

Сулейменов Майдан Кунтуарович,
Директор НИИ частного права
Каспийского университета
академик Национальной академии наук Республики Казахстан,
доктор юридических наук, профессор
(г. Алматы, Республика Казахстан)

Карагусов Фархад Сергеевич,
главный научный сотрудник НИИ частного права
Каспийского университета
член Международной академии сравнительного правоведения (IACL),
доктор юридических наук, профессор
(г. Алматы, Республика Казахстан),

Концепция рекодификации ГК Украины и модернизация ГК Казахстана: сравнительный анализ основных идей

В предлагаемой статье излагается краткий сравнительный анализ: (а) основных идей, содержащихся в Концепции обновления Гражданского кодекса Украины, подготовленной в рамках проводимой работы по рекодификации гражданского законодательства Украины, (далее – «**Концепция**») и (б) предложений по модернизации и дальнейшему развитию гражданского законодательства Республики Казахстан. Концепция предоставлена для ознакомления организаторами XI-го Международного цивилистического форума «На пути к европейскому частному праву» (г. Киев, Украина).

Предложенное сравнение в некоторых случаях включает описание каких-то особенностей казахстанского законодательства и/или некоторых подробностей его предлагаемой модернизации, поскольку это представляется важным для нахождения «точек сближения» модернизируемого законодательства Казахстана и Украины. В других случаях лишь подчеркивается интерес к предлагаемым в Концепции идеям и их перспективность в контексте модернизации казахстанского гражданского законодательства.

I. Общая ремарка

1. Целый ряд важных обстоятельств, которые лежат в основе проводимой рекодификации гражданского законодательства Украины, обращает на себя особое внимание.

Во-первых, эта работа нацелена на системное обновление Гражданского кодекса («ГК») Украины.

Во-вторых, проведение этой работы обосновывается содержащейся в Концепции совершенно ясной оценкой текущего состояния и перспектив

социально-экономического развития украинского общества и государства, включая развитие такого важного компонента, как национальная правовая система. Следует подчеркнуть обусловленность этой работы *«евроинтеграционной направленностью всех компонентов общества»*, что позволило авторам Концепции придерживаться однозначной логики предлагаемой правовой реформы (с учетом логики трансформации всего общества), а также определить обоснованные и четкие ориентиры и методику реформирования.

Очень важным также является то, что вся работа по созданию Концепции проведена ведущими учеными Украины, являющимися признанными специалистами в области гражданского права и международного частного права, во главе с профессорами А.С. Довгертом и Н.С. Кузнецовой. В том числе, это обстоятельство позволяет нам констатировать обоснованность, стройность и содержательность Концепции.

Мы всячески поддерживаем то, что авторы Концепции полагают развитие гражданского права Украины в рамках континентальной правовой семьи, то есть как системы гражданского кодекса, причем - с учетом современного опыта рекодификации гражданских кодексов Франции и Германии как *«бастиионов» частного права»* и примеров правового развития в других странах Европейского Союза, а также принимая во внимание именно европейские модели правового регулирования частноправовых отношений, включая «Принципы, определения и модельные правила Европейского частного права» проект Общей системы координат (DCFR), Принципы Ландо – Принципы европейского контрактного права (PECL), Принципы европейского деликтного права (PETL) и другие источники). Такой подход позволит сохранить целостность национальной правовой системы, а также обеспечит обоснованность и перспективность дальнейшего развития правовой культуры в согласовании с культурным и правовым развитием государств Западной Европы.

И, наконец, серьезным фактором успеха проводимой реформы гражданского законодательства в Украине видится то, что работа по рекодификации проводится при прямой поддержке государства. Создание рабочей группы по рекодификации гражданского законодательства постановлением Кабинета Министров Украины свидетельствует не только о том, что важность реформы признается центральной государственной властью, но также о том, что эта власть предпринимает конкретные шаги по проведению такой реформы.

2. Мы с огромным интересом изучили Концепцию. Масштаб работы впечатляет. Подготовка Концепции и предлагаемое проведение рекодификации гражданского законодательства основаны на глубоком и всеохватывающем анализе опыта развития в течение прошедших после

принятия ГК Украины десятилетий, результатов судебной и деловой практики, научных исследованиях и выводах украинских правоведов, а накопленный потенциал именно отечественной частноправовой науки специально выделяется в числе основных факторов и предпосылок рекодификации.

Авторами Концепции проведена ревизия всего гражданского законодательства, изучены кодификации стран континентального права, на основе этого переработаны практически все разделы ГК Украины. Мы думаем, что девиз форума: *«На пути к европейскому частному праву»* нашел полное воплощение в Концепции.

Со многими положениями Концепции (можно даже сказать – с их подавляющим большинством) мы согласны.

Это касается, в частности, раздела о вещных правах (мы тоже предлагаем выделить в Гражданском кодексе Республики Казахстан раздел «Вещное право» с главами об общих положениях, праве собственности и ограниченных вещных правах), раздела о сделках (особенно предложения о переносе в этот раздел положений о договоре), об обязательствах.

Мы рады, что ГК Украины остается таким же в отношении интеллектуальной собственности, и Концепцией не предполагается пойти по пути России, где в ГК включили все специальные законы, нарушив тем самым частноправовую направленность ГК включением в него норм публичного права.

Мы согласны с намерениями разработчиков Концепции включить в ГК нормы семейного права. В 1990-ые годы при разработке казахстанского ГК у нас тоже было такое намерение. И тогда это можно было сделать. Но просто сил не хватило. Цивилистов было мало, и мы с трудом справлялись с написанием ГК.

Мы приветствуем также возвращение международного частного права (МЧП) в лоно ГК.

Хотим воспользоваться случаем, чтобы еще раз выразить восхищение фундаментальными познаниями профессора А.С. Довгерта в области МЧП. Когда готовился Модельный ГК стран СНГ профессор М.К. Сулейменов входил в состав группы, готовившей раздел МЧП. Возглавлял группу А.С. Довгерт. Как М.К. Сулейменов отмечает сегодня: *«Для меня это была настоящая школа. Я поражался знанию А.С. Довгертом малейших тонкостей и нюансов МЧП и прекрасному владению зарубежным материалом. Все это проявилось и в разделе МЧП данной Концепции»*.

Единственное, против чего мы возражаем – это включение в ГК норм о международном гражданском процессе. Эти нормы у нас в казахстанском праве содержатся в Гражданском процессуальном кодексе (ГПК), и там они и будут оставаться.

3. В Казахстане мы тоже проводим ревизию гражданского законодательства. Но этот процесс мы назвали скромнее - Модернизация ГК или Основные направления развития гражданского законодательства.

Предложения по совершенствованию гражданского законодательства Республики Казахстан («ПК») разрабатывались в рамках подготовки проекта Концепции правовой политики Республики Казахстан на период 2021-2030 годов.

Упомянутый проект Концепции правовой политики разрабатывался Институтом законодательства Республики Казахстан. Раздел «Гражданское право» готовился совместно с НИИ частного права.

Нами были подготовлены также «Предложения НИИ частного права Каспийского университета по основным направлениям развития гражданского законодательства Республики Казахстан» [1]. Авторами этих Предложений являются профессор М.К. Сулейменов, д.ю.н. Г.А. Алиханова, к.ю.н. А.Е. Дуйсенова, д.ю.н. И.У. Жанайдаров, д.ю.н. К.М. Ильясова, к.ю.н. Г.Т. Казиева, д.ю.н. Ф.С. Карагусов, к.ю.н. Р.А. Маметова, к.ю.н. К.В. Мукашева, к.ю.н. С.В. Скрыбин.

Таким образом, развитие и совершенствование Гражданского кодекса является актуальной задачей и в Казахстане. Причем факторами и предпосылками такой модернизации, в общем-то, являются те же обстоятельства, что в Концепции названы предпосылками рекодификации ГК Украины. Разве что в качестве задач модернизации нашего гражданского права мы бы еще специально подчеркнули необходимость: (i) окончательного отказа от некоторых правовых конструкций и подходов, унаследованных от советской правовой системы и еще наличествующих в нашем гражданском законодательстве, и (ii) сближения с законодательством развитых правовых порядков континентальной Европы.

Прежде всего следует еще раз подчеркнуть, что нет необходимости принимать новый Гражданский кодекс или существенно перекраивать действующий. Эта позиция уже была опубликована М.К. Сулейменовым [2]. Действующий Гражданский кодекс Казахстана в целом за прошедшие 25 лет доказал свою эффективность в регулировании гражданско-правовых отношений, выдержал многочисленные нападки на него (об одной из недавних таких неудавшихся провокаций см.: [3 и 4]).

Например, такой попыткой была презентация в 2020 году группой молодых людей «нового ГК Казахстана» руководству Министерства юстиции. Правда, это все совершенно обоснованно было охарактеризовано как *«завернутая в красивую оболочку пустышка»* [3], *«беззастенчивые действия начинающих и, прямо сказать, пока ничего не представляющих научно-педагогических работников КазГЮА»* и *«неудачное цирковое представление»* [5].

Поэтому еще раз подчеркнем: коренной перестройки казахстанского Гражданского кодекса не требуется, а его модернизация должна заключаться в уточнении и более четком закреплении действующих положений и закреплении норм, отражающих новые для казахстанского права и социально-экономических реалий явления и изменения в регулируемых им общественных отношений.

Но, без сомнения, надо прежде всего провести ревизию всего казахстанского ГК, устранить неточности и фактические ошибки, которые, к сожалению, еще встречаются.

Необходимо также устранить те ненужные напластования, которые появились в казахстанском ГК вопреки нашему мнению и являются чуждыми гражданскому праву (например, §1-1 Главы 3 «*Финансовые инструменты*», статья 193-1 «*Стратегические объекты*» и другие). Следует также восстановить статьи ГК РК, необоснованно исключенные из него, например, классическое понятие ценной бумаги, вексель и чек как ценные бумаги.

4. В целом, за период с принятия казахстанского ГК (Общей части в 1994 году, Особенной части - в 1999 году) в наш Кодекс внесены многочисленные изменения и дополнения, которые можно охарактеризовать по-разному в контексте их обоснованности и качества проработки. Неоднократно предпринимались попытки более или менее масштабного улучшения ГК, но не все они завершились успешно [более подробно об этом: [6]. Не всегда продуманные и обоснованные дополнения и изменения вносятся в ГК и по сей день (о некоторых из недавних таких поправок указывается далее в настоящей статье).

К сожалению, о какой-либо системной модернизации казахстанского ГК, предлагаемой коллективом Института частного права под руководством академика Сулейменова М.К. [1; 2 и другие], пока говорить не приходится. Основными факторами такого неблагоприятного положения (отличающими ситуацию в развитии казахстанского гражданского законодательства от процесса рекодификации ГК Украины) являются следующие взаимосвязанные и взаимно обуславливающие друг друга обстоятельства:

(i) отсутствие системного подхода: изменения и дополнения в казахстанский ГК вносятся фрагментарно, без согласования их с содержанием других отраслей и институтов законодательства и без учета влияния вносимых поправок на развитие общественных отношений в комплексе;

(ii) отсутствие единой концепции развития гражданского права: завершившая свое действие Концепция правовой политики Республики Казахстан на 2010 – 2020 годы, даже будучи не безупречной по своему содержанию, не была надлежащим образом выполнена в силу обстоятельств субъективного и объективного характера (в том числе, в

связи с принятием на самом высоком государственном уровне решения о развитии казахстанского права на основе имплементации институтов английского права, так же скоростно поставленной задачей о пересмотре положений о недействительности сделок и применении их последствий, вмешательством Всемирного Банка для приведения казахстанского законодательства в соответствие с его рекомендациями согласно рейтингам Doing Business и другими фактами), а хоть как-то целостная Концепция правовой политики до 2030 года до сих пор не утверждена;

(iii) отсутствие четкого ориентира в развитии гражданского законодательства: демонстративное игнорирование государственными чиновниками того факта, что Казахстан является правопорядком гражданского кодекса, необоснованное принятие Предпринимательского кодекса, неконституционное формирование на территории унитарного государства чужеродной юрисдикции Международного финансового центра «Астана», грубое, непроработанное и несистемное насаждение конструкций английского права – все это не позволяет даже определить единую логику развития не только казахстанской правовой системы, но также и логику развития казахстанского государства и общества в целом;

(iv) отсутствие поддержки государственных институтов в проведении работ по модернизации казахстанского законодательства на системной основе, в том числе с использованием научного потенциала отечественной частноправовой науки.

II. Об отмене Хозяйственного кодекса Украины

5. Тот факт, что условием системного обновления гражданского законодательства Украины (и не только ГК) называется ***полная отмена Хозяйственного кодекса Украины***, вызывает полную поддержку. Необходимость этого шага со всей однозначностью обоснована в Концепции.

Это предложение родилось не на пустом месте. С 2003 года украинские цивилисты ведут ожесточенную борьбу за ликвидацию Хозяйственного кодекса. Профессор Довгерт А.С. почти так же, как в свое время римский сенатор о необходимости разрушения Карфагена, любое свое выступление заканчивал примерно так: «*А кроме того, я полагаю, что Хозяйственный кодекс должен быть отменен!*».

Цивилисты Казахстана целиком и полностью поддерживают содержащееся в Концепции предложение отменить Хозяйственный кодекс Украины.

Это важно для развития правовой системы не только Украины, но и других государств, поскольку, например, в ходе «*многострадального процесса*» (по выражению Сулейменова М.К. [7]) разработки

Предпринимательского кодекса Казахстана его авторами в качестве примера приводился факт существования Хозяйственного кодекса Украины, и в качестве экспертов активную роль по продвижению этой неразумной идеи сыграли некоторые юристы из Донецка и Одессы (как и из Екатеринбурга).

К сожалению, в 2015 году Предпринимательский кодекс был принят в Казахстане.

Мы с Натальей Семеновной Кузнецовой организовали издание многостраничного издания: *«Правовое регулирование предпринимательской деятельности в постсоветский период»*, где украинские и казахстанские цивилисты детально проанализировали тексты Хозяйственного кодекса Украины и Предпринимательского кодекса Казахстана и наглядно показали всю вредность и опасность для хозяйственного оборота параллельного регулирования его двумя кодексами, один из которых основан на ложной методологической посылке [8].

И самое печальное заключается в том, что этот Предпринимательский кодекс (будучи таким образом скомпилированным из десятков различных действовавших до его принятия специальных законов, что в результате отразилось на обоснованности или целостности правового регулирования отдельных аспектов), в действительности, вносит путаницу, создавая трудности для предпринимателей и самого государства (государственных органов и судов), например, при применении норм этого кодекса о запрете доминирующего положения на рынке.

Мы также считаем, что отмена Предпринимательского кодекса в Казахстане будет способствовать более эффективной и разумной модернизации отечественной системы частного права.

III. Об отношениях, регулируемых гражданским правом, и общих принципах гражданского законодательства

6. Важным является закрепление в Концепции задачи по уточнению круга регулируемых гражданским законодательством отношений и ***признанию области корпоративных отношений*** в качестве одной из *«сфер социальной реальности, в которых состоят частноправовые по своей природе отношения, регулируемые гражданским законодательством»*.

Мы также считаем, что принципиально важным является указание в казахстанском ГК того, что корпоративные отношения регулируются именно гражданским законодательством, и никаким другим. Это должно быть закреплено в статье 1 ГК Республики Казахстан. При этом необходимо с должной степенью однозначности определить, что

корпоративными являются отношения, связанные с учреждением корпораций, участием в корпорациях и в управлении ими.

Как правило, корпорации учреждаются свободной волей частных субъектов (в том числе в случаях, когда для участия в гражданском и хозяйственном обороте они учреждаются государством и публично-правовыми образованиями) для самостоятельного осуществления хозяйственной или иной деятельности, не запрещённой законом. В связи с этим корпорации с самостоятельной правоспособностью также являются частными субъектами, участвующими в гражданском обороте. Соответственно и споры между участниками корпоративных отношений (корпоративные споры) могут разрешаться только в порядке гражданского судопроизводства или посредством альтернативного разрешения споров.

При этом важным является четкое понимание относительно того, кто может признаваться субъектом корпоративных отношений. В число таковых включаются сама корпорация, ее участники и должностные лица. Только они могут выступать сторонами в корпоративном споре, и только в отношении них могут применяться предусмотренные в законе меры уголовного и административно-правового преследования за общественно-опасные деяния, допущенные в процессе корпоративного управления.

Отнесение лица к участникам корпоративных отношений основывается на легальной дефиниции корпоративных отношений, как предложено выше. Легальное определение субъектов корпоративных отношений нецелесообразно с позиций общепризнанных приемов юридической техники. Однако выработка единой позиции возможна (и даже целесообразна) в судебной практике и/или по результатам ее обобщения.

Вышеизложенная позиция отражена в Рекомендациях по совершенствованию корпоративного законодательства Республики Казахстан, подготовленных при активном участии Карагусова Ф.С и *«направленных на улучшение правового регулирования корпоративных правоотношений, корпоративного управления, деятельности корпоративных групп и правового положения холдинговых компаний»* [9].

7. Полное согласие вызывает отражаемый в Концепции подход, согласно которому закрепленные в ГК **принципы гражданского законодательства** должны охватывать не только законодательство, но и *«функционирование всей частноправовой системы или определяющих ее частей»*. При этом, в Концепции предлагается, чтобы **перечень основных принципов** гражданского законодательства не был закрытым. Оба этих предложения объясняются тем, что такой подход увеличит правовой инструментарий для судебной практики.

Однако, если обоснованность определения общих принципов частного права не вызывает сомнений, то предоставление судам возможности определять новые принципы частного права (и даже

допущение того, чтобы такие принципы устанавливались иными правовыми актами, кроме ГК) представляется нецелесообразным ввиду того, что объективность в определении других общих принципов частноправовой системы не сможет быть соблюдена.

8. Очень интересным и перспективным является предложение о том, чтобы действующий сегодня принцип свободы договора сформулировать как более широкий *принцип свободы сделки*.

Вместе с тем, предлагается рассмотреть дальнейшее расширение содержания этого принципа таким образом, чтобы в целом декларировать свободу вступления в гражданско-правовые отношения (конечно же, при соблюдении требований о разумном и справедливом поведении субъектов правоотношений).

9. Внимание привлекло предложение о том, чтобы в числе важных для современного гражданского общества принципов называлось *«осознанное и ответственное взаимодействие человека с автономными роботами и искусственным интеллектом»*.

Возможно, в этом случае могут иметь место неточности перевода, но следует помнить, что взаимодействовать между собой могут только лица, субъекты права. Если же закрепить такой принцип, это будет означать, что законодательство признает правосубъектность за роботами и искусственным интеллектом. Это может иметь далеко идущие и не всегда благоприятные для человечества последствия.

Ни роботы, ни искусственный интеллект не должны признаваться субъектами права. На уровне Гражданского кодекса следует закрепить их правовой режим как отдельной категории объектов гражданских прав, исключить именно взаимодействие человека с ними, допуская лишь воздействие человека на них.

IV. О лицах

10. Очень важной является идея о том, чтобы в ГК включить общие положения *о юридических лицах публичного права* и признать таковые в качестве участников гражданских правоотношений. Согласие вызывает и тезис о том, что в этом случае *«отпадает необходимость в сохранении подавляющего большинства положений нынешних глав ГК Украины относительно правовых форм их [то есть государства, Автономной Республики Крым и территориальных общин] участия в гражданско-правовых отношениях, а также особенностей их ответственности по своим обязательствам»*.

Мы также предлагаем включить в состав казахстанского ГК нормы, которые послужат основой для регулирования правового положения юридических лиц публичного права (ЮЛПП). Причем такие новеллы мы

характеризуем уже как особый компонент предлагаемой нами же реформы системы юридических лиц [10].

Это является нашим убеждением, что классификация юридических лиц, основания возникновения ЮЛПП, а также возможность использования организационно-правовых форм юридических лиц частного права при учреждении ЮЛПП должны быть предусмотрены в ГК. По этому пути, с учетом опыта Германии, других развитых стран (в том числе являющихся членами ОЭСР) и ряда стран бывшего СССР, в данный момент реформируется Гражданский кодекс Узбекистана, и такое развитие (хотя и при наличии у нас критических комментариев относительно содержания конкретных норм) представляется методологически обоснованным и наиболее целесообразным (подробнее об этом: [11]).

Следует отметить, что еще в Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года поднимался вопрос о возможности *«решения вопроса о делении на юридические лица публичного и частного права»* [12]. На основании этого во второй половине 2017 года по заказу НПП «Атамекен» нашей рабочей группой под руководством академика Сулейменова М.К. проведено обширное исследование относительно понятия юридического лица публичного права (ЮЛПП) и опыта регулирования правового статуса и деятельности ЮЛПП в иностранных правовых системах. Развернутый отчет представлен Заказчику в январе 2018 года [13].

В 2018 году также по заказу НПП «Атамекен» проведено исследование законодательства Республики Казахстан на предмет возможности и перспектив восприятия правового института ЮЛПП казахстанским правом, по результатам которого заказчику представлены аналитические отчеты с Концепцией внедрения института ЮЛПП в правовую систему Казахстана [14] и с рекомендациями о необходимых для этого мероприятиях [15].

Результаты проведенных исследований, включая подготовленную Концепцию, в определенной степени учтены вышеупомянутым заказчиком (НПП «Атамекен») при формулировании им концепции *«Внедрение института юридических лиц публичного права в национальное законодательство»*, которая сейчас обсуждается на разных уровнях (подробнее об этом: [16]). В частности, в ней предлагается принятие специального закона о ЮЛПП, что имеет прецеденты в зарубежных правовых системах и может считаться обоснованным в условиях Казахстана, в том числе с учетом особенностей нашей правовой системы.

Вместе с тем, следует отметить, что для надлежащего отражения концепции ЮЛПП в казахстанском законодательстве, как и для полноценного восприятия концепции ЮЛПП в казахстанской правовой действительности (особенно в связи с тем, что внедрение ЮЛПП

потребуется ликвидации государственных предприятий), принятия одного закона о ЮЛПП, и даже соответствующих изменений в ГК не будет достаточным.

Поэтому предложенные нашей рабочей группой рекомендации о включении в состав казахстанского законодательства конкретных норм, относящихся к правовому положению ЮЛПП, а также «инструкция» о поэтапных процессах по внедрению в национальную правовую систему Республики Казахстан норм, относящихся к правовому положению ЮЛПП [15], нами настойчиво рекомендуются к внимательному изучению и учету в процессе соответствующей законодательной деятельности.

Следует понимать, что проведение такой необходимой для Казахстана (как и для Украины, Узбекистана и некоторых других постсоветских государств) реформы нуждается в довольно длительном периоде, и она, по крайней мере, «заслуживает» того, чтобы ее осуществление было отражено в Концепции правовой политики.

В этой связи коллектив НИИ частного права при разработке проекта Концепции правовой политики Республики Казахстан до 2030 года неоднократно предлагал предусмотреть в ГК классификацию юридических лиц на юридические лица публичного права и юридические лица (частного права), а также разработать, утвердить и реализовать в законодательстве концепцию внедрения института юридических лиц публичного права (например: [1, подпункт 6) п. 3.2.1]).

Однако в опубликованном проекте Концепции правовой политики Республики Казахстан до 2030 года об этой важной работе, к сожалению, нет упоминания [17]. Это может привести к задержкам в восприятии новой для нашего права концепции ЮЛПП, либо к ее ненадлежащему (неэффективному) восприятию. В то же время восприятие концепции ЮЛПП национальной правовой системой является серьезной реформой гражданского законодательства, призванной устранить многие искажения законодательства и практики управления государственным имуществом.

11. Такая реформа повлечет за собой существенные изменения во многих правовых институтах и даже отраслях законодательства (и таковые должны быть осуществлены согласованно и комплексно). Так, например, полноценное восприятие концепции ЮЛПП национальной правовой системой потребует и ***изменения в содержании положений ГК о вещном праве и иных правах на имущество.***

В этом контексте полную поддержку вызывает содержащееся в Концепции предложение о том, чтобы предусмотреть в ГК Украины ***положения о социальной функции собственности:*** «Собственность обязывает, и владелец обязан при осуществлении своего права, действовать с должным учетом общих интересов и индивидуальных интересов».

Во многом сходная по содержанию норма содержится в пункте 2 статьи 6 Конституции Республики Казахстан: *«Собственность обязывает, пользование ею должно одновременно служить общественному благу. Субъекты и объекты собственности, объем и пределы осуществления собственниками своих прав, гарантии их защиты определяются законом»*

В целом существование и признание на конституционном уровне существования всеобщего блага и/или публичного интереса, возможность для каждого пользоваться объектами всеобщего блага, а также для соответствующих субъектов – возможностями и/или обязанностью действовать в целях реализации публичного интереса является условием для создания и деятельности юридических лиц публичного права. В свою очередь, соблюдение всеобщего (общественного, публичного) интереса является условиями и пределами для осуществления определенных юридических действий в отношении имущества, находящегося в государственной или частной собственности, либо ведения деятельности субъектом публичного интереса.

12. Очень важными пунктами Концепции являются предусматриваемые в ней *«отказ от архаичных конструкций юридических лиц (прежде всего речь идет о предприятиях)»*, а также *«отказ от права хозяйственного ведения и права оперативного управления и их замена рыночными конструкциями»*.

В целом необходимость в существенном пересмотре именно этих двух институтов - юридического лица и имущественных прав – является основной причиной и направленностью процессов модернизации гражданского законодательства во всех постсоветских республиках.

В каких-то из них изначальная ориентация на формирование нового гражданского права в соответствии с европейской традицией позволила с самого начала отказаться от упомянутого наследия советского права и воспринять общепризнанные (означая – обоснованные и перспективные) институты современных правопорядков (как, например, в Эстонии и Грузии). В других потребовалось время для перехода к использованию соответствующих моделей регулирования гражданско-правовых отношений (как, например, в Молдове, России, Украине, Узбекистане), и в ряде случаев такой переход еще полностью не завершен.

Тем не менее, мы полностью разделяем позицию, сформулированную профессором Маковским А.Л. относительно тех задач, которые должна решить модернизация Гражданского кодекса: *«две главные и самые трудные во всех отношениях задачи ... - образование в отечественном гражданском законодательстве на основе пополненных и измененных норм ГК двух полноценных отраслей – корпоративного и вещного права»* [18].

Направленность на решение этих задач была сформулирована при подготовке Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации 2009 года [18]. Она же со всей очевидностью проявляется как в проекте обновленного Гражданского кодекса Узбекистана 2020 года [11], так и в обсуждаемой в настоящей статье Концепции рекодификации гражданского законодательства Украины.

Эти же две важнейшие задачи актуальны и для казахстанского права. Мы полностью согласны с той характеристикой, которая содержится в Концепции, и в соответствии с которой государственные предприятия, характеризующиеся в Концепции как *«советская конструкция»*, *«в интересах экономического роста должны быть заменены рыночными инструментами в виде организационно-правовых форм акционерных и других обществ»*.

Столь же обоснованной является сформулированная в Концепции позиция о том, право хозяйственного ведения и право оперативного управления есть *«реликты социалистического прошлого, искусственно созданные для нужд государственной экономики ограниченные вещные права, которые не имеют аналогов в развитых правовых системах и не соответствуют понятию вещного права»*.

Предложение о полном отказе от этих правовых конструкций, помимо прочего, представляет собой органичный и необходимый элемент комплексного восприятия концепции ЮЛПП, в том числе регулирования прозрачных механизмов контроля деятельности ЮЛПП, а также позволит ликвидировать, мягко говоря, неоднозначную практику в деятельности государственных органов по управлению государственными активами.

13. Возвращаясь к предложениям относительно института лиц в гражданском праве, выражаем свою полную поддержку содержащемуся в Концепции предложению о том, что ГК должен определять *исчерпывающий перечень организационно-правовых форм юридических лиц*.

Определение перечня таких форм, по крайней мере, для коммерческих организаций на основе принципа *numerus clausus* является стандартом современного правового регулирования. Для казахстанского права это не является задачей, поскольку закрепленный в нашем Гражданском кодексе перечень допустимых организационно-правовых форм для коммерческих организаций является закрытым.

В то же время установление не только исчерпывающего, но также разумно определенного перечня организационно-правовых форм некоммерческих организаций представляется насущной проблемой и для казахстанского гражданского права.

В целом проведение существенной модернизации казахстанского корпоративного права, реформирование законодательства о некоммерческих организациях, включая пересмотр критериев

разграничения этих двух видов юридических лиц представляются важными компонентами предлагаемой нами общей реформы института субъектов гражданско-правовых отношений и системы юридических лиц [1; 2; 10; 16].

14. Не вызывает сомнений обоснованность предложения *о критическом пересмотре положений Закона Украины «О хозяйственных обществах»*. Как уже отмечалось, такая же задача модернизации корпоративного законодательства является актуальной и для казахстанского права.

Вместе с тем неубедительным является предложение *«инкорпорировать его [Закона Украины «О хозяйственных обществах»] положения, что не потеряли своей актуальности, в текст ГК, а сам Закон признать утратившим силу»*.

Думается, что инкорпорирование норм о хозяйственных обществах в общегражданский кодифицированный акт не соответствует опыту большинства современных государств (кроме, наверное, Коммерческого кодекса Франции 2000 года и Швейцарского обязательственного закона).

На наш взгляд, такое инкорпорирование существенно «утяжелит» содержание ГК, заполнит его нормами, не имеющими конституирующего характера. При отсутствии отдельных законов об акционерных обществах, обществах с ограниченной ответственностью и хозяйственных товариществах, учитывая специфику наших правовых систем и особенности сложившейся законотворческой культуры в наших странах (особенно в условиях разделенной компетенции между государственными органами и установления более сложного режима внесения изменений и дополнений в кодексы, чем в обычные законы), реализация такого предложения не позволит оперативно реагировать на изменения социально-экономической обстановки и потребностей развития права.

15. Интересным представляется содержащееся в Концепции предложение *о регулировании в ГК корпоративного договора*.

В Казахстане таких положений в ГК не содержится. Но в 2018 году в Закон об инвестиционных и венчурных фондах была введена легальная дефиниция понятия «акционерное соглашение», установлены требования к его содержанию и возможность его заключения акционерами венчурного фонда или компании, для которой венчурный фонд создается.

Эта законодательная новелла внесена без учета общих положений казахстанского ГК о юридических лицах и учредительных документах юридического лица. В целом она является противоречивой, а предложенное нормативное регулирование установлено без учета международного опыта и практического применения (как и признания судебной практикой) не получило.

Вместе с тем регулирование корпоративного договора получило закрепление в российском ГК; аналогичное регулирование предлагается в

модернизируемом ГК Узбекистана. Однако следует критически отнестись к опыту этих двух правовых порядков в регулировании этого вопроса (поскольку этот опыт не является однозначно воспринятым всеми заинтересованными кругами). И в любом случае детальное регулирование этого вопроса в ГК необоснованно.

На наш взгляд, в ГК достаточно оговорить, что законом может регулироваться возможность заключения корпоративных договоров и определяться их правовое значение. При этом следует оценить, насколько обоснованным является допустимость иного корпоративного договора, если законом регулируется обязательность учредительного договора и сохранение его силы в течение всего срока существования компании.

В свою очередь, остальные нормы касательно корпоративного договора более обоснованным было бы включить в состав отдельных законов о хозяйственных обществах, компаниях (АО, ООО).

Думается, что корпоративный договор может быть заключен между участниками / акционерами только хозяйственного общества. В хозяйственных товариществах никакого иного корпоративного договора, кроме учредительного, быть не может.

Также следует иметь в виду, что порядок принятия решений определяется законом и уставом, а иное регулирование в корпоративном договоре нарушает принцип прозрачности управления корпорацией и может нередко означать обход закона и устава, иногда – и во вред иным заинтересованным сторонам. Поэтому порядок голосования, определённый в корпоративном договоре, не может быть обеспечен принудительной силой (поскольку каждый вправе голосовать, как хочет, а если он откажется, то – что можно применить к нему в качестве меры ответственности, кроме предусмотренного договором штрафа? Недействительности решения это повлечь не может, особенно, когда такое решение затрагивает интересы третьих лиц).

А что касается согласования совместной покупки или продажи акций / долей, то надо понимать, что это вообще не корпоративный договор, а обычный имущественный договор об обязательных совместных действиях, направленных на одновременное отчуждение или приобретение имущества при наступлении определенных условий (*tag along right* и *drag along right arrangements*).

V. Об объектах гражданских прав

16. Относительно соотношения понятий «объекты гражданских прав», «имущество» и «вещи».

В § 3.29 Концепции говорится: «В подразделе «Вещи» Книги третьей «Вещное право» помещаются положения о понятии имущества и вещей, их свойства и составные части, гражданский оборот и деление вещей».

Все это правильно, кроме включения сюда понятия имущества. Понятие «имущество» должно быть дано в разделе «III. Объекты гражданских прав (главы 12-15) в § 1.11. Вещи и имущество».

Относительно объектов гражданских прав в Концепции предлагается:

«§1.12. Расширение перечня объектов гражданских прав. Положения ЦК по объектам гражданских прав предлагается расширить, мешая на развитие гражданского оборота и появление в нем неизвестных на момент создания ЦК объектов. Прежде всего речь идет о таких объектах: информационные продукты, информационные ресурсы, информационные системы и тому подобное; объекты прав, которые создаются и находятся в сети «Интернет»; криптовалюта; персональные данные, информация о лице, автономные роботы, искусственный интеллект, цифровой контент и тому подобное.»

Целесообразно также расширить перечень объектов гражданских прав, включив в него корпоративные права, которые на практике уже давно стали оборотоспособным объектом гражданского оборота, а также объекты личных неимущественных прав, которые, воплотившись в объективированную форму, приобрели признаки оборотоспособности и используются в коммерческой деятельности (см. §2.7). Стоит также проанализировать целесообразность включения в перечень объектов гражданских прав ряда объектов, появление которых обусловлено развитием медицины (в частности, биологический материал)».

17. Однако мы полагаем, что, прежде чем включать в ГК все эти понятия, необходимо выработать четкую систему объектов гражданских прав и выяснить, стоит ли все эти понятия включать в ГК, если они охватываются более широкими понятиями.

Мы в своих Предложениях НИИ частного права [1] пытаемся как-то упорядочить беспорядочный набор объектов гражданских прав, как сейчас это наблюдается в содержании статьи 115 казахстанского ГК (работы, услуги, деньги, валюта и т.п.).

18. Прежде всего это касается понятия «имущество». Больше всего нам нравится определение, данное в статье 1 книги 3 ГК Нидерландов: «имущество – это все вещи и все имущественные права».

В статье 6 книги 3 ГК Нидерландов также дается понятие имущественных прав: это - «Права, которые могут передаваться, по отдельности или совместно с каким-либо другим правом, или которые служат для получения правообладателем материальной выгоды, или которые приобретены в обмен за предоставленную или обещанную материальную выгоду, являются имущественными правами» [19].

На наш взгляд, объекты гражданских прав следует вначале разделить на имущество и неимущественные права, а имущество разделить на вещи и имущественные права. В принципе этого достаточно. Но можно дать

расшифровку этих понятий (включив в ГК соответствующие легальные дефиниции).

Вещи следует понимать как предметы материального мира, в частности: земельные участки и расположенные на них здания и сооружения, транспортные средства, предприятия и иные имущественные комплексы, дикие и домашние животные, наличные деньги и документарные ценные бумаги.

В свою очередь, имущественные права – это, в частности, права требования, работы, услуги, безналичные деньги и бездокументарные ценные бумаги, исключительные права.

Отдельно в системе объектов гражданских прав надо выделять неимущественные права физических и юридических лиц, в частности: информация, в том числе цифровая (нам кажется, этот термин охватывает все перечисленное в §1.12 Концепции).

19. В Концепции упоминаются личные неимущественные права государства (§§2.1.-2.3). Однако трудно представить, что относится к таким правам.

Например, к личным неимущественным благам и правам в соответствии с пунктом 3 статьи 115 ГК Казахстана относятся: жизнь, здоровье, достоинство личности, честь, доброе имя, деловая репутация, неприкосновенность частной жизни, личная и семейная тайна, право на имя, право на авторство, право на неприкосновенность произведения и другие нематериальные блага и права.

Из этого списка мало что применимо к государству. Речь может идти только о праве на имя. Однако наименование Республики Казахстан и административно-территориальных образований – это не гражданско-правовые неимущественные права, а публичные права.

Условно можно говорить о праве на защиту деловой репутации, если рассматривать государство, выступающее в гражданском обороте, как юридическое лицо в соответствии со статьей 111 ГК Казахстана, но это тоже маловероятно. Здесь возникают также публично-правовые отношения.

20. Требуется концептуальное рассмотрение вопросов определения правовой природы и классификации объектов гражданских прав и уточнение их правового режима, определение места в этой классификации таких объектов, как права требования и объекты права интеллектуальной собственности.

В недавно прошедших процессах по искам братьев Стати к Республике Казахстан были попытки обратиться с иском к Национальному фонду Республики Казахстан. И основным аргументом, позволившим отвергнуть эти притязания, было доказательство того, что на средства Национального фонда существует не право собственности, а право требования. Вместе с тем в ходе процессов обнаружилась

недостаточная теоретическая проработка права требования как объекта гражданских прав [20].

21. В качестве общего правила на все объекты гражданских прав должны быть распространены правила об оборотоспособности вещей. Однако следует четко разграничить правовые режимы различных видов объектов, хотя и обращающихся в рамках одного и того же рынка с аналогичным предназначением, но в разных формах (например, в сферах обращения ценных бумаг, финансовых инструментов, осуществления платежей).

22. Для целей упрощения оборота различных видов имущества и признания прав на них необходимо ввести понятие единого объекта, не только для земельных участков и связанных с ними функционально и (или) физически иных объектов, но и для иных объектов гражданских прав. Необходимо отграничить понятие «земля» как объект вещного права государства от публично-правового понятия «территория» как сферы действия суверенитета Республики Казахстан.

23. При подготовке Предложений НИИ частного права [1] мы натолкнулись еще на одну проблему, общую для гражданского законодательства постсоветских стран. Речь идет об отождествлении права собственности и имущественных и неимущественных прав.

Вместе с тем право собственности – это вещное право, и оно не может охватывать всех вещных и других имущественных и неимущественных прав, принадлежащих субъекту гражданских прав. Однако в ГК это имеет место.

(а) Мы столкнулись с этим, когда готовили проект Закона «О государственном имуществе» (принят 1 марта 2011 года).

Имущественные права государства обычно сводят только к праву государственной собственности. К сожалению, в казахстанском ГК также статья есть только о государственной собственности (это - статья 192), и нет ничего о государственном имуществе. Между тем право государственной собственности — это вещное право, и оно связано только с вещами. Однако если исходить из состава имущества, определяемого в статье 115 ГК РК, имущественные права государства не ограничиваются только вещными правами собственности.

Поэтому одновременно с принятием упомянутого Закона о государственном имуществе в статью 192 ГК РК был включен пункт 7 следующего содержания:

«7. Положения настоящей статьи применяются соответственно к иным, кроме права собственности, гражданским правам на государственное имущество, если иное не предусмотрено законодательным актом о государственном имуществе или не противоречит существу гражданских прав».

Можно выделить следующие имущественные права государства, признаваемые в казахстанском праве:

- право государственной собственности (статья 192 ГК). Право государственной собственности включает в себя и права государства на имущество государственных предприятий и государственных учреждений, находящееся в их оперативном управлении (статьи 102-104, 202-208 ГК);

- иные вещные права государства (сервитут, аренда, безвозмездное пользование имуществом и другие);

- обязательственные права (права требования), в том числе права на бездокументарные ценные бумаги (в частности, акции акционерных обществ в бездокументарной форме) и на доли в уставном капитале товариществ с ограниченной ответственностью (статьи 36, 58, 77, 85 ГК);

- исключительные права на объекты интеллектуальной собственности (статья 964 ГК);

- наследственные права (пункт 2 статьи 1046, статья 1083 ГК);

- иные имущественные права государства, предусмотренные законодательными актами.

(б) Второй вид отношений, где наглядно проявляется данное противоречие, — это общая собственность. ГК РК говорит об *общей собственности* субъектов на определенное имущество.

Однако возникает необходимость внести определенные коррективы в данную концепцию. Ведь право собственности — это вещное право, причем - одно из вещных прав. Но есть и другие вещные права: право хозяйственного ведения, право оперативного управления, право землепользования, право недропользования. Кроме того, понятие «имущество» шире, чем понятие «вещь». В состав имущества включаются, кроме вещей, также и имущественные права. Могут ли быть в составе общего имущества обязательственные и исключительные права?

На эти вопросы можно дать утвердительный ответ.

Что касается вещных прав лиц, не являющихся собственниками, то распространение на них режима общей собственности возможно на основании пункта 2 статьи 195 ГК Казахстана, закрепляющего, что к вещным правам применяются нормы о праве собственности, если иное не предусмотрено законодательством или не противоречит природе данного вещного права. Поэтому возможны и право общего землепользования, право общего недропользования при соблюдении правил, установленных Кодексом о недрах и недропользовании, и право общего хозяйственного ведения, и право общего оперативного управления - при соблюдении правил, установленных Законом о государственном имуществе.

Однако теоретически возможны также право общего обязательственного права (права на долю в ТОО, на бездокументарные акции), право общих исключительных прав (право на использование патента на изобретение).

24. Как уже отмечено, в Концепции предлагается расширить *перечень объектов гражданских прав*, предусмотрев в ГК в качестве таковых (помимо прочего) криптовалюты, персональные данные, «цифровой контент» и корпоративные права.

Эти предложения соответствуют духу времени, а также направлениям осуществления научных исследований и развития национального законодательства во многих правопорядках.

25. В то же время вопрос *о признании криптовалюты в качестве самостоятельного вида объектов гражданских прав* является неоднозначным и достаточно спорным. Такое признание потребует однозначной правовой квалификации криптовалюты как особого объекта гражданских прав, включения в ГК правовой дефиниции, позволяющей выделить особенные квалификационные признаки такой криптовалюты, а также установления правового режима криптовалюты (подобно тому, как в нормах ГК отражается правовой режим денег, ценных бумаг, недвижимого имущества и иных имущественных благ). Вряд ли это разумно в настоящее время.

Если же криптовалюта будет определена формой или именно цифровой формой денег, либо в отношении криптовалюты будет распространено понятие цифровой валюты и/или отдельной формы денег, то есть национальной валюты (подобно декларируемым подходам Центрального Банка России [21] и Национального Банка Казахстана [22]), то соответствующие оговорки целесообразно включить в статью, посвященную деньгам как объектам гражданских прав. В этом случае специальное выделение криптовалюты как отдельного вида объектов гражданских прав представляется нецелесообразным.

26. Представляется нецелесообразным выделять *персональные данные в качестве особого вида объектов гражданских прав*. Думается, что персональные данные не могут быть объектом торговли и предметом гражданско-правовых сделок.

Напротив, персональные данные являются объектом правовой охраны, а права на персональные данные представляют собой объект строго специального использования и особой правовой защиты. В общем-то, такой подход совершенно обоснованно отражен в Концепции, в соответствии с которой обоснованно рекомендуется в нормах ГК обеспечить гражданско-правовую защиту прав на персональные данные и усилить права на приватность.

В частности, очень обоснованным видится содержащееся в Концепции пояснение этой позиции: *«предлагается обеспечить гражданско-правовую защиту права на персональные данные ..., ... с целью приведения его [Закона Украины «О защите персональных данных»] в соответствие с Общим регламентом о защите данных ЕС ...; расширить содержание и перечень прав субъекта персональных данных*

(право на доступ к персональным данным с бесплатным предоставлением их копий в электронной форме, право на портативность (мобильность) персональных данных – право требовать передачи персональных данных другому владельцу)».

С учетом такого (корректного!) понимания правового режима, применимого в отношении персональных данных, предложение о признании объектами гражданских прав именно персональных данных представляется необоснованным и нецелесообразным. В то же время права на персональные данные должны признаваться объектом гражданско-правовой (а также иной юридической) защиты.

27. Не звучит убедительным предложение **о выделении цифрового контента в качестве отдельного вида объектов гражданских прав**. Возможно, эта неубедительность обусловливается затруднениями в понимании того, что в Концепции означает это понятие.

На наш взгляд, понятие контента (то есть определенного содержания или информации) относится к какой-то сущности, которая, бесспорно, может признаваться объектом гражданских прав. И такая сущность может иметь разные формы, включая бумажную, электронную, цифровую и т.п. Если контент рассматривается отдельным объектом гражданских прав как определенный набор сведений, имеющий рыночную или иную стоимость, то признание контента в общем (безотносительного его объективированных форм) как отдельного вида гражданских прав представляется обоснованным.

Если же цифровой контент является лишь одной из форм существования какого-то особого объекта гражданских прав, и эта форма не влечет установление в отношении нее отдельного правового режима специфического вида объектов гражданских прав, то признание цифрового контента особым объектом гражданских прав (в отличие от любого другого контента или контента, существующего в любой другой форме) представляется необоснованным.

На наш взгляд, отдельный правовой режим должен устанавливаться в отношении сущности, то есть объекта гражданских прав, а не формы существования такого объекта.

Непонимание разницы между сущностью и формой, а также условий, при которых форма может приобрести характеристики особой сущности (как, например, в случаях ценных бумаг или денежных знаков), привело к тому, что в 2020 году в соответствии с Законом о внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам регулирования цифровых технологий в качестве самостоятельных объектов гражданских прав предусмотрены так называемые «цифровые активы» (см. пункт 2 статьи 115 казахстанского ГК). Одновременно, в новом пункте 3-1 статьи 116 ГК было закреплено, что *«понятие и виды цифровых активов, а также особенности оборота*

цифровых активов определяются законодательством Республики Казахстан, актами Международного финансового центра «Астана».

В свою очередь, Закон об информатизации был дополнен легальной дефиницией, согласно которой *«цифровой актив - имущество, созданное в электронно-цифровой форме с применением средств криптографии и компьютерных вычислений, не являющееся финансовым инструментом, а также электронно-цифровая форма удостоверения имущественных прав».*

Очевидно, что такое определение одним термином обозначает и некое имущество, и какую-то форму удостоверения имущественных прав, а новая статья 33-1 (*«Правовой режим оборота цифровых активов»*) Закона об информатизации как в своем наименовании, так и в своем содержании содержит настолько противоречивые и в ряде случаев бессмысленные формулировки, что единственное, что можно из ее содержания понять со всей ясностью, это – то, что *«цифровой актив не является средством платежа».* В связи с этим абсолютно прав М.К. Сулейменов, утверждая, что *«включение в ГК РК термина «цифровые активы» ошибочно»* [23].

28. Разделяем позицию о том, что **корпоративные права** являются самостоятельным (как правило, комплексным) видом объектов гражданских прав. Да, как отмечается в Концепции, они *«на практике уже давно стали оборотоспособным объектом гражданского оборота».* Правда, думается, что они не столько стали, сколько всегда были таковыми.

Вместе с тем, в деловом обороте корпоративные права имеют вполне определенные правовые формы, применительно к которым (как для особых существей, но в качестве юридической фикции) законодательство традиционно устанавливает особый правовой режим – режим ценных бумаг (бумажных акций либо бездокументарных ценных бумаг), а для других корпоративных прав вполне эффективно применяется правовой режим доли участия в юридическом лице (в иной форме, кроме АО).

В связи с этим отдельное выделение в законодательстве (не в теории) корпоративных прав в качестве объектов гражданских прав не повлечет какого-либо улучшения правового регулирования соответствующего сегмента гражданского оборота, но создаст условия для не всегда нужных упражнений в толковании соответствующих законодательных положений.

29. В разделе Концепции, посвященном наследственному праву, отмечается проблема, связанная с общим правилом ГК Украины о том, что *«предметом договора на управление не могут быть денежные средства».* Подчеркивается, что *«это делает невозможным совершение управляющим действий в рамках договора на управление наследством за счет тех средств в, входящих в ее состав, и значительно уменьшает эффективность управления».* Обоснованно отмечается, *«что вопрос о*

возможности управления денежными средствами является дискуссионным в гражданской доктрине, имеет как сторонников, так и противников». Предлагается «объективация в ЦК Украины права управляющего осуществлять управление денежными средствами, входящих в состав наследства».

Аналогичная проблема является актуальной и для Казахстана. В ГК Республики Казахстан предусматривается охрана и управление / доверительное управление наследством. Однако условия и пределы такого управления ни в ГК, ни в других законах не предусматривается. То, что доверительное управление деньгами (как и ценными бумагами) принципиально отличается от управления другими видами имущества, не вызывает сомнений, поскольку управлять деньгами можно лишь сохраняя право на эти деньги (то есть не расходуя и не используя их иным образом по прямому назначению).

В то же время, управление наследством, включая очистку от долгов, в принципе невозможно без расходования денег и/или увеличения их количества, в том числе в ходе очистки наследства от долгов и взыскания причитающихся наследодателю сумм с его кредиторов.

В целях минимизации конфликтов при толковании закона, а также при управлении наследством представляется более целесообразным определять термин «охрана и управление наследством» не через конструкцию доверительного управления, а с использованием понятия «разрешенное расходование денег в составе наследственной массы» и «принятие денежных поступлений в состав наследственной массы в предусмотренных случаях». При этом потребуются установить исчерпывающий перечень случаев и оснований для расходования денег из наследственной массы, а также условий такого расходования и приема денег в состав наследственной массы.

Отдельно потребуются уточнение правил управления ценными бумагами в составе наследственной массы, ограничив его действиями по приему периодического дохода по ним (дивидендов или процентного вознаграждения), а также регламентацией условий и способов их отчуждения в целях очистки наследственной массы от долгов (но также избегая характеристики такого управления в качестве доверительного управления).

VI. О форме сделок

30. В Концепции отмечается, что *«обоснованным видится **пересмотр общих подходов к форме сделки**, в частности определение круга сделок, которые необходимо совершать в письменной форме, электронной форме (с учетом ее специфики и роли ЭЦП) и в устной форме ([имея] в виду технические достижения в передаче данных)».*

Вопрос о совершенствовании правового регулирования формы сделок действительно является актуальным. И в Казахстане та совокупность правовых норм, которая предназначена регулировать формальные требования к договорам, и которая определяет правовое значение отдельных контрактных форм и последствия их несоблюдения, является одним из институтов гражданского права, требующих модернизации.

В данном случае современный опыт развитых юрисдикций является важным источником идей относительно наиболее эффективного регулирования этих вопросов на современном этапе и в определенной перспективе. Например, хорошие модели законодательных решений предложены в DCFR [24].

В то же время, представляется целесообразным эти положения ГК совершенствовать с учетом следующих факторов (более подробно об этом: [25]):

(i) вышеупомянутыми модельными актами в качестве общего принципа закрепляется свобода выбора формы договора, а опыт развитых правовых систем свидетельствует о том, что закрепление требования о необходимости квалифицированной формы договора является не просто исключением из общего правила о свободе выбора формы договора, но также и не очень распространенным исключением;

(ii) в сфере коммерческого оборота наиболее современным отношением к значению соответствующего правового регулирования является то, что в установлении требований к форме отражается функциональный подход, основанный на процессуальной, а не материально-правовой природе санкций за нарушение требований к форме;

(iii) в условиях современного этапа культурно-технического прогресса и повсеместного внедрения цифровых технологий особое значение приобретает возможность совершения сделок (без риска признания их недействительными по основанию несоблюдения требований к форме сделки) посредством обмена электронными сообщениями или иными документами (либо другими сообщениями) с использованием электронных средств коммуникации, исключающих вовлечение в эти отношения третьих лиц (в том числе подтверждающих подлинность примененной ЭЦП, что уже можно характеризовать довольно устаревшим способом подтверждения юридических действий).

VII. Договорное право

31. Наиболее ярко влияние Европейского права проявилось в разделах Концепции *о договорных обязательствах*. Предложения о рекодификации этих разделов целиком построены на европейских

документах (в основном, DCFR, также PECL и GISG). Вместе с тем по какой-то причине Принципы UNIDROIT почти не использовались.

Казахстану будет полезно воспринять эти примеры имплементации договорного европейского права. К сожалению, в проекте новой Концепции правовой политики [17] и в Предложениях НИИ частного права [1] использовались только фрагментарные предложения (о купле-продаже недвижимости, о концессиях, о страховании, о рамочных и абонентских договорах, о купле-продаже ценных бумаг и др.).

VIII. Об исковой давности

32. Очень перспективными представляются предлагаемые в Концепции изменения по вопросам исковой давности.

Особенно важным видится действительная необходимость откорректировать содержащееся в ГК Украины **понятие исковой давности**. Мы согласны с тем, что определение исковой давности как *«срока, в пределах которого лицо может обратиться в суд с требованием о защите своего гражданского права или интереса»*, является ошибочным.

Истечение срока исковой давности не может служить препятствием для обращения в суд за защитой нарушенного права. Но, как корректно отражено в статьях 177 и 179 казахстанского ГК, *«исковая давность - это период времени, в течение которого может быть удовлетворено исковое требование, возникшее из нарушений права лица или охраняемого законом интереса»*, а *«требование о защите нарушенного права принимается к рассмотрению судом независимо от истечения срока исковой давности»*, причем *«исковая давность применяется судом только по заявлению стороны в споре, сделанному до вынесения судом решения»*.

33. Также заслуживает поддержки содержащееся в Концепции предложение об **«определении длительных сроков исковой давности для особо ценных для всего общества объектов окружающей природной среды - ценных земель, памятников природы, природных парков, земель водного и лесного фонда и тому подобное»**.

Эта рекомендация является актуальной и для казахстанского права.

Следует отметить, что в пункте 2 статьи 177 ГК Казахстана предусматривается возможность установления для отдельных требований в законодательных актах более длительных сроков исковой давности по сравнению с ее общим сроком в три года. Более того, в статье 187 ГК Казахстана даже предусматриваются требования, на которые исковая давность не распространяется.

Вместе с тем в ГК РК отсутствует прямое указание на увеличение сроков исковой давности в связи с защитой объектов публичного интереса

или иных объектов, представляющих собой так называемое «всеобщее благо».

Однако установление более длительных сроков исковой давности для защиты публичного (то есть именно всеобщего) интереса представляется важным в силу по крайней мере двух обстоятельств: (i) необходимость комплексного и наиболее полного восприятия отечественной правовой системой концепции юридического лица публичного права, и (ii) целесообразность как создания дополнительных барьеров для коррупционной деятельности и иных злоупотреблений со стороны государственных органов и чиновников в процессе управления публичной собственностью и объектами общенационального или иного публичного значения, незаконного присвоения объектов публичного значения, так и формирования более благоприятных правовых условий для возврата объектов публичного значения под общественный и государственный контроль

34. В целом модернизация института исковой давности целесообразна в Казахстане.

По одному из аспектов такой модернизации в мае 2021 года в НИИ частного права состоялась дискуссия в связи с предложениями одного из депутатов казахстанского Парламента о внесении изменений и дополнений в нормы ГК Республики Казахстан об исковой давности в связи с развитием институтов внесудебного и досудебного урегулирования споров. В том числе, предлагались коррективы в соответствующие положения ГК по вопросам о перерыве и приостановлении течения срока исковой давности посредством восприятия примера соответствующего законодательного регулирования в Российской Федерации.

Не все из этих предложений представляются обоснованными, поскольку:

(i) допущение о том, что заключение договора о медиации может служить основанием для приостановления течения срока исковой давности представляет собой необоснованное нарушение вполне понятной и разумной логики действующих норм ГК РК, а также

(ii) представляется неправильным включение нормы, заимствованной из российского ГК, о том, что *«срок исковой давности не течет со дня обращения в суд [хоть в каком порядке (!)] за защитой нарушенного права»*; включение этого пункта создаст его противоречие не только другим пунктам (в том числе предназначению статьи 184 ГК РК), но и самой логике всей системы норм об исковой давности, ибо если в суд с иском обратились в установленном порядке (и суд принял иск к рассмотрению), то спор будет как-то урегулирован, исковая давность после этого уже не должна применяться.

В данном случае представляется целесообразным вообще исключить статью 184 ГК, либо пункт 1 этой статьи изложить так, чтобы четко установить, что подача иска не влияет на течение исковой давности, однако истечение исковой давности после подачи иска в установленном порядке не позволяет отказать в судебной защите. Тогда содержащееся в ГК регулирование исковой давности становится системным, более обоснованным и гармонизированным с нормами ГПК относительно обязательного досудебного порядка и продвижения альтернативного разрешения споров (в том числе исключается необоснованная возможность бесконечного течения исковой давности за счёт инициирования медиации: мы убеждены, что исковая давность должна стимулировать к разрешению спора, а не к играм со сроками и судебной системой).

В то же время, представляется правильным исключение из пункта 1 статьи 183 ГК указания на предъявление иска (хоть в каком порядке) и заключение договора о медиации в качестве оснований для прерывания течения срока исковой давности, поскольку ни одно из этих двух оснований не свидетельствует о том, что сторонами отношения урегулированы признанием долга соответствующей стороной.

35. Следует прислушаться к рекомендации Концепции *о пересмотре перечня требований*, на которые исковая давность не распространяется.

Вместе с тем, на наш взгляд, и в рамках рекодификации в Украине, и в процессе модернизации гражданского законодательства Казахстана стоит более внимательно проанализировать возможность (и оценить последствия) для таких изменений в нормах об исковой давности, как:

(i) увеличение общего срока исковой давности с 3 лет до 10, 20 и т.п., как практикуется в других юрисдикциях (и активно используется в такой неблагоприятной, но получившей в последнее время практике, как «торговля юрисдикциями»);

(ii) установление длительного предельного срока исковой давности и предоставление участникам конкретных правоотношений договорным путем устанавливать в рамках него применимый к их отношениям срок исковой давности либо отказаться от его применения вообще;

(iii) установление договорного срока исковой давности;

(iv) в целом (хотя мы этого не рекомендуем) отказ от установления срока исковой давности.

IX. О личных неимущественных правах

36. Особую поддержку заслуживает предлагаемое включение в ГК Украины *«запрета евгеники, рождения генетически идентичных людей, трансформации генов, кроме [случаев, когда определенные*

действия необходимы для] лечения генетических заболеваний (по примеру ст. 164 ФГК)».

Эксперименты и иная деятельность такого рода должны быть законодательно признаны недопустимыми, и этот запрет должен быть включен именно в содержание Гражданского кодекса, поскольку именно ГК должен со всей однозначностью сказать, что такого гражданского права (в том числе как личного неимущественного права или иного личного права), такой правовой возможности совершать подобные действия или осуществлять подобную деятельность в составе гражданской правоспособности любого лица (будь то физическое или юридическое лицо, государство или иное лицо публичного права, кто бы то ни был) не существует и быть не может.

Должна быть исключена сама возможность обсуждения этого вопроса, а тем более допущения ее признания каким-либо нормативным правовым актом или судебным решением (не должно быть даже основания для обращения в суд за признанием какого-то подобного правомочия).

37. Привлекает внимание предложение *о возможности легализации нормами Гражданского кодекса эвтаназии и так называемого «ассистируемого самоубийства»*. В частности, в Концепции *«предлагается пересмотреть вопрос о возможности легализации пассивной эвтаназии и ассистированного самоубийства с учетом практики ЕСПЧ с параллельным внесением соответствующих изменений в Уголовный кодекс Украины»*.

В Концепции не указывается, в каком направлении предлагается осуществление такого пересмотра. Однако ссылка на практику Европейского суда по правам человека позволяет понять, что речь идет о признании в качестве личного неимущественного права (*«одного из аспектов права на уважение частной жизни»*) так называемого права на ассистируемое самоубийство (*«right to assisted suicide»*), которое понимается как *«право [либо - один из его компонентов или разновидностей (?)] физического лица решать, как и когда закончить его жизнь, при условии, что такое физическое лицо в состоянии самостоятельно и осуществить надлежащее действие осознать этот момент»* (*«that the right of an individual to decide how and when to end his life, provided that said individual was in a position to make up his own mind in that respect and to take the appropriate action, was one aspect of the right to respect for private life»*) [26].

В данном случае следует подчеркнуть, что ЕСПЧ отрицает существование права на «ассистируемое самоубийство» (*«the Court denied the existence of a right to assisted suicide»*) и стоит на той позиции, что любое государство должно обеспечить защиту жизни людей в рамках своей юрисдикции (*«the State must ensure the*

protection of the life of people under its jurisdiction»), защищать здоровье и общественную безопасность, предотвращать преступления [26].

Нам импонирует однозначная позиция ЕСПЧ, заключающаяся в том, что существует обязанность государства защищать жизнь (*«the State's obligation to protect life»*). Считаем, что существование этой обязанности не допускает того, чтобы государство допускало убийство граждан, в какой бы форме оно не выразалось (включая «ассистируемое самоубийство»).

Восприятие такого предложения в Казахстане и включение соответствующих положений в содержание ГК представляется сомнительным не только на текущем этапе, но и в какой-то обозримой перспективе. Думается, что это относится к подавляющему большинству современных юрисдикций (даже с учетом того, что ЕСПЧ признает, что, к примеру, в Швейцарии ассистируемое самоубийство разрешено).

В любом случае Гражданский кодекс – это закон, направленный на защиту личности и человеческого достоинства, способствующий таким взаимоотношениям между людьми, которые нацелены на продолжение жизни, и, собственно, способствующий продолжению жизни. В нем не место любым нормам, обосновывающим возможность ухода из жизни.

X. О защите прав

38. Очень перспективным является содержащееся в Концепции предложение *об «объективации коллективных исков в ГК Украины»*. Совершенно обоснованно отмечается, что *«институт коллективного иска является развитым инструментом защиты прав и интересов в европейском праве, внедрению и гармонизации которого уделяется значительное внимание на уровне права Европейского Союза»*.

Эта же задача является актуальной для казахстанского законодательства. Как отмечается в одном из наших исследований, в Казахстане в настоящее время наблюдается социальный запрос на надлежащее законодательное регулирование и использование правовых средств защиты коллективных интересов, и не только в сфере отношений по защите прав потребителей [27].

В то же время, следует понимать, что предлагаемая объективация коллективных исков (в отношении которых также применяется понятие групповых исков – *«group action»*) на уровне Гражданского кодекса и других законодательных актов (например, о защите прав потребителей) ограничивается лишь указанием на то, что в защиту нарушенных гражданских прав могут быть поданы коллективные / групповые иски, подлежащие рассмотрению судом в соответствии с гражданским процессуальным законодательством. Собственно судопроизводство по

групповым искам подлежит регулированию нормами Гражданского процессуального кодекса [более подробно о восприятии института коллективных / групповых исков см.: 28 и 29].

39. Поскольку в Концепции уделяется специальное внимание защите гражданских прав, представляется целесообразным предусмотреть «объективирование» в ГК (и Украины, и Казахстана) также и другой разновидности иска – так называемого производного иска (*derivative action*).

Производный иск как особый способ защиты нарушенных прав в основном применяется в сфере корпоративных отношений, когда заинтересованная сторона заявляет требования с связи с нарушением прав другого лица, которое в силу каких-то (как правило, объективных) причин не может самостоятельно подать иск в защиту своих прав. Таким случаем является, например, предусмотренная казахстанским Законом об акционерных обществах возможность обращения акционера общества от своего имени в суд с иском к должностному лицу этого общества о возмещении обществу вреда либо убытков, причиненных ему таким должностным лицом.

Несмотря на то, что указанный Закон содержит определенные нормы, относительно условий подачи таких исков, последствия его подачи и удовлетворения судом могут быть регламентированы в Гражданско-процессуальном кодексе (в частности, какие-то особенности судопроизводства).

Но самое главное – необходимо согласовать эти правила Закона об акционерных обществах с общими положениями Гражданского кодекса (в том числе, например, с нормами о действиях в чужом интересе без поручения (*negatorio gesture*) и другими положениями ГК) [более подробно об этом: 30], а также расширить возможности применения такого иска за пределами акционерного законодательства (например, в законодательстве о товариществах с ограниченной ответственностью и отраслевых законодательных актах).

Х. Заключительная ремарка

40. Концепция представляет собой очень значимый для развития права комплексный документ одновременно научного, аналитического и программного характера по вопросам содержания и развития гражданского права и международного частного права.

Содержание Концепции основано на всеобъемлющем, глубоком и весьма детальном анализе накопленного в Украине опыта применения гражданского законодательства, судебной и деловой практики, научных исследований и разработок, а также документов международного характера, иностранного законодательства и признанных моделей

регулирования различных аспектов частного и международного частного права.

Сама по себе Концепция является не только системным изложением внушительного комплекса идей по совершенствованию законодательства Украины, но также источником научных знаний и воззрений. Это заслуживающий серьезного и вдумчивого изучения документ, который может служить образцом настоящего сравнительно-правового исследования.

Что не менее важно, Концепция также является убедительным свидетельством эффективности и плодотворности коллективных интеллектуальных усилий, основанных на одной методологической и идеологической платформе и ориентированных на достижение одинаково понимаемого и представляемого результата.

Концепция содержит огромное количество идей и предложений по развитию и совершенствованию ГК и гражданского законодательства Украины. В настоящей статье представлен сравнительный анализ лишь небольшой части этих идей и предложено видение о том, как они могут использоваться в процессе модернизации казахстанского гражданского права. Проанализировать таким же образом все содержание Концепции (или иным не поверхностным образом отреагировать на все предложенные в ней идеи) в одной статье не представляется возможным.

41. Однако в завершение этой статьи обратим внимание на очень важный момент, отраженный во всем содержании Концепции и нашедший словесное оформление в ее разделе об ожидаемых результатах модернизации. В частности, там указывается на то, что *«реализация предложенной концепции ...позволит, с одной стороны, сохранить все достижения действующего ГК Украины, а с другой - адаптировать его к реалиям сегодняшнего дня, в том числе продиктованных современными европейскими подходами и уровнем гражданского и делового оборота»*.

Этот тот же самый подход, который обоснованно и объективно предлагает Сулейменов М.К. применительно к модернизации казахстанского Гражданского кодекса [2].

И это - такой же подход, который в 2020 году отметил Карагусов Ф., анализируя проект обновляемого Гражданского кодекса Узбекистана: *«именно он представляется одним из наиболее (если не единственно) обоснованным и эффективным с точки зрения преемственности правового регулирования гражданских отношений, с одной стороны, и обеспечения модернизированной правовой основы для развития сферы гражданско-правовых отношений на долгосрочную перспективу, с другой стороны»*.

Очевидно, что речь не идет о полном отказе от действующего ГК. Наоборот, каждая из его норм подверглась глубокому и всестороннему анализу и оценке ее актуальности и перспективности в контексте ясно

понимаемых авторами реформы целей и содержания реформы целого ряда институтов гражданского права» [11].

Мы желаем своим друзьям и коллегам успеха на этом исторически значимом пути рекодификации гражданского законодательства Украины! И благодарим их за образец и источник вдохновения в нашей деятельности по модернизации казахстанского частного права!

29 июля 2021 г.

Использованные источники (дата доступа к указанным ниже Интернет-ресурсам – 29 июля 2021 г.):

1. Предложения НИИ частного права Каспийского университета по основным направлениям развития гражданского законодательства Республики Казахстан. – Интернет-ресурс: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=37068414
2. Сулейменов М.К. Модернизация гражданского законодательства Республики Казахстан. - https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=37103691#pos=6;-106
3. Сулейменов М.К. Проект нового Гражданского кодекса: как реагировать и надо ли реагировать? – Интернет-ресурс: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=35087322#pos=5;-102
4. Сулейменов М.К. Проект нового Гражданского кодекса: вымыслы и реальность (статья вторая, заключительная). – Интернет-ресурс: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=32513512#pos=5;-106
5. Диденко А.Г. О проекте Гражданского кодекса. – Интернет-ресурс: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=32033611
6. Карагусов Ф.С. Система гражданского законодательства Республики Казахстан по состоянию на начало 2019 года и ее развитие в краткосрочной перспективе. – Интернет-ресурс: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=36703908#pos=6;-106
7. Сулейменов М.К. Предпринимательский кодекс Республики Казахстан: много шума из ничего. – Интернет-ресурс: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=33440634#pos=1;-113
8. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в постсоветский период: сб. науч. статей / Под общ. ред. Н.С. Кузнецовой и М.К. Сулейменова. – Харьков: Право, 2018. – 864 с.
9. Reed Smith: Рекомендации по совершенствованию корпоративного законодательства Республики Казахстан. - Интернет-ресурс: <https://aca.kz/uploads/pages/rekomendacii-po-soversenstvovani-6691c73a02.pdf>
10. Карагусов Ф.С. О необходимости проведения реформы системы юридических лиц и восприятия концепции социальных

предприятий в Республике Казахстан. – Интернет-ресурс: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=32474621#pos=6;-106

11. Карагузов Ф.С. О проекте новой редакции Гражданского кодекса Республики Узбекистан (Общая часть): реформа системы юридических лиц. - Интернет-ресурс: https://www.katpartners.kz/Articles/L_Entities_reform_Uz.pdf

12. Указ Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 г. № 858 «О Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года». - Интернет-ресурс: <https://adilet.zan.kz/rus/docs/U090000858>

13. Отчет по результатам изучения опыта законодательного регулирования статуса юридических лиц публичного права в некоторых развитых иностранных государствах и бывших советских республиках. - Интернет-ресурс: <https://atameken.kz/uploads/content/files/ОТЧЕТ%20по%20результатам%20изучения%20опыта.pdf>

14. Аналитический отчет: Концепция восприятия правового института юридических лиц публичного права законодательством Республики Казахстан. - Интернет-ресурс: <https://atameken.kz/uploads/content/files/АНАЛИТИЧЕСКИЙ%20ОТЧЕТ%20Концепция%20восприятия.pdf>

15. Аналитический отчет: Итоговые рекомендации о развитии законодательства Республики Казахстан в целях восприятия правового института юридических лиц публичного права законодательством Республики Казахстан и инструкция по реализации рекомендаций. - Интернет-ресурс: <https://atameken.kz/uploads/content/files/АНАЛИТИЧЕСКИЙ%20ОТЧЕТ%20Итоговые%20рекомендации.pdf>

16. Карагузов Ф. Юридическое лицо публичного права: понятие и перспективы восприятия концепции законодательством Республики Казахстан. - Интернет-ресурс: <https://katpartners.kz/Articles/PublicEntities.pdf>

17. Концепция правовой политики Республики Казахстан до 2030 года (ПРОЕКТ). - Интернет-ресурс: <https://legalacts.egov.kz/npa/view?id=7553105>

18. Маковский А.Л. О Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации. В: Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / Вступ. ст. А.Л. Маковского. – М.: Статут, 2009. – 160 с. С. 7

19. Гражданский кодекс Нидерландов. Новая Кодификация. Отв. ред. Ф.Й. М. Фельдбрюгге. Пер. М. Ферштман. – Лейден: Ин-т восточно-европейского права и россиеведения. Лейденский ун-т, юридический факультет, 1996.

20. Сулейменов М.К., Мукашева К.В. Национальный фонд Республики Казахстан: право собственности или право требования? - Интернет-ресурс: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=33723838

21. Банк России: цифровой рубль. Доклад для общественных консультаций (13 октября 2020 год). – Интернет-ресурс: http://www.cbr.ru/analytics/d_ok/dig_ruble/
22. Национальный Банк Республики Казахстан: цифровой тенге. Доклад для публичных обсуждений (май 2021 года). – Интернет-ресурс: <https://nationalbank.kz/ru/page/cifrovoy-tenge-pilotnyy-proekt>
23. Сулейменов М.К. Цифровизация и совершенствование гражданского законодательства (статья третья, исправленная и откорректированная в связи с принятием Закона о цифровых технологиях). – Интернет-ресурс: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=35012332
24. Модельные правила европейского частного права / Пер. с англ.; Науч. ред. Рассказова Н.Ю. - М.: Статут, 2013. - 989 с.
25. Карагусов Ф.С. О значении и последствиях несоблюдения требований к форме гражданско-правового договора в современных правопорядках. – Интернет-ресурс: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=33005202#pos=6:-106
26. Case of Haas v. Switzerland – The European Court of Human Rights denies an alleged right to “assisted suicide” opposable to the State. – Интернет-ресурс: <https://eclj.org/case-of-haas-v-switzerland-the-european-court-of-human-rights-denies-an-alleged-right-to-assisted-suicide-opposable-to-the-state>
27. Карагусов Ф., Бондарев А., Пак Е. Основы и перспективы внедрения института коллективных (групповых) исков в Республике Казахстан. – Журнал «Zanger»: Вестник права Республики Казахстан, №11 (220), ноябрь 2019. С. 72 -81
28. Карагусов Ф.С., Бондарев А.Б., Пак Е.А. Совершенствование правовой и организационной основы обеспечения интересов потребителей и использования групповых исков для защиты имущественных прав в Республике Казахстан. Интернет-ресурс: <https://www.zakon.kz/4999789-sovershenstvovanie-pravovoy-i.html>
29. Karagussov F., Bondarev A., Pak Ye. Basics and prospects of introducing the institution of class (group) action in the Republic of Kazakhstan (Основи та перспективи впровадження інституту колективного (групового) позову в Республіці Казахстан). - Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Vol. 26, No. 4, 2019. – С. 73 – 88
30. Карагусов Ф.С. Производный иск в сфере корпоративных отношений. – Интернет-ресурс: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=37523672