ГК.

37.Стороны предусмотрели в договоре неустойку, то есть осуществили свой выбор между законной и договорной неустойкой. Однако при привлечении лица к ответственности кредитор решил отказаться от договорной неустойки и просил суд взыскать неустойку по ст. 353 ГК. Возможно ли удовлетворение такого требования, правомерность и обоснованность такого решения. Препятствует ли применению законной неустойки наличие договорной, если принять во внимание, что право выбора вида и размера неустойки было реализовано при составлении договора.

38.Имеется ряд вопросов при взыскании договорной неустойки.

1)Поскольку на практике зачастую встречаются ситуации, когда обязательство предполагает срок выполнения работ и срок действия договора, и они не совпадают по времени.

2)Пример, в договоре строительного подряда указан срок выполнения работ 01.10.2012 г., срок действия договора до 31.12.2012 г. В этом же договоре предусмотрена неустойка за нарушение сроков выполнения работ. Фактически работы выполнены 01.02.2013 г.

3)Вправе ли истец претендовать на неустойку по договору за период с 02.10.2012 г по 31.01.2013 г.?

4)На решение этой ситуации среди судей существуют две точки зрения:

а. может, так как нарушение обязательств имеет место до истечения срока действия договора; (пункт 4 статьи 386 Гражданского кодекса)

б. не может, так как обязательство прекращено истечением срока действия договора (пункт 3 статьи 386 Гражданского кодекса)

5)Полагаем, что решение указанного вопроса актуально для многих судов.

39.Реализация одностороннего отказа от исполнения обязательства может быть обусловлена необходимостью выплаты определенной денежной суммы другой стороне обязательства.

40.Необходимо предусмотреть в ст. 404 ГК обязанность должника возместить имущественные потери кредитора, возникшие в связи с исполнением, изменением или прекращением обязательства, но не связанные с его нарушением должником.

41.Относительно возмещения вреда причиненного жизни и здоровью граждан источником повышенной опасности, судебная практика показывает, что судами ВКО часто рассматриваются дела о возмещении ущерба, причиненного вследствие работы на производстве, страховой выплаты и т.д.

42.В связи с чем, полагаем, что необходимо предусмотреть ответственность работодателя за ненадлежащее извещение страховых компаний о страховом случае, на тех же условиях, на каких должна быть осуществлена страховая выплата. Это дисциплинировало бы работодателя за ненадлежащее заключение и исполнение условий договора обязательного страхования, следовательно, на своевременное возмещение вреда потерпевшему.

43.Гражданское законодательство должно содержать положения, определяющие, за какие обстоятельства, затрагивающие судьбу основного обязательства, первоначальный кредитор несет ответственность перед лицом, которому уступлено право требования.

44.На первоначального кредитора следует возложить ответственность за то, что уступленное право существует в момент уступки, если только это право не является будущим правом; первоначальный кредитор уполномочен произвести передачу права (уступку); право не было ранее уступлено другому лицу, оно свободно от любых прав и притязаний третьих лиц; у должника отсутствуют возражения для защиты (или будут отсутствовать такие возражения – в случае уступки будущего права); ни должник, ни первоначальный кредитор не делали заявления о зачете, касающегося уступленного права, и в дальнейшем дадут такое уведомление; первоначальный кредитор возместит новому кредитору любой платеж, полученный от должника до направления уведомления об уступке.

45.Достаточно часто встречается на практике, когда суды отказывают во взыскании убытков ввиду ненадлежащего исполнения обязательств по причине недоказанности обстоятельств причинения убытков, размера и т.д.

46.Полагаем, что необходимо уйти от судейского усмотрения по каждому случаю, так как мнения судов (первой, апелляционной, кассационной) не всегда совпадают и носят оценочный характер. Выработке единого подхода может способствовать разработка методических рекомендаций по определению размера неустойки, убытков или нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан по данному вопросу.

47.Заслуживает обсуждения проблема последствий непринятия (или уклонения от принятия) кредитором исполнения в срок при невозможности внесения долга в депозит в случаях, когда предметом исполнения не являются деньги или ценные бумаги.

48.В качестве одного из возможных вариантов предлагается норма, в соответствии с которой основанием прекращения обязательств является неправомерное уклонение кредитора от принятия исполнения, если последний не докажет, что непринятие исполнения имело место не по его вине. Изъятия из этого правила могут быть предусмотрены законом или договором. При этом необходимо зафиксировать механизм прекращения обязательства.

49.Полагаем, что также необходимо снабдить судейский корпус едиными для всех судов разработанными нормами, раскрывающими базисный уровень определения размера компенсации морального вреда.

50.В нормативном постановлении Верховного Суда Республики Казахстан «О применении судами законодательства о возмещении морального вреда» (далее – Постановление) установлены критерии определения размера компенсации морального вреда – справедливость и достаточность, однако решающее значение зависит от судебного усмотрения. Суд в каждом отдельном случае считает справедливым и достаточным тот размер, который определяет, учитывая все конкретные обстоятельства, принимая во внимание как субъективную оценку гражданином тяжести причиненных ему физических, нравственных страданий, так и объективные данные, свидетельствующие об этом.

1)Поэтому было бы правильным дополнить эти критерии указанием и на разумность, помимо достаточности и справедливости.

2)По делам о ДТП затруднения возникают, как правило, при установлении размера компенсации морального вреда, а также при определении надлежащего ответчика по таким требованиям.

3)В связи с этим в целях правильного и единообразного применения законодательства о возмещении морального вреда судам следует разъяснить, что ДТП является последствием нарушения Правил дорожного движения, т.е. последствием противоправного деяния. Поэтому факт причинения морального вреда и обязанность возместить этот вред от ДТП потерпевшему, доказывается самим фактом совершения ДТП по вине ответчика. В связи с этим иные доказательства, помимо доказательств вины ответчика в совершении ДТП, могут дополнительно представляться истцом в обоснование отдельных доводов, не связанных с доказыванием факта ДТП - но их непредставление не является основанием для отказа в удовлетворении иска.

4)При установлении размера вреда суд обязан руководствоваться положениями законодательства, в том числе п.п. 6 и 7 Постановления. Т.е., необходимо исходить из принципов справедливости, достаточности и разумности, а также жизненной важности нарушенных личных неимущественных прав и свобод, степени испытываемых страданий, и т.д. В связи с этим суду при определении размера компенсации следует учитывать, что наиболее существенными обстоятельствами, подлежащими учёту, является жизненная важность нарушенных благ. К ним, прежде всего, относятся самые важные и наиболее охраняемые государством блага, принадлежащие человеку от рождения - жизнь и здоровье; поэтому их нарушение причиняет наибольший моральный вред. Следующим по важности обстоятельством является степень испытываемых страданий - т.е. степень родства с погибшим, тяжесть причинённых повреждений, степень нарушения иных неимущественных прав и свобод, и т.д. Также существенными являются существо нарушений Правил дорожного движения, приведших к ДТП, степень виновности ответчика. Следует учитывать и иные обстоятельства, указанные в ст. 951 ГК и в п.п. 2 и 7 постановления.

5)В соответствии с п.13 постановления и п.4 ст.951 ГК под имущественными правами физических лиц, нарушение которых исключает возможность компенсации морального вреда в денежном выражении, следует понимать, в частности: права, связанные с владением, пользованием и распоряжением имуществом. Поэтому судам не следует учитывать при установлении размера компенсации факт нарушения таких прав.

6)Статьёй 951 ГК установлена обязанность возмещения морального вреда, причинённого правонарушением. Поэтому вред, причинённый не самим правонарушением, а последующими действиями (уклонением от возмещения вреда и т.п.) не подлежит возмещению, а доводы о причинении такого вреда не подлежат учёту при установлении размера компенсации.

7)Неоднородна и практика разрешения иска о взыскании морального вреда в случаях, когда стороной спора является лицо, не являвшееся участником ДТП.

8)Так, суды по-разному рассматривают вопрос о возмещении морального вреда, предъявленные к владельцам источника повышенной опасности, не являющимся причинителем вреда.

9)При рассмотрении таких дел следует учитывать, что из п.п. 11) и 12) Постановления следует, что надлежащий ответчик по требованиям о возмещении морального вреда определяется в соответствии с общими правилами, установленными в главе 47 ГК – т.е. данную ответственность также следует возлагать на владельцев транспортного средства и лиц, противоправно завладевших транспортным средством.

10)Поэтому судам в соответствии с этими нормами, а также со ст. 932 ГК, п.14 Постановления в отношении лиц, совместно причинивших вред, следует применять, в зависимости от обстоятельств дела, солидарную или долевую ответственность, при привлечении владельца и лица, незаконно завладевшего транспортным средством – долевую ответственность.

11)Имеет место различное решение вопроса о возмещении морального вреда по искам, предъявленных владельцами транспортных средств, не участвовавшими в ДТП.

12)В связи с этим судам следует разъяснить, что в соответствии со ст. 951 ГК и норм Постановления потерпевшим возмещается моральный вред, причинённый только в результате совершенного против него правонарушения. Иной моральный вред, в том числе причинённый нарушением имущественных прав, а также связанный с ненадлежащим выполнением в последующем гражданско-правовых обязательств либо служебных обязанностей, возмещению не подлежит. Применительно к данной ситуации это означает, что суд вправе учитывать только тот моральный вред, который причинён неимущественным правам и обязанностям владельца автомобиля в результате совершения самого ДТП, находится в прямой причинной связи с данным ДТП. Причинение же морального вреда нарушением имущественных прав (права распоряжения, владения и т.п.) учёту не подлежит. Моральный вред, вызванный последующими действиями ответчика и иных лиц (конфликты при решении вопросов о возмещении, факты судебного и иных разбирательств и т.п.), нельзя рассматривать как моральный вред, причинённый в результате ДТП – имеют место самостоятельные действия, которые могут быть основанием для предъявления самостоятельных требований.

51.Возмещение морального ущерба является одним из способов защиты прав, гарантированных Гражданским кодексом РК, Трудовым кодексом РК, Законом «О защите прав потребителей» и другими нормативно-правовыми актами. Несмотря на разъяснения, предоставленные постановлением Пленума Верховного Суда РК № 3 «О применении судами законодательства о возмещении морального вреда», которыми руководствуются суды, судебная практика по рассмотрению указанной категории дел сложилась неодинаково. Это объясняется отсутствием четких критериев установления размера возмещения морального ущерба, дискуссионностью проблемы основания возмещения, необходимостью применения судом большого количества исключительно оценочных понятий в процессе оценки доказательств. Даже если факт причинения морального вреда является несомненным, его последствия в виде физической боли и душевных страданий зависят от особенностей эмоционально-умственного восприятия конкретного лица. 1)Основаниями для возмещения морального ущерба служат неправомерные решения, действия или бездействия лица, которое его нанесло, при наличии его вины. 2)При рассмотрении требований о компенсации морального вреда суду необходимо установить, какое право было нарушено, было ли нарушение значительным, а также определить наличие и вид вины ответчика (умысел или неосторожность), иные существенные обстоятельства в зависимости от характера правонарушения. 3)Обратить внимание, что характер физических и нравственных страданий оценивается судом с учетом фактических обстоятельств, при которых был причинен моральный вред, и индивидуальных особенностей истца. 4)Подавляющее большинство заявлений, поступающих в судебные органы по разногласиям, возникающим в сфере регулирования законодательства о труде, сопровождается требованиями о возмещении морального вреда. При рассмотрении подобных требований суды должны установить: во-первых, факт причинения работнику физических или нравственных страданий неправомерными действиями работодателя; во-вторых, вину работодателя (за исключением случаев, предусмотренных законом); в-третьих, разумность и справедливость заявленных требований. 5)При обосновании морального вреда доказательственная база мало отличается от той, которая должна быть в наличии при доказывании вреда иного характера. В то же время, учитывая специфику морального вреда и возмещения морального ущерба, следует принять во внимание субъективную сторону вопроса, в этой связи заявитель должен подтвердить характер и объем моральных, физических и душевных страданий. 6)В целях формирования единообразной практики рассмотрения судами споров о возмещении морального вреда возникает необходимость законодательным образом установить критерии, определяющие максимальный и минимальный размер морального вреда в денежном эквиваленте по той или иной категории дел.

52.В случаях, когда между сторонами договор о государственных закупках расторгнут по основаниям, предусмотренным договором (в судебном порядке, по обоюдному согласию или односторонне), подрядчик выполнил определенные работы после расторжения договора, которые приняты заказчиком, необходимо предусмотреть оплату работы по цене, которая в момент заключения договора при сравнимых обстоятельствах обычно взималась за аналогичные товары, работы и услуги.

**К рекомендациям международного круглого стола «Отдельные вопросы применения норм Гражданского**

**кодекса Республики Казахстан об обязательственном праве»**

**дополнения направленные Акмолинским областным судом.**

**1. По искам о взыскании неустойки**

Согласно ст.293 ГК, неустойкой (штрафом, пеней) признается определенная законодательством или договором денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности в случае просрочки исполнения. По требованию об уплате неустойки кредитор не обязан доказывать причинение ему убытков.

Неустойка - один из наиболее распространенных способов обеспечения обязательств. Основное ее назначение состоит в освобождении кредитора от необходимости доказывать размер подлежащих возмещению убытков. Тем самым, помимо прочего, открывается возможность компенсировать нарушенный неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства интерес кредитора в случаях, когда денежная оценка такого интереса невозможна, или, по крайней мере, затруднительна. Это связано с тем, что смысл неустойки состоит в установлении определенной суммы денег, которая подлежит выплате независимо от размера причиненных убытков и даже их наличия, при неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательства, в том числе в случаях просрочки.

Соглашение о неустойке должно быть совершено в письменной форме независимо от формы основного обязательства - это положение, закрепленное в статье 294 ГК, является условием действительности неустоечного соглашения. Это правило распространяется на все случаи обеспечения неустойкой исполнения какого-либо обязательства.

Обязательство уплатить неустойку находится в зависимости от главного обязательства и это обстоятельство как раз и ведет к тому, что:

- если нет главного обязательства или оно признано недействительным, то этот факт влечет за собой недействительность соглашения о неустойке,

- если главное обязательство прекращается, то прекращается и обязательство уплатить неустойку, так как его цель - добиться исполнения основного обязательства.

В соответствии со ст.297 ГК, если подлежащая уплате неустойка (штраф, пеня) чрезмерно велика по сравнению с убытками кредитора, суд вправе уменьшить неустойку (штраф, пеню), учитывая степень выполнения обязательства должником и заслуживающие внимания интересы должника и кредитора.

При применении ст.297 ГК судам следует принимать во внимание следующее:

1) применение ст. 297 ГК не связано с наличием ходатайства ответчика;

2) уменьшение размера судом в принципе одинаково возможно и при договорной, и при законной неустойке;

3) при решении вопроса о применении ст. 297 ГК следует исходить и из требований ст.65 ГПК РК, в силу, которой ответчик обязан представить доказательства, свидетельствующие о наличии обстоятельств позволяющих снизить размер подлежащей взысканию неустойки;

Ответчик должен представить доказательства явной несоразмерности неустойки последствиям нарушения обязательства, в частности, возможный размер убытков кредитора, которые могли возникнуть вследствие нарушения обязательства, значительно ниже начисленной неустойки.

4) снижая размер подлежащей взысканию неустойки, либо напротив, отказывая в удовлетворении ходатайства ответчика о снижении размера неустойки, суду следует исходить из требований п.5 ст.221 ГПК РК, мотивировать свои выводы.

5) нормы ст.297 ГК позволяют снизить размер подлежащей взысканию неустойки, но никак не отказать в удовлетворении иска о взыскании неустойки.

В качестве оснований для снижений неустойки может служить:

- чрезмерно высокий процент неустойки;

- неустойка значительно превышает сумму возможных убытков либо убытки отсутствуют вовсе;

- незначительность периода неисполнения обязательства;

- сумма неустойки превышает сумму договора;

- сумма неустойки превышает сумму долга;

- к моменту вынесения решения должник исполнил обязательство полностью или в части;

- нарушение обязательства является незначительным;

- кредитор длительное время не обращался в суд с иском об исполнении обязательства.

Полагаем, что при определении размера неустойки суды должны исходить из конкретных обстоятельств дела и учитывать выше перечисленные основания для снижения неустойки.

**2.По искам о взыскании морального вреда**

В соответствии со статьей 951 ГК моральный вред – это нарушение, умаление или лишение личных неимущественных благ и прав физических лиц, в т.ч. нравственные или физические страдания (унижение, раздражение, подавленность, гнев, стыд, отчаяние, физическая боль, ущербность, дискомфортное состояние и т.п.), испытываемые (претерпеваемые, переживаемые) потерпевшим в результате совершенного против него правонарушения.

Моральный вред может заключаться:

1) в нравственных переживаниях, в связи с утратой родственников;

2) в невозможности продолжать активную общественную жизнь;

3) в потере работы;

4) в раскрытии семейной, врачебной тайны;

5) в распространении не соответствующих действительности сведений, порочащих честь, достоинство или деловую репутацию гражданина;

6) во временном ограничении или лишении каких-либо прав;

7) в физической боли, связанной с причиненным увечьем, в ином повреждении здоровья либо в заболевании, перенесенном в результате нравственных страданий и другие.

Согласно разъяснению пункта 7 нормативного постановления при определении размера компенсации морального вреда в денежном выражении необходимо принимать во внимание как субъективную оценку гражданином тяжести причиненных ему нравственных или физических страданий, так и объективные данные, свидетельствующие об этом.

То есть, размер компенсации зависит от характера и объема причиненных гражданину нравственных или физических страданий, степени вины причинителя, иных обстоятельств. Конкретный размер компенсации морального вреда определяется судом по его усмотрению в зависимости от характера причиненных этому лицу физических и нравственных страданий, учитывая требования разумности, справедливости и достаточности, независимо от наличия имущественного ущерба.

Пункт 2 статьи 952 ГК предусматривает, что характер физических и нравственных страданий оценивается судом с учетом фактических обстоятельств, при которых был причинен моральный вред, а также индивидуальных особенностей потерпевшего.

Согласно разъяснению нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан «О применении судами законодательства о возмещении морального вреда» размер компенсации морального вреда в денежном выражении следует считать справедливым и достаточным, если при установлении его размера судом учтены все конкретные обстоятельства, связанные с нарушением личных неимущественных прав гражданина, и установленный судом размер компенсации позволяет сделать обоснованный вывод о разумном удовлетворении заявленных истцом требований.

В каждом конкретном случае суд при определении размера компенсации, подлежащего удовлетворению, должен учитывать:

1) жизненную важность личных неимущественных прав и благ (жизнь, здоровье, свобода, неприкосновенность жилища, личная и семейная тайна, честь и достоинство и т.д.);

2) степень вины причинителя вреда; его форму;

3) характер и объем причиненных истцу нравственных или физических страданий; его степень;

4) что нельзя ставить в зависимость размер компенсации морального вреда и размер компенсации, подлежащей взысканию в связи с материальным вредом;

5) требования разумности и справедливости;

6) что могут быть и иные, заслуживающие внимания обстоятельства.

В суде все данные обстоятельства необходимо доказывать.

Причинение морального вреда при нанесении вреда жизни и здоровью человека (его близкого родственника) является тем фактом, который всегда "подразумевается" в данной ситуации. Даже если суду не представить конкретные доказательства причинения вреда психике человека, сам факт того, что ему нанесли физические страдания (что повлекло его нетрудоспособность на определенное время или даже утрату органа, инвалидность, потерю близкого родственника) достаточен для суда, чтобы убедиться в факте причинения морального вреда.

Все нематериальные блага характеризуются рядом признаков, которые относятся в равной степени к каждому виду нематериального блага.

Во-первых, они неотделимы от личности гражданина, неразрывно связаны с личностью и не подлежат, в какой бы то ни было форме отчуждению. В отличие от имущественных благ их нельзя продать, подарить, обменять и т.д. Действительно, передать свою честь, доброе имя нельзя по сделке не потому, что закон это запрещает, а потому, что они объективно не существуют в этом мире, они не получают своего материального воплощения и существуют лишь в связи с конкретной личностью, они находят свое воплощение в конкретном человеке.

Определяющим в формировании достоинства является отношение человека к окружающей его действительности, взаимоотношения с тем коллективом, в котором он находится. При оценке обществом каждого индивида речь идет о человеческом достоинстве. Под честью понимается определенная положительная социальная оценка человека в сознании других людей. Достоинство и право на защиту своего доброго имени признаются за каждым человеком и охраняются государством как высшие ценности.

В один ряд с честью и достоинством гражданина поставлена деловая репутация. Она принадлежит не только гражданину, но и юридическим лицам. В условиях рынка и конкуренции репутация высоко ценится в деловом мире. Деловая репутация складывается в процессе профессиональной, производственной, посреднической, торговой и иной деятельности гражданина или юридического лица, представляет собой оценку их профессиональных качеств, значимых для востребованности на рынке труда.

Обязательным признаком состава, например, оскорбления, является неприличная форма выражения негативной оценки, нанесения обиды. Вывод о его наличии делается в каждом конкретном случае исходя из норм морали и сложившихся в обществе представлений.

Вопросы определения размера компенсации морального вреда должны решаться судом с учетом особенностей личности. Если для одного человека оскорбительные действия вызвали определенную психическую реакцию, то у другого человека те же оскорбительные действия могут вызвать меньшую или большую негативную психическую реакцию. На практике суд решает его следующим образом: если в деле есть доказательства того, что лицо после случившегося события обращалось за психологической, психиатрической помощью, был зафиксирован случай обращения за скорой медицинской помощью: гипертонический криз, сердечный приступ, инфаркт, инсульт и т.д., - то это самые явные для суда доказательства причинения морального вреда. Причем чем больше материального вреда здоровью было нанесено, тем более вреда было нанесено и психике человека. Организм человека работает таким образом, что возникновение нарушений в работе какого-либо одного органа в свою очередь повлечет отклонения в работе других органов. Поэтому если человек пережил в связи с каким-либо событием сильное душевное волнение, то это может впоследствии выразиться в нарушении сна, повышенном чувстве страха перед каким-либо объектом, нарушении нормальной работы сердечно-сосудистой системы, что затем повлечет и другие отклонения. Во всех случаях, при рассмотрении в судах дел о компенсации морального вреда, судьи при определении суммы, подлежащей взысканию с причинителя вреда, смотрят именно на те "последствия", которые наступили для здоровья человека.

При компенсации морального вреда при причинении вреда деловой репутации юридического лица, индивидуального предпринимателя, необходимо смотреть на те "последствия", которые возникли в работе организации, можно говорить о последствиях, выразившихся в резком падении его рейтинга или так же отразившихся на его здоровье.

Анализ норм Конституции Республики Казахстан, Трудового и Гражданского кодексов, регулирующих данные правоотношения, позволяет прийти к выводу о том, что возмещение морального вреда причиненного нарушением личных неимущественных прав работника, предусмотренных статьей 24 Конституции Республики Казахстан и статьей 22 Трудового кодекса, выразившееся в незаконном увольнении, в не выплате заработной платы, подлежит возмещению в соответствии с норами статей 1, 951,952 Гражданского Кодекса.

В действительности, незаконным увольнением работодатель нарушает право работника на расторжение трудового договора в порядке и на условиях, предусмотренных Трудовым Кодексом, а не выплатой зарплаты нарушает право работника на своевременную и в полном объеме выплату заработной платы в соответствии с условиями трудового, коллективного договора. В результате незаконного увольнения работник незаконно лишается источника существования, что сказывается на благосостоянии и благополучии самого работника и его иждивенцев.

Ввиду отсутствия единой судебной практики по спорам о компенсации морального вреда, причиненного нарушением трудовых прав, требуется нормативное разъяснение Верховного Суда Республики Казахстан.

**3. По искам о взыскании банковской задолженности с последующим обращением взыскания на предмет залога**

Сущность залога как способа обеспечения исполнения обязательств, изложена в статье 299 ч.1 ГК как возможность получения удовлетворения из стоимости заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами, обратив на него взыскание.

Статья 317 ч.1 ГК указывает, что взыскание на заложенное имущество для удовлетворения требований залогодержателя (кредитора) может быть обращено в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения должником обеспеченного залогом обязательства, за которое он отвечает.

Обеспечение обязательства создаёт дополнительные обязательственные правоотношения между кредитором и должником (или иным лицом) особого рода. Его специфика состоит в дополнительном или акцессорном характере по отношению к основному обеспечиваемому обязательству. Это получает отражение в предметах иска, с которыми обращаются в суд займодатели.

Дела указанной категории должны рассматриваться судами с позиций норм Гражданского кодекса и положений Закона «Об ипотеке недвижимого имущества». В статье 21 указанного Закона установлен круг вопросов, которые должен определить суд при решении вопроса об удовлетворении денежного требования залогодержателя путем обращения взыскания на заложенное имущество.

Согласно ст.302 ГК, если иное не предусмотрено договором или законодательными актами, залог обеспечивает требование в том его объеме, какой оно имеет к моменту фактического удовлетворения, включая вознаграждение (интерес), возмещение убытков, причиненных просрочкой исполнения, неустойку (штраф, пеню), необходимые издержки по содержанию заложенного имущества, а также возмещение расходов по взысканию.

Анализ указанных норм закона свидетельствует о том, что для определения суммы задолженности, заимодатель в первую очередь должен предъявить иск о взыскании денежного обязательства либо одновременно с иском о взыскании задолженности предъявляется требование об обращении взыскания на заложенное имущество.

Кроме того, в решении должны быть указаны предмет залога с идентифицированными признаками, начальная продажная цена заложенного недвижимого имущества при его реализации.

В случае возникновения спора по первоначальной продажной цене суд вправе назначить экспертизу. При вынесении решения суд, исходя из положений ст.ст.77, 99 ГПК должен дать оценку заключению эксперта.

Поэтому полагаем, что нет необходимости определять на законодательном уровне критерии определения начальной продажной стоимости залогового имущества.

В обращении взыскания на заложенное имущество в силу п.2 ст.317 ГК может быть отказано, если допущенное должником нарушение обеспеченного залогом обязательства крайне незначительно и размер требований залогодержателя вследствие этого явно несоразмерен стоимости заложенного имущества.

Также предлагается исключить статью 37 Закона «О банках и банковской деятельности в РК», предусматривающей, что на требования банков к заемщикам по надлежащему исполнению кредитных договоров сроки претензионной и исковой давности не распространяются, поскольку она противоречит общим принципам гражданского законодательства, а также конституционному принципу о равенстве всех перед законом. Полагаем, что к требованиям банков также должны применяться общие сроки исковой давности, предусмотренные статьей 178 ГК.

**Акмолинский областной суд**

## Содержание

## Приветственное слово председателя надзорной судебной коллегии по гражданским и административным делам Верховного Суда Республики Казахстан Абдыкадырова Е.Н...............................................................................3

## Тенденции развития в европейском обязательственном праве.........................5

## Об обращении взыскания на заложенное имущество вещного поручителя....18

Судебная практика применения законодательства при рассмотрении споров, связанных с исполнением договоров банковского займа и обращением взыскания на залог..................................................................................................23

Моральдық зиянды өтеу.........................................................................................29

Проблемные вопросы, связанные с возмещением морального вреда в законодательстве Республики Казахстан.............................................................36

Переход права требования компенсации морального ущерба к правопреемникам в Германии...............................................................................40

Обеспечение исполнения обязательства..............................................................48

Разработки в европейском праве купли-продажи...............................................51

Ответственность за вред, причиненный с деятельностью связанной с повышенной опасностью для окружающих (источники повышенной опасности)................................................................................................................64

Гражданско – правовой ущерб, связанный со смертью.....................................77

Особенности изложения судебного решения с признанием иска.....................81

Рекомендации..........................................................................................................85