

Меншік иесі және баспагер:
«Қазақстан Республикасының
Заңнама институты» ММ
2006 жылдан бастап шығады
Журналдың материалдары
www.iz.adilet.gov.kz
сайтында орналастырылған
Заң ғылымдары бойынша
диссертациялардың негізгі ғылыми
нәтижелерін жариялауға арналған
басылымдар тізіліміне енгізілген
(ҚР БҒМ БҒСБК 30.05.2013 ж.
№894 бұйрығы)

Редакциялық кеңес құрамы
Тукиев А.С. – з.ғ.к. (Астана,
Қазақстан) – (төраға)
Абайділдинов Е.М. – з.ғ.д. (Астана,
Қазақстан)
Абызов Р.М. – з.ғ.д. (Мәскеу, Ресей)
Белых В.С. – з.ғ.д. (Екатеринбург,
Ресей)
Губин Е.П. – з.ғ.д. (Мәскеу, Ресей)
Борчашвили И.Ш. – з.ғ.д. (Астана,
Қазақстан)
Мельник Р.С. – з.ғ.д. (Киев, Украина)
Моисеев А.А. – з.ғ.д. (Мәскеу, Ресей)
Муромцев Г.И. – з.ғ.д. (Мәскеу, Ресей)
Рахметов С.М. – з.ғ.д. (Астана,
Қазақстан)
Малиновский В.А. – з.ғ.д. (Астана,
Қазақстан)
Шерубай Құрманбайұлы – ф.ғ.д.
(Астана, Қазақстан)

Редакциялық алқа құрамы
Құлжабаева Ж.О. – з.ғ.к. (Астана,
Қазақстан) – (төраға)
Абылайұлы А. – PhD (Астана,
Қазақстан)
Азер Алиев – PhD (Киль, Германия)
Айымбетов М.А. – ҚР еңбек сіңірген
мәдениет қайраткері (Астана,
Қазақстан)
Байниязова З.С. – з.ғ.к. (Саратов,
Ресей)
Досмырза Д.Д. – з.ғ.к. (Астана,
Қазақстан)
Елеусізова И.Қ. – з.ғ.к. (Астана,
Қазақстан)
Казиев З.Ғ. – з.ғ.к. (Астана, Қазақстан)
Қоныс В.Т. – з.ғ.к. (Астана,
Қазақстан)
Маммадов У.Ю. – з.ғ.к. (Қазан, Ресей)
Мұшанов Т.Е. (Астана, Қазақстан)
Рахымбердин К.Х. – з.ғ.д. (Өскемен,
Қазақстан)
Свободный Ф.К. – з.ғ.к. (Барнаул,
Ресей)
Тегізбекова Ж.Ч. – з.ғ.к. (Бішкек,
Қызығызстан)
Тілембаева Ж.О. – з.ғ.к. (Астана,
Қазақстан)

Журнал редакциясы
Колтубаева Г.Б.
Ермек А.Б.
Жұмагелдина Б.Ж.
Байленова А.Қ.
Джамбуршин К.А.
Қазақстан Республикасы Мәдениет
және ақпарат министрлігі Ақпарат
және мұрағат комитетінің
БАҚ есепке қою туралы күзлігі
№ 11219-Ж 15.11.2010 ж.
(Алғашқы есепке қою кезіндегі нөмірі
мен мерзімі №6592-Ж. 07.09.2005 ж.)

Мекен-жайы:
Қазақстан Республикасы,
010000, Астана қ., Мәңгілік ел даңғ.,
8 үй
тел.: 8(7172)74-02-06;
факс: 8(7172)74-14-43
E-mail: instzak-kz@mail.ru,
institutzakonodatelstva@gmail.com
www.iz.adilet.gov.kz

Редакция бағанасы 8

ҚР Әділет министрі М.Б. Бекетаевтың «ҚР кейбір конституциялық заңдарына мемлекеттік билік тармақтары арасында өкілеттіктерді қайта бөлу мәселелері бойынша өзгерістер мен толықтырулар енгізу туралы» Конституциялық заңның жобасы бойынша баяндамасы 11

«Жаршынын» мұрағат беттері

Ғ.С. САПАРҒАЛИЕВ Қазақстан Республикасы халықаралық құқығының өзекті проблемалары 13
А. СӘЛІМГЕРЕЙ Қазақстан Республикасы халықаралық құқығының өзекті проблемалары және қазақстандық халықаралық ғылыммен өзара іс-қимыл мәселелері 22
Конституциялық және әкімшілік құқық
К.А. ИШЕКОВ (Мәскеу қ., Ресей) Адами өлшем тұрғысында жаңғырту процестері 34
Й. ПУДЕЛЬКА, Й. ДЕППЕ (Берлин қ., Германия) Орталық Азиядағы даму процесіндегі жалпы әкімшілік құқық 40

Азаматтық, азаматтық процестік құқық

Х.-Й. ШРАММ (Висмар қ., Германия) Мәмілелердің жарамсыздығы және азаматтық-құқықтық айналымның тұрақтылығы 50
М. KRAUSENBOECK Common law, civilian legal systems and mixed legal systems: implications for the implementation of elements of english law in Kazakhstan (Жалпы құқық, азаматтық құқықтық жүйелер мен аралас құқықтық жүйелер: Қазақстанда ағылшын құқығы элементтерін пайдалану салдары) 59
А. АЛИЕВ (Киль қ., Германия) Ағылшын, неміс, ресей және эзербайжан құқығында мән-жайлар елеулі өзгерген кезде шарт бостандығын шектеу 66
Е.В. НЕСТЕРОВА Ағылшын құқығы ережелері және еуропалық жеке құқықтың модельдік қағидалары негізінде Қазақстан Республикасының заңнамасы бойынша шартты бұзғаны үшін жауапкершілікті құқықтық реттеуді жетілдіру бағыттары 78
В.Т. ҚОНЫС, М.М. ТАСТАНОВА Ратификацияланған халықаралық шарттардағы иммигрант балалардың тууын және атын тіркеу құқығы туралы нормаларды Қазақстан Республикасының ұлттық заңнамасына имплементтеудің кейбір мәселелері туралы 86
С. Ж. ӘБДІРАХМАНОВА «Адалдық» және «эстоппель» ұғымдарының арақатынасы 96

Қылмыстық құқық және қылмыстық процесс

С.М. РАХМЕТОВ Сыбайлас жемқорлыққа қарсы күрес мәселелері бойынша халықаралық конвенциялардың нормаларын Қазақстан Республикасының қылмыстық заңнамасына имплементтеу барысы туралы 102
А.Н. АХПАНОВ, А.Л. ХАН Қорғалуға құқығы бар куә адвокатының қылмыстық істер бойынша міндетті қатысуы жағдайлары туралы 110
Ш.Ж. КЕНЖЕТАЕВ Қазақстан Республикасының қылмыстық процестік кодексіндегі куәгер 116
О.В. КОЛОС (Ирпень қ., Украина) Қылмыстық құқық бұзушылықтардың бірнеше рет жасалуы: заңнамалық дефиниция проблемасы 122
Ф.М. РАХМИТОВ Қазақстан Республикасында адвокаттар қызметін одан әрі жетілдіру мәселесіне 129

Халықаралық құқық және салыстырмалы құқықтану

М.А. СӨРСЕМБАЕВ ХЕҰ конвенцияларының және қазақстандық еңбек құқығының нормаларын жетілдіру қажеттігі туралы 135
С.Ж. АЙДАРБАЕВ ТМД Экономикалық Сотының құқықтық мәртебесі проблемалары (Сотты реформалау) 140

А. АБЫЛАЙҰЛЫ Қазақстан Республикасында «халықаралық шарттардың қолданылу тәртібі мен талаптарын» түсіндірудің кейбір мәселелері.....	147
Ж.Ч. ТЕГІЗБЕКОВА (Бішкек қ., Қырғыз Республикасы) Қарулы қақтығыс және ішкі шиеленіс жағдайлары кезеңінде отбасы құқықтарын халықаралық-құқықтық қорғау.....	156
А. PECORARO (Италия) The reach of international investment agreements: Kazakhstan and the umbrella clause (Халықаралық инвестициялық келісімдерге қол жеткізу: Қазақстан және «қолшатыр ескертпесі»).....	166
Құқықтық мониторинг	
И.Қ. ЕЛЕУСІЗОВА, А.Ө. ҚАЛИЕВА Қазақстан Республикасының банктік заңнамасына құқықтық мониторингтің кейбір мәселелері.....	180
А.Қ. ҚАНАТОВ, Е.К. АХМЕТОВ Есірткі айналымы саласындағы мемлекеттік саясаттың проблемалық аспектілеріне (заңнаманың мониторингі).....	190
Г.Б. ҚЫСЫҚОВА, Н.Н. ОМАРОВА Қазақстан Республикасының арнайы экономикалық аймақтар туралы заңнамасының жеке нормаларын басқа елдердің заңнамасымен салыстыру: құқықтық мониторинг шеңберіндегі талдау.....	198
Мемлекеттік тілдегі заң шығармашылығы практикасынан	
М.А. АЙЫМБЕТОВ Заңнама термині: нақтылық және үйлесімділік.....	206
Д.М. ШЫҢҒЫСБАЕВА, Н.Ә. БАЙКӨРІМОВА ҚР Азаматтық кодексінің мемлекеттік тілдегі мәтінін стилистикалық тұрғыдан зерделеу.....	210
Жас ғалым мінбері	
Ф.Р. АХМЕДЖАНОВ Сотқа дейінгі іс жүргізуде сот бақылауының шектерін кеңейту бойынша шаралар туралы.....	215
Қ.Қ. САБИРОВ Жанжалды шешудің баламалы тәсілдерін құқықтық реттеуде бірыңғай тәсіл қажеттілігі туралы.....	220
Ғылыми өмір хроникасы	
2017 жылғы 16 наурызда Астана қ. Н.А. Шәйкеновтің 70 жылдығына арналған «Құқықтық мемлекет құру процесінде жеке адам құқықтарын қамтамасыз ету» («Шәйкенов оқулары») тақырыбында өткен халықаралық ғылыми-практикалық конференция туралы ақпараттық хабарлама.....	226
2017 жылғы 11 сәуірде Алматы қ. Ғылым күніне арналған «Қазақстан ғылымы Жаңғырту:3.0 жағдайында» тақырыбында өткен форум туралы ақпараттық хабарлама.....	230
2017 жылғы 4 мамырда өткізілген «ҚР азаматтық заңнамасының өзекті өзгерістеріне шолу» атты вебинар туралы ақпараттық хабарлама.....	234
2017 жылғы 17 мамырда өткізілген «Заңдардың құқықтық мониторингінің ерекшеліктері» атты вебинар туралы ақпараттық хабарлама.....	236
2017 жылғы 25 мамырда өткізілген «Адвокаттардың қылмыстық процеске қатысуының өзекті мәселелері» атты вебинар туралы ақпараттық хабарлама.....	237
Библиография	
И. Елеусізова мен Д. Тұрлыбектің «Контрафактная продукция и параллельный импорт в Республике Казахстан и иных странах Евразийского Экономического Союза» тақырыбындағы монографиясына рецензия (LAP Lambert Academic Publishing, 2017).....	239
«Международная интеграция и интеграционное право» / В.А. Шамахов, В.П. Киреленко, С.Ю. Кашкиннің жалпы ред. - СПб., 2017. – 880 б. оқулығына рецензия.....	240
Даналық ойлар	242



Собственник и издатель:

ГУ «Институт законодательства
Республики Казахстан»

Издается с 2006 года

Все материалы журнала размещаются
на сайте www.iz.adilet.gov.kz
Включен в перечень изданий
для публикации основных научных
результатов диссертаций
по юридическим наукам
(Приказ ККСОН МОН РК №894
от 30.05.2013 г.)

Состав Редакционного совета

Тукиев А.С. – к.ю.н. (Астана, Казах-
стан) – (председатель)
Абайдельдинов Е.М. – д.ю.н. (Астана,
Казахстан)
Абызов Р.М. – д.ю.н. (Москва, Россия)
Белых В.С. – д.ю.н. (Екатеринбург,
Россия)
Губин Е.П. – д.ю.н. (Москва, Россия)
Борчашвили И.Ш. – д.ю.н. (Астана,
Казахстан)
Мельник Р.С. – д.ю.н. (Киев, Украина)
Моисеев А.А. – д.ю.н. (Москва, Россия)
Муромцев Г.И. – д.ю.н. (Москва,
Россия)
Рахметов С.М. – д.ю.н. (Астана, Ка-
захстан)
Малиновский В.А. – д.ю.н. (Астана,
Казахстан)
Шерубай Кұрманбайұлы – д.ф.н.
(Астана, Казахстан)

Состав Редакционной коллегии

Кулжабаева Ж.О. – к.ю.н. (Астана,
Казахстан) – (председатель)
Абылайұлы А. – PhD (Астана, Казах-
стан)
Азер Алиев – PhD (Киль, Германия)
Айымбетов М.А. – заслуженный дея-
тель культуры РК (Астана, Казахстан)
Байниязова З.С. – к.ю.н. (Саратов,
Россия)
Досмырза Д.Д. – к.ю.н. (Астана, Ка-
захстан)
Елеусизова И.К. – к.ю.н. (Астана,
Казахстан)
Казиев З.Г. – к.ю.н. (Астана, Казах-
стан)
Конусова В.Т. – к.ю.н. (Астана, Казах-
стан)
Маммадов У.Ю. – к.ю.н. (Казань,
Россия)
Мушанов Т.Е. (Астана, Казахстан)
Рахимбердин К.Х. – д.ю.н. (Усть-
Каменогорск, Казахстан)
Свободный Ф.К. – к.п.с.н. (Барнаул,
Россия)
Тегизбекова Ж.Ч. – к.ю.н. (Бишкек,
Кыргызстан)
Глембаева Ж.У. – к.ю.н. (Астана,
Казахстан)

Редакция журнала

Колтубаева Г.Б.
Ермек А.Б.
Жумагелдина Б.Ж.
Байленова А.К.
Джамбуршин К.А.

Свидетельство о постановке
на учет СМИ № 11219-Ж
от 15.11.2010 г. Комитета информации
и архивов Министерства культуры
и информации Республики Казахстан
(№ и дата первичной постановки на учет
№6592-Ж. 07.09.2005 г.)

Адрес:

Республика Казахстан,
010000, г. Астана, пр. Мәңгілік ел, д. 8
тел.: 8 (7172) 74-02-06;
факс: 8 (7172) 74-14-43
E-mail: instzak-kz@mail.ru,
institutzakonodatelstva@gmail.com
www.iz.adilet.gov.kz

Колонка редакции 9

Доклад Министра юстиции РК М.Б. Бекетаева по проекту Конституционного Закона «О внесении изменений и дополнений в некоторые конституционные законы Республики Казахстан по вопросам перераспределения полномочий между ветвями государственной власти» 11

Архивные страницы «Вестника»

Г.С. САПАРГАЛИЕВ Актуальные проблемы международного права Республики Казахстан 13

А. САЛИМГЕРЕИ Актуальные проблемы международного права Республики Казахстан и вопросы взаимодействия с казахстанской международно-правовой наукой 22

Конституционное и административное право

К.А. ИШЕКОВ (г. Москва, Россия) Модернизационные процессы в контексте человеческого измерения 34

Й. ПУДЕЛЬКА, Й. ДЕППЕ (г. Берлин, Германия) Общее административное право в Центральной Азии в процессе развития 40

Гражданское и гражданско-процессуальное право

Х.-Й. ШРАММ (г. Висмар, Германия) Недействительность сделок и стабильность гражданско-правового оборота 50

М. KRAUSENBOECK Common law, civilian legal systems and mixed legal systems: implications for the implementation of elements of english law in Kazakhstan (Общее право, гражданские правовые системы и смешанные правовые системы: последствия для применения элементов английского права в Казахстане) 59

А. АЛИЕВ (г. Киль, Германия) Ограничение свободы договора при существенном изменении обстоятельств в английском, немецком, российском и азербайджанском праве 66

Е.В. НЕСТЕРОВА Направления совершенствования правового регулирования ответственности за нарушение договора по законодательству Республики Казахстан на основе положений английского права и модельных правил европейского частного права 78

В.Т. КОНУСОВА, М.М. ТАСТАНОВА О некоторых проблемах имплементации норм ратифицированных международных договоров о праве детей иммигрантов на регистрацию рождения и имя в национальной законодательство Республики Казахстан 86

С.Ж. АБДРАХМАНОВА Соотношение понятий «добросовестность» и «эстоппель» 96

Уголовное право и уголовный процесс

С.М. РАХМЕТОВ О ходе имплементации норм международных конвенции по вопросам борьбы с коррупцией в уголовное законодательство Республики Казахстан 103

А.Н. АХПАНОВ, А.Л. ХАН О случаях обязательного участия по уголовным делам адвоката свидетеля, имеющего право на защиту 110

Ч.Д. КЕНЖЕТАЕВ Понятий в уголовно-процессуальном кодексе Республики Казахстан 116

О.В. КОЛОС (г. Ирпень, Украина) Неоднократность уголовных правонарушений: проблемность законодательной дефиниции 122

Ф.М. РАХМИТОВ О некоторых аспектах дальнейшего совершенствования адвокатской деятельности в Республике Казахстан 129

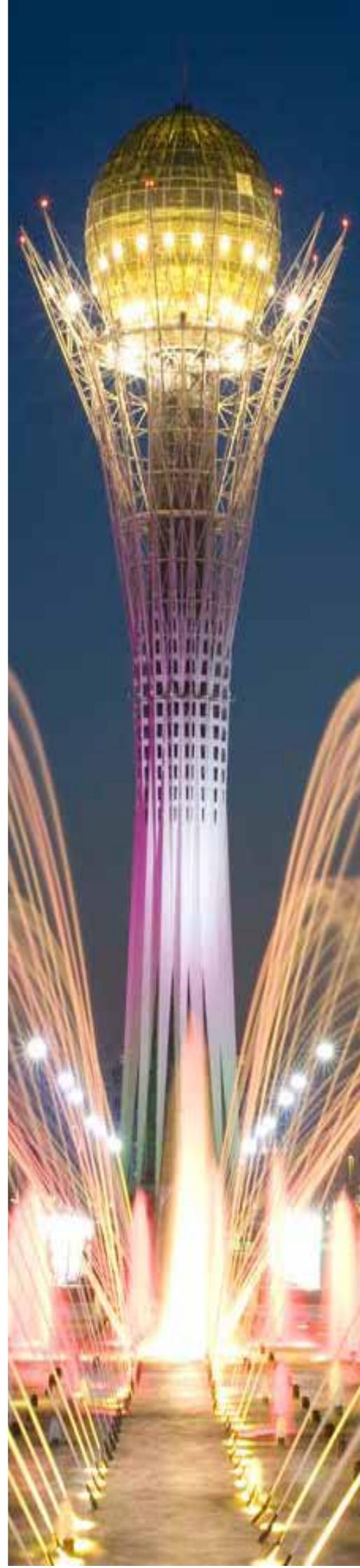
Международное право и сравнительное правоведение

М.А. САРСЕМБАЕВ О необходимости совершенствования норм конвенций МОТ и казахстанского трудового права 135

С.Ж. АЙДАРБАЕВ Проблемы правового статуса Экономического Суда СНГ (Реформирование суда) 140

А.АБЫЛАЙҰЛЫ О некоторых вопросах толкования «порядка и условий действия международных договоров» в Республике Казахстан 147

Ж.Ч. ТЕГИЗБЕКОВА (г. Бишкек, Кыргызская Республика) Международно-правовая защита семейных прав в период вооруженных конфликтов и ситуаций внутренней напряженности.....	156
А. PECORARO (Италия) The reach of international investment agreements: Kazakhstan and the umbrella clause (Достижение международных инвестиционных соглашений: Казахстан и «зонтичная оговорка»).....	166
Правовой мониторинг	
И.К. ЕЛЕУСИЗОВА, А.У. КАЛИЕВА Некоторые вопросы правового мониторинга банковского законодательства Республики Казахстан.....	180
А.К. КАНАТОВ, Е.К. АХМЕТОВ К проблемным аспектам государственной политики в сфере оборота наркотиков (мониторинг законодательства).....	190
Г.Б. КЫСЫКОВА, Н.Н. ОМАРОВА Сравнение отдельных норм законодательства о специальных экономических зонах Республики Казахстан с законодательством иных стран: анализ в рамках правового мониторинга.....	198
Из практики законотворчества на государственном языке	
М. АЙЫМБЕТОВ Законодательный термин: конкретность и гармоничность.....	206
Д.М. ШЫНГЫСБАЕВА, Н.А. БАЙКАРИМОВА Изучение стилистики текста Гражданского кодекса РК на государственном языке.....	210
Трибуна молодого ученого	
Ф.Р. АХМЕДЖАНОВ О мерах по расширению пределов судебного контроля в досудебном производстве.....	215
К.К. САБИРОВ О необходимости единого подхода в правовом регулировании альтернативных способов разрешения конфликтов.....	220
Хроника научной жизни	
Информационное сообщение о международной научно-практической конференции на тему «Обеспечение прав личности в процессе формирования правового государства», посвященной 70-летию Шайкенова Н.А. («Шайкеновские чтения») 16 марта 2017 года, г. Астана.....	227
Информационное сообщение о форуме «Наука Казахстана в условиях Модернизации: 3.0», посвященном Дню науки, 11 апреля 2017 года, г. Алматы.....	232
Информационное сообщение о вебинаре на тему «Обзор актуальных изменений гражданского законодательства РК», 4 мая 2017 года.....	234
Информационное сообщение о вебинаре на тему «Особенности проведения правового мониторинга законов», 17 мая 2017 года.....	236
Информационное сообщение о вебинаре на тему «Актуальные вопросы участия адвокатов в уголовном процессе», 25 мая 2017 года.....	238
Библиография	
РЕЦЕНЗИЯ на монографию И. Елеусизовой и Д. Тұрлыбек на тему: «Контрафактная продукция и параллельный импорт в Республике Казахстан и иных странах Евразийского Экономического Союза» (LAP Lambert Academic Publishing, 2017).....	239
РЕЦЕНЗИЯ на учебник «Международная интеграция и интеграционное право» / Под общ. ред. В.А. Шамахова, В.П. Киреленко, С.Ю. Кашкина. - СПб., 2017. - 880 с.....	240
Мудрые мысли	242



Owner and publisher:
SI «Legislation Institute
of the Republic of Kazakhstan»

Published since 2006

All journal materials are placed
on the website

www.iz.adilet.gov.kz

Included in the list of publications of basic
scientific results of dissertations on legal
sciences (Order CCES MES RK №894
from 05.30.2013)

Editorial Council members

Tukiyev A.S. – c.j.s. (Astana, Kazakhstan)
– (Chairman)

Abaydeldinov E.M. – d.j.s. (Astana,
Kazakhstan)

Abyzov R.M. – d.j.s. (Moscow, Russian)

Belih V.S. – d.j.s. (Ekaterinburg, Russian)

Gubin E.P. – d.j.s. (Moscow, Russian)

Borchashvili I.Sh. – d.j.s. (Astana, Ka-
zakhstan)

Melnik R.S. – d.j.s. (Kiev, Ukraine)

Moiseev A.A. – d.j.s. (Moscow, Russian)

Muromtsev G.I. – d.j.s. (Moscow, Russian)

Rahmetov S.M. – d.j.s. (Astana, Kazakh-
stan)

Malinovskiy V.A. – d.j.s. (Astana, Kazakh-
stan)

Sherubai Kurmanbaiuly – d.ph.s.
(Astana, Kazakhstan)

Editorial Board members

Kulzhabayeva Zh.O. – c.j.s. (Astana,
Kazakhstan) – (Chairman)

Abylaiuly A. – PhD (Astana, Kazakhstan)

Azer Aliyev – PhD (Kiel, Germany)

Aiyembetov M.A. – Honored Worker of
Culture of Kazakhstan, (Astana, Kazakh-
stan)

Bainiyazova Z.S. – c.j.s. (Saratov, Rus-
sian)

Dosmyrza D.D. – c.j.s. (Astana, Kazakh-
stan)

Eleussizova I.K. – c.j.s. (Astana, Kazakh-
stan)

Kazyiev Z.G. – c.j.s. (Astana, Kazakh-
stan)

Konusova V.T. – c.j.s. (Astana, Kazakh-
stan)

Mammadov U.Y. – c.j.s. (Kazan', Rus-
sian)

Mushanov T.E. (Astana, Kazakhstan)

Rakhimberdin K.H. – d.j.s. (Ust-Kame-
nogorsk, Kazakhstan)

Svobodniy F.K. – c.ps.s. (Barnaul, Rus-
sian)

Tegizbekova Zh.Ch. – c.j.s. (Bishkek,
Kyrgyzstan)

Tlembaeyva Zh.U. – c.j.s. (Astana, Ka-
zakhstan)

The editorial staff

Koltubayeva G.B.

Yermek A.B.

Zhumageldina B.Zh.

Bailenova A.K.

Dzhamburshin K.A.

The certificate of registration of mass media
№11219-G from 15.11.2010 from
the Committee of Information and Archives
of the Ministry of Culture and Information
of the Republic of Kazakhstan
(Number and date of primary registration
№6592-Zh.07.09.2005.)

Address:

The Republic of Kazakhstan,
010000, Astana, Mangilik el pr., 8
tel.: 8 (7172) 74-02-06
fax: 8 (7172) 74-14-43
e-mail: instzak-kz@mail.ru,
institutzakonodatelstva@gmail.com
www.iz.adilet.gov.kz

CONTENT

Editorial 10

*Report of Minister of justice Beketayev M.B. on draft of
Constitutional Law «On introducing amendments and additions to
some constitutional laws of Republic of Kazakhstan on the issues of
redistribution of powers between the branches of state authority»*..... 12

Archive «Bulletin» pages

G. SAPARGALIYEV Actual problems of international law of the
Republic of Kazakhstan..... 13

A. SALIMGEREY Issues of international law in the Republic
of Kazakhstan and issues of interaction with kazakhstan international
legal science..... 22

Constitutional and Administrative Law

K.A. ISHEKOV (Moscow, Russia) Modernization processes in
the context of the human dimension..... 34

J. PUDELKA, J. DEPPE (Berlin, Germany) General
administrative law in Central Asia in the development process..... 40

Civil and Civil Procedural Law

H.-J. SCHRAMM (Wismar, Germany) Invalidity of transactions
and stability of civil law turnover..... 50

M. KRAUSENBOECK Common law, civilian legal systems and
mixed legal systems: implications for the implementation of elements
of English law in Kazakhstan..... 59

A. ALIYEV (Keel, Germany) The restriction of freedom of
contract under a substantial change of circumstances in English,
German, Russian and Azerbaijani law..... 66

Y.V. NESTEROVA The directions to improve legal regulation of
liability for breach of contract under the legislation of the Republic of
Kazakhstan based on the provisions of English law and the model rules
of European private law..... 78

V.T. KONUSOVA, M.M. TASTANOVA Regarding some issues
of the implementation of the norms of ratified international treaties on
the right of immigrant children to register births and the name in the
national legislation of the Republic of Kazakhstan..... 86

S.Zh. ABDRAKHMANOVA Relation of concepts of «Bona
fides» and «estoppel»..... 96

Criminal law and Criminal procedure

S.M. RAKHMETOV The implementation of the norms of the
international convention on combating corruption in the criminal
legislation of the Republic of Kazakhstan..... 103

AN. AKHPANOV, A.L. KHAN About the instances of obligatory
participation in the criminal cases of an advocate of witness, having the
right of defense..... 110

C.D. KENJETAEV The witness in the Criminal procedural code
the Republic of Kazakhstan..... 116

O.V. KOLOS (Irpın, Ukraine) Repeated criminal offenses: the
problem of legal definition..... 122

F.M. RAKHMITOV Issues of improvement of advocate's
activities in the Republic of Kazakhstan..... 129

International and Comparative law

M.A. SARSEMBAYEV The need to improve standards of ILO
conventions and the Kazakhstan labor law..... 135

C.Zh. AIDARBAYEV Problems of legal status of the Economic
Court of the CIS (Reform of the court)..... 140

A. ABYLAIULY Some questions of interpretation of the procedure and conditions of application of treaties in the Republic of Kazakhstan.....	147
Zh.Ch. TEGIZBEKOVA (Bishkek, Republic of Kyrgyzstan) The international legal protection of family rights in the period of armed conflicts and internal tensions.....	156
ALBERTO PECORARO (Italy) The reach of international investment agreements: Kazakhstan and the umbrella clause.....	166
Legal monitoring	
I.K. ELEUSSIZOVA, A.U. KALIEVA Some issues of legal monitoring of banking legislation of the Republic of Kazakhstan.....	180
A.K. KANATOV, E.K. AKHMETOV Problematic aspects of the state policy in the scope of drug trafficking (monitoring of legislation).....	190
G.B. KYSSYKOVA, N.N. OMAROVA Comparison of separate standards of the legislation on special economic zones of the Republic of Kazakhstan with the legislation of other countries: the analysis within legal monitoring.....	198
Lawmaking practice in the official language	
M. AYYMBETOV Terms of the law: specificity and harmony.....	206
D.M. SHYNGYSBAYEYA, N.A. BAIKARIMOVA Studying of stylistics of the text of the Civil code of the Republic of Kazakhstan in the state language.....	210
Young scholar tribune	
F.R. AKHMEDZHANOV The measures for expanding the scope of judicial control in pre-trial proceedings.....	215
K.K.SABIROV The necessity of a single approach to legal regulation of certain alternative methods of conflict resolution.....	220
The Chronicle of Scientific Life	
Information note about the International scientific and practical conference on «Ensuring the rights of the individual in the process of the formation of the rule-of-law state», dedicated to the 70th anniversary of N.A. Shaykenov («Shaykenov Readings») March 16, 2017, Astana.....	229
Information note about the forum «Science of Kazakhstan under the conditions of modernization: 3.0» Dedicated to the Day of Science, Almaty, April 11, 2017.....	233
Information note about the webinar on the topic: «Review of actual changes in civil legislation of the Republic of Kazakhstan», May 4, 2017.....	235
Information note about the webinar on the topic: «Features of the legal monitoring of laws», May 17, 2017.....	237
Information note about the webinar on the topic: «Actual issues of the participation of lawyers in criminal proceedings», May 25, 2017.....	238
Bibliography	
REVIEW on the monograph of I. Yeleusizova and D. Turlybek on the topic: «Counterfeit products and parallel imports in the Republic of Kazakhstan and other countries of the Eurasian Economic Union» (LAP Lambert Academic Publishing, 2017).....	239
REVIEW on the «International Integration and Integration Law» textbook / Under the total. ed. of V.A. Shamakhov, V.P. Kirelenko, S.Yu. Kashkin. - SPb., 2017. - 880 p.....	240
Wise thoughts	242



ОГРАНИЧЕНИЕ СВОБОДЫ ДОГОВОРА ПРИ СУЩЕСТВЕННОМ ИЗМЕНЕНИИ ОБСТОЯТЕЛЬСТВ В АНГЛИЙСКОМ, НЕМЕЦКОМ, РОССИЙСКОМ И АЗЕРБАЙДЖАНСКОМ ПРАВЕ

Азер Алиев

Доктор права, LL.M. (University of Heidelberg), научный сотрудник
Института права стран Восточной Европы Кильского университета

Ключевые слова: *implied terms*; изменение договора; *pacta sunt servanda*; прекращение договора; *frustration*; *Wegfall der Geschäftsgrundlage*; нарушение основания сделки.

Аннотация. В статье рассматриваются возможности изменения или прекращения договоров в случае существенного изменения обстоятельств на основе английского, немецкого, российского и азербайджанского права. Так, Гражданский кодекс Республики Казахстан не предусматривает возможности изменения или прекращения договоров в случае существенного изменения обстоятельств. Несмотря на ограниченный интерес к этому вопросу в юридическом сообществе, анализ целесообразности имплементации этого института очень интересен, так как он позволяет показать, как английское и немецкое право работает с принципами права и как достигается развитие права и его адаптация к новым условиям. Наряду с этим в статье представлен российский и азербайджанский опыт, который свидетельствует о типичных проблемах правовых систем, находящихся в процессе трансформации.

Развитые правовые системы в первую очередь отличаются способностью развиваться, основываясь на фундаментальных принципах в отсутствие законодательного регулирования или даже вопреки законодательству, при этом работа с абстрактными категориями не разрушает, а наоборот развивает и укрепляет правовую систему. При этом каждая правовая система выработала собственные подходы, которые отвечают ее собственным потребностям. Так в английском праве, которое очень трепетно относится к соблюдению принципа *pacta sunt servanda* и строго его придерживается, был разработан институт *frustration*, а в немецком праве развитая судами концепция *Wegfall der Geschäftsgrundlage* была впоследствии закреплена в Германском Гражданском Уложении. При этом конкретное содержание норм о существенном изменении обстоятельств значительно различаются.

В настоящей статье представлены различные подходы к ограничению свободы договора вследствие существенного изменения обстоятельств и проанализирована возможность использования Казахстаном зарубежного, в частности, английского, опыта, а также ведущих новых модельных кодификаций - Принципов Европейского договорного права 1998/2002¹ и Принципов договорного права УНИДРУА 2010 г.²

АҒЫЛШЫН, НЕМІС, РЕСЕЙ ЖӘНЕ ӘЗЕРБАЙЖАН ҚҰҚЫҒЫНДА МӘН-ЖАЙЛАР ЕЛЕУЛІ ӨЗГЕРГЕН КЕЗДЕ ШАРТ БОСТАНДЫҒЫН ШЕКТЕУ

Азер Әлиев

Құқық докторы, LL.M. (University of Heidelberg), Киль университеті
Шығыс Еуропа елдерінің құқық Институтының ғылыми қызметкері

Түйін сөздер: *implied terms*; шарт өзгеруі; *pacta sunt servanda*; шарттың тоқтатылуы; *frustration*; *Wegfall der Geschäftsgrundlage*; мәміле негізін бұзу.

Аннотация. Мақалада ағылшын, неміс, ресей және әзірбайжан құқығы негізінде шарттардың елеулі мән-жайлар өзгерген жағдайда өзгерту немесе тоқтату мүмкіндігі мақалада қарастырылады. Сонымен қатар, Қазақстан Республикасының Азаматтық кодексінде шарттардың елеулі мән-жайлар өзгерген жағдайда өзгерту

¹ <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/index.html>, см. в русском переводе <http://law.edu.ru/norm/norm.asp?normID=1261692&subID=100127328,100127329,100127424,100127519,100127525>.

² <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-russian.pdf>.

немесе тоқтату мүмкіндігі қарастырылмаған. Заң қауымдастығында шектеулі қызығушылығына қарамастан, ағылшын және неміс құқығы құқық принциптерімен әрекет жасап, құқық дамытуына қалай қол жеткізіліп және жаңа жағдайға оның бейімделуін көрсетуге мүмкіндік бергендіктен, осы институт имплементациялау жөнділігін талдауы өте қызықты. Сонымен қатар, мақалада ресей және азірбайжан тәжірибесі ұсынады, трансформациялау процесіндегі құқықтық жүйелердің әдеттегі проблемалар куәландырады.

Дамыған құқықтық жүйелер, бірінші кезекте, заңнамаға немесе құқықтық жүйесінде жоқтығына қарамастан іргелі қағидаға сүйене отырып, даму қабілетімен ерекшеленеді, сонымен бірге абстракты категорияларымен жұмысы бұзбай, керісінше, құқықтық жүйесін дамытыны және нығайтады.

Бұл ретте әрбір құқықтық жүйесі өз қажеттіліктеріне сай тәсілдерді қалыптастырды.

Солай, ағылшын құқығында, *pacta sunt servanda* принципін сақталуына аса зор мән беріп және оның қатаң ұстанады, *frustration* институты әзірленді, ал неміс құқығында соттармен дамыған *Wegfall der Geschäftsgrundlage* тұжырымдамасы Герман Азаматтық Жинағында кейіннен бекітілді.

Бұл ретте мән-жайдың елеулі түрде өзгеруі туралы нормалардың нақты мазмұны айтарлықтай ерекшеленеді.

Осы бапта мән-жайдың елеулі түрде өзгеруі болғандықтан шарт бостандығын шектеуіне түрлі тәсілдері ұсынылған және Қазақстанмен шетелдік, соның ішінде, ағылшын тәжірибесін пайдалану мүмкіндігі, сонымен қатар, жетекші жаңа модельдік кодификациярын - 1998/2002 Еуропалық шарттық құқық Принциптері¹ мен 2010 ж. УНИДРУА шарттық құқық Принциптері² талданды.

THE RESTRICTION OF FREEDOM OF CONTRACT WITH A SUBSTANTIAL CHANGE OF CIRCUMSTANCES IN ENGLISH, GERMAN, RUSSIAN AND AZERBAIJANI LAW

Azer Aliyev

Doctor of law, LL.M. (University of Heidelberg),

research fellow of the Institute of law of Eastern European countries, Kiel University

Keywords: *implied terms; change of contract; pacta sunt servanda; termination of contract; frustration; Wegfall der Geschäftsgrundlage; violation of the basis of the transaction.*

Abstract. *The article discusses the possibility of changing or terminating contracts in English, German, Russian and Azerbaijani law in case of a vital changes of circumstance. Thus, the Civil Code of the Republic of Kazakhstan doesn't provide the possibility of changing or terminating contracts in case of a vital changes of circumstance. Despite the limited request in the legal community, the analysis of the practicability of the implementation of this institution is very interesting, since it allows a compliant demonstration of the development of law and how English and German law works with the principles of law and how its adaptation to new conditions are achieved. Furthermore, the article presents the Russian and Azerbaijani experience that shows the typical problems of legal systems in the process of transformation.*

Developed legal systems are primarily characterized by the ability to develop based on fundamental principles in the absence of the legislative regulation or even contrary to the law. Moreover work with abstract categories does not destroy, but rather develop and strengthen legal system. At the same time, each legal system has developed its own approaches that meet its own needs. So in English law, which is very sensitive to the observance of the principle of pacta sunt servanda and strictly adheres to it, the institute of frustration was developed, and in German law the concept of Wegfall der Geschäftsgrundlage developed by the courts was subsequently fixed in the German Civil Code. In addition, the specific content of the rules of a vital changes of circumstances are significantly differs.

In this article, will be presented various approaches to restricting freedom of contract due to a vital changes of circumstances and analyzed the possibility of Kazakhstan's use of foreign, in particular English, experience, as well as leading new model codifications - the Principles of the European Contract Law 1998/2002¹ and the Unidroit Contractual Principles of 2010².

І. Исторический контекст

Как английское, так и немецкое право очень сложно восприняли возможность изменения или прекращения договорных отношений вследствие существенного изменения обстоятельств.

Вплоть до середины XIX века английское право отрицало возможность прекращения или изменения договоров вследствие изменения обстоятельств. Ключевым решением в отношении изменения обстоятельств до этого времени было решение *Paradine v Jane* 1647 года³, в котором суд радикально придерживался обязанности исполнения основного обязательства, в данном случае оплаты арендной платы, даже несмотря на то, что участок земли находился под оккупацией. Да и закрепленная сегодня в § 313 Германского Гражданского Уложения «Нарушение основания сделки» норма о существенном изменении обстоятельств была введена в ГГУ лишь в рамках реформы обязательственного права 2002 года. При подготовке первого текста ГГУ в конце XIX века этот институт рассматривался многими юристами как недопустимое ограничение принципа свободы договора [1] и вследствие этого не нашел своего отражения в ГГУ.

Развитие института *frustration*, в английском праве следует рассматривать в контексте развития концепции *implied terms*, в соответствии с которой частью договора становятся не только непосредственно обусловленные сторонами условия, но и условия, которые не предусмотрены напрямую в тексте договора, однако могут «импортироваться в контракт», исходя из контекста⁴. Развитие *implied terms* берет свое начало в широкоизвестном решении *Taylor v Caldwell* 1863 года⁵. Одна из сторон арендовала концертный зал, однако этот зал сгорел до представления. Суд апелляционной инстанции постановил, что стороны, хотя и не указали в договоре, однако подразумевали, что договор может быть исполнен, если зал находится в целостности и сохранности. То есть стороны, если бы предусмотрели бы возможность пожара на момент заключения договора, то включили бы положение о прекращении договора в случае уничтожения зала. *Implied terms* предполагает, что стороны имели возможность предусмотреть в контракте условие. Однако на протяжении времени суды существенно модифицировали “*implied terms*” в контексте существенного изменения обстоятельств. Это объяснялось тем, что суд через “*implied terms*” приписывал сторо-

нам решения, о которых они не могли даже знать. В широкоцитируемом казусе *Chandler v Webster* 1903 года⁶ одна из сторон контракта арендовала у другой комнату, из которой можно было наблюдать за парадом в честь инаугурации Эдварда VII, однако инаугурация была отменена вследствие болезни короля. Палата лордов пришла к выводу, что несмотря на то, что стороны не упоминали в договоре инаугурацию, было очевидно, что целью договора являлась именно она. Договор прекращает свое действие с момента изменения обстоятельств.

Однако и это регулирование оказалось недостаточным, так как прецедентное право содержало большие пробелы в области урегулирования последствий *frustration*. Исполнение, произведенное до изменения обстоятельств, не подлежало реституции, даже если встречное исполнение не последовало. Реагируя на подобное неудовлетворительное регулирование, законодатель принимает в 1943 году *Frustration Act*, который изменяет правовые последствия применения *frustration*.

Необходимо отметить, что в начале XX века концепция *frustration* получила широкое развитие. Суды распространяли ее действие на все более широкий круг дел. Однако с течением времени суды ограничили применение этого института. Так по последствиям II Мировой войны всего лишь в нескольких делах суды применили *frustration*; после экономического кризиса всего в двух делах, но оба были впоследствии отменены в апелляционной инстанции. В литературе отмечается нежелание судов применять эту доктрину, которое прослеживается по сей день [2].

Совсем иное развитие получил институт *Wegfall der Geschäftsgrundlage* в немецком праве. После Первой мировой войны, на фоне катастрофического упадка экономики, суды не видели возможность оставлять действительными условия сделок при наличии инфляции в сотни процентных пунктов. Изначально суды для изменения и прекращения «невыносимых» договорных отношений основывались на концепции экономической невозможности. Эта концепция на сегодняшний день применяется в случаях, когда стоимость исполнения договора не идет ни в какое сравнение с расходами. В качестве примера приводится случай: если лицо, обязанное передать кольцо стоимостью в несколько сотен Евро, роняет его в море и расходы на извлечение кольца со дна моря составят многие десятки тысяч Евро. Одна-

³ *EWHC KB J5*.

⁴ *Lücke, Implied Terms, 5 Adelaide L. Rev. 31*

⁵ *EWHC QB J1*

⁶ *2 KB 740*

ко подход судов изменился после фундаментальной публикации Ортмана, который смог представить классический институт *clausula rebus sic stantibus* в применимом для того времени виде. Суды начали ссылаться на «нарушение основания сделок»⁷. При этом в обоснование применения института *Wegfall der Geschäftsgrundlage* суды ссылались на закрепленный в позитивном праве принцип добросовестности (§ 242 ГГУ). В отличие от английского права, где концепция *frustration*, получив сильное развитие во время и после Первой мировой войны, позже все более вытеснялась судами, в Германии благодаря совместной работе науки [3] и практики институт «нарушения основания сделки» был существенно развит на протяжении XX века и законодательно закреплен в § 313 ГГУ в 2002 году.

II. Современное понимание *frustration* в английском праве

1. Сфера применения

Действующая на сегодняшний день концепция *frustration* требует, чтобы исполнение договора не было возможным по объективным или правовым причинам. В частности, к случаям *frustration* относят невозможность исполнения контракта, невозможность достижения цели контракта (как например в деле *Chandler v Webster* – ненадобность комнат вследствие отмены коронации), если исполнение контракта противоречит закону принятому после заключения контракта, личной неспособности исполнить контракт (смерть, болезнь), если исполнение должно быть совершено конкретным лицом. При этом ни одна из сторон не должна быть виновной в наступлении обстоятельств, приведших к невозможности исполнения, и наступление этих обстоятельств должно быть непредсказуемо для обеих сторон.

Не подпадают под категорию *frustration* случаи так называемой экономической невозможности (расходы на исполнение контракта несопоставимо выше ожидаемого результата), а также случаи, в которых невозможным стал лишь один метод исполнения, но доступны иные. Так, в деле *Lauritzen v Wijsmuller (The Support Servant Two)* 1990 года⁸ Палата лордов установила, что доктрина *frustration* не подлежит применению даже в тех случаях, когда единственным возможным путем исполнения является нарушение других контрактов (у компании, занимающейся буксированием буровых платформ, затонул один из буксиров, а другой буксир

был уже зафрахтован другими контрактами, т.е. исполнение было возможно лишь при нарушении других контрактов).

В целом необходимо отметить, что ограничение применения института *frustration* сказалось на практике. Во многих случаях, где можно было бы предполагать применение *frustration*, суды придерживаются иных позиций и приходят к тем же результатам, используя другие институты. Так, например, в случаях, связанных с невозможностью достижения цели контракта после решения *Chandler v Webster*, суды стали намного уже толковать возможность применения *frustration*. В деле *Amalgamated Investment v Property Co Ltd* 1977 года⁹ суд отказал применить *frustration*, в ситуации, когда после приобретения участка недвижимости под девелоперский проект выяснилось, что расположенные на участке старые строения не могут быть снесены, так как являются памятниками истории.

2. Последствия *frustration*

Последствием *frustration* является прекращение договора. Английские право рассматривает адаптацию условий договора к изменившимся обстоятельствам со стороны суда как недопустимое вмешательство судов и ограничение свободы договора¹⁰.

Контракт в случае *frustration* прекращается *ex tunc*, т.е. с момента изменения обстоятельств. При этом *frustration* наступает автоматически, волеизъявления сторон не требуется. Заявить о *frustration* может любая сторона. Еще более интересно, что пострадавшая сторона может даже заявить о наличии *frustration* даже если пострадавшая сторона полностью исполнила договор (например, как в казусе *Nickoll & Knight v Ashton Edridge* 1901 года, в котором продавец в результате невозможности перевозки по заявленному в договоре пути заявил о *frustration* сохранил товар и продал его вдвое дороже, привезя его по другому пути). Однако суды все более строго относятся к подобным злоупотреблениям¹¹.

В связи с тем, что *frustration* действует с момента изменения обстоятельств, долгое время проблематичным оставался вопрос о судьбе уже исполненного обязательства. Так, в уже упомянутом деле *Chandler v Webster* за аренду комнаты должна была быть внесена предоплата. Суд обязал оплатить предоплату, несмотря на то, что комната никогда не использовалась по назначению (наблюдение за инаугурацией), так как предоплата долж-

⁷ Oertmann, *Die Geschäftsgrundlage* (1921).

⁸ 1 *Lloyds RL*

⁹ 1 *W.L.R.* 164

¹⁰ Иная позиция немецкого права.

¹¹ Peel, *The Law of Contract* 2011, 19-091.

на была быть внесена до изменения обстоятельств. Подобный результат приводил к неприемлемым результатам. Сторона исполнившая до наступления существенного изменения обстоятельств лишалась уже исполненного не получая ничего взамен. В этом случае сложившийся дисбаланс был исправлен законодателем. В 1943 году был принят Frustration Act, который установил три основных правила для денежных обязательств, возникших до изменения обстоятельств:

1) суммы, которые должны были быть оплачены до изменения обстоятельств, не подлежат оплате в случае наступления frustration;

2) все оплаты, внесенные до изменения обстоятельств, подлежат возврату;

3) плательщик может удержать оплату в счет фактически понесенных расходов. Наряду с этим было предусмотрено, что если одна из сторон получила до изменения обстоятельств определенную выгоду неденежного характера, то суд может обязать ее возместить справедливую компенсацию другой стороне.

Английский законодатель остался и в случае Frustration Act верным своим традициям – закон не регулирует целые институты, а лишь является реакцией на существующую проблему, фрагментарно решая данную проблему, но при этом, минимально ограничивая компетенцию судов развивать право.

III. Wegfall der Geschäftsgrundlage в немецком праве

1. Законодательное закрепление

В рамках реформы 2002 года институт Wegfall der Geschäftsgrundlage (нарушение основания сделки) был введен в § 313 ГГУ, причем целью законодателя было исключительно закрепить без изменений в позитивном праве созданной наукой и судебной практикой институт¹².

§ 313 Нарушение основания сделки

1. Если обстоятельства, ставшие основанием для договора, значительно изменились после его заключения и стороны не заключили бы договор либо заключили бы его с иным содержанием, если бы они предвидели изменение такого характера, можно потребовать адаптации договора, поскольку для одной из сторон участие в договоре без его изменения, с учетом всех обстоятельств дела, в частности распределения рисков в силу договора или закона, неприемлемо.

2. К изменению обстоятельств приравнивается ситуация, когда обнаруживается ложность существенных представлений, ставших основанием для договора.

3. Если адаптация договора невозможна либо в отношении его части неприемлема, то сторона, поставленная в невыгодное положение, может отказаться от договора. При длящихся обязательственных правоотношениях право на отказ от договора заменяется правом на расторжение.

2. Условия применения

а) Понятие основания сделки

В абзацах 1 и 2 § 313 ГГУ упоминаются обстоятельства ставшие основанием для сделки. При этом законодательного определения того, что является подобными основаниями, нет. Как указывается в материалах работы над проектом Реформы немецкого обязательственного права 2002 года, законодатель осознанно широко сформулировал понятие обстоятельства, чтобы позволить широкое толкование этого термина [15] При этом четко указано, что не является существенным изменением обстоятельств. Однозначно не являются основанием сделки условия, закрепленные в договоре. Если стороны пришли к соглашению по какому-либо из вопросов, то эти условия становятся условием договора. Применение и последствия изменения установленных в договоре условий регулируются нормами о толковании договора (§ 133, 157 ГГУ), которые имеют приоритет над § 313 ГГУ.

аа) субъективные и объективные основания

Немецкое право выделяет субъективные и объективные основания договора¹³. Под субъективными основаниями понимаются основания, на которые стороны договора субъективно основывались при заключении договора. Если представление об том или ином основании было лишь у одной стороне, то она не может сослаться на существенное изменение обстоятельств, а лишь в случае наличия достаточных обстоятельств может оспорить сделку вследствие заблуждения (§ 119 и посл. ГГУ). В любом случае нормы об оспаривании сделок вследствие заблуждения (§ 119 и посл. ГГУ) имеют приоритет над § 313 ГГУ.

Наряду с субъективными обстоятельствами абз. 1 § 313 ГГУ включает также объективные обстоятельства. Т.е. обстоятельства, о которых стороны возможно даже не задумывались при заключении сделки, но они объективно настолько важны для сделки, что их возникновение, изменение либо прекращение не может быть проигнорировано разумными сторонами (например: изменение курса валют во внешнеторговой сделке).

¹² BT-Drs. 14/6040, 175.

¹³ Böttcher in: Erman BGB, Kommentar, § 313 BGB, Rn. 7.

бб) обоюдное заблуждение сторон

Абз. 2 § 313 ГГУ регулирует лишь случаи изменения субъективных обстоятельств, причем только в тех случаях, когда стороны заблуждались в наличии обстоятельств при заключении договора. Достаточно также заблуждения одной из сторон, если другая сторона без возражений приняла представленные заблуждающейся стороной обстоятельства. Недостаточным являются, однако, односторонние заблуждения в мотиве сделки даже если другая сторона знал о мотиве (сторона заказывает банкетный зал для свадьбы, однако помолвка расторгается и свадьба отменяется).

вв) глобальные и индивидуальные обстоятельства

Немецкое право также различает «глобальные обстоятельства» от «индивидуальных обстоятельств». В первом случае речь идет об изменениях, которые затрагивают все общество в целом (войны, природные катаклизмы, экономические кризисы, изменения цен на рынках) во втором случае изменение затрагивает лишь конкретный договор (невозможно получить разрешение на строительство, хотя стороны при заключении договора исходили из возможности получения).

б) Наличие договорных правоотношений

Еще одним условием применения § 313 ГГУ является наличие между сторонами действительного договорного правоотношения, в том числе одностороннего договора. Существенное изменение обстоятельств не применяется к односторонним сделкам. Сфера применения § 313 ГГУ ограничена гражданско-правовыми договорами, но на практике аналогичный режим применяется и для трудовых, корпоративных и даже публично-правовых договоров, однако со ссылкой на принцип добросовестности § 242 ГГУ. Соответственно, § 313 ГГУ не применяется к преддоговорным правоотношениям и к договорам, исполнение которых полностью закончено и лишь в исключительных случаях после исполнения части договора.

в) Существенное изменение

Наряду с наличием указанных выше обстоятельств, не ставших условиями договора, необходимо, чтобы эти обстоятельства существенно изменились либо было существенное заблуждение сторон в этих обстоятельствах.

Законодательного определения существенности изменения не дано. С учетом

бесконечного количества возможных ситуаций немецкий законодатель умышленно отказался от использования примеров в тексте § 313 ГГУ¹⁴, так как любое примерное перечисление приведет к нежелательному ограничению толкования нормы. При этом однозначно понятно, что любого изменения обстоятельств далеко недостаточно. Изменение должно быть настолько серьезным, чтобы могло послужить основанием для отнесения принципа свободы договора¹⁵.

Не является существенным изменением наступление риска, который в соответствии с условиями договора должна нести одна из сторон, даже если наступил наихудший вариант. Подобная обязанность стороны отвечать за определенный риск может быть также определена вследствие толкования договора. Готовность принять риск в особенности признается, если сделка была по своей сути спекулятивной.

Не являются существенным изменением обстоятельств в значении § 313 ГГУ также случаи, в которых наступившие изменения были предсказуемы вне зависимости от тяжести наступивших последствий. Тем более не попадают в сферу применения § 313 ГГУ изменения, которые произошли по вине пострадавшего от изменений лица либо в период его просрочки.

При этом договоры, предусматривающие одноразовое исполнение, должны проверяться намного строже, чем долгосрочные договоры, предусматривающее многократное исполнение.

г) «Невыносимые последствия»

Вышеуказанное существенное изменение обстоятельств становится основанием для изменения либо прекращения договора лишь в случае, если оно привело к «невыносимым последствиям» для одной из сторон. Именно этот последний критерий еще раз подчеркивает, что § 313 ГГУ применяется лишь в исключительных случаях. «Невыносимыми последствиями» считаются последствия, которые несовместимы с категориями право и справедливость¹⁶. Одним из основных критериев при проверке «невыносимости последствий» является риск банкротства вследствие исполнения сделки. При этом «невыносимость последствий» для одной стороны всегда выясняется в сравнении с положением другой стороны. Т.е. адаптация или даже прекращение договора не должно привести к существенным потерям для другой стороны. Эта проверка становится особенно важной, если вследствие изменения

¹⁴ Canaris, *Schuldrechtsmodernisierung* [2002], 745.

¹⁵ Erman, *BGB Kommentar zu § 313*, Rn. 22.

¹⁶ BGH 121, 378 [393]; NZM 2005, 144.

обстоятельств существенно нарушается соотношение объемов исполнения, например, вследствие девальвации или инфляции.

3. Разграничение с другими институтами

Функция § 313 ГГУ заключается в решении проблем, которые не могли быть урегулированы другими институтами права. Т.е. § 313 ГГУ это *ultima ratio*, которое применяется лишь в исключительных случаях. Вследствие этой роли § 313 ГГУ применяется в последнюю очередь, после применения всех других норм и получения неудовлетворительного результата. Все иные нормы, представляющие сторонам возможность при наступлении определенных условий в одностороннем порядке изменить или даже прекратить договор, являются *lex specialis* по отношению к § 313 ГГУ. Необходимо особо отметить, что число подобных норм растет. В качестве примера можно привести § 651j ГГУ, который представляет туристу возможность в одностороннем порядке расторгнуть договор, если поездка вследствие непреодолимой силы значительно затруднена, связана с риском, либо невозможна.

Также в случае возможности применения норм об оспаривании сделки вследствие заблуждения § 119 и посл. ГГУ имеют приоритет.

Наибольшие проблемы вызывает разграничение норм о нарушении основания сделки с нормами о так называемой экономической невозможности (абз. 2 § 275 ГГУ).

§ 275 Невозможность исполнения

1. Требование исполнения исключается, если исполнение невозможно для должника или для любого лица.

2. Должник может отказаться от исполнения, если оно потребует затрат, которые, принимая во внимание содержание обязательства и требования доброй совести, находятся в грубом несоответствии с интересами кредитора в исполнении. При определении предполагаемых усилий должника необходимо также учитывать, отвечает ли должник за обстоятельства, препятствующие исполнению.

В принципе § 275 ГГУ имеет приоритет над § 313 ГГУ, так как правовым последствием § 275 ГГУ является прекращение договора «требование должника исключается», тогда как § 313 ГГУ дает лишь право требовать изменения договора и лишь в исключительных случаях ведет к его прекращению. На практике проблема возникает в особенности при разграничении экономической невозможности (абз. 2 § 275 ГГУ) и существенного изменения обстоятельств. Под экономической

невозможностью понимаются случаи, в которых исполнение хотя и возможно, но расходы на исполнение настолько несоразмерно высоки, что исполнение считается невозможным. Разработать четкие критерии для разграничения экономической невозможности и «невыносимых последствий» практически невозможно. Реформа 2002 года так и не смогла решить эту проблему. На практике проблема отчасти решается тем, что пострадавшая в результате изменений обстоятельств сторона, как правило, ссылается на § 275 ГГУ и субсидиарно на § 313 ГГУ.

4. Правовые последствия

В случае наличия существенного изменения обстоятельств, повлекшего «невыносимые» последствия стороны получают право требовать изменения и в виде исключения прекращения договора. Важно отметить, что это право получают обе стороны договора, а не только пострадавшая сторона. Тем самым другой стороне, также как и в английском праве, дается возможность своевременно уточнить правовое положение, не дожидаясь предъявления требования пострадавшей стороной.

Таким образом, обе стороны получают право требовать адаптацию договора у противоположной стороны, в том числе в судебном порядке. Из соображений процессуальной экономии допускается прямое обращение в суд с указанием в исковом заявлении предлагаемой адаптации, т.е. нет необходимости сначала требовать в судебном порядке согласия другой стороны. Верховный суд ФРГ, однако, постановил, что невступление в переговоры со стороной, которая требует адаптации договора является нарушением охранительных обязанностей и влечет за собой обязанность возмещения нанесенного вследствие неведения переговоров ущерба¹⁷.

Целью изменения договора будет являться устранение «невыносимых последствий» вследствие исполнения договора. Т.е. в случае если стороны не достигнут соглашения суд постарается устранить «невыносимые последствия» минимально изменив договор.

Предусмотренная в абзаце 3 § 313 ГГУ возможность прекратить договор сформулирована как исключение. Таким образом, прекратить договор вследствие существенного изменения обстоятельств возможно лишь если адаптация договора невозможна (в том числе по правовым соображениям) либо неприемлема для одной из сторон (абз. 3 § 313 ГГУ). При этом для договорных отношений направленных на однократное исполнение пострадавшая сторона получает возможность отказаться от исполнения *ex tunc*, а в

¹⁷ Looschelders, *Shuldrecht AT*, Rn. 422.

длящихся отношениях только *ex nunc*, т.е. уже исполненные части договора остаются неприкосновенными.

IV. Россия

1. Законодательное закрепление

Норма о существенном изменении обстоятельств была закреплена уже в первой редакции ГК РФ 1994 г. и не подвергалась изменениям в рамках последних реформ ГК.

2. Сфера применения

Российское право, в отличие от немецкого, не предусматривает применение ст. 451 ГК для случаев обоюдной ошибки сторон в мотиве сделки. С другой стороны ошибка, даже существенная, в мотиве сделки не является основанием для ее оспаривания (п. 3 ст. 178 ГК РФ). Обнаружить мнения в юридической литературе либо решения в судебной практике по этому вопросу не удалось.

Также детально не проработан вопрос о приоритете других институтов над ст. 451 ГК РФ, однако в юридической науке четко указывается на исключительный характер применения этой нормы, и судебная практика действительно прекращает договоры вследствие существенного изменения обстоятельств крайне редко.

Судебный порядок оспаривания предусмотрен ГК РФ и для сделок, совершенных под влиянием существенного заблуждения (п. 1 ст. 178). Таким образом, в России, в отличие от Германии, где оспаривание сделки, совершенной вследствие заблуждения, прекращается односторонним волеизъявлением стороны, не возникает вопрос процессуальной экономии.

3. Условия

Сравнение условий применения Ст. 451 ГК РФ с § 313 ГГУ показывает очень большие сходства. Также как и в немецком праве необходимо наличие обстоятельств на которые полагались обе стороны при заключении договора; существенное изменение этих обстоятельств, которое не находилось в сфере риска никакой из сторон и не было преодолимым. Единственное существенное различие заключается в потерях одной из сторон. В отличие от Германии, где требуется наличие «невыносимых» последствий, российское право требует в «лишь» ущерб, вследствие которого она в значительной степени лишилась бы того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора (пп.

3 п. 2 ст. 451). Не предусматривается также присущее немецкому праву сравнение состояния должника и кредитора. Т.е. по сути, российское право более либерально подходит к оценке последствий для пострадавшей от изменений обстоятельств стороны, чем немецкое.

Однако российские суды очень строго трактуют предсказуемость изменений и нахождение их в сфере риска одной из сторон. Так, не были признаны существенными изменениями обстоятельств ни один из последних кризисов (1998, 2008 и 2014-15 годов)¹⁸. Также возможность одной стороны распознать будущий риск для расторжения контракта было достаточным основанием для отказа в применении ст. 451 ГК¹⁹. Таким образом, в результате суды практически даже не доходят до проверки критерия ответственности ущерба.

4. Последствия применения ст. 451 ГК РФ

Наиболее существенным различием между немецким и российским подходом к существенному изменению обстоятельств, которое в то же время сближает российское право с английским, заключается в правовых последствиях применения ст. 451 ГК РФ.

Если в немецкое право в первую очередь стремиться к адаптации договора и лишь в качестве исключения предусматривает возможность его прекращения, то российское право нацелено в первую очередь на прекращение договора и лишь в качестве исключения допускает его адаптацию (п. 4 ст. 451 ГК РФ). В этом аспекте российское право ближе к английскому, которое в качестве исключительного последствия предусматривает прекращение договора²⁰. Интересно, что в рамках актуальных реформ ГК в России были предприняты существенные шаги, нацеленные на сохранение договора. Коренным образом были реформированы нормы о недействительности сделок. Количество ничтожных сделок было резко сокращено (Например: в случае отсутствия прямого законодательного указания сделки, противоречащие закону, считаются оспоримыми, а не ничтожными п. 1 ст. 168 ГК РФ). Однако тенденция сохранения договорных правоотношений не была применена к ст. 451 ГК РФ. Объяснения подобного решения российско-го законодателя ни в Концепции реформ²¹,

¹⁸ Постановление Президиума ВАС РФ от 07.08.2001 N 4876/01, Постановление Президиума ВАС РФ от 13.04.2010 N 1074/10 по делу N A40-90259/08-28-767, Определение Верховного Суда РФ от 16.08.2016 N 57-КГ16-7.

¹⁹ Постановление Президиума ВАС РФ от 13.04.2010 N 1074/10 по делу N A40-90259/08-28-767.

²⁰ См. I.3.

²¹ Концепция развития гражданского законодательства России 2009. <http://www.rospravo.ru/files/sites/85/ee14b9b9f8a0542ca9b9ddb766750f.pdf>.

правовых системах. Речь идет об изменениях обстоятельств, которые ни одна из сторон не могла предвидеть, и которые находятся за пределами сферы риска обеих сторон, однако очевидно важны для исполнения договора. При этом эти изменения повлекли существенные негативные последствия для одной из сторон договора. При этом целесообразным представляется имплементация предусмотренного в английском и немецком праве жесткого подхода, который требует «чрезмерности обременения» для одной из сторон и не ограничивается как российское право лишь неполучением того, на что сторона могла рассчитывать.

Следует также задуматься над категорией разумности в контексте данной статьи: будет ли критерий разумности учитывать особенности стороны договора. Будет ли «разумность потребителей» отличаться от «разумности предпринимателей».

В этой связи очень удачной представляется формулировка, предложенная в ст. 6.111 Принципов Европейского договорного права 1998/2002 года. Она предусматривает следующие условия:

Статья 6:111. Изменение обстоятельств

...

(2) Однако если исполнение договора становится чрезмерно обременительным в связи с изменением обстоятельств, стороны обязаны вступить в переговоры с целью изменения или прекращения договора при условии, что:

(а) изменение обстоятельств произошло после заключения договора;

(б) возможность изменения обстоятельств не могла быть разумно учтена в момент заключения договора; и

(с) риск изменения обстоятельств не является тем риском, который, в соответствии с договором, должна нести пострадавшая сторона.

...

б) применение существенного изменения обстоятельств для обоюдного заблуждения сторон?

Существенным ограничением Принципов по отношению к немецкому и азербайджанскому праву является запрет применения нормы о существенном изменении обстоятельств к случаям обоюдного заблуждения сторон до заключения договора, предусмотренные правом Германии и Азербайджана (пример: стороны думали, что участок для строительства, а оказалось, что только для ведения сельского хозяйства). Следует ли Казахстану последовать опыту Германии и Азербайджана и ввести возможность применения нормы о существенном изменении обстоятельств в случае обоюдного заблуж-

дения сторон до заключения договора или последовать опыту Англии и России – сложный вопрос, требующий специального исследования. Возможным компромиссом могло бы быть не включение предусмотренного пп. 1 п. 2 ст. 6.111 Принципов условия «изменение обстоятельств произошло после заключения договора», тем самым суды могли бы впоследствии сами расширительно толковать нормы о существенном изменении обстоятельств и при необходимости применить их к обоюдному заблуждению сторон. В конце концов немецкие суды развили эту норму при полном отсутствии законодательного регулирования, а азербайджанские суды практически не применяют, несмотря на прямое указание ГК.

3. Обязанность ведения переговоров

Новым трендом, предусмотренным в немецком праве с 2002 года и в Принципах Европейского договорного права 1998/2002 года, является наличие обязанности у сторон вести переговоры в случае существенного изменения обстоятельств. В Принципах непосредственно (п. 3 ст. 6.111), а в Германии практикой Верховного суда установлено, что отказ от ведения переговоров ведет к обязанности возмещения ущерба нанесенного подобным отказом.

Этот подход не находит своего отражения ни в азербайджанском, ни в российском кодексах. На сегодняшний день все передовые правовые нормы в первую очередь заточены на достижение согласия между сторонами правоотношения. Достижение сторонами компромисса в любом случае лучше даже самого качественного решения суда. Именно в этом смысле следует понимать и обязательство вести переговоры. Наибольшим риском подобных инструментов является, однако, возможность недобросовестным участником правоотношения затягивания спора. Поэтому порог возможности обращения в суд должен быть невысоким.

Необходимо отметить, что п. 2 ст. 402 ГК РК уже предусматривает претензионный порядок для всех случаев прекращения и изменения договоров. Т.е. без первоначальной коммуникации между сторонами обращение в суд невозможно. Остается вопрос: следует ли предусматривать обязанность другой стороны договора вести переговоры и вследствие обязанности возмещения ущерба в случае отказа от ведения переговоров. В принципе, подобное регулирование было бы прогрессом. Однако с практической точки зрения нельзя недооценивать новизну подобного подхода для гражданского права Казахстана, которое на сегодняшний день содержит очень ограниченное количество норм, обязывающих стороны договора со-

трудничать друг с другом (см. ст. 629 содействие заказчика), и все они содержат четко описанные обязанности. Введение общей обязанности ведения переговоров должно быть детально подготовлено и сопровождаться разъяснениями Верховного суда. Только в этом случае можно будет противостоять с одной стороны возможности затягивания переговоров, а с другой стороны подвести стороны к компромиссному решению спора без привлечения суда.

В этой связи полезно будет учесть формулировки Принципов УНИДРУА 2010 г., в которых установлено, что обращение к другой стороне должно быть незамедлительным и должно содержать обоснование, обращение не освобождает сторону от обязанности исполнения, переговоры должны быть проведены в разумный срок.

4. Правовые последствия

В отличие от условий, при которых нормы о существенном изменении обстоятельств должны применяться, правовые последствия, предусмотренные этими нормами, существенно различаются в представленных правопорядках.

С одной стороны английское право, которое предусматривает в качестве единственного варианта прекращения договора, а на другом конце немецкий подход, где прекращение договора является исключением – суды ФРГ призваны в первую очередь адаптировать договор к изменившимся условиям. Между этими подходами находятся Россия и Азербайджан, где прекращение договора является правилом, а его адаптация исключением.

Применение Казахстаном английского подхода в данном случае не представляется целесообразным. В отличие от Англии, суды в Казахстане не так строго интерпретируют принцип свободы договора и еще одно, оправданное исключение не будет являться решающим.

Однако и обязывание судов рассматривать в качестве приоритета расторжение (Россия, Азербайджан) либо адаптацию (Германия) не представляются целесообразными. Полную свободу выбора судам предлагают как Принципы Европейского договорного права, так и Принципы УНИДРУА

...

(3) Если стороны не достигли соглашения в разумный срок, суд вправе:

(а) прекратить договор с момента и на условиях, определяемых судом; либо

(б) изменить договор в целях обоснованного и справедливого распределения между

сторонами потерь и доходов, вызванных изменением обстоятельств.

...

Данный подход дает судам необходимую свободу действий. Этот подход предполагает, однако активную работу по обобщению судебной практики и подготовке методических рекомендаций, которые позволят обеспечить единообразие и приемлемость решений.

К последствиям прекращения и изменения договоров будет применяться ст. 402 ГК РК. Данная норма недостаточно четко решает вопрос судьбы исполнения осуществленного до наступления изменения обстоятельств. Возможности кондикции в гражданском праве Казахстана описаны довольно ограниченно²⁴. В этой связи необходимо реформировать и эти нормы, чтобы норма о существенном изменении обстоятельств могла работать полноценно, как это сделал в свое время английский законодатель, приняв Frustration Act. Однако, учитывая концептуально иной подход Казахстана к законодательной деятельности, фрагментарное решение принятое английским правом в рамках Frustration Act не самая подходящая альтернатива. Более целесообразным для Казахстана представляется реформа всех случаев, предусмотренных ст. 402 ГК РК.

VI. Заключение

Опыт стран с существенным изменением обстоятельств наглядно показывает, что развитые правовые системы в состоянии реагировать на требования гражданского оборота, причем реагирует в первую очередь судебная система. Однако каждая из систем выбирает путь подходящий ей. Несмотря на похожие исходные позиции английское и немецкое право развили существенно различающиеся подходы. В немецком праве концепция Wegfall der Geschäftsgrundlage разработана более детально и применяется более последовательно, английское же право после изначально широкого применения сужает сферу действия frustration. При этом ни в коем случае нельзя говорить о правильности того или иного подхода. Относительный успех Wegfall der Geschäftsgrundlage в немецком праве можно попытаться объяснить догматичностью немецкого права, рассчитанного на систему, где судьи назначаются на должность практически сразу после второго государственного экзамена, и от них требуется умение применять право и юридическая наука имеет высокий авторитет. То есть система склонна развивать общие правила для случаев применения абстрактных

²⁴ Решение Коллегии по гражданским делам Верховного суда Азербайджанской Республики от 3 июля 2015 г. № 2(102)-2805/15.



норм права. Тогда как английское правосудие сильно ориентировано на опыт и личный авторитет судей, которые выбираются из числа опытных юристов (в основном барристеров и солиситоров) и имеют довольно широкое усмотрение, которым они охотно воспользуются. В то же время опыт России, и в особенности Азербайджана, показывает, что законодательное закрепление не является достаточным условием для успешного применения нормы права. Для таких сложных в применении институтов, как существенное изменение обстоятельств, необходимо желание и готовность всего юридического сообщества развивать свое право.

Особое внимание при рецепции новых институтов права необходимо уделять современным модельным кодификациям, над которыми на протяжении нескольких десятилетий работают ведущие мировые компаративисты, пытаясь почерпнуть из всех систем лучший опыт. Существенное

изменение обстоятельств не является исключением. Взвешенный и, как правило, более гибкий подход предлагаемые Принципами Европейского договорного права 1998/2002 и Принципами договорного права УНИДРУА 2010 зачастую являются хорошими альтернативами исторически сложившимся институтам национальных правопорядков.

Свой выбор в пользу то или иной модели Казахстан должен делать исходя из собственных потребностей и в меру готовности правовой системы. Причем подготовка, в том числе повышение квалификации, юристов ни в коем случае не должны отставать от законодательной деятельности. Немецкий и английский опыт показывают, что хорошо подготовленные юристы сами способны развивать право. Лучше, как в Германии, 80 лет использовать право и потом внести его в писанный закон, чем принять закон и не применять 80 лет.

ЛИТЕРАТУРА

1. Однако и иной подход был представлен в литературе Windscheid, Bernhard: Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung / Von Bernhard Windscheid Düsseldorf : Buddeus , 1850 - VI, 213 S.
2. Peel, The Law of Contract 19-006. 400 pages Publisher: Sweet & Maxwell; 13th Revised edition edition (30 Sept. 2011)
3. Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung³(1963); Fikentscher, Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos (1971); Ulmer, Wirtschaftslenkung und Vertragserfüllung, AcP 174 (1974), 167.
4. Ильясова К.М. Возврат исполненного при расторжении договора, ИС Параграф.

REFERENCES

1. Odnako i inoy podhod byl predstavlen v literature Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung (1850).
2. Peel, The Law of Contract 19-006. 400 pages Publisher: Sweet & Maxwell; 13th Revised edition edition (30 Sept. 2011)
3. Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung³(1963); Fikentscher, Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos (1971); Ulmer, Wirtschaftslenkung und Vertragserfüllung, AcP 174 (1974), 167.
4. Ilyasova, Vozvrat ispolnennogo pri rastorzhenii dogovora, IS Paragraf.