

Учреждение образования «Каспийский общественный университет»

**СУБЪЕКТЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА И РЕФОРМА СИСТЕМЫ
ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ**

*Материалы международной научно-практической конференции,
посвященной 50-летию юбилею доктора юридических наук, профессора
Карагузова Фархада Сергеевича*

(Алматы, 28 июня 2021 года)

**Алматы
2021**

УДК 347.1
ББК 67.404
С 89

Редакционная коллегия:

**С.А. Акимбекова, Г.А. Алиханова, А.З. Амангалиева, А.Г. Диденко,
Ф.С. Карагузов, С.П. Мороз, М.К. Сулейменов**

Ответственный редактор:

С.П. Мороз

Субъекты гражданского права и реформа системы юридических лиц: Материалы международной научно-практической конференции, посвященной 50-летию юбилею доктора юридических наук, профессора Карагузова Фархада Сергеевича (г. Алматы, 28 июня 2021 г.) / Отв. ред. С.П. Мороз. – Алматы, 2021. – 276 с.

ISBN 978-601-7993-23-8

Сборник посвящен вопросам правового положения субъектов права, реформирования системы юридических лиц и модернизации корпоративного права на постсоветском пространстве, а также другим актуальным вопросам гражданского права и международного частного права. Сборник подготовлен на основе материалов одноименной международной научно-практической конференции, проведенной Высшей школы права «Эдilet» Каспийского общественного университета.

В сборник вошли научные доклады и выступления на конференции ведущих ученых, практикующих юристов, докторантов и аспирантов из Азербайджана, Беларуси, Германии, Грузии, Казахстана, Кыргызстана, Молдовы, Нидерландов, России, Таджикистана, Турции, Узбекистана, Украины и Чешской Республики.

Издание адресовано преподавателям, научным работникам, докторантам и магистрантам юридических вузов и факультетов, практикующим юристам и всем тем, кто интересуется вопросами гражданского права, международного частного права и корпоративного законодательства.

**УДК 347.1
ББК 67.404**

ISBN 978-601-7993-23-8

© Каспийский общественный университет, 2021
© Коллектив авторов, 2021
© Центр оперативной полиграфии, 2021



Карагусов Фархад Сергеевич
Доктор юридических наук, профессор

СОДЕРЖАНИЕ

Вводная часть

<i>Нусенов Ж.М.</i> Поздравление	6
<i>Мороз С.П.</i> Фархаду Сергеевичу Карагузову – 50 лет!	7
<i>Каспийский университет.</i> О конференции 28 июня 2021 г. (пресс-релиз)	9

Глава 1. Субъекты права

<i>Чантурия Л.</i> Юридические лица как субъекты прав человека в судебной практике Европейского Суда по правам человека.....	12
<i>Саймонс В.</i> Принципы предпринимательской деятельности в аспекте прав человека: только теоретическое значение или уже компонент практического применения корпоративного законодательства?.....	19
<i>Порохов Е.В.</i> О субъектах права и межотраслевом подходе к определению их правового статуса.....	25
<i>Сулейменов М.К., Дуйсенова А.Е.</i> Государство Республика Казахстан как смешанная юрисдикция.....	42
<i>Алиханова Г.А.</i> Правовое положение физических лиц как субъектов гражданского права: вопросы теории и практики.....	50
<i>Ильсова К.М.</i> К вопросу о субъектах земельных прав в Республике Казахстан.....	59
<i>Мороз С.П.</i> Субъекты права в предпринимательских отношениях	65

Глава 2. Юридические лица

<i>Кузнецова Н.С.</i> Институт юридического лица в контексте рекодификации (обновления) Гражданского кодекса Украины.....	78
<i>Бэешу С.</i> Юридические лица частного и публичного права: некоторые замечания по поводу критерия классификации.....	81
<i>Ниязова А.Н.</i> Гражданская правосубъектность юридических лиц в Кыргызской Республике	88
<i>Ефимцева Т.В.</i> К вопросу о правовом статусе государственных и муниципальных унитарных предприятий.....	93
<i>Султонова Т.И.</i> Практика ведения учёта доминирующих хозяйствующих субъектов в Республике Таджикистан.....	101
<i>Усуб Э.А.</i> Актуальные реформы системы юридических лиц в гражданском законодательстве Азербайджанской Республики.....	105
<i>Слипченко С.А.</i> Направления реформирования правовой основы юридических лиц, как носителей личных неимущественных прав, в Республике Казахстан: взгляд со стороны.....	109
<i>Жорнюкуй Ю.М.</i> Проблематика влияния англо-американских подходов на конструкцию юридического лица в романо-германской правовой семье.....	117
<i>Ермухаметова С.Р., Тыныбеков С.</i> Заңды тұлғаның қайта құрылуының кейбір мәселелері.....	129
<i>Климкин С.И.</i> Нюансы отдельных положений законодательства о негосударственных коммерческих организациях.....	134
<i>Кусятова Н.В.</i> Некоторые проблемные вопросы ликвидации и банкротства юридических лиц.....	137
<i>Жакупов Р.Е.</i> Вопросы наследования юридическими лицами, а также наследования прав, связанных с участием (членством) в юридическом лице	140
<i>Черкасов С.А.</i> Виды кредитных организаций в Российской Федерации.....	148

Глава 3. Корпоративное право

<i>Рассказова Н.Ю.</i> Доля в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью в свете семейного права.....	152
<i>Шрамм Х.-Й.</i> Корпоративное управление в предприятиях с государственным участием.....	159
<i>Кохановская Е.В.</i> Право на информацию в корпоративных правоотношениях в аспекте реформирования гражданского законодательства Украины.....	168
<i>Салей Е.А.</i> К вопросу о корпоративном праве и системе юридических лиц в контексте обновления гражданского законодательства Беларуси.....	177
<i>Карагузов Ф.С.</i> Развитие правовой основы юридических лиц и совершенствование инструментов управления семейным бизнесом: понятие семейной конституции.....	181
<i>Тыныбеков С., Мұқалдиева Г.Б.</i> Қазақстан Республикасында мүлік иелері бірлестіктерінің (МИБ) қызметін құқықтық реттеу мәселелері.....	190
<i>Гайдаш А.В.</i> Наследование прав участия в юридических лицах: некоторые вопросы теории и практики.....	195

Глава 4. Актуальные проблемы гражданского права и международного частного права

<i>Довгерт А.С.</i> Вопрос о рекодификации норм международного частного права в Украине.....	202
<i>Диденко А.Г.</i> О толковании правовых норм.....	206
<i>Кот А.А.</i> Гражданский Кодекс Украины: основные направления рекодификации.....	209
<i>Gutbrod M.</i> Legal Science in the Digital Age.....	212
<i>Погребной С.А.</i> Влияние цивилистической доктрины на практику Верховного Суда Украины.....	225
<i>Подопригора Р.А.</i> Новый кодекс в административно-правовой сфере. Размышления.....	229
<i>Ландо Д.Д.</i> Осуществление прав на секретные изобретения в Республике Беларусь.....	233
<i>Курзвски-Сингер Е.</i> Предоговорная ответственность по гражданскому праву Германии.....	236
<i>Бурханова Л.М.</i> Некоторые особенности применения норм международного частного права к гражданским отношениям по регулированию обязательств, возникающих вследствие причинения вреда.....	240
<i>Галинская Ю.В.</i> Предпосылки формирования современной концепции поручительства в законодательстве Чешской Республики.....	245
<i>Ельникова Е.В.</i> Правовые модели сельскохозяйственного страхования в Республике Казахстан и Российской Федерации.....	252
<i>Омарова А.Б.</i> Настоящее и будущее искусственного интеллекта: кому должны принадлежать права на результаты деятельности искусственного интеллекта.....	256
<i>Кужеев А.К.</i> Законный интерес как оценочная гражданско-правовая категория.....	260
<i>Часовских А.В., Рыбьянов А.А.</i> Правовое регулирование специальных режимов налогообложения предпринимателей.....	263
<i>Исаева Ф.А.</i> Личные неимущественные отношения как часть предмета гражданско-правового регулирования.....	266

ПОЗДРАВЛЕНИЕ
ректора Каспийского университета, доктора PhD, профессора, академика
Казахстанской национальной академии естественных наук Нусенова Ж.М.

Уважаемый Фархад Сергеевич!

Коллектив Каспийского университета и Высшая школа права «Әділет» с чувством глубокого уважения и признательности поздравляет Вас с 50- летним юбилеем!

Мы, коллеги, гордимся Вами как одним из самых ярких ученых, представляющих элиту правовой науки и образования Казахстана.

Долгие годы совместной плодотворной работы позволяют нам признаться Вам в наших теплых чувствах и выразить благодарность за Ваши профессионализм, талант и креативность мышления!

Вы воплощаете собой новое поколение успешных и высококлассных юристов и служите примером не только для студентов, магистрантов и докторантов, но и для нас всех – Ваших коллег.

В 1993 г. Вы успешно закончили юридический факультет Казахского Национального государственного университета им. Аль-Фараби и сразу же после окончания поступили в аспирантуру Института государства и права Национальной Академии наук РК. В 1995 г. Вы защитили кандидатскую диссертацию на тему «Правовой режим ценных бумаг в Республике Казахстан», а в 2003 г. – докторскую диссертацию на тему «Деньги и ценные бумаги в системе объектов гражданских прав», став самым молодым доктором юридических наук в Казахстане. В 2009 г. Вам было присвоено ученое звание «доцента», а в 2010 г. – ученое звание «профессора» по специальности «Правоведение».

Вы - один из известных и признанных специалистов в области гражданского права, банковского права, обязательственного и корпоративного права. Вы являетесь автором более 200 публикаций, включая монографии, брошюры, учебник и учебные пособия по гражданскому праву, комментарий к Гражданскому кодексу РК, статьи на русском, английском, немецком и казахском языках, в Казахстане и за его пределами.

Бесспорно, можно утверждать, что Вами внесен неоценимый вклад в развитие науки гражданского права в республике и в пропаганду научных знаний далеко за ее границами. С 2013 г. Вы являетесь членом Международной академии сравнительного правоведения (associate member of the International Academy of Comparative Law) (Париж, Франция). С 2006 г. вы стали членом редакционного совета (Editorial Board), а с 2017 – членом консультационного совета (Advisory Board) научного журнала Лейденского университета (Нидерланды) «Review of Central and East European Law», с 2019 г. - членом редакционной коллегии (Editorial Board) Журнала Национальной академии правовых наук Украины «Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine».

Вы успешно сочетаете работу в университете с практической деятельностью, являясь членом советов директоров (независимым директором) АО «Центральный депозитарий ценных бумаг» и, АО «Казахстанский фонд гарантирования депозитов». Наряду с этим Вы являетесь консультантом по краткосрочным проектам Международной Финансовой Корпорации (Казахстан, Кыргызстан, Таджикистан, Узбекистан, Украина и другие).

За Ваши заслуги Вы награждены орденом «Курмет» (2008 г.), медалями «10 лет Конституции Республики Казахстан» (2005 г.), «20 лет Конституции Республики Казахстан» (2015), «25 лет Конституции Республики Казахстан» (2020), юбилейной медалью «80 лет КазГУ им. Аль-Фараби» (2014), общественной медалью АФК Республики Казахстан «Лучший Финансист» (2016).

Вы – глава большой и дружной семьи, вырастившей и воспитавшей трех прекрасных дочерей при поддержке Вашей замечательной супруги Камили Аскаровны.

Коллектив Каспийского университета желает Вам крепкого здоровья, душевной гармонии, счастья, благополучия и дальнейших успехов!

ФАРХАДУ СЕРГЕЕВИЧУ КАРАГУСОВУ – 50 ЛЕТ!

Фархад Сергеевич Карагузов родился 29 июня 1971 в Алма-Ате. После окончания средней школы (с серебряной медалью) поступил на юридический факультет Казахского национального университета им аль-Фараби, и окончил его с отличием в 1993 г. Еще во время обучения в университете заинтересовался гражданским правом и решил посвятить ему всю свою жизнь. Такой выбор был не случаен – любовь к гражданскому праву привила Фархаду Сергеевичу его бабушка София Сулеймановна Каримовна – одна из первых молодых ученых из Казахстана, защитивших кандидатскую диссертацию в Москве. София Сулеймановна 32 года проработала в Алматинском институте народного хозяйства, посвятив себя подготовке кадров для казахстанской экономики. Воспитываясь в таких условиях, Фархад Сергеевич не мог избрать другой путь, и, так же как когда-то его бабушка, после окончания университета поступил в аспирантуру Института государства и права Академии наук РК. Здесь хотелось бы отметить, что несмотря на свой большой практический опыт Фархад Сергеевич никогда не прерывал связей с академической средой и совмещал свою практическую деятельность с научной, до настоящего времени являясь главным научным сотрудником НИИ частного права.

Возвращаясь к началу трудовой деятельности Фархада Сергеевича, следует отметить, что он под руководством профессора Сулейменова М.К. защитил кандидатскую диссертацию на тему «Правовой режим ценных бумаг в Республике Казахстан» в ИГП НАН РК в 1995 г. (официальные оппоненты – профессор Басин Ю.Г. и доцент Мукашева К.В.). Примечательно, что это было время, когда казахстанское законодательство, в целом, и законодательство о рынке ценных бумаг, в частности, только формировалось, не было практически никаких работ на эту тему, только зарубежные источники, но, несмотря на все эти сложности, Фархад Сергеевич блестяще защитил кандидатскую диссертацию и спустя всего год уже начал работать в Администрации Президента РК сначала в должности старшего эксперта, а затем в должности заведующего сектором хозяйственного законодательства Отдела по вопросам законодательства и судебной системы.

В 1997 г. Фархад Сергеевич стал президентом общественного фонда «Института финансовых рынков», в 1998 г. стажировался в Лондонском офисе британской юридической фирмы «Аллен энд Овери», в том же году по возвращении из Лондона стал юристом Алматинского офиса международной юридической фирмы Кудер Бразерс. В 2000 г. Фархад Сергеевич стал советником Председателя правления АО «Народный Банк Казахстана», директором юридического департамента, а с 2003 г. – Управляющим директором названного банка.

Наряду с этим в 2001 г. Фархад Сергеевич поступил в докторантуру КазГЮУ, а в 2003 г. защитил докторскую диссертацию на тему «Деньги и ценные бумаги в системе объектов гражданских прав» (научный консультант – академик Сулейменов М.К.; ведущая организация – Научно-исследовательский центр частного права (г. Москва); официальные оппоненты – профессора Кузнецова Н.С. (Украина), Менглиев Ш.М. (Таджикистан) и Ащеулов А.Т. (Казахстан)).

В 2007 г. Фархад Сергеевич стал главным юридическим советником, а затем комплаенс-контролером АО «Народный Банк Казахстана». В 2009 г. Фархад Сергеевич работал консультантом Национального Банка РК. В 2011 г. Фархад Сергеевич назначался заместителем Председателя правления АО «БТА Банк». С 2009 по 2014 г.г. – управляющим директором по правовым вопросам, а затем заместителем председателя, членом правления ТОО «SB Capital» (ЭсБи Капитал).

С 2008 года является профессором Высшей школы права «Әділет» Каспийского университета.

В 2014 г. Фархад Сергеевич стал советником председателя правления, а затем советником председателя совета директоров АО «Цеснабанк». В том же 2014 г. был принят на должность

главного научного сотрудника НИИ частного права Каспийского университета, а также учредил ТОО «K&T Partners (Кей энд Ти Партнерс)» (правовая экспертиза и исследования в области права); эти же должности Фархад Сергеевич занимает до сих пор.

С 2018 г. и по настоящее время Фархад Сергеевич также является консультантом Международной Финансовой Корпорации, с 2019 г. и по настоящее время – независимым директором – членом советов директоров АО «Центральный депозитарий ценных бумаг», АО «Казахстанский фонд гарантирования депозитов» и АО «Государственное кредитное бюро».

В 2009 г. Фархаду Сергеевичу было присвоено ученое звание «доцент», а в 2010 г. – ученое звание «профессор». В своей семье он, вслед за своей мамой доктором экономических наук Карагусовой Гульжаной Джанпеисовной, стал вторым титулованным профессором.

В 2013 г. Фархад Сергеевич был избран членом Международной академии сравнительного правоведения (associate member of the International Academy of Comparative Law) (Париж, Франция).

Фархад Сергеевич является членом редакционной коллегии ряда международных изданий, в том числе и включенных в базу Скопус и Веб оф сайнс, включая научный журнал Лейденского университета (Нидерланды) «Review of Central and East European Law», журнал Национальной академии правовых наук Украины «Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine», а также известных казахстанских журналов - журнала «Научные труды «Әділет» и журнала «Юрист».

Фархад Сергеевич является арбитром Казахстанского Международного арбитража, арбитром и членом управляющего совета Арбитражного центра Национальной палаты предпринимателей Республики Казахстан «Атамекен». Выступал в качестве эксперта в казахстанском и зарубежных судах и expert witness в London Court of International Arbitration (LCIA), Международном коммерческом арбитражном суде (МКАС) при ТПП Российской Федерации, судах г. Женевы (Швейцария) и г. Амстердама (Нидерланды).

Фархад Сергеевич награжден государственными и общественными наградами, в том числе орденом «Курмет» (2008 г.), медалями «10 лет Конституции Республики Казахстан» (2005 г.), «20 лет Конституции Республики Казахстан» (2015), «25 лет Конституции Республики Казахстан» (2020), юбилейной медалью «80 лет КазГУ им. Аль-Фараби» (2014), общественной медалью АФК Республики Казахстан «Лучший Финансист» (2016).

Фархад Сергеевич участвовал в составе международных рабочих групп при подготовке проектов модельных законов для стран СНГ о рынке ценных бумаг (1998-2002 гг.), о труде (трудовой кодекс) (2001-2002 гг.), об акционерных обществах в новой редакции (2008-2010 гг.). Выступал экспертом для Европейского банка реконструкции и развития по вопросам банкротства и несостоятельности коммерческих банков (2003г.), а также для Международного валютного фонда по вопросу совершенствования правовой базы рынка государственных ценных бумаг в Азербайджане и Кыргызстане (2008-2009гг.). Участвовал в оценке степени восприятия рекомендаций модельных законов для стран СНГ о рынке ценных бумаг и защите прав инвесторов на рынке ценных бумаг национальным законодательством в государствах-участниках СНГ (по заданию Межпарламентской ассамблеи государств-участников СНГ) (2010-2011гг.). В 2013 – 2014 гг. являлся членом Комиссии Совета министров юстиции государств-членов ЕврАзЭС по гармонизации гражданского законодательства государств-членов ЕврАзЭС от Казахстанской стороны. В качестве юридического советника представлял интересы Халык Банка (2000 – 2009, in-house) и Фонда развития предпринимательства «Даму» (2009-2015) при переговорах, структурировании и осуществлении крупных сделок и проектов, связанных с привлечением финансирования из иностранных источников, формировании программ и создании механизмов управления и контроля, приобретении и создании финансовых организаций за рубежом; интересы АО «Цеснабанк» и Финансового холдинга «Цесна» - при приобретении значительного участия в капитале российского и казахстанского банков второго уровня за счет покупки акций у иностранного акционера, а также отчуждения акций казахстанского банка в последующем.

Фархад Сергеевич является соавтором концепции восприятия казахстанским правом категории юридических лиц публичного права (2018 г.), а также автором концепции совершенствования корпоративного законодательства Республики Казахстан, разработанной по заданию компании Reed Smith и представленной Всемирному Банку и Министерству юстиции Республики Казахстан (2018 г.).

Фархад Сергеевич в качестве научного руководителя подготовил двух кандидатов юридических наук, одиннадцать магистрантов; выступил научным консультантом по двум докторским диссертациям; научный руководитель четырех докторантов PhD.

Фархад Сергеевич к своему 50-летию юбилею подошел молодым, полным сил и энергии, но уже маститым казахстанским ученым и признанным специалистом в области корпоративного, обязательственного и банковского права, а также валютного законодательства и законодательства о рынке ценных бумаг.

Каспийский университет

О КОНФЕРЕНЦИИ 28 ИЮНЯ 2021 ГОДА (ПРЕСС-РЕЛИЗ)

28 июня 2021 года в формате офлайн и удаленного (онлайн) участия состоялась Международная научно-практическая конференция «**Субъекты гражданского права и реформа системы юридических лиц**», посвященной 50-летию юбилею профессора, **доктора юридических наук Карагусова Фархада Сергеевича**.

Организатором конференции выступила Высшая школа права «Әділет» Каспийского университета. Конференция одновременно в офлайн-формате проводилась в зале заседаний Ученого совета (г. Алматы, пр. Достык 85 А), и онлайн на платформе Zoom для зарубежных участников, онлайн докладчиков и слушателей. Рабочие языки конференции – русский, казахский, английский.

Данная конференция была посвящена видному ученому, казахстанскому юристу, цивилисту, одному из основных создателей корпоративного права в Казахстане, доктору юридических наук, профессору **Карагусову Фархаду Сергеевичу**. Профессор Карагусов Ф.С. является автором более 200 публикаций, включая монографии, брошюры, энциклопедия, учебник и учебные пособия по гражданскому праву, статьи, комментарии к некоторым разделам/статьям Гражданского кодекса РК, в том числе на русском, английском, немецком и казахском языках, в Казахстане и за рубежом. Основное направление исследования профессора Карагусова Ф.С. – гражданское право (общие положения; корпоративное право; договорное право; законодательство о ценных бумагах и денежном обращении, о юридических лицах, о банках и банковской деятельности, о валютном регулировании, об обеспечении исполнения обязательств и др.).

Модератором конференции была декан Высшей школы права «Әділет» Каспийского университета, доктор юридических наук, профессор **Мороз С.П.**

С приветственным словом выступил директор НИИ частного права Каспийского университета, академик Национальной Академии наук Республики Казахстан, доктор юридических наук, профессор **Сулейменов М.К.**

С докладом и поздравлениями к юбилею выступили судья Европейского Суда по правам человека, доктор права, профессор **Чантурия Л.** (г. Страсбург, Франция), партнер юридической фирмы «Timmermans and Simons International Business Lawyers», доктор права, заслуженный профессор права юридического факультета Лейденского университета **Саймонс В.** (г. Лейден, Нидерланды), профессор Высшей школы права «Әділет» Каспийского университета, д.ю.н., профессор **Диденко А.Г.**, профессор кафедры международного частного права Института международных отношений Киевского национального университета имени Тараса Шевченко, член-корреспондент Национальной академии правовых наук

Украины, д.ю.н., профессор **Довгерт А.С.** (г. Киев, Украина), вице-президент Национальной академии правовых наук Украины, академик Национальной академии правовых наук Украины, д.ю.н., профессор, заслуженный деятель науки и техники Украины **Кузнецова Н.С.** (г. Киев, Украина), директор департамента частного права юридического факультета Государственного университета Молдовы, д.ю.н., профессор **Бэещу С.** (г. Кишинев, Республика Молдова), доцент кафедры гражданского права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, к.ю.н., магистр частного права, **Л.М. Ширвиндт А.М.** (г. Москва, Российская Федерация), доцент кафедры гражданского права Белорусского государственного университета, к.ю.н., доцент **Салей Е.А.** (г. Минск, Республика Беларусь), содиректор Института восточного права Университета прикладных наук, технологий, бизнеса и дизайна, доктор права, профессор **Шрамм Х.-Й.** (г. Висмар, Федеративная Республика Германия), профессор кафедры гражданского права Киевского национального университета имени Тараса Шевченко, академик Национальной академии правовых наук Украины, д.ю.н., профессор, заслуженный деятель науки и техники Украины **Кохановская Е.В.** (г. Киев, Украина), предприниматель, лектор Потсдамского Университета, доктор права **Гутброд М.** (г. Потсдам, Федеративная Республика Германия), управляющий бакинского офиса консалтинговой фирмы «Rödl & Partner», адвокат, член президиума коллегии адвокатов АР, медиатор, к.ю.н., **Усуб Э.** (г. Баку, Азербайджанская Республика), заведующая кафедрой гражданского права и процесса Кыргызско-Российского Славянского университета имени Б.Н. Ельцина, д.ю.н., профессор **Ниязова А.Н.** (г. Бишкек, Кыргызская Республика), директор Киевского регионального центра Национальной академии правовых наук Украины, член-корреспондент Национальной академии правовых наук Украины, д.ю.н., профессор, заслуженный юрист Украины **Кот А.А.** (г. Киев, Украина), доцент кафедры гражданского права юридического факультета Белорусского государственного университета, к.ю.н., доцент **Ландо Д.Д.** (г. Минск, Республика Беларусь), судья Верховного Суда Украины, главный научный сотрудник Киевского регионального центра Национальной академии правовых наук Украины, член-корреспондент Национальной академии правовых наук Украины, д.ю.н., профессор **Погребной С.А.** (г. Киев, Украина), заведующий кафедрой гражданского права и процесса Харьковского национального университета внутренних дел, д.ю.н., профессор **Жорнокуй Ю.М.** (г. Харьков, Украина), профессор кафедры гражданско-правовых дисциплин Харьковского национального университета внутренних дел, д.ю.н., профессор **Слипченко С.А.** (г. Харьков, Украина) и др.

С поздравительным адресом юбиляру выступил заведующий кафедрой гражданского права и гражданского процесса, трудового права юридического факультета Казахского национального университета имени аль-Фараби, доктор юридических наук, профессор **Тыныбеков С.Т.**, а также Председатель Правления РОО «Евразийский Союз Депутатов», РОО «Национальная Палата Медиаторов», ОЮЛ «Ассоциация Лига Потребителей Казахстана», Президент ОЮЛ «Ассоциация Предприятий Безупречного Бизнеса», ассоциированный профессор Высшей школы права «Эділет» Каспийского университета, к.ю.н., **Романовская С.Ю.**

Активное участие в работе конференции приняли главный научный сотрудник НИИ частного права, профессор Высшей школы права «Эділет» Каспийского университета, д.ю.н., профессор **Ильясова К.М.**, ведущий научный сотрудник НИИ частного права, ассоциированный профессор Высшей школы права «Эділет» Каспийского университета, к.ю.н., **Мукашева К.В.**, академический профессор Высшей школы права «Эділет» Каспийского университета, д.ю.н., **Алиханова Г.А.**, академический профессор Высшей школы права «Эділет» Каспийского университета, д.ю.н., **Акимбекова С.А.**, старший преподаватель кафедры гражданского права и гражданского процесса, трудового права юридического факультета Казахского национального университета имени аль-Фараби, к.ю.н., **Ермухаметова С.Р.**, управляющий партнер юридической фирмы «Зангер», ведущий научный сотрудник НИИ частного права Каспийского университета, к.ю.н., **Жусупов Е.Б.**, country manager Международной финансовой корпорации / International Finance Corporation

(IFC), World Bank Group **Абдумананова А.М.**, а также преподаватели Высшей школы права «Әділет» Каспийского университета – м.ю.н., сеньор-лектор **Гайдаш А.В.**, м.ю.н., сеньор-лектор **Грек Е.Н.**, м.ю.н., сеньор-лектор **Акимбекова М.А.**, м.ю.н., сеньор-лектор **Максатов Н.Р.**, м.ю.н., сеньор-лектор **Амангалиева А.З.** и др.

В работе конференции приняли заочное (онлайн) участие в качестве слушателей - исполнительный директор Арбитражного центра НПП «Атамекен» **Калдыбаев А.А.**, Уполномоченный по защите прав предпринимателей Казахстан **Журсунов Р.М.**, работники различных казахстанских организаций, а также известные и начинающие правovedы из разных городов Казахстана (Нур-Султан, Алматы, Шымкент, Кустанай) и других государств (Россия, Узбекистан, Таджикистан), адвокаты и практикующие юристы.

Во время конференции были обсуждены перспективы и направления реформирования правовой основы юридических лиц в Казахстане и зарубежных странах, проблемы и пути восприятия иностранного опыта правового регулирования системы юридических лиц в Республике Казахстан, актуальные проблемы гражданского права, корпоративного права, международного частного права, сравнительного правоведения.

Подводя итоги конференции, декан ВШП «Әділет», д.ю.н., профессор **Светлана Павловна Мороз** поблагодарила всех участников конференции и отметила, что все задачи конференции были выполнены, были обсуждены актуальные проблемы современной теории и практики гражданского права.

Профессор **Карагузов Ф.С.** выразил благодарность всем участникам, и отметил важность таких дискуссий для развития права, модернизации гражданского законодательства РК о юридических лицах.

ВИДЕОЗАПИСЬ КОНФЕРЕНЦИИ ДОСТУПНА ПО СЛЕДУЮЩЕЙ ССЫЛКЕ: <https://youtu.be/RtYDJeqfwH0>

Подробная информация о конференции на сайте по следующей ссылке: <https://clck.ru/VonS3>

Л. Чантурия

ЮРИДИЧЕСКИЕ ЛИЦА КАК СУБЪЕКТЫ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В СУДЕБНОЙ ПРАКТИКЕ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

*50-летию юбилею профессора,
доктора юридических наук Фархада Сергеевича Карагузова,
моего великопленного друга и коллеги,
посвящается данная статья.*

Введение

Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод (в дальнейшем - Конвенция) была принята 4 ноября 1950 года в Риме. В настоящее время участниками Конвенции являются 47 государств (государства-участники Конвенции), которые взяли обязательство соблюдать закрепленные в Конвенции права и свободы лиц, находящихся под их юрисдикцией (ст. 1 Конвенции). Для обеспечения соблюдения этих обязательств учрежден Европейский суд по правам человека в Страсбурге (в дальнейшем - Европейский суд или Суд). Число судей, входящих в состав Суда, равно числу государств - участников Конвенции (ст. 20 Конвенции).

Конвенция является частью внутреннего законодательства государств-участников Конвенции. Хотя формы инкорпорации Конвенции в национальную правовую систему отличаются друг от друга, все государства определяют её статус и место в системе законодательства.

Некоторые государства, например, Австрия, придают Конвенции статус конституционного закона. Это означает, что для защиты прав и свобод, предусмотренных в Конвенции, лица могут обратиться в Конституционный суд Австрии. В Германии, Италии, Дании, Норвегии, Швеции и Финляндии Конвенция занимает ранг обычного закона [1].

В других странах Конвенция признается после Конституции законом, имеющим большую юридическую силу в иерархии обычных законов, как во Франции, Греции, Испании, Португалии и в государствах восточной Европы. В этих странах, как и в государствах Восточной Европы, Конвенция имеет большую юридическую силу, чем остальные законы, уступая лишь Конституции.

Понятие Конвенции не исчерпывается самим текстом этого международно-правового документа и протоколов к нему. Оно подразумевает прежде всего богатую судебную практику Европейского суда, в которой Суд дает толкование конкретных прав и свобод, закрепленных в Конвенции. Принятием конкретных судебных решений Суд устанавливает стандарты, значение которых выходит за пределы конкретного дела [2]. Следовательно, применение Конвенции внутригосударственными судами, определение содержания конкретных прав и правильное понимание основных положений Конвенции невозможно без судейского права и стандартов, установленных данным правом [3].

Основной целью Европейского суда является установление нарушения или отсутствия нарушения стандартов Конвенции со стороны государства-участника. Эффективность Конвенции в государствах-участниках зависит не только от исполнения конкретных судебных решений в отношении конкретного государства. Она во многом зависит от признания и уважения судейского права со стороны внутригосударственных судов [4].

Правоспособность юридических лиц

Согласно ст. 34 Конвенции, юридическое лицо, утверждающее, что оно стало жертвой нарушения государством – участником Конвенции прав, гарантированных Конвенцией и Протоколами к ней, обладает процессуальной правоспособностью в Европейском суде только в том случае, если оно является «неправительственной организацией».

Правительственные организации, даже созданные в форме юридических лиц, не являются субъектами прав и свобод, предусмотренных Конвенцией, и не обладают процессуальной правоспособностью [5]. Понятие «правительственные организации», в отличие от «неправительственных организаций» по смыслу статьи 34 Конвенции, применяется не только к центральным органам государственной власти, но и к децентрализованным органам власти, осуществляющим «государственные функции», независимо от их автономии по отношению к центральным органам. К правительственным организациям относятся местные и региональные органы власти [6], муниципалитеты [7] или части муниципалитета, которые участвуют в осуществлении государственных полномочий [8]. Данные юридические лица не вправе подавать жалобу в соответствии со статьей 34 Конвенции [9].

Понятие «правительственная организация» включает в себя юридические лица, которые участвуют в осуществлении государственных полномочий или в оказании государственных услуг под контролем властей государства [10]. Для того, чтобы определить, относится ли какое-либо юридическое лицо, отличное от территориального органа, к указанной категории, необходимо учитывать его правовой статус и в соответствующих случаях права, которые предоставляет ему такой статус, характер деятельности, которую оно осуществляет, а также контекст осуществления данной деятельности и степень его независимости от политических органов [6, § 26; 11].

Юридические лица публичного права и их правоспособность

Публично-правовые юридические лица, которые не осуществляют государственных полномочий [12; 6, §§ 24–26; 13], при наличии определенных предпосылок могут быть признаны субъектами прав человека с предоставлением им процессуальной правоспособности.

Дело Святые монастыри против Греции (The Holy Monasteries v. Greece, Application no. 13092/87; 13984/88), 09 December 1994

Это дело заслуживает внимания прежде всего тем, что юридические лица публичного права были признаны субъектами прав человека при условии, что они не должны выполнять государственные функции.

В Греции законом № 1700/1987 были изменены правила, касающиеся руководства, управления и представительства всего церковного имущества монастырей греческой православной церкви. Эти функции были переданы в ведение Греческой церкви. Кроме того, закон предусматривал, что в шестимесячный срок с момента его опубликования государство становилось собственником всех владений монастырей за исключением тех случаев, когда монастыри могли доказать свой статус собственников, представив либо установленный законом документ регистрации права, либо окончательное судебное решение, вынесенное против государства.

В Суде Правительство Греции утверждало, что монастыри-заявители не являлись неправительственными организациями согласно Конвенции, поскольку они существовали в форме юридических лиц публичного права. Не соглашаясь на этот аргумент Правительства, Суд отметил, что монастыри-заявители не осуществляли государственных полномочий. Раздел 39 (1) Хартии Греческой церкви описывает монастыри как аскетические религиозные учреждения. Их цели - в основном церковные и духовные, но в некоторых случаях также

культурные и социальные - не таковы, чтобы их можно было причислить к правительственным организациям, созданным для целей государственного управления. Из классификации в качестве юридических лиц публичного права можно сделать вывод только о том, что законодательные органы – из-за особых связей между монастырями и государством - желали предоставить им такую же правовую защиту от третьих лиц, какую предоставляли другим юридическим лицам публичного права. Кроме того, единственная власть монастырских советов состояла в том, чтобы устанавливать правила, касающиеся организации и развития духовной жизни, а также внутреннего управления каждым монастырем (раздел 39 (4)). Монастыри находились под духовным надзором местного архиепископа (раздел 39 (2)), а не под надзором государства, и, соответственно, они являются субъектами, отличными от государства, от которого они полностью независимы.

Следовательно, по мнению Суда, монастыри-заявители должны рассматриваться как неправительственные организации, согласно Конвенции, и они обладают процессуальной правоспособностью обратиться в Суд.

По мнению Суда, устанавливая презумпцию собственности в пользу государства, закон № 1700/1987 перенес бремя доказывания на монастыри-заявители. Последние могут ссылаться на свое право собственности на оспариваемые земельные участки лишь в том случае, если это право основано на предусмотренном законом, должным образом зарегистрированном документе, на законодательном акте или на окончательном судебном решении, вынесенном в отношении государства, но не на приобретательную давность и не на окончательное судебное решение, вынесенное в отношении простого частного лица. Рассматриваемое в качестве собственника таких сельскохозяйственных и лесных угодий, государство автоматически само себе передает их в свое пользование и собственность. По мнению Суда, в данном случае речь идет не о простом процессуальном правиле, относящемся к бремени доказывания, а о существенном законодательном акте, имеющем своим следствием переход в государственную собственность спорных земельных участков в их полном объеме. Следовательно, право монастырей-заявителей на уважение их имущества подверглось вмешательству, которое расценивается как «лишение» собственности.

В 1952 году греческая законодательная власть приняла меры, направленные на экспроприацию значительной доли сельскохозяйственных угодий монастырей. Тем не менее, законодатель устанавливал тогда размеры возмещения в объеме одной третьей части от реальной стоимости изымаемых земель. В законе за № 1700/1987 никаких подобных положений не было. Наложив значительное бремя на монастыри-заявители, лишенные своей собственности, закон № 1700/1987 не соблюдает справедливого равновесия между различными интересами, присутствующими в деле, как этого требует Ст. 1 Протокола 1 Конвенции. Следовательно, имело место нарушение права монастырей на уважение их имущества. Суд отметил, что, лишив монастыри какой бы то ни было возможности обращаться в компетентные суды с любыми жалобами, относящимися к их правам собственности, которые они могли бы сформулировать в отношении греческого государства, третьих лиц или даже самой Греческой Церкви, а также возможности участвовать в подобном судебном производстве, закон № 1700/1987 посягал на самое существо их "права на судебное разбирательство".

Дело «Радио Франс и другие против Франции» (Case of Radio France and Others v. France (Application no. 53984/00), 30 March 2004

В решении «Радио Франс и другие против Франции» (№ 53984/00, ECHR 2003 - X) Суд резюмировал прецедентное право Конвенции, касающееся вопроса о том, квалифицируются ли территориальные органы и другие публично-правовые юридические лица как «государственные организации»:

«Из вышеупомянутых решений и суждений следует, что категория «правительственная организация» включает юридические лица, которые участвуют в осуществлении

государственных полномочий или осуществляют государственную службу под контролем правительства. Чтобы определить, подпадает ли какое-либо конкретное юридическое лицо, кроме территориального органа, под эту категорию, необходимо принять во внимание его правовой статус и, при необходимости, права, которые этот статус дает ему, характер осуществляемой им деятельности, контекст, в котором она осуществляется, и степень его независимости от политических властей».

Дело Австрийская радиовещательная корпорация против Австрии (Case of Österreichischer Rundfunk v. Austria, (Application no. 35841/02), 7 December 2006

В этом деле опираясь на принципы решения *Радио Франс*, Суд отметил, что Общественная телекомпания квалифицируется как «неправительственная организация» в свете ее редакционной независимости и институциональной автономии и имеет право подать жалобу в Суд.

В 1999 году заявитель (Австрийская радиовещательная корпорация) передал информацию об условно-досрочном освобождении главы неонацистской организации под названием «Внепарламентская оппозиция, верная народу» (Volkstreue Ausserparlamentarische Opposition - VAPÖ) г-на К., который был осужден на основании Закона о запрещении национал-социализма. В этом новостном сообщении также упоминался его заместитель г-н С., который ранее был осужден по этому закону и освобожден условно-досрочно пятью неделями ранее. Во время трансляции ненадолго была показана фотография депутата на суде. Депутат успешно возбудил дело в соответствии с Законом об авторском праве, и права заявителя на публикацию своей фотографии были ограничены. Судебный запрет, вынесенный национальными судами, запрещал Австрийской радиовещательной корпорации показывать фотографию С. с любым текстом.

Правительство Австрии утверждало, что заявитель был государственной, а не неправительственной организацией и, следовательно, не имел права обращаться в Суд. Европейский Суд оценил этот вопрос в свете положений, содержащихся в Законе об австрийском вещании 2001 г., и отметил, что заявитель не осуществляет государственных полномочий. Он предоставлял общественные услуги, и поэтому оставалось выяснить, находился ли он под контролем правительства. Его капитал, хотя и поступает из общественных средств, больше не принадлежит государству. Заявитель финансирует свою деятельность за счет платы за программу, которую он может установить самостоятельно. Совет Фонда контролирует управление и назначает генерального директора сроком на пять лет. Последний отвечает за деятельность заявителя и может быть отстранен от должности только Советом Фонда, действующим большинством в две трети голосов. Полномочия заявителя, изложенные в Законе 2001 г., обязывают его соблюдать требования объективности и разнообразия отчетности и сохраняя свою независимость, в частности, от государства и сторон. Члены Совета Фонда и Генеральный директор связаны только законом при исполнении своих функций и не получают никаких инструкций. Ряд положений указанного Закона гарантирует редакционную и журналистскую независимость сотрудников заявителя. Наконец, Федеральная комиссия по связи, которая следит за соблюдением заявителем Закона 2001 года, является независимым органом, состоящим из большинства судей.

Принимая во внимание все эти элементы, Суд не был убежден, что заявитель находился под «контролем государства». Более того, *Austrian Broadcasting* не имеет монополии на вещание, а работает в секторе, открытом для конкуренции. Суд подчеркнул, что даже в тех случаях, когда государственная вещательная компания в значительной степени зависит от государственных ресурсов для финансирования своей деятельности, это не считается решающим критерием, учитывая тот факт, что общественный вещатель находится в конкурентной среде. С учетом законодательной базы, которая обеспечивает редакционную независимость заявителя и его институциональную автономию, он квалифицируется как «неправительственная организация» по смыслу статьи 34 Конвенции.

Применяя критерии, изложенные в решении *Radio France*, Суд отметил, что заявитель, бесспорно, не осуществлял государственных полномочий. Он предоставляет общественные услуги, и поэтому еще предстоит выяснить, находится ли он под контролем правительства. В заключение Суд признал, что австрийский законодатель разработал структуру, которая обеспечивает редакционную независимость *Austrian Broadcasting* и ее институциональную автономию. Следовательно, *Австрийское вещание* квалифицируется как «неправительственная организация» по смыслу статьи 34 Конвенции и, следовательно, имеет право подать заявку.

Государственные компании и их правоспособность

В отношении **государственных компаний**, обладающих достаточной организационной и оперативной независимостью от государства, Европейский Суд признает процессуальную правоспособность [14; 15; 16; 17; 18; 19].

Дело «Исламик рипаблик оф иран шиппинг лайнс» против Турции (Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey (Application N 40998/98), 13 December 2007

Дело касалось произвольного удержания судна, перевозившего груз, в течение года по подозрению в контрабанде оружия. Заявителем по делу является государственная компания, действующая в условиях юридической и финансовой независимости.

В октябре 1991 г. турецкие власти захватили кипрское судно, зафрахтованное заявителем, по подозрению в том, что перевозившееся им оружие предназначалось для контрабанды. В отношении нескольких членов экипажа были возбуждены уголовные дела. В декабре 1991 г., после проведенного расследования, Министерство иностранных дел Турции подтвердило, что груз, перевозившийся заявителем, принадлежал Ирану, и его захват не может быть объяснен предполагаемым «состоянием войны» между Турцией и Кипром. Впоследствии турецкие суды оправдали членов экипажа и в декабре 1992 г. освободили судно. Позднее в рамках гражданского разбирательства заявитель не добился компенсации за ущерб, причиненный ему в результате захвата судна.

Правительство Турции утверждало, что заявитель не имел права обращения в Суд, поскольку являлся государственной корпорацией, которая не могла быть отделена от Правительства Исламской республики Иран. Однако Суд пришел к выводу, что поскольку деятельность компания регулировалась в соответствии с корпоративным правом, а сама компания была юридически и финансово независима от государства, то не имелось оснований полагать, что фактически жалоба была подана Исламской Республикой Иран.

Захват судна представлял собой контроль над использованием собственности в значении пункта 2 статьи 1 Протокола № 1. Стороны согласились, что вмешательство имело законную основу, однако разошлись во мнениях относительно пределов действия и содержания применимого законодательства. Хотя власти узнали через два месяца после захвата судна о том, что груз не является контрабандным и не представляет угрозы для турецкой национальной безопасности, ситуация оставалась неразрешенной еще год. Суд пришел к выводу, что судно должно было быть освобождено самое позднее в марте 1992 г., когда суд первой инстанции вынес соответствующее решение. Дальнейшее удержание судна являлось произвольным, поскольку основания для подозрений в контрабанде оружия отсутствовали, как отсутствовали какие-либо общие полномочия по захвату судна в связи с состоянием войны между Турцией и Кипром. Более того, учитывая отказ судов в удовлетворении требования заявителя о компенсации, вмешательство в имущественные права заявителя было несоразмерным.

Дело Словения против Хорватии, (Slovenie v. Croatia, no. 54155/16), 16 декабря 2020.

Данное дело заслуживает внимания тем, что юридическое лицо частного права, как акционерное общество, созданное государством и полностью подчиненное государству, не было признано субъектом прав человека согласно ст. 34 Конвенции.

Правительство Словении подало межгосударственную жалобу (статья 33 Конвенции) против правительства Хорватии, утверждая, что против Люблянского банка (Ljubljanska Banka) государством Хорватии была совершена серия нарушений конвенционных прав. Люблянский банк – это юридическое лицо, которое было создано в результате национализации имущества государственного банка бывшей Югославии и в момент подачи жалобы контролируемое Фондом наследия - правительственным агентством Словении.

В деле *Ljubljanska Banka D.D. против Хорватии* (реш.) [20], Суд уже признал недопустимой индивидуальную жалобу, поданную самим Люблянским банком: несмотря на то, что он являлся самостоятельным юридическим лицом, было установлено, что он не пользовался достаточной институциональной и оперативной независимостью от государства для того, чтобы считаться неправительственной организацией для целей статьи 34 Конвенции.

Опираясь на выводы в деле *Ljubljanska Banka D.D.*, Большая Палата Суда разъяснила, что государство – участники Конвенции не могут использовать межгосударственную процедуру для защиты интересов юридического лица, которое само не имеет права подавать индивидуальную жалобу в соответствии со статьей 34 Конвенции.

Принимая данное решение, Суд сослался на следующие аргументы. Во-первых, Большая Палата применила общий принцип, согласно которому Конвенцию следует рассматривать в целом и толковать таким образом, чтобы способствовать внутренней согласованности между ее положениями, включая юрисдикционные и процессуальные положения, такие как статьи 33 и 34 Конвенции. Это подразумевало, что значение и объем термина «неправительственная организация» должны быть одинаковыми для целей обоих этих положений.

Во-вторых, Большая палата приняла во внимание особый характер Конвенции как договора о правах человека, общепризнанного в международном праве. Даже в межгосударственном деле — это конкретный индивид, частное лицо, которое прямо или косвенно пострадало в результате нарушения Конвенции. Другими словами, только физические лица, группы физических и юридических лиц, которые квалифицируются как «неправительственные организации», могут быть субъектами прав в соответствии с Конвенцией, но не государство или любое принадлежащее ему юридическое лицо.

В-третьих, Большая Палата пришла к логическому выводу из принципа, определенного в деле *Kıncı против Турции* (справедливая компенсация) [21; 22], согласно которому любая компенсация, предоставляемая по межгосударственному делу, всегда должна быть в пользу отдельных потерпевших, а не в пользу государства. Таким образом, если Суд установит нарушение в межгосударственном деле, возбужденном от имени «правительственной» организации, то конечным бенефициаром любой суммы, присужденной в соответствии со статьей 41 Конвенции, будет только государство-заявитель. В настоящем деле Большая палата не видела причин отклоняться от выводов Палаты в вышеупомянутом деле *Ljubljanska Banka D.D. против Хорватии*, согласно которому Банк не являлся «неправительственной организацией» для целей статьи 34 Конвенции. Следовательно, государство-заявитель не имел права подавать межгосударственную жалобу с целью защиты своих интересов.

Таким образом, для решения вопроса о том, могут ли подать юридические лица жалобу о нарушении прав человека, предусмотренных в Конвенции, определяющим является их признание в качестве неправительственных организаций, что предполагает их полную независимость от государства. Даже созданные государством юридические лица могут быть признаны субъектами прав человека, при условии, что они не выполняют государственные функции.

Список использованных источников:

1. Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 3 Rn. 2-5.
2. Решение Европейского Суда по делу Ireland v. the United Kingdom, 18.01.1978, Series A, no. 25, p. 154.
3. Рекомендация Комитета министров Совета Европы от 18 декабря 2002 года Rec. (2002) 13 // www.coe.int.
4. Jacobs, White & Ovey, The European Convention on Human Rights, Sixth Edition, Oxford University Press, 2014, pp. 8 ff.
5. Решение Европейского Суда по делу Словения против Хорватии, 16 декабря 2020 (Slovenie v. Croatia, no. 54155/16).
6. Решение Европейского Суда по делу «Радиовещательная корпорация “Радио Франс” и другие против Франции» (Radio France and Others v. France) § 26, (Application no. 53984/00), 30 March 2004.
7. Решение Европейского Суда по делу «Аюнтамьенто де Мула против Испании» (Ayuntamiento de Mula v. Spain).
8. Решение Европейского Суда по делу «Департамент муниципалитета Антильи против Франции» (Municipal Section of Antilly v. France).
9. Решение Европейского Суда по делу «Дёшемеалты Беледиеси против Турции» (Döşemealtı Belediyesi v. Turkey).
10. Решение Европейского Суда по делу «Государственное коммунальное предприятие “Водовод Кралево” против Сербии» (JKP Vodovod Kraljevo v. Serbia), §§ 23–28, касающееся водоканала, проложенного муниципалитетом).
11. Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Котов против Российской Федерации» (Kotov v. Russia), § 93.
12. Постановление Европейского Суда по делу «Святые монастыри против Греции» (The Holy Monasteries v. Greece), § 49.
13. Решение Ев-16 Практическое руководство по критериям приемлемости Европейского Суда по делу «Австрийская общественная телерадиокомпания “Остеррайхшер Рундфунк” против Австрии» (Österreichischer Rundfunk v. Austria).
14. Постановление Европейского Суда по делу «Компания “Исламик рипаблик оф Иран шиппинг лайнс” против Турции» (Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey), §§ 80–81.
15. Постановление Европейского Суда по делу «Компания “Украина– Тюмень” против Украины» (Ukraine–Tyumen v. Ukraine), §§ 25–28.
16. Постановление Европейского Суда по делу «Национальный профессиональный союз занятости в сфере промышленности и торговли (ЮНЕДИК) против Франции» (UNÉDIC v. France), §§ 48–59.
17. Решение Европейского Суда по делу «Компания “Застава Ит Турс” против Сербии» (Zastava It Turs v. Serbia).
18. Решение Европейского Суда по делу «Государственная холдинговая компания “Луганскуголь” против Украины» (State Holding Company Luganskvugillya v. Ukraine).
19. Решение Европейского Суда по делу «Компания “Транспетрол, а.с.,” против Словакии» (Transpetrol, a.s., v. Slovakia).
20. Case Ljubljanska Banka D.D. v. Croatia (dec.), no. 29003/07, 12 May 2015.
21. Case Cyprus v. Turkey (Just Satisfaction) [GC], no. 25781/94, §§ 44-45, ECHR 2014.
22. Case Georgia v. Russia (Just Satisfaction) [GC], no. 13255/07, § 21, 31 January 2019.

ПРИНЦИПЫ ВЕДЕНИЯ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В АСПЕКТЕ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА: ТОЛЬКО ТЕОРЕТИЧЕСКОЕ ЗНАЧЕНИЕ ИЛИ УЖЕ КОМПОНЕНТ ПРАКТИЧЕСКОГО ПРИМЕНЕНИЯ КОРПОРАТИВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА?

Резюме

Прошло десять лет с момента опубликования знаковых Руководящих принципов ведения предпринимательской деятельности в аспекте прав человека (ООН) (2011 г.). Для тех, кто считает, что бизнес (как частный, так и государственный) должен играть (более) заметную роль в соблюдении прав человека, Руководящие принципы (UNGP) представляют собой один из положительных результатов развития в этой области.

Тем не менее, UNGP – это всего лишь «мягкое право». Данное обстоятельство сказалось таким образом, что при проведении соответствующей оценки соблюдение бизнесом стандартов в области прав человека было охарактеризовано как от «в основном плохого» до «очень плохого».

В этой связи, в своей англоязычной статье, расширяющей эти тезисы – которую я надеюсь опубликовать в недалеком будущем – я задаюсь вопросом, приведет ли привнесение (духа) UNGP в сферу законодательства, отражение упомянутых Руководящих принципов в конкретных правовых нормах к лучшему соблюдению прав человека бизнесом? И выражаю свое мнение по этому аспекту.

Но сначала я в упомянутой своей статье на английском языке сосредоточусь на последних изменениях в этом отношении в прецедентном праве. Рассмотренные мной *судебные решения* намечают путь разрешения споров в государственных судах Соединенного Королевства (Великобритании), Королевства Нидерландов и Канады, касающихся бизнеса и прав человека, в будущем. Это поможет компаниям, подпадающим под юрисдикцию этих стран, которые захотят (или, может быть, не особенно захотят, но должны) более серьезно относиться к правам человека в своей деловой деятельности (и в деловой деятельности их дочерних предприятий, а также поставщиков как материнских компаний, так и их дочерних организаций).

Это также может служить источником идей для ученых и практиков в других странах, которые могут быть связаны с вышеупомянутыми государствами, например, через корпоративную аффилированность. А существование такой аффилированности уже можно увидеть, в том числе, в Казахстане.

В вышеуказанных (а также в других рассмотренных мной) юрисдикциях, таких как Франция, Германия, и США, *существует законодательство* (или *предлагаются законодательные изменения*), которое уже требует (или, соответственно, потребует) от компаний уделять внимание (или большее внимание) стандартам в области прав человека. Например, как будет показано в моей статье на английском языке, законодательство, уже принятое в трех странах Европейского Союза (ЕС), обязывает компании (акции которых котируются на фондовых биржах) публиковать информацию о соблюдении ими норм в области прав человека. Правда, оценка таких законодательных новелл не однозначна: если правозащитники (и даже отдельные взятые компании) рассматривают такие законодательные меры как в целом положительные, другие общественные деятели считают, что единственным следствием такого законодательства является публичное преследование бизнеса.

Интерес казахстанских ученых и государственных чиновников к вопросам бизнеса и соблюдению прав человека уже прослеживается в публикациях и публичных выступлениях. Опыт регулирования и разрешения споров в других странах, описанный в моей статье на английском языке, позволит повысить актуальность этой темы для юристов и предпринимателей в Казахстане и регионе в целом. Это также позволит найти ответ на еще

один вопрос: следует ли (больше) переплести публично-правовое регулирование и частное право в Казахстане, регионе и за рубежом?

Общие выводы

Пытаясь пролить свет на ответ на вопрос, поставленный в названии настоящего выступления в рамках конференции 2021 года, посвященной празднованию пятидесятилетия доктора Фархада Сергеевича Карагусова, прежде всего задаюсь следующим вопросом: почему бизнес может быть заинтересован в соблюдении норм о правах человека?

В конце концов, многие исходят из того, что компании должны быть сосредоточены на получении прибыли в интересах своих акционеров и менеджеров. [1] Вытесняет ли такая «близорукость» в вопросе о получении прибыли сколько-нибудь значимое внимание к нормам о правах человека в повседневной практике ведения предпринимательской деятельности? Или, например, если в своей рекламе компании решили сослаться на соблюдение ими прав человека, могут ли такие действия рассматриваться лишь как «зашторивание окон»? [2]

Фактическое отсутствие сценария по соблюдению прав человека, по-видимому, подтверждается результатами недавно проведенной серии опросов 200 крупных компаний (в рамках проекта Corrogate Human Rights Benchmark (CHRB) эти 200 предприятий классифицируются по отраслям и странам). [3] При проведении этой оценки был осуществлен обзор соблюдения этими компаниями стандартов в области прав человека. Эта оценка осуществлялась на основе показателей, отражающих, в том числе, дух Руководящих принципов ведения предпринимательской деятельности в аспекте прав человека (ООН) (2011 г.). [4]

Результаты опроса (из отчета за 2019 год) были охарактеризованы как

«[...] в основном плохо, иногда очень плохо. [...] Примечательно, что 95 из этих 200 компаний получили нулевой балл по каждому показателю в теме должной осмотрительности в отношении прав человека». [5]

Тем не менее отмечено другими авторами, что «трудно найти убедительные доказательства реальной практики компании». [6] Хотя есть еще другой авторский коллектив, который исследовал этот вопрос. В их статье (2015 г.) раскрывается не совсем отрицательная картина в этой части горизонта предпринимательской деятельности в аспекте прав человека, и описывается «образовательный эффект судебных разбирательств по правам человека». В рамках их исследования были рассмотрены 41 судебное дело о нарушениях прав человека

«[...] и их влияние на корпоративную политику и поведение соответствующих компаний-ответчиков. Хотя ни одна из рассмотренных компаний не была признана виновной в нарушении прав человека, обзор показывает, что большинство из них, если не все, ввели или скорректировали свою политику в области прав человека вовремя или вскоре после проведения судебного разбирательства». [7]

Негативные результаты (такие, как следуют из отчета CHRB за 2019 года) могут частично обуславливаться тем обстоятельством, что UNGP, хотя и приобрели свою высокую значимость благодаря их «одобрению» ООН (их одобрение Советом ООН по правам человека отмечено как «[...] впервые ООН «одобрила» нормативный текст, переговоры по которому не согласовывались самими правительствами» [8]), остаются «мягким правом» (что означает, что бизнес не обязан соблюдать UNGP, и никакие юридические санкции не могут быть наложены на бизнес за несоблюдение UNGP, а государства, при этом, не обязаны принуждать частный (или даже государственный) бизнес соблюдать UNGP).

Структура «мягкого права» обычно предполагает только «суд общественного мнения», через который компания может быть осуждена за несоблюдение (или несоблюдение ее поставщиками) прав человека.

Действительно, «большая часть международного права является «мягким правом» в сопоставлении с жесткими нормами права на национальном уровне». [9] Тем не менее, подход «мягкого права» может способствовать укреплению общих норм; например, выдвигая на

передний план тех, кто помогает формировать мнения и политику, чем обычно бывает при чистом волонтаризме. Но даже подход «мягкого права» – в области бизнеса и прав человека – означает, что сведения о том, что компания выбрала (или не выбрала) соблюдение в своей деятельности стандартов прав человека, будут (вообще) общедоступными (здесь мы имеем в виду доступность не только для общественности в целом, а также инвесторов, государственных учреждений и агентств) только тогда, когда компания сочтет это целесообразным.

Несмотря на мрачную картину, которая может сформироваться из вышеупомянутой оценки CHRB за 2019 год, с учетом ограниченности среды применения «мягкого права», однако, можно представить причины, по которым бизнес *может начать учитывать (или в большей степени учитывать)* в своей деятельности нормы о правах человека. Например, будучи частью корпоративной стратегии, следование стандартам соблюдения прав человека может повысить компании:

- повысить свою продуктивность и мотивировать сотрудников оставаться в компании; [10] соответствовать потребительским тенденциям: «исследование Европейской комиссии 2013 года показало, что 80% европейцев заинтересованы в том, что компании делают, чтобы вести себя ответственно, но более 60% считают, что им не хватает информации по этому вопросу»; [11]

- генерировать доброжелательное восприятие компании со стороны населения в целом; хотя следует отметить, что оценка деловой репутации на основе соблюдения (несоблюдения) бизнесом норм о правах человека – задача не из легких; и это не учитывается в соответствии с действующими стандартами аудита; [12] однако ее все чаще называют социальной «лицензией на право ведения деятельности»: например, «[...] основана на давнем признании горнодобывающими компаниями необходимости укреплять добрую волю общества, если они хотят получить новые разрешения регулирующих органов». [13]

Опубликование и продвижение UNGP также направлено на то, чтобы подтолкнуть бизнес к серьезному отношению к правам человека – укреплению общих норм, упомянутых выше. В этом отношении примечательными являются слова профессора Ruggie, который – в качестве специального представителя Генерального секретаря ООН по вопросам бизнеса и прав человека – разработал UNGP:

«Как заметил César Rodríguez-Garavito, и, как мы и предполагали, их [UNGP] следует понимать также в их динамическом измерении (например, их способности подталкивать разработку новых норм и практик, выходящих за рамки первоначального содержания UNGP и повышение уровня соблюдения компаниями стандартов прав человека)». [14]

За принятием UNGP последовали другие позитивные изменения в данном вопросе. Например, в 2019 году Круглый стол деловых кругов США – руководители 200 крупнейших корпораций США – опубликовали новое заявление о «цели корпорации», подписанное представителями 181 его участников. В пресс-релизе отмечалось, что каждое предыдущее обновление руководства по корпоративному управлению одобряло принцип максимизации *акционерной стоимости*. Теперь же новое заявление обязывает подписавших его генеральных директоров «руководить своими компаниями на благо *всех заинтересованных сторон* – клиентов, сотрудников, поставщиков, сообществ и акционеров». [15]

Но могут ли быть причины, по которым бизнес *должен больше (или вообще) интересоваться правами человека?* В соответствующих разделах моей статьи на английском языке, я рассматриваю эти причины. Они обусловлены требованиями законодательства, что отражено в документах судебной практики, а также законодательных изменениях в Великобритании, некоторых государств-членов ЕС и в странах Северной Америки (Соединенных Штатах и Канаде).

Завершая свою статью на английском языке, я предлагаю читателю некоторые мысли об актуальности этой темы для казахстанских ученых и практиков права и – возможно, в первую

очередь – для казахстанских бизнесменов, а также для их акционеров и менеджеров (не забывая их правовых консультантов).

Как рассматриваемый процесс может иметь отношение к Казахстану?

Для тех, кто считает, что бизнес должен уделять (в большей степени) значимое внимание соблюдению прав человека, в том числе своими дочерними предприятиями и поставщиками, будет приятно узнать об интересе к UNGP в Казахстане.

Случаев, когда казахстанские юристы и законодатель вдохновлялись правовым мышлением в других юрисдикциях, слишком много, чтобы их здесь исчерпывающе перечислять. В этом отношении работа казахстанских мыслителей-правоведов по разработке Гражданского кодекса является лишь одним – хотя и очень впечатляющим – примером.

То, что UNGP изучаются в деловых и судебных кругах Республики Казахстан, в свою очередь, приводит к вопросу о том, как дух этих Руководящих принципов применяется в Казахстане (и в регионе). И здесь я использую именно слово «дух», потому что, например, в любом из трех английских судебных решений по делу *Lungowe* – по вопросам бизнеса и соблюдению прав человека – которое я достаточно детально анализирую в своей статье на английском языке [16; 17; 18], нет явной ссылки на UNGP. При этом заявления, представленные сторонами для изучения в порядке состязательности процесса разрешения спора и/или записки *amicus curiae*, представленные суду, содержат прямую ссылку на UNGP – например, в нескольких судебных делах в канадских (2016, 2017, и 2020 гг.), английских (2016-2019 и 2021 гг.) и американских судах (2016, 2018 и 2020 гг.).

Несомненно, продолжая проявлять интерес в Казахстане к вопросам бизнеса и прав человека, казахстанские юристы и практики также будут искать вдохновения в других юрисдикциях в этой области. Однако, как отражено в обзоре изменений в судебной практике и законодательстве отдельных юрисдикций, содержащемся в моей статье на английском языке, в настоящее время нет какого-то одного четкого пути двигаться вперед в данном направлении. В то же время есть много пищи для размышлений.

Но примеры, которые я привожу в моей статье на английском языке, отражают растущее участие государства в попытках улучшить ситуацию с соблюдением прав человека в секторе бизнеса.

При этом, помимо этих примеров имеется еще больше материалов, которые следует рассмотреть. Например, одним важным источником является критика со стороны тех, кто утверждает, что текущие законодательные изменения в том числе во Франции, Германии и Нидерландах – хотя и вполне впечатляющие – не являются достаточно далеко идущими.

У меня еще не было возможности ни тщательно анализировать общедоступные, полные тексты судебных решений в Казахстане (или где-либо в регионе), ни систематически рассматривать судебные дела в других крупных юрисдикциях за рубежом, в поисках достаточных доказательств того, как дух руководящего или направляющего инструмента может (или не может) применяться в судах.

При этом подчеркну, что судебная власть – это не единственное место, где можно посмотреть, как можно применять (дух) UNGP. Руководящие принципы UNGP также отражены в законодательных инициативах некоторых европейских стран и, например, Северной Америке. В своей статье на английском языке я привожу соответствующие примеры. И хотя эти примеры являются лишь избранными, я считаю, что они иллюстрируют подходы (и проблемы), которые должны представлять большой интерес для мыслителей-правоведов и законодателей в Казахстане.

Возможно, судебная практика в Казахстане уже отражает применение (духа) UNGP на практике. Чтобы определить, так ли это, я предлагаю в недалеком будущем разработать исследовательский проект с привлечением казахстанских ученых и практиков – и, возможно, специалистов по сравнительному праву из других юрисдикций (и, конечно же, привлечь для

этого соответствующее финансирование). Я твердо верю, что граждане и бизнес Казахстана заслуживают не меньшего.

Однако, даже если казахстанские суды еще не применили дух UNGP в судебных решениях (или если количество решений недостаточно, чтобы сформировать четкую картину), казахстанские бизнесмены, имеющие связи (сейчас или в будущем) с иностранными юрисдикциями – и юристы, которые их консультируют – тем не менее, поступают правильно, если обратят внимание на изменения в нормативной среде, подобные тем, которые описаны в моей статье на английском языке.

Правда, в деле *Lungowe* (рассмотренном в Великобритании) часть спора касалась надежности правосудия (*substantial justice*) в Замбии в свете финансирования и укомплектования штата юридических советников истцов в этом деле. Но в других значимых делах, также рассмотренных в Великобритании в течение последнего десятилетия с лишним – касающихся российской правовой системы – анализировались не раз и другие аспекты надежности правосудия страны. По мнению некоторых, проблемы с надежностью правосудия в России (которые отражены в тех значимых английских делах [19]) могут возникнуть точно так же и в Казахстане.

В связи с этим, когда казахстанские бизнесмены и их юридические советники уделяют должное внимание развитию законодательства в Великобритании, ЕС и в Северной Америке, они должны иметь больше возможностей для совершенствования корпоративного управления в своей внутренней и внешней деятельности соответственно. Если они этого не сделают, они могут обнаружить, что творческие юристы (в Казахстане или в других юрисдикциях) вполне могут подать против них иск в *иностранном* суд, ссылаясь на несоблюдение прав человека в их деловой деятельности (деятельность как в Казахстане, так в других юрисдикциях). Такие иски могут быть основаны на нормах иностранного (или даже местного) законодательства, а также на судебных решениях, аналогичных тому, что было по вышеупомянутому делу *Lungowe*, например.

Наконец, я настоятельно призываю моих коллег, специализирующихся на гражданском праве (из Казахстана, и кто находится в других странах), отказаться от критики, основанной на том, что они могут усмотреть регулирование – в сфере бизнеса и прав человека – как государственно-правовое вторжение в сферу частного права. Я считаю, что в критические моменты, такие как текущий период, мы никак не можем не согласиться с профессором Баракком (бывшим президентом Верховного суда Израиля), который пишет, что:

«[...] Подходящим механизмом, на мой взгляд, является тот, который признает применение прав человека, изложенных в Основных законах, к частному праву». [20]

Без какого-либо государственного регулирования не может быть всеобъемлющей и справедливой системы обеспечения соблюдения прав человека в сфере бизнеса. Самая трудная часть правильного решения – это баланс: слишком жесткое регулирование будет обременительным для бизнеса и, в конечном итоге, может отрицательно сказаться на тех, кого система должна защищать. Но полагаться только (или даже в первую очередь) на волонтаризм – или даже на «мягкое право» – будет недостаточным для их защиты в будущем. Это и не было недостаточно в прошлом, как показывают имеющиеся доказательства.

Благодарности и поздравления

Благодарю организаторов этого прекрасного мероприятия за приглашение выступить перед вами!

Рад увидеть многих дорогих коллег и друзей на этой платформе!

Сердечно поздравляю юбиляра!

Мои коллеги и я гордимся многими достижениями Фархада Сергеевича в его профессиональной и личной жизни! Мы очень рады, что он и его семья побывали и в Нидерландах и в Эстонии, и мы все надеемся снова увидеть его и его семью в Казахстане,

Нидерландах и в Эстонии! Мы очень хотим увидеть больше его опубликованных работ по вопросам права, деловой и юридической практики.

Всего вам самого наилучшего!
Спасибо большое за внимание!

Использованные источники:

1. Milton Friedman, «The Social Responsibility of Business Is to Increase its Profits», *The New York Times Magazine* (13 September 1970) // Reprinted at: <<http://websites.umich.edu/~thecore/doc/Friedman.pdf>>.
2. Ingrid Landau, «Human Rights and Cosmetic Compliance», 20(1) *Melbourne Journal of International Law* (2019), pp.221-247.
3. The Corporate Human Rights Benchmark (CHRB) project: annual reports (2017, 2018, 2019) // At: <<https://www.worldbenchmarkingalliance.org/corporate-rights-human-benchmark-2017-2019/>>.
4. Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations «Protect, Respect and Remedy» Framework (the resolution endorsing them is UN Document A/HRC/RES/17/4 (6 July 2011)) // At: <<https://digitallibrary.un.org/record/720245?ln=en>>.
5. Robert G. Eccles, «Human Rights Really Aren't All That Important: Just Ask 200 Leading Companies», *Forbes.com* (March 2020) // At: <<https://www.forbes.com/sites/bobeccles/2020/03/09/human-rights-really-arent-all-that-important-just-ask-200-leading-companies/>>.
6. John Gerard Ruggie, Caroline Rees & Rachel Davis, «Ten Years After: From UN Guiding Principles to Multi-Fiduciary Obligations», *Business and Human Rights Journal* (2021), pp.1-19, at 11.
7. Judith Schrepf-Stirling & Florian Wettstein, «Beyond Guilty Verdicts: Human Rights Litigation and Its Impact on Corporations' Human Rights Policies», 145(3) *Journal of Business Ethics* (2017), pp.545-563, at 547.
8. Ruggie *et al.*, *op.cit.* note 6, at 2.
9. Kenneth W. Abbott & Duncan Snidal, «Hard and Soft Law in International Governance», 54(3) *International Organization* (2000), pp.421-456, at 421.
10. Magda Donia *et al.*, «The Theorized Relationship between Organizational (Non)Compliance with the United Nations Guiding Principles on Human Rights and Desired Employee Workplace Outcomes», 12(5) *Sustainability* (2020), pp.2130-2143 (the authors propose a «bottom line advantage to respecting human rights in attracting and retaining top talent», *ibid.*, at 5).
11. Jolyon Ford, «Can Consumers and Market Actors 'Regulate' Corporate Reporting on Modern Slavery Risk?», *Business-humanrights.org* (6 Dec 2018) // At: <<https://www.business-humanrights.org/en/blog/can-consumers-and-market-actors-regulate-corporate-reporting-on-modern-slavery-risk/>>.
12. «Accounting for Companies' Human Rights Performance» (discussion paper). *shiftproject.org* (2019) // At: <<https://shiftproject.org/resource/accounting-for-companies-human-rights-performance/>>.
13. Ross Tieman, «Licence to Operate: Goodwill May Be Key to Gaining Green Light», *The Financial Times* (22 Jun 2011). Reprinted at: <<https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/licence-to-operate-goodwill-may-be-key-to-gaining-green-light/>>.
14. Ruggie *et al.*, *op.cit.* note 6, at 2.
15. «Business Roundtable Redefines the Purpose of a Corporation» (Business Roundtable, 19 August 2019) // At: <<https://www.businessroundtable.org/business-roundtable-redefines-the-purpose-of-a-corporation-to-promote-an-economy-thatserves-all-americans/>>.

16. *Lungowe & Others v. Vedanta Resources PLC & Konkola Copper Mines PLC*, [2016] EWHC 975 (TCC), (27 May 2016) // Reproduced at: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/2016/975.html>.
17. *Lungowe v. Vedanta*, [2017] EWCA Civ 1528, (13 October 2017) // Reproduced at: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2017/1528.html>.
18. *Vedanta Resources PLC & Another v. Lungowe & Others*, [2019] UKSC 20, (10 April 2019) // At: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0185-judgment.pdf>.
19. For example, *Michael Cherney v. Oleg Vladimirovich Deripaska*, [2008] EWHC 1530 (Comm), (3 July 2008) // At: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2008/1530.html>; and *Alexey Bazhanov & Another v. Arkadiy Fosman & Others*, [2017] EWHC 3404 (Comm), (17 January 2018) // At: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2017/3404.html>.
20. Aaron Barak, «Constitutional Human Rights and Private Law», III(2), *Revue d'etudes constitutionnelles* (1996), pp.218-281, at 281.

Е.В. Порохов

О СУБЪЕКТАХ ПРАВА И МЕЖОТРАСЛЕВОМ ПОДХОДЕ К ОПРЕДЕЛЕНИЮ ИХ ПРАВОВОГО СТАТУСА

1. В последнее время из практики правоприменения повсеместно начинает проследиваться проблема с определением правового статуса субъектов права в различных отраслях права. Причем проблема эта назрела как на межотраслевом уровне, так и на уровне отдельных отраслей права. Не обошла она стороной и публичное право. В особенности она стала заметной на фоне проводимой государством административной реформы [1] и предлагаемой цивилистами реформы системы юридических лиц и внедрения в нее новой категории «*юридические лица публичного права*» [2] наряду с уже существующей категорией «*государственные юридические лица*» [3, п.п. 14) ст. 1].

В связи с этим остро ощущается потребность в теоретической систематизации, законодательной классификации и тщательной правовой регламентации вопросов правосубъектности на новом витке исторического развития.

Общезвестно, что институт субъектов права занимает центральное место в системе права, поскольку в их интересах, их волею и поведением существует и реализуется весь механизм правового регулирования. Субъекты права являются активными элементами правовой системы. Именно они осуществляют деятельность, приводящую к результатам правового регулирования отношений и к изменению правового режима их объектов. Всякий субъект права имеет свои интересы, автономен в формировании и выражении своей воли и может самостоятельно строить свое собственное поведение в обществе в пределах признанной за ним правосубъектности и в рамках соответствующих отношений. Соответственно, всякий субъект права своими действиями (бездействием) через приобретение и реализацию прав и обязанностей может существенно влиять на состояние интересов и правовое положение как свое собственное, так и третьих лиц. От правового статуса, положения и поведения каждого субъекта права зачастую зависит юридическая судьба других субъектов и объектов права. Как правильно в свое время было замечено по этому поводу в литературе, «субъект-объектное различие есть отправная точка любой научной дисциплины, пункт, ее задающий и определяющий... ЛИЦО и ВЕЩЬ – активное и пассивное начало в праве... Категория лица – субъекта права и юридических отношений – исконно противопоставлялась понятию вещи» [4, с. 5].

И от того, кого государство изначально признает в качестве субъекта права и какой правосубъектности его наделит, в немалой степени зависит будущее самих правоотношений. Поэтому будущее тех или иных лиц в качестве субъектов права и участников конкретных правоотношений зависит: во-первых, от признания их государством в качестве субъектов

права и, во-вторых, от закрепленного государством за ними в нормах права характера и объема их правосубъектности.

При признании субъектов права государство вынуждено считаться с объективным существованием правосубъектных лиц, игнорировать которых в силу провозглашаемых им естественно-правовых ценностей оно уже не имеет права. Например, человек *не может быть не признан* государством в качестве субъекта права и участника правоотношений.

В других случаях государство не только признает тех или иных лиц субъектами права, но и непосредственно *создает* их в качестве таковых и само *наделяет* их правосубъектностью (например, *государственные органы*).

Вместе с тем, для государства тоже существуют определенные объективные критерии и ограничения для признания тех или иных лиц или их объединений субъектами права. К таковым относятся, прежде всего, объективные свойства самих лиц или их объединений: «1) известная внешняя обособленность; 2) персонификация (выступление вовне в виде единого лица – «персоны») и 3) способность вырабатывать, выражать и осуществлять единую волю» [5, с. 271]. Выход за эти разумные рамки чреват системными сбоями в работе всей правовой системы в целом и даже ее разрушением в конечном итоге.

Но в любом случае, независимо от того, само государство создает тех или иных субъектов права или же признает правосубъектность за уже существующими лицами, очевидно, что сами лица и их правосубъектность объективно находятся потом уже в некоторой степени независимо от государства. Не случайно в этой связи появление и существование в Конституции Республики Казахстан (РК) нормы п. 1 ст.13, согласно которой каждый имеет право на признание его правосубъектности.

Однако изначально выражение государством в праве своей суверенной воли по вопросу признания или непризнания тех или иных лиц, их объединений и новых образований субъектами своего или даже международного права может иногда существенно влиять на включение или исключение их из правового оборота и правовой действительности.

В отдельных случаях государство может в признании за кем-либо правосубъектности даже выйти за рамки общепринятых в теории права и в других отраслях права воззрений и положений.

Например, в целях налогообложения и административной ответственности за правонарушения в области налогообложения государство может признать налоговую и административную правосубъектность за структурными подразделениями юридических лиц наряду с самими создавшими их юридическими лицами: в нормах п/п. 57) п. 1 ст. 1 Налогового кодекса (НК) РК и ч. 1 и 2 ст. 34 Кодекса об административных правонарушениях (КоАП) РК Казахстан признает в качестве налогоплательщика и субъекта административной ответственности структурное подразделение юридического лица. Также, например, по налоговому законодательству РК, для целей НК РК *компания, организация или другое корпоративное образование*, созданные в соответствии с законодательством иностранного государства, рассматриваются в качестве самостоятельных юридических лиц независимо от того, обладают ли они статусом юридического лица иностранного государства, где они созданы [6, п/п. 67) п. 1 ст. 1].

В других случаях, не признавая субъектами права являющихся таковыми по законам другого государства лиц, государство, по сути, превращает их в пределах своей юрисдикции в «правовых призраков», «невидимок», лишенных всяких правовых способностей. В практике не исключены случаи, когда объективно лицо может существовать, а в нормах права конкретного государства оно может не признаваться в качестве субъекта права. Самым ярким примером из истории права является пример с рабами, которые не признавались субъектами права и правоспособными лицами, а являлись объектами права (вещами). Из современной истории такими примерами являются самопровозглашенные государства, не признанные другими государствами.

2. Как правило, признание правосубъектности за теми или иными лицами, их объединениями или созданными ими организациями осуществляется государством по

отраслевому принципу. Другими словами, каждая отрасль права в соответствующем законодательстве определяет, кто конкретно является ее субъектами и какова их правоспособность и дееспособность. Именно таким образом и развивалась во времени система взглядов и положений на вопросы правового статуса субъектов права в каждой отрасли права, пока не сформировалась в соответствующих отраслевых теориях субъектов права. Наиболее в этом прогрессе преуспела цивилистика со своей теорией лиц и их делением на физические и юридические лица.

Вместе с тем, с позиции каждого конкретного лица, его отраслевой статус субъекта права является составной частью его общего правового статуса. Каждое лицо является цельным, единым и неделимым. И соответственно, присущая каждому лицу правосубъектность и правовой статус тоже являются цельными, едиными и неделимыми с учетом индивидуальных особенностей этого лица.

Отраслевой статус каждого лица предопределяется, прежде всего, конституционными положениями об установлении, признании, защите правосубъектности и определении ее общих рамок. При этом, хотя конституционные нормы и имеют фундаментальное значение при определении отраслевого статуса субъекта права, тем не менее, и они не являются всеобъемлющими и исчерпывающими в характеристике лица как субъекта права. Государство в различных источниках права конкретизирует правовой статус лица в качестве субъекта того или иного права и потенциального участника всех возможных видов отношений, регулируемых различными отраслями права.

Это лишний раз доказывает, что отраслевой статус лица, с одной стороны, предопределяется, но полностью не исчерпывается, его конституционно-правовым статусом, а с другой стороны, является частью его общего правового статуса, устанавливаемого всеми отраслями права в совокупности.

В указанной связи необходима ревизия разделов общей теории права о субъектах права с учетом передовых идей, достижений и опыта всех отраслей права. Кроме того, дальнейшее определение и последующая корректировка правосубъектности любого лица или организации в любой отрасли права должны осуществляться системно, с учетом общей теории права, а также в комплексе и во взаимосвязи с другими отраслями права, чтобы не ущемить любое лицо или состоящих с ним в отношениях лиц в их общем или отраслевом правовом статусе, правовых способностях, а также в уже существующих или будущих правах.

В частности, введение в гражданско-правовой оборот категории юридических лиц публичного права и вытекающее из этого возможное лишение государственных органов прав юридического лица не должно повлечь за собой в будущем ущемления прав государства при осуществлении им через эти органы своих функций и полномочий в публичных имущественных отношениях.

Очевидно, что Национальный банк и органы казначейства государства как государственные органы, уполномоченные на непосредственное расчетно-кассовое обслуживание расчетно-кредитных организаций и исполнение государственного бюджета, не должны лишиться свойств и качеств юридического лица для полноценного осуществления операций с деньгами по счетам обслуживаемых ими лиц и обособленного их учета на своих счетах.

3. Очень важным для теории права и правоприменения является вопрос классификации субъектов права.

Именно классификация позволяет, с одной стороны, выявить наиболее общие признаки классифицируемого явления и выделить особенные черты всех входящих в него видов, а с другой стороны, упорядочить их в единой системе, определить закономерности их сосуществования, взаимодействия и дальнейшего развития.

Гражданское право осуществляет традиционную классификацию своих субъектов, используя родовое понятие «лицо» (persona).

Как отмечается по этому поводу в литературе, «появление фикции лица есть результат рефлексии европейских юристов, основанием для которой послужили практика, рецепция

римского права и анализ происходящих общественных процессов. В Новое время понятие лица позволило признать полностью правоспособным *de facto* и *de jure*: во-первых, человека, то есть любой человек стал полноправным субъектом права – физическим лицом, и, во-вторых, организованности – они стали юридическими лицами... Категория лица в сфере права универсальна и с развитием цивилистических отношений распространяется на все новые и новые явления гражданского оборота» [4, с. 8-9].

При этом пока все же не ясно, является ли категория «лицо» общеправовым и межотраслевым понятием или это сугубо цивилистическая категория, используемая только в гражданском праве для характеристики его субъектов. И если категория «лицо» является общеправовым и межотраслевым понятием, то применима ли в таком случае существующая в цивилистике классификация лиц на физических и юридических лиц в общей теории права и других его отраслях, кроме гражданского права?

Пока же по гражданско-правовой классификации субъектами гражданского права являются только лица. Соответственно, тот, кто не является лицом по гражданскому праву, не является субъектом гражданского права и не может быть участником гражданских правоотношений.

Для признания государства и его административно-территориальных единиц субъектами гражданского права и участниками гражданских правоотношений законодатель специально придал им статус, приравнивающий их участие в гражданских правоотношениях к участию в этих отношениях юридических лиц: согласно ст. 114 Гражданского кодекса (ГК) РК, к государству и административно-территориальным единицам применяются нормы, определяющие участие юридических лиц в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, если иное не вытекает из законодательных актов.

Такие гражданско-правовые нормы – это своего рода межотраслевой портал, позволяющий государству, его административно-территориальным единицам и государственным органам как публично-правовым образованиям участвовать в гражданском обороте и гражданских правоотношениях в качестве правосубъектных лиц без прав юридического лица или в качестве государственных юридических лиц на общих основаниях со всеми остальными субъектами по правилам гражданского права. Другими словами, государство и его административно-территориальные единицы признаются субъектами гражданского права и могут непосредственно участвовать в гражданском обороте через свои государственные органы, но пусть они сначала определятся для себя, через какие именно органы, в каких отношениях и в каком качестве они будут в них участвовать.

Кроме того, большинство государственных органов и организаций по существующей пока еще в РК системе субъектов гражданского права является юридическими лицами и существует в специально предусмотренных гражданским правом для них организационно-правовых формах государственного учреждения или государственного предприятия. По Закону РК «О государственном имуществе», государственные предприятия и государственные учреждения объединены общим понятием *«государственные юридические лица»* [3, п/п. 14] ст. 1].

Соответственно, их правосубъектность как юридических лиц в гражданском праве не подвергается никакому сомнению, по крайней мере, при их участии в гражданском обороте. Интересно отметить, что в положениях, являющихся учредительными документами государственных органов со статусом юридического лица, прямо указывается на то, что они являются как государственными органами, так и юридическими лицами в форме государственных учреждений. Такой двойственный статус государственных органов с правами юридического лица позволяет утверждать, что таким образом государство в качестве учредителя наделяет их как гражданской, так и публичной правосубъектностью в отдельности.

Таким образом, в гражданском праве государство, его административно-территориальные единицы и государственные юридические лица признаются правосубъектными лицами. В отношении гражданской правосубъектности остальных государственных органов и организаций, не являющихся юридическими лицами, гражданское право ничего специально не говорит, позволяя им лишь выступать в гражданских правоотношениях от имени

государства или его административно-территориальных единиц и отсылая их для этого к законодательным актам, положениям и иным актам, определяющим статус этих органов и устанавливающим их компетенцию [7, п. 2 ст. 111 и п. 2 ст. 112].

Компетенция определяется в публичном праве как возложенный законом на уполномоченный субъект объем публичных дел и включает в себя в качестве составляющих элементов: «а) нормативно установленные цели; б) предметы ведения как юридически определенные сферы и объекты воздействия; в) властные полномочия как гарантированная законом мера принятия решения и совершения действий. Сопутствующим элементом является ответственность за их неисполнение» [8, с. 55-56]. При этом ученые указывают на необходимость различать понятия правоспособность и компетенцию в публично-правовых и частноправовых целях. «Первичность статуса и компетенции как его элемента, «заданная» как бы извне, не исключает правоспособности органа. Осуществление прав юридического лица в цивилистическом смысле возлагается на вспомогательные обслуживающие структуры органов... Но в публично-правовых отношениях действует только официальный и уполномоченный представитель госоргана» [8, с. 64].

Благодаря гражданскому праву самым распространенным в праве является деление субъектов права на *физические и юридические лица*. В гражданско-правовой классификации субъектов права присутствуют непосредственно сам человек (физическое лицо) и юридическая фикция искусственно созданного другими лицами субъекта (юридическое лицо).

При этом человек является естественным (физическим от природы) субъектом права. Именно человек обладает той *первообразной и универсальной правосубъектностью*, благодаря которой все остальные создаваемые или признаваемые государством коллективные субъекты права впоследствии в производном порядке появляются в качестве субъектов права, становятся полноценными участниками правоотношений, обретают и реализуют в них свои права и обязанности.

Существуют различные подходы к обозначению человека в качестве субъекта права. В гражданском праве для обозначения человека как субъекта права используется категория «*физическое лицо*». В публичном праве наиболее распространенным является термин «*гражданин*» с той только оговоркой, что под гражданами понимаются не только граждане конкретного государства республиканской формы правления, но и иностранные граждане, иностранные подданные, лица без гражданства (*апатриды*) и лица с двойным гражданством или подданством (*битатриды*).

Что касается определения правового статуса юридических лиц, то заслуга в этом безусловно принадлежит, опять-таки, гражданскому праву. Именно в нем определяются понятие и виды юридических лиц. Во многом благодаря гражданскому праву другие отрасли права используют заимствованные в гражданском праве понятия при характеристике коллективных субъектов права. Не является исключением в этом отношении и публичное право.

Юридическое лицо представляет собой *юридическую фикцию* – условное допущение существования в правовой действительности лица при его отсутствии в реальной жизни (*нереального, физически не существующего лица*). С самого начала категория «юридическое лицо» была призвана выделить волевые и имущественные возможности физического лица в относительно автономное от него условное лицо для его участия в гражданском обороте в качестве самостоятельной субъектной единицы и обособить его правовые способности и возможности от правовых способностей и возможностей создавшего его лица.

Особенностью существования в Казахстане организаций с правами юридического лица является то, что они подлежат обязательной государственной регистрации в государственных регистрирующих органах и считаются созданными с момента такой регистрации. Ликвидация организации с правами юридического лица также производится в порядке, предусмотренном гражданским законодательством, и завершается внесением соответствующей записи в Национальный реестр бизнес-идентификационных номеров.

Вопросам регламентации правового статуса организаций с правами юридических лиц в Казахстане посвящены как гражданско-правовые, так и межотраслевые законодательные акты РК, такие как: ГК РК, законы РК «О некоммерческих организациях», «Об общественных объединениях», «О политических партиях», «О профессиональных союзах», «Об акционерных обществах», «О хозяйственных товариществах», «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью», «О производственном кооперативе», «О потребительском кооперативе», «О жилищных отношениях», «О государственном имуществе».

ГК РК в первую очередь раскрывает понятие юридического лица, определяет виды и формы юридических лиц, понятие и содержание их правосубъектности и устанавливает требование к их государственной регистрации. ГК РК также устанавливает различные критерии и виды классификации юридических лиц. Каждая из классификаций может иметь самостоятельное значение для определения правосубъектности и правового статуса юридических лиц. Принадлежность юридического лица к тому или иному виду юридических лиц обуславливает возможные в будущем права и обязанности для каждой конкретной категории юридических лиц.

Правда, в дальнейшем при классификации юридических лиц гражданское право переходит уже к использованию в качестве родового понятия категории «*организация*», которое, кстати, является родовым понятием при определении самого понятия «юридическое лицо» [7, п. 1 ст. 33]. Полагаем, что это не случайно, поскольку организация действительно является более широким понятием по отношению к организации с правами юридического лица. Как правильно отмечается по этому поводу в литературе, «очевидно, что не всякая организация может получить статус юридического лица. Претендент должен соответствовать форме, определенной в законе, и пройти процедуру получения этого статуса, то есть быть признанным государством» [4, с. 8-9]. Также естественно предположить, что могут специально создаваться, существовать и функционировать организации без прав юридического лица, в отношении которых государством может быть не установлено требование об их обязательной государственной регистрации в качестве юридического лица для признания их правосубъектности в той или иной сфере деятельности или отрасли права. Тот же пример - с правительством, акиматами или местными судами в публичном праве.

Другой наиболее распространенной и практически значимой является существующая законодательная классификация юридических лиц на коммерческие и некоммерческие организации.

Казахстанский ученый-цивилист Ф.С. Карагузов предлагает в качестве критериев разграничения коммерческих и некоммерческих организаций установление следующих критериев: (а) допустимости распределения дохода компании среди ее участников (акционеров) и (б) скорее всего, в качестве дополнительного критерия - обязательности использования дохода некоммерческой организации на уставные цели ее деятельности [2].

В свою очередь, по указанному гражданско-правовому критерию классификация государственные юридические лица могут быть поделены на государственные предприятия как коммерческие организации и государственные учреждения как некоммерческие организации.

3. В публичном праве дело с определением состава субъектов права и их классификацией обстоит гораздо сложнее.

Состав субъектов публичного права не охватывается только лицами, понимаемыми в качестве таковых по гражданскому праву, а их классификация не исчерпывается простым делением субъектов права на физических и юридических лиц.

Субъектами публичного права являются *граждане (физические лица), объединения граждан (социальные группы, сообщества и общности), организации с правами юридического лица, организации без прав юридического лица, в том числе государство, его административно-территориальные образования (единицы), государственные органы, объединения организаций.*

Отдавая должное гражданскому праву в создании и развитии учения о юридических лицах как субъектах права, следует все же указать на существование других, не учитываемых гражданским правом, коллективных субъектов права, таких как *объединения* и *организации* без прав юридического лица, которые имеют межотраслевое значение.

К объединениям граждан (физических лиц) могут относиться: *семья, трудовой коллектив, население административно-территориальной единицы (местное сообщество)* [9, п/п. 6) ст. 1], *народ*.

К организациям, не обладающим правами юридического лица, относятся такие властные субъекты права, как *правительство, местные суды, акиматы (местные исполнительные органы)* [9, п/п. 4) ст. 1]. В отдельных случаях самостоятельными субъектами права и участниками правоотношений могут признаваться даже структурные подразделения юридического лица [6, п/п. 57) п. 1 ст. 1].

Кроме того, одним из важных и практически значимых критериев законодательной классификации субъектов права становится критерий их социального предназначения и принадлежности их деятельности к публичной или частной сфере.

Очевидно, что отдельные субъекты права изначально создаются, существуют и функционируют в публичном интересе и ко всеобщему благу (государство, административно-территориальные образования, государственные органы).

Другие субъекты права созданы, существуют и функционируют исключительно в частном интересе. Они не призваны реализовывать и не реализуют в своей деятельности публичных функций (хозяйственные товарищества, производственные кооперативы).

При этом сфера деятельности и тех, и других является межотраслевой. Они в равной степени могут выступать участниками как частноправовых, так и публично-правовых отношений в зависимости от характера и объема их отраслевой правосубъектности, т.е. признания и закрепления за ними государством правового статуса в той или иной отрасли права.

Совсем другое дело, что первые из них могут быть как властными участниками публично-правовых отношений, так и равноправными участниками частноправовых отношений, а вторым по их сути изначально предназначено быть только подвластными участниками публично-правовых отношений или равноправными участниками частноправовых отношений.

Наиболее приемлемым в публичном праве является деление субъектов права на *индивидуальных и коллективных субъектов*. К числу первых относятся все граждане (физические лица). К числу вторых относятся: государство, административно-территориальные образования (единицы), государственные органы, государственные и негосударственные организации с правами или без прав юридического лица, социальные объединения (группы, сообщества, общности).

Гражданин в публичном праве точно так же, как и физическое лицо в гражданском праве, в своем понимании ассоциируется с человеком. Принято также говорить о гражданах как об индивидуальных субъектах права (от лат. *individuum* – неделимое). Субъектами публичного права признаются все граждане, независимо от их принадлежности к тому или иному гражданству (подданству), его отсутствия или прочих индивидуальных политических, экономических или социальных особенностей.

Вместе с тем, гражданство (подданство), возраст, дееспособность, образование, опыт работы и прочие индивидуальные особенности гражданина могут накладывать свой отпечаток на его *правовой статус* в целом и *правовое положение в конкретных правоотношениях* в частности.

Существует мнение, что к индивидуальным субъектам права относятся также *должностные лица или государственные служащие* в целом. «К индивидуальным субъектам административного права относятся также государственный служащий или должностное лицо. Они занимают государственные должности в государственных органах власти, находятся в устойчивых и непрерывных организационных отношениях с указанными

органами; их статус одинаковым образом регламентирован нормативными правовыми актами; они осуществляют компетенцию государственных органов и имеют для этого соответствующие государственно-властные полномочия; выполняют действия и принимают решения от имени государственных органов (при этом они – индивидуальные субъекты права)» [10, с. 126].

Однако, на наш взгляд, данные лица, хоть и устойчиво, но все равно временно пребывают в своем должностном положении в качестве участников служебных (должностных) отношений и не перестают от этого быть физическими лицами. Как отмечает по этому поводу Ю.Н. Стариков, «между государственным служащим и государством (государственным органом) на определенном этапе возникает конкретное государственно-служебное правоотношение, характеризующееся наличием взаимных прав, обязанностей, ограничений и запретов, ответственности и других атрибутов правового статуса государственного служащего» [10, с. 291].

Следовательно, пребывание гражданина как индивидуального субъекта права в государственной должности (на государственной службе) и появление у него соответствующего положения должностного лица (государственного служащего) в этих и других отношениях предопределено вступлением этого гражданина в соответствующие служебные правоотношения с государством. При отсутствии таких отношений у гражданина не может быть и особого качества в его характеристике – государственного служащего или должностного лица. Другими словами, субъектом права в данном случае будет по-прежнему являться гражданин (физическое лицо), а его статус должностного лица будет характеризовать его уже как участника конкретных правоотношений, возникающих у него с государством в рамках государственной службы.

По большому счету характеристика физического лица как гражданина тоже осуществляется через призму существования у этого физического лица отношений гражданства с государством. Поэтому корректнее именовать человека в праве физическим лицом, что в очередной раз указывает на универсальность и общеправовой и межотраслевой характер теоретических разработок цивилистики по вопросу о субъектах права.

Физические лица могут объединяться в социальные группы, сообщества и общности (*объединения*), а могут также создавать (учреждать) организации – «коллективы индивидов, которые могут самостоятельно, от своего имени, выступать в качестве субъектов права» [5, с. 288]. И высшей формой объединения индивидов и создания ими политической организации общества является государство. Как правильно было замечено в свое время еще классиками марксизма, «индивиды должны конституировать свою волю в виде государства, придавать своей воле всеобщее выражение в виде государственной воли, в виде закона. Выражение этой воли, обусловленной их общими интересами, есть закон» [11, с. 322-323].

При этом организации в отличие от объединений будут характеризоваться устойчивостью, постоянством, единством воли и цели, целостностью, организационным единством, внутренней структурой и наличием органов управления. Организации могут создаваться и существовать как с правами юридического лица, так и без прав юридического лица.

Организации с правами юридического лица, как правило, подлежат обязательной государственной регистрации. В данном случае публично-правовой институт государственной регистрации организаций с правами юридических лиц носит межотраслевой характер и призван проверять соответствие создаваемых организаций и их деятельности законодательству, удостоверить факт создания таких организаций, вести их учет в едином государственном реестре, подтверждать их существование и предоставлять заинтересованным лицам интересующую их и находящуюся в публичном доступе информацию о созданных юридических лицах. Другими словами, государственной регистрации должны подвергаться не только организации-субъекты частного права (акционерные общества, хозяйственные товарищества, производственные и потребительские кооперативы, ОСИ), но и организации-

субъекты публичного права (политические партии, профессиональные союзы, религиозные объединения, государственные предприятия и учреждения).

В качестве субъектов публичного права государством могут признаваться *социальные группы, сообщества и общности*, представляющие собой коллективных субъектов в виде *объединений граждан*, но не обладающие при этом признаками организаций (*например, семья, трудовой коллектив, население административно-территориальной единицы, народ*). Такие субъекты имеют по законодательству государства особенности своего правового статуса.

В настоящее время отдельные социальные группы, сообщества и общности по-прежнему сохраняют свой вес, значимость и регламентацию в праве (как, например, семья, местное сообщество или народ). Другие, напротив, утратили со временем свои позиции в качестве субъекта права, и государство перестало упоминать их в источниках своего права.

Например, в свое время самостоятельным субъектом права и активным участником общественных процессов был *трудовой коллектив*. Он признавался государством в нормах права в качестве самостоятельного субъекта права, за ним признавались и закреплялись права. Последнее упоминание о трудовом коллективе как о субъекте права в Казахстане сохранилось только в Законе РК «О профессиональных союзах» от 09.04.1993 г. (ст. 12, 13) до его отмены в связи с принятием нового Закона РК «О профессиональных союзах» от 27.06.2014 г. Хотя ранее по законодательству об аренде, о приватизации трудовой коллектив часто упоминался в качестве самостоятельного субъекта права: например, в ст.ст. 10, 16, 17, 19, 21, 23 Закона Казахской ССР от 22.02.1990 г. № 4517-ХІ «Об аренде» (утратил силу в соответствии с Законом РК от 12.04.1993 г. № 2123-ХІІ), ст.ст. 10, 13, 16, 18 Закон РК от 22.06.1991 г. № 695-ХІІ «О разгосударвлении и приватизации» (с изменениями, внесенными Законом РК от 12.04.93 г. № 2118-ХІІ; Указами Президента РК от 17.03.95 г. № 2135; от 05.10.95 г. № 2489) (утратил силу в соответствии с Указом Президента, имеющим силу закона, от 23.12.1995 г. № 2721).

В качестве самостоятельного субъекта права государством может признаваться *семья и различного рода семейно-трудоовые или семейно-предпринимательские объединения* (крестьянские (фермерские хозяйства), семейные предприятия) [12, пп.1) п.2 ст.41 и ст.42]. Согласно пп, 29) п. 1 ст. 1 Кодекса РК «О браке (супружестве) и семье», *семья* – круг лиц, связанных имущественными и личными неимущественными правами и обязанностями, вытекающими из брака (супружества), родства, свойства, усыновления (удочерения) или иной формы принятия детей на воспитание и призванными способствовать укреплению и развитию семейных отношений.

Первичным естественным социальным объединением физических лиц является *семья*. В научной литературе по вопросу признания семьи субъектом права до сих пор не существует однозначного мнения. В теории права семья, как правило, не признается в качестве субъекта права. Н.И. Матузов по данному поводу указывает, что «не всякий коллектив людей может выступать вообще субъектом права. Например, семья... Субъектами права являются лишь более или менее значительные, устойчивые, постоянные образования, которые характеризуются единством воли и цели, а также определенной внутренней организацией. Это не случайные и не временные соединения граждан или каких-то структур» [13, с. 519].

Хотя те же приведенные Н.И. Матузовым критерии признания коллективного субъекта субъектом права как нельзя лучше подходят именно к семье. Трудно на сегодня назвать более значимое, устойчивое и постоянное образование, чем семья, которая меняя свои формы, существует на протяжении тысячелетий и по истории своего существования в качестве объединения может соперничать с другими социальными группами.

Также трудно отказать семье и в единстве ее воли и цели. Как писали в свое время К. Маркс и Ф. Энгельс: «Первое разделение труда было между мужчиной и женщиной для производства детей» [14, с. 23]. Действительно, приоритетнее, естественнее и значимее цели для всего человечества трудно даже представить. А реализуется эта цель усилиями семьи. *Семья* – это специфическая группа, характеризующаяся общностью совместно проживающих лиц, объединенных взаимными правами и обязанностями [15, с. 90]. Не откажешь указанному

образованию и во внутрисемейной, выстроенной тысячелетиями, организации, приведшей в итоге к появлению родовых общин, а затем уже цивилизованного общества и государства.

Семья, не будучи лицом, тем не менее, признается коллективным субъектом права (малой группой, основной ячейкой общества), объединяющим в себе лиц на основе вытекающих из их брака или родства общности их личных интересов, эмоциональных потребностей, чувств и переживаний, имущественных и личных неимущественных прав и обязанностей.

Таким образом, как основная ячейка общества, семья представляет собой устойчивое социальное объединение лиц (коллективный субъект права), совместно проживающих и ведущих общее хозяйство на основе брака мужчины и женщины (супруги) или на основе кровного и (или) юридического родства иных членов семьи (деды, родители, дети, внуки, братья, сестры). Как коллективный субъект права семья может выступать, например, участником налоговых правоотношений в качестве единого (консолидированного) налогоплательщика. В настоящее время казахстанский законодатель не упоминает отдельно семью в качестве субъекта налогового права и участника налоговых правоотношений. Хотя на определенных этапах развития налогового законодательства РК интересы семьи все-таки учитывались казахстанским законодателем при налогообложении. Так, в соответствии с Законом РК от 24.04.1995 г. «О налогах и других обязательных платежах в бюджет» семья специально определялась законодателем в норме п/п. 40) ст.5 как совместно проживающие и ведущие общее хозяйство супруги, дети и родители. В соответствии с нормой п.п.1 и 2 ст. 28 указанного Закона физическое лицо имело право на вычет в размере одного МРП за каждый месяц, в котором получен доход, в течение налогового года на себя и каждого члена его семьи, состоящего на его иждивении. Эта же норма существовала в п/п. 2) п. 1 ст. 152 НК РК от 12.06.2001 г. вплоть до 2006 г., пока не была исключена Законом РК от 07.07.2006 г. № 177-III. Под *семьей* в ней понимались совместно проживающие и ведущие общее хозяйство супруги, дети и родители (в том числе временно отсутствующие). Соответственно *иждивенцем* признавался член семьи налогоплательщика, проживающий за счет его дохода и не имеющий самостоятельного источника дохода за месяц в размере, превышающем МРП.

В других государствах семья признается коллективным субъектом права и может участвовать в правоотношениях в качестве самостоятельного участника (например, в Германии и Японии).

Другой разновидностью социальной общности является *местное сообщество* (население административно-территориальной единицы), которое определяется как совокупность жителей, проживающих на территории соответствующей административно-территориальной единицы, в границах которой осуществляется местное самоуправление, формируются и функционируют его органы [9, п/п. 6) ст. 1]. Местное сообщество осуществляет местное самоуправление на своей территории и реализует предоставленные ему законом права и обязанности на своих сходах и собраниях в отношениях с государством, его органами и иными лицами по вопросам, затрагивающим интересы членов местного сообщества.

Народ как исторически сложившаяся общность людей, как объединение постоянно проживающих на территории конкретного государства граждан также признается в качестве коллективного субъекта права.

Практически все современные государства в своих конституциях признают и провозглашают единственным источником своей власти народ [16, с. 75, 151, 251, 314]. Соответственно, как единственный источник власти, принимающий основной закон государства, учреждающий государство, избирающий главу государства и представителей в законодательный и местные представительные органы, делегирующий государственным органам свою власть, народ повсеместно признается коллективным субъектом права.

Не является в этом отношении исключением и Казахстан, в Конституции которого записано, что единственным источником государственной власти является народ, который осуществляет власть непосредственно через республиканский референдум и свободные выборы, а также делегирует осуществление своей власти государственным органам [17, ст. 3]. Как суверен и источник власти, народ принимает Конституцию, избирает главу государства и

своих представителей в законодательный орган, делегирует законодателю полномочия на принятие законов, на признание за лицами правосубъектности и установление для них обязательств и ответственности. Право выступать от имени народа принадлежит главе государства, а в случаях, предусмотренных законом, и законодателю.

Таким образом, народ как исторически сложившаяся общность людей, объединенных общей исторической судьбой, общей территорией своего проживания, общей государственностью на этой территории, суверенным правом, общими идеалами и ценностями, и определенным местом в мировом сообществе, представляет собой самостоятельный коллективный субъект права.

Помимо того, что постоянно проживающие на одной территории граждане могут объединяться в сообщество (нацию, народ), они также могут учреждать на своей территории государство как политическую организацию.

Само государство позиционирует себя в праве как лицо, обладающее своими собственными интересами и правовыми способностями, в том числе способностью вступления в правоотношения, обретения и осуществления в их рамках прав и обязанностей. Поэтому государство – это тоже полноценный субъект права, роль и место которого изначально предопределены его властным статусом. Именно властный статус государства отличает его от всех остальных субъектов права.

Однако не всегда обладание публичной властью указывает на то, что такая власть может быть автоматически реализована субъектом права в своих отношениях. В ряде случаев в принципе обладающий публичной властью субъект права вступает в правоотношения без ее использования.

Например, государство может быть участником гражданского оборота и гражданских правоотношений на началах юридического равенства и свободы договора [7, ст. 111]. Соответственно, в таких случаях государство уже не может использовать в частноправовых отношениях с равноправными субъектами свою публичную власть для достижения своих целей.

Например, при осуществлении на территории другого иностранного государства частноправовой деятельности государство может автоматически стать участником частноправовых отношений. В таком случае, по теории *функционального (ограниченного) иммунитета* [18, с. 273], государство уже не может указывать на свой публично-правовой (властный) статус в отношениях с другим государством для получения иммунитета от его юрисдикции.

Другими словами, изначально властный статус государства и его суверенитет в пределах его юрисдикции не исключают также возможности его участия в частных и даже вытекающих из них публичных правоотношениях в качестве подчиненного субъекта (например, налогоплательщика) в пределах действия юрисдикции другого государства-суверена.

В качестве суверена государство представлено в отношениях с третьими лицами своими органами. Сам народ наделяет законодателя по Конституции компетенцией и полномочиями. Другие органы государства наделяются полномочиями либо также народом по Конституции (глава государства, орган конституционного контроля, высший судебный орган), либо законодателем по закону (правительство), либо иными вышестоящими государственными органами.

Государственные органы представляют собой вид субъектов права, которые хотя и действуют от имени и в интересах государства, тем не менее, обладают самостоятельной властной правосубъектностью (*компетенцией*) наряду с ним и другими субъектами публичного права, создаются и наделяются государством соответствующими функциями и полномочиями.

В законодательстве РК *государственный орган* определяется как *организация* государственной власти, осуществляющая от имени государства на основании Конституции РК, законов и иных нормативных правовых актов РК функции по изданию актов, определяющих общеобязательные правила поведения; управлению и регулированию

социально значимых общественных отношений; контролю за соблюдением установленных государством общеобязательных правил поведения [1, п/п. 25) п. 1 ст. 4].

Полномочия государственных органов в публичном обороте не являются в полном смысле субъективными правами самих этих органов, реализация которых или отказ от которых зависели бы полностью от их собственного усмотрения. Осуществляемые государственными органами субъективные права в публичных правоотношениях принадлежат самому государству.

Полномочие государственного органа в публичном обороте представляет собой его *компетенционную обязанность*, от исполнения которой он не вправе отказаться. Полномочие государственного органа должно осуществляться в строгом соответствии с императивными предписаниями закона. В тех случаях, когда законодатель предоставляет государственным органам в предусмотренных законом случаях и ограниченных им пределах свободу усмотрения при принятии ими решений по относящимся к их компетенции вопросам (*административная дискреция*), государственные органы должны действовать разумно, добросовестно и справедливо, в интересах государства и не допуская при этом никаких нарушений прав и законных интересов других участников публичных правоотношений.

При этом государственные органы не вправе выходить за рамки своей компетенции и предоставленных им полномочий. Властные полномочия должны реализовываться государственными органами в соответствии с поставленными перед ними целями и задачами, в рамках их компетенции, без злоупотреблений и иного рода нарушений законных прав и интересов других участников правоотношений. При осуществлении своей деятельности государственные органы также не могут присваивать себе компетенцию и полномочия других органов государства.

В силу принципов государственного суверенитета, единства государственной власти, разделения ее на законодательную, исполнительную и судебную ветви и взаимодействия их между собой с использованием системы сдержек и противовесов, государство и его специализированные органы по вопросам своей компетенции являются самостоятельными субъектами права, каждый из которых создан и существует в единственном числе. Это значит, что на территории данного государства в пределах действия его суверенитета и юрисдикции создаются только органы данного государства с делегированной им компетенцией и полномочиями и не могут быть созданы и действовать с использованием власти другие государства, государственные образования и (или) государственные органы с аналогичной или дублирующей компетенцией.

Другими словами, на территории одного суверенного государства не могут осуществлять свою власть другие государства или их органы, равно как не могут одновременно и параллельно быть созданы и функционировать на одной и той же территории государственные органы с дублирующей компетенцией и полномочиями.

Все государственные органы представлены в правоотношениях индивидуальными субъектами права – конкретными физическими лицами, которые пребывают в государственной должности и становятся вследствие этого *должностными лицами государства или его государственного органа и другими государственными служащими*.

При отсутствии в Казахстане какой-либо системной регламентации вопросов правосубъектности государственных органов в отраслях публичного права определение правосубъектности и правового статуса государственных органов осуществляется интуитивно где-то на основе норм гражданского права, а где-то по усмотрению самих государственных органов и их должностных лиц.

Как правило, министерства как центральные органы исполнительной власти, их ведомства, а также их территориальные подразделения являются по положениям о них юридическими лицами, существующими в организационно-правовой форме государственного учреждения.

Например, согласно п.п. 1 и 4 Положения о Министерстве финансов РК, утвержденного постановлением Правительства РК от 24.04.2008 г., Министерство финансов РК является

центральным исполнительным органом РК и юридическим лицом в организационно-правовой форме республиканского государственного учреждения. Согласно п. 4 и 2 Положения о Комитете государственных доходов Министерства финансов РК, утвержденного приказом Министра финансов РК от 14.06.2016 г. № 306, Комитет государственных доходов МФ РК является юридическим лицом в организационно-правовой форме республиканского государственного учреждения и имеет территориальные органы, являющиеся юридическими лицами в форме государственных учреждений, создаваемых и упраздняемых Правительством РК, к которым относятся: департаменты государственных доходов по областям, городам республиканского значения и столицы, управления государственных доходов по районам, городам и районам в городах и на территории свободных (специальных, особых) экономических зон, а также специализированные государственные учреждения.

А вот суды, за исключением Верховного Суда РК, юридическими лицами не являются. Верховный Суд РК – единственный суд в РК, который является юридическим лицом, существующим в организационно-правовой форме государственного учреждения. Верховный Суд РК зарегистрирован в качестве юридического лица Департаментом юстиции г.Астана (Свидетельство о государственной регистрации юридического лица от 12.01.1998 г.). Но вот кем и почему принято решение о том, что Верховный Суд РК является юридическим лицом в организационно-правовой форме государственного учреждения, а все остальные суды таковыми не являются, из существующих законодательных актов, положений и иных актов не понятно. Аналогичная картина наблюдается и в Российской Федерации [19].

Интересно при этом отметить, что в соответствии с Указом Президента РК от 03.11.2010 г. «Об утверждении Положения о Департаменте по обеспечению деятельности судов при Верховном Суде РК (аппарате Верховного Суда РК)», созданный при Верховном Суде РК департамент по обеспечению деятельности судов (аппарат Верховного Суда РК) является государственным органом и юридическим лицом в организационно-правовой форме государственного учреждения. Указанный Департамент осуществляет организационное и материально-техническое обеспечение деятельности Верховного Суда РК, местных и других судов, вступает в гражданско-правовые отношения от собственного имени и имеет право выступать стороной гражданско-правовых отношений от имени государства, если он уполномочен на это в соответствии с законодательством. Соответственно, при местных судах областного и городского уровней созданы республиканские государственные учреждения «Администраторы областных и городских судов Департамента по обеспечению деятельности судов при Верховном Суде РК (аппарата Верховного Суда РК)».

Но только вот в Конституции РК и Конституционном Законе РК от 25.12.2000 г. «О судебной системе и статусе судей РК» ничего не говорится о том, что Верховный Суд РК должен быть именно юридическим лицом, а все остальные суды не должны быть таковыми. Равно как и в НК РК ничего не говорится о том, что центральный и территориальные налоговые органы должны быть все без исключения юридическими лицами в форме государственного учреждения.

Вывод отсюда напрашивается один. Вопросы правосубъектности государственных органов и наделения их статусом юридического лица в предусмотренных ГК формах решаются в каждом конкретном случае индивидуально по усмотрению учредителей этих государственных органов в отсутствие какой-либо единой правовой основы и унифицированного подхода к решению этих вопросов.

Примерно по имеющейся в настоящее время схеме существования судов как государственных органов без прав юридического лица и функционирования при них департамента и администраторов по обеспечению деятельности судов с правами юридического лица в форме государственного учреждения предлагается реформа существующей системы юридических лиц в части внедрения юридических лиц публичного права.

Так, в частности, профессор Ф.С. Карагусов в числе выводов, сформулированных рабочей группой по разработке концепции юридических лиц публичного права, указывает на то, что

«государственные органы не должны иметь самостоятельную гражданскую правосубъектность, и они не должны признаваться юридическими лицами». Другими словами, предлагается после введения института юридических лиц публичного права законодательно лишить государственные органы, в настоящее время обладающие статусом юридического лица, этого статуса.

Однако, подобная реформа в гражданско-правовой плоскости не решит сама по себе существующих и вновь возникших с ее проведением проблем с определением статуса государственных органов в публичном праве. Очевидно, что нужна комплексная и системная реформа всех субъектов права, включая субъектов публичного права, а не только юридических лиц публичного права. В публичном праве должна быть сформирована и законодательно закреплена система субъектов публичного права с определением их понятия, состава, видов, характера и объема их правосубъектности. Очевидно также, что принятое в гражданском праве традиционное определение состава субъектов права и их классификация будут не достаточны для их применения в публичном праве в случае их механического заимствования.

4. Вместе с тем, сложившиеся в правовом сознании большинства людей стереотипы до сих пор невольно побуждают их связывать существование правосубъектности у коллективных субъектов права с наличием у них статуса юридического лица по гражданскому праву.

Юридическое лицо в гражданском праве стало универсальной категорией, распространяемой по инерции на всех остальных субъектов иных отраслей права, которые не являются физическими лицами. По критерию наличия или отсутствия у коллективного субъекта статуса юридического лица часто судят о наличии у него правосубъектности в целом во всех иных отраслях права наряду с гражданским правом.

Очень интересной в этом отношении представляется норма подпунктов 1) и 3) п.3 ст.61 Конституции РК, в соответствии с которой Парламент вправе издавать законы, которые устанавливают основополагающие принципы и нормы, касающиеся *правосубъектности* физических и юридических лиц, а в отношении государственных органов – нормы, касающиеся всего лишь только *основ их организации и деятельности*.

Другими словами, по принятой народом Казахстана на всенародном голосовании Конституции РК, в законах устанавливается правосубъектность только физических и юридических лиц, а в отношении государственных органов должны устанавливаться основы их организации и деятельности. В такой своей редакции конституционная норма невольно наводит на мысль о том, что у *государственных органов, не являющихся юридическими лицами*, правосубъектности по Конституции не существует, а существуют лишь основы их организации и деятельности. При подобном толковании конституционной нормы государственные органы, не являющиеся юридическими лицами, не обладают правосубъектностью, т.е. не признаются самостоятельными субъектами права.

И как бы в подтверждение этой мысли звучат другие конституционные нормы, ведущие речь только о лицах как об обладателях прав и свобод, т.е как о субъектах права: «Каждый обязан соблюдать Конституцию и законодательство РК, уважать права, свободы, честь и достоинство *других лиц*». «Осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать прав и свобод *других лиц*, посягать на конституционный строй и общественную нравственность [17, п. 1 ст. 34].

В свете существования указанных конституционных норм и их соответствующего толкования, впоследствии, при проведении реформы системы юридических лиц и внедрении в нее новой категории «юридические лица публичного права», создание таких юридических лиц, их отделение от государственных органов и лишение государственных органов статуса юридических лиц, по предложению разработчиков концепции юридических лиц публичного права в РК, может иметь далеко идущие правовые последствия.

Вместе с тем, право знает многочисленные примеры существования и признания государством в различных отраслях права правосубъектности за организациями, в том числе государственными органами, не обладающими статусом юридического лица. Например,

правительство, акиматы или местные суды по законодательству РК. Значит, наличие у объединения или организации статуса юридического лица и его государственной регистрации в регистрирующих органах не всегда является обязательным для признания такой организации субъектом соответствующей отрасли права.

В указанной связи возникает ряд следующих вопросов об обоснованности и корректности использования категории юридического лица в публично-правовой регламентации и классификации субъектов права:

1) Понятие «юридическое лицо» является общеправовым и межотраслевым понятием или все-таки это сугубо цивилистическое понятие, которое используется исключительно в целях гражданского оборота и не может быть заимствовано и перенесено в публичное право в силу специфики регулируемых гражданским правом отношений?

2) Если понятие «юридическое лицо» (даже применительно к участвующим в гражданском обороте государственным субъектам) останется только достоянием гражданского права, то что в таком случае делать публичному праву со своими субъектами, не являющимися лицами (ни физическими, ни юридическими) по определению гражданского права? Кому, когда, как и в каком порядке их создавать, признавать, подтверждать и определять характер и объем их правосубъектности?

3) Государство и его административно-территориальные образования будут презюмироваться и признаваться юридическими лицами только в гражданском обороте и гражданских правоотношениях? А во всех остальных случаях государство, его образования и органы, не являющиеся юридическими лицами, будут считаться совокупностью должностных лиц и государственных служащих, состоящих на государственной службе, или же все-таки самостоятельными организациями без прав юридического лица?

Никто не будет оспаривать тот факт, что категория «лицо» и классификация лиц на юридических и физических повсеместно используются различными отраслями публичного права: конституционного, административного, финансового, гражданского процессуального и др. в своих сферах правового регулирования. И другой альтернативы этому нет, поскольку возникновение публично-правовых отношений с участием именно этих категорий субъектов права является продолжением их частноправовой деятельности в деликтной или оспариваемой части, только уже в публично-правовой плоскости по правилам публичных отраслей права: их привлечение к юридической ответственности, их участие в разрешении споров и связанных с ними судебных разбирательствах.

Например, осуществление организациями, являющимися юридическими лицами, своих прав и обязанностей в нарушение установленных законом правовых норм и (или) прав других участников отношений может приводить к административным правонарушениям, вследствие чего такие юридические лица могут становиться субъектами административной ответственности наряду с физическими лицами. Следовательно, классификация субъектов административного права на юридических и физических лиц в целях административного права тоже имеет право на существование. Хотя в санкциях Особенной части КоАП тоже пока нет единых подходов к определению и классификации субъектов административной ответственности.

5. Как известно, публичные правоотношения отличает их властный характер. В основе возникновения и существования публичных правоотношений лежат, прежде всего, публичные интересы, удовлетворение которых осуществляется зачастую за счет частных интересов других лиц.

Этим обусловлена необходимость использования в регулировании публично-правовых отношений преимущественно односторонне-властного метода. Соответственно, односторонне-властный метод регулирования публично-правовых отношений накладывает отпечаток на статус всех субъектов публичного права. В силу своего предназначения одни субъекты публичного права будут во всех или в большинстве случаев занимать только властное положение – *властные субъекты права (народ, государство, межгосударственные объединения, административно-территориальные образования, государственные органы)*, а

другие, соответственно, только подвластное и никогда властное (*частные лица и негосударственные организации*). В указанном контексте будущее субъектов публичного права изначально определяется государством в публично-правовых нормах путем установления характера и объема их публичной правосубъектности.

Правовой регламентацией вопросов правосубъектности государство по своей воле в зависящей от него части изначально предопределяет *все будущие возможности* таких субъектов публичного права, которые никогда не смогут самостоятельно изменить их. Но это утверждение касается только *всех будущих возможностей*, то есть *способностей субъектов права*, пределы которых изначально устанавливаются государством, и за рамки которых субъекты права уже не могут выходить в своем поведении в будущем.

В определенных случаях, в зависимости от ситуации, один и тот же субъект публичного права может одновременно занимать в разных публичных правоотношениях и *властное*, и *подвластное* положение по отношению к разным участникам отношений. Например, гражданин в одних публичных правоотношениях может выступать должностным лицом государственного органа, а в других – налогоплательщиком.

В настоящее время не исключено также участие субъекта публичного права одновременно как в публичных, так и в частных правоотношениях.

Например, государственный орган со статусом юридического лица может выступать уполномоченным органом государства, реализующим его властные функции и полномочия в отношениях с подвластными субъектами, и одновременно он может выступать покупателем в договоре купли-продажи канцелярских товаров и мебели, необходимых ему для осуществления своей деятельности. В таком случае для участия государственного органа в частноправовых отношениях ему необходима гражданская правосубъектность и, соответственно, статус юридического лица на заключение и исполнение от своего имени гражданско-правовых сделок.

В случае же лишения государственных органов статуса юридических лиц и автоматической утраты ими после этого своей гражданской правосубъектности государственные органы впредь не смогут уже выступать участниками гражданских правоотношений и будут выполнять только своиственные им публичные функции в рамках существующих для этого публичных правоотношений. Обеспечивать удовлетворение частных интересов и потребностей государственных органов в имущественных благах, необходимых им для их нормальной деятельности, будут уже специально создаваемые для этих целей аппараты, администраторы, секретариаты или канцелярии при государственных органах, т.е. юридические лица публичного права, являющиеся субъектами гражданского права и обладающие необходимой гражданской правосубъектностью.

В таком случае, действительно, государственным органам как организациям государственной власти и субъектам публичного права с властной компетенцией для осуществления своих публичных функций совсем не нужен будет уже статус юридических лиц по гражданскому праву и гражданская правосубъектность.

В целом же, по итогам проведенного исследования современного состояния правового регулирования в РК вопросов правосубъектности и правового статуса субъектов права вообще и субъектов публичного права в частности, можно резюмировать, что решение данного вопроса находится в плачевном состоянии, носит случайный, разрозненный и бессистемный характер, нуждается в своем переосмыслении. Система субъектов права РК нуждается в своем коренном реформировании как на уровне теории права, так и на уровне законодательства и практики его применения.

Список использованных источников:

1. Административный процедурно-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 29 июня 2020 года, введенный в действие с 01 июля 2021 года.

2. Карагузов Ф.С. О необходимости проведения реформы системы юридических лиц и восприятия концепции социальных предприятий в Республике Казахстан // https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=32474621#pos=6;-106 (дата обращения: 07.07.2021).
3. Закон Республики Казахстан от 1 марта 2011 года № 413-IV «О государственном имуществе» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 06.07.2021 г.) // ИПС «Әділет». – URL: <https://adilet.zan.kz/rus/docs/Z1100000413> (дата обращения: 07.07.2021).
4. Грешников И.П. Субъекты права. – Ч.1: Юридическое лицо в праве и законодательстве. – Алматы: Издательство «LEM», 2001. – 220 с.
5. Алексеев С.С. Собрание сочинений. В 10 т. Том 3: Проблемы теории права: Курс лекций. М.: Статут, 2010. - 781 с.
6. Кодекс Республики Казахстан от 25 декабря 2017 года № 120-VI «О налогах и других обязательных платежах в бюджет (Налоговый кодекс)» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 24.06.2021 г.) // ИПС «Әділет». – URL: <https://adilet.zan.kz/rus/docs/K1700000120> (дата обращения: 07.07.2021).
7. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть), принят Верховным Советом Республики Казахстан 27 декабря 1994 года (с изменениями и дополнениями по состоянию на 01.07.2021 г.) // ИПС «Әділет». – URL: <https://adilet.zan.kz/rus/docs/K940001000> (дата обращения: 07.07.2021).
8. Тихомиров Ю.А. Теория компетенции. – М.: 2005. - 354 с.
9. Закон Республики Казахстан от 23 января 2001 года № 148 «О местном государственном управлении и самоуправлении в Республике Казахстан» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 12.07.2021 // ИПС «Әділет». – URL: <https://adilet.zan.kz/rus/docs/Z010000148> (дата обращения: 12.07.2021).
10. Административное право: учебник / Д.Н. Бахрах, Б.В. Россинский, Ю.Н. Стариков. 3-е изд., пересмотр. и доп. М.: Норма, 2008. - 816 с.
11. Маркс К., Энгельс Ф. Полное собрание сочинений. Т.3, С. 322-323.
12. Кодекс Республики Казахстан от 29 октября 2015 года № 375-V «Предпринимательский кодекс Республики Казахстан». – URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=38259854#pos=887;-18 (дата обращения: 25.08.2021).
13. Теория государства и права / под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. М.: Юристъ, 2000. С. 519.
14. Маркс К., Энгельс Ф. Немецкая идеология // в кн.: Избранные произведения в 3 томах. Т. 1. М.: Политиздат, 1985. С. 23
15. Международное гуманитарное право / под ред. А.Я. Капустина. М.: Высшее образование, Юрайт-Издат, 2009. С. 90.
16. Конституции зарубежных государств: учебное пособие / Сост. проф. В.В.Маклаков. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2003. С. 75, 151, 251, 314.
17. Конституция Республики Казахстан (принята на республиканском референдуме 30 августа 1995 года) (с изменениями и дополнениями по состоянию на 23.03.2019 г.) // ИПС «Әділет». – URL: <https://adilet.zan.kz/rus/docs/K950001000> (дата обращения: 07.07.2021).
18. Сулейменов М.К. Государство и контракты // в кн.: Частное право Республики Казахстан: история и современность. Собрание сочинений в 9 томах. Том 7: Иностранные инвестиции и недропользование. Алматы: Юридическая фирма «Зангер», 2011. С. 273.
19. Письмо Федеральной налоговой службы от 15.09.2017 г. № ГД-3-14/6173 «О предоставлении разъяснений».

ГОСУДАРСТВО РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН КАК СМЕШАННАЯ ЮРИСДИКЦИЯ

Введение

Относительно понятия и содержания правовой системы в литературе идет непрерывающаяся научная дискуссия. Не вдаваясь в анализ этой дискуссии, выскажем только точку зрения, к которой пришли в результате такого анализа. Правовая система охватывает все национальное право в целом. Правовая система – это системное качество правовой настройки, она позволяет соотнести ее с другими системами, в особенности с другими нормативными системами общества, в частности, с социальными нормами (моральные, религиозные нормы и т.п.).

Правовая система состоит из компонентов (подсистем): система права, правосознание, правовая деятельность, формой которой выступают правоотношения [1, с. 122-123].

Выдающийся компаративист Р. Давид, создавший классификацию правовых систем мира, писал:

«Каждое политическое общество мира имеет свое собственное право. Кроме того, нередко бывает, что внутри одного и того же государства сосуществует несколько правовых систем. Так, например, в США, в ФРГ, в Швейцарии наряду с федеральным правом существует право отдельных штатов, земель, кантонов. Эта множественность права характерна не только для федеративных государств; в старой Франции было огромное количество кутюмов, партикулярное право существовало в Каталонии и Арагоне наряду с общим правом Испании; в Англии шотландское право отличается от английского...»

Те несколько типов, к которым можно свести существующее право, иногда называют системами права. Этот термин не очень удачен, так как его более правильно применять в совсем другом смысле, а именно для обозначения комплекса отраслей, которые в данной стране образуют национальное право. Терминологией, на наш взгляд, более удачной, хотя и менее приемлемой, является выражение «семь правовых систем» [2, с. 38-47].

Из этого можно сделать вывод, что применительно к отдельно взятой стране Р. Давид применял термин «правовая система», а к применительно к типу правовой системы он использовал термин «семь правовых систем».

Компаративисты, исследующие проблемы сравнительного правоведения, предлагают самые различные варианты классификации семей правовых систем, но, если не считать религиозные правовые системы (ислам, иудаизм) и традиционное право, классификация в основном сводится к двум семьям правовых систем: континентальная или романо-германская правовая семья и англо-саксонская (англо-американская) или семья общего права (common law).

Смешанные юрисдикции

Существуют страны, в которых мирно сосуществуют сразу две или даже несколько правовых систем.

Рене Давид об этом упоминает, как можно видеть из вышеприведенной цитаты. Он также употреблял термин «смешанная» с отсылкой на западное и внезападное смешение [3, с. 30]. Между тем еще в 1999 г. Ф.П. Уолтон заявил, что правовые системы Шотландии, Луизианы и Квебека являются вызовом классификации, находясь в промежуточном положении между общим и континентальным правом [4, с. 282, 291].

Однако объектом детальных исследований смешанные юрисдикции стали лишь во второй половине XX в.

Прежде всего необходимо определить разницу между понятиями «смешанная правовая система» и «смешанная юрисдикция». По объему они обозначают одно и то же, то есть - государство, в котором действует одновременно две или более правовые системы.

Термин «смешанная юрисдикция» используется для того, чтобы указать только территорию, в рамках которой существует смешанная правовая система и действуют ее нормы, а не само внутреннее содержание смешанной правовой системы. Таким образом, эти два термина соотносятся между собой как форма и содержание [5, с. 71-72], [6, с. 3-4].

Между тем преобладающей среди компаративистов является точка зрения, что практически все правовые системы объективно смешаны.

Например, авторы проекта «Смешанные правовые системы» из Университета Оттавы (Канада) считают, что это понятие применимо к почти половине современных правовых систем. Ими выделяется 11 групп правовых систем смешанного типа: 1) континентального и общего права; 2) континентального и обычного права; 3) континентального и мусульманского права; 4) общего и обычного права; 5) общего и мусульманского права; 6) континентального, мусульманского и обычного права; 7) общего, мусульманского и обычного права; 8) континентального, общего и обычного права; 9) общего, континентального, мусульманского и обычного права; 10) континентального, общего, иудейского и мусульманского права; 11) мусульманского и обычного права [7].

Исходя из такого подхода, к «смешанным» относят системы, находящиеся под влиянием множества других систем [8, с. 480].

По мнению М. Мило и Дж. Смитса, прилагательное «смешанное» может иметь разное значение, к примеру: «сочетание различных правовых источников», «сочетание больше чем одного кодифицированного акта в пределах страны, которые действуют в пределах определенной области или культуры», а также «сочетание различных действующих кодифицированных актов, применимых в пределах всего государства» [9, с. 421].

Как считает профессор У. Телли, смешанная правовая система – это «та, в которой действующее право выведено более чем из одной правовой традиции или семьи», а под термином «смешанная юрисдикция» понимается страна или административно-территориальная единица страны, в которой преобладает смешанная правовая система [10, с. 597]. А профессор Е. Орюджю вообще сравнивает процесс «смешения», пользуясь гастрономической терминологией, с «полуфабрикатом», где результат до конца неизвестен, пока пирог полностью не приготовлен, а вероятность порчи сохраняется до последнего момента [11].

При таком подходе, когда любое включение элементов общего права в правовую систему континентального права рассматривается как смешанная правовая система, Казахстан, не глядя можно объявлять смешанной юрисдикцией, особенно после принятия закона об имплементации английского и европейского права, так как какие-то нормы общего права в правовой системе Казахстане можно обнаружить.

Поэтому нам больше импонируют концепции, в соответствии с которыми государство считается смешанной юрисдикцией только тогда, когда в нем вторая правовая система занимает если не равноправное, то достаточно значимое место.

В качестве приемлемого приведем следующее определение:

«Смешанная правовая система – это стратифицированная система, образуемая путем объединения двух слоев права с примерно одинаковой юридической значимостью и авторитетом, отражающая сложившиеся в них представления об источниках права, правовой культуре, методах толкования и судебной системе, выстроенные по одному или нескольким классифицированным критериям» [6].

Основным для нас в этом определении является фраза «объединение двух слоев права с примерно одинаковой юридической значимостью». Нельзя, на наш взгляд, считать смешанный правовой системой страну, где имплементировано сравнительно небольшое по сравнению с правовым массивом государства количество правовых норм.

Вторым признаком классификаций смешанных юрисдикций можно назвать историческую обусловленность возникновения смешанной юрисдикции.

Возьмем для примера классические смешанные юрисдикции и как они создавались. С учетом этого можно определить примерный возраст этих юрисдикций.

Шотландская система – старейшая, так как она приобрела отличительную смешанную идентичность в 1707 г. Следующими в хронологическом порядке идет Квебек (период 1763-1774 г.г.) [12, с. 26], штат Луизиана (между 1803-1812 г.г.) [13, с. 67] и Южная Африка (1809) [14, с. 1]. Филиппины и Пуэрто-Рико вступили в круг в 1898 г., по завершении испано-американской войны и установления американского правления. Израиль обладает самой молодой юрисдикцией. Его система стала смешанной в конце XX столетия не через иностранное наложение, а из-за внутренних демографических и культурных изменений в пределах нового еврейского государства [15, с. 525-552], [16, с. 25]. Действительно, Израиль и Шотландия – единственные государства этого вида, которые свободно избрали смешанную систему и сделали это как независимые страны. Другие действовали по принуждению [17, с. 6-34].

Кроме того, в последнее время стала развиваться теория гибридных и плюралистических правовых систем. Приведем определения:

Плюралистическая, или слоистая, правовая система – это квазисмешанная правовая система, содержание которой отражает особенности процесса формирования национального права и сложный этнорелигиозный состав населения, различия регионов страны. Примером могут служить правовые системы Ливана, Танзании, Камеруна. Так, правовая система Танзании носит плюралистический характер, отражающий особенности процесса формирования национального права и сложный этнорелигиозный состав населения. Основными элементами правовой системы являются английское общее право, мусульманское право и обычное африканское право.

Гибридная правовая система – это квазисмешанная правовая система, в которой соединяется более двух правовых традиций. Например, наряду с наиболее выделяющимся массивом общего и гражданского права присутствует и ряд других, легко заметных правовых массивов в виде религиозных или обычных норм. Такова, к примеру, правовая система Ботсваны, элементами которой являются римско-голландское право, английское общее и местное обычное право. Первое преобладает в сфере гражданского права, второе – в области уголовного права и процесса, а также современного торгового права, третье – в брачно-семейных, наследственных и земельных отношениях [6].

Выделение гибридных и плюралистических систем связано с историческими аспектами развития права. Смешанные юрисдикции изначально развивались либо на стыке двух классических западных юрисдикций (романо-германской и англо-саксонской), либо на стыке западного права с восточным правом (религиозным или традиционным). Исходя из этого выделяется две группы смешанных юрисдикций: гибридные и плюралистические. В свою очередь, в гибридных выделяется два типа: примыкающие смешанные системы (скандинавское и латиноамериканское право) и локальные смешанные системы (право Шотландии в Великобритании, право Квебека в Канаде, право Луизианы в США) [18, с. 30-31].

Не углубляясь в детальный анализ этих понятий, посмотрим, насколько они применимы к правовой системе Казахстана.

Является ли Казахстан «смешанной юрисдикцией»? Выбор места правовой системы Казахстана в составе той или иной правовой семьи.

Частное право Республики Казахстан является неразрывной частью семьи континентального права. Оно сформировалось под влиянием советского гражданского права, которое, в свою очередь, уходит корнями в германское право. То же самое можно сказать и относительно публичного права.

После обретения самостоятельности перед Казахстаном встала проблема выбора пути, по которому должно развиваться законодательство. Собственно, выбор у Казахстана был не очень большой. Было 3 варианта: 1) мусульманское право; 2) обычное право; 3) континентальное (романо-германское) право; 4) англо-саксонское (общее) право.

Мусульманское право и обычное право в Казахстане не имеют никакой перспективы. Казахстан объявлен светским демократическим государством. Тем более за 70 лет коммунистического господства остатки шариата были выкорчеваны. Больше перспектив имело обычное право (адат), в казахском обществе он был более значим, чем шариат. Адат до сих пор применяется в бытовых отношениях. Но в праве сейчас применение обычного права тоже малоперспективно.

Собственно, борьба шла между двумя правовыми доктринами. Мы пытались строить новую правовую систему, взяв все лучшее из континентальной системы права. Американские советники пытались ввести в нашу правовую систему как можно больше норм common law (общего права). Отдельные попытки удавались, но в целом все эти атаки удалось отбить.

Казахстан, безусловно, принадлежит к романо-германской правовой семье, где в основе законодательства лежит гражданский кодекс.

Имплементация английского права

Можно выделить два аспекта имплементации: 1) имплементация норм иностранного права в гражданское законодательство; и 2) внедрение прецедента в судебную систему Казахстана.

1) имплементация норм английского права в гражданское законодательство (частноправовые аспекты правовой системы Казахстана)

Несколько лет назад в Казахстане были предприняты попытки имплементации в гражданское законодательство Казахстана английского права. Цивилисты Казахстана выступили резко против внедрения норм чужеродного нам общего права. Были предприняты значительные усилия для того, чтобы свести эти попытки к внесению точечных изменений в гражданское законодательство, и чтобы подменить такую имплементацию имплементацией принципов и норм европейского права.

В целом это удалось. В проекте предполагаемого закона не был затронут раздел о вещных правах, которые имеют в Англии очень большую специфику, включены вполне разумные нормы о корпорациях. В этом проекте в основном отражены те предложения, которые высказывались в ходе обсуждения проблемы имплементации английского и европейского права, причем больший крен сделан в сторону имплементации именно родственного нам европейского права.

В то же время предполагается включение в гражданское законодательство Казахстана ряда положений английского права, таких, например, как эстоппель (promissory estoppels), заверения об обстоятельствах (representation and warranties), оговорки (indemnity clause), абстрактные и недоказанные убытки и другие.

Значит ли это, что государство Республика Казахстан становится смешанной юрисдикцией, как вытекает из взглядов некоторых компаративистов? Как представляется, нет. Количество норм, воспринимаемых из английского права, настолько незначительно, что они никак не могут повлиять на ярко выраженный континентальный характер казахстанского права.

Таким образом, если говорить о частноправовых аспектах определения Казахстана как смешанной юрисдикции, то можно констатировать, что имплементация отдельных положений английского права в частное право Казахстана никак не могла повлиять на определение государства Казахстан смешанной юрисдикцией.

2) внедрение прецедента в судебную систему Казахстана (публично-правовые аспекты правовой системы Казахстана)

Нам кажется, что имплементация английского права в форме внедрения судебного прецедента в качестве источника права не имеет перспективы. Вытекает это из принципиально иной природы английского права, ибо это в первую очередь судебное право. В системе общего права именно суды формируют право. В романо-германской системе права это просто невозможно. Здесь во главе угла стоит закон, и прежде всего гражданский кодекс. Если даже придать обязательную силу решениям Верховного Суда обязательную силу – это не будет английским прецедентом.

В Англии практически нет законов в нашем понимании. Сейчас, конечно, в условиях интеграции и сближения правовых систем их появляется все больше, однако у судов сохранилось достаточно критическое отношение к законодательству. Более того, они могут в ряде случаев корректировать их применение.

Полномочия судов, относящихся к континентальной правовой семье, значительно ограничены по сравнению с судами государств, входящих в англосаксонскую правовую семью, поскольку они находятся в жестких рамках конституционных и законодательных норм права и не вправе сами создавать нормы права. Их полномочия сводятся к толкованию правовых норм. Осуществляя толкование права, они не вправе изменять заданные законодателем элементы правового регулирования.

В качестве вывода можно сказать, что для введения прецедента в Казахстане нет оснований. Однако необходимо стремиться к тому, чтобы постановления Верховного Суда по конкретным делам постепенно стали образцово-показательными судебными решениями, которые применялись бы всеми судами Казахстана при рассмотрении однотипных дел. Со временем можно придать этим решениям обязательную для всех судов силу, и это уже будет как бы прецедент или квази-прецедент [19].

Принятие Конституционного закона о Международном финансовом центре (публично-правовые аспекты правовой системы Казахстана)

Конституционный закон РК № 438-V «О международном финансовом центре» (далее – Закон) был принят 7 декабря 2015 г. Приведем ряд выдержек из этого Закона.

Международный финансовый центр «Астана» (далее – Центр) – территория в пределах города Астаны с точно обозначенными границами, определяемыми Президентом Республики Казахстан, в которой действует особый правовой режим (подпункт 1) ст. 1 Закона).

Требования к юридическим лицам и порядок их аккредитации в качестве участников Центра, виды их деятельности, осуществление которых допускается на территории Центра, порядок лицензирования и предъявляемые требования к участникам Центра, а также порядок создания и регистрации юридических лиц на территории Центра, их организационно-правовые формы определяются Советом по управлению Центром (п. 1 ст. 3 Закона).

Действующее право Центра основывается на Конституции Республики Казахстан и состоит из:

- 1) настоящего Конституционного закона;
- 2) не противоречащих настоящему Конституционному закону актов Центра, которые могут быть основаны на принципах, нормах и прецедентах права Англии и Уэльса и (или) стандартах, ведущих мировых финансовых центров, принимаемых органами Центра в пределах, предоставленных настоящим Конституционным законом полномочий;
- 3) действующего права Республики Казахстан, которое применяется в части, не урегулированной настоящим Конституционным законом и актами Центра (п. 1 ст. 4 Закона).

Органы Центра вправе принимать акты, которые регулируют возникающие между участниками Центра и (или) органами Центра, и (или) их работниками: 1) гражданско-

правовые отношения; 2) гражданско-процессуальные отношения; 3) финансовые отношения; 4) административные процедуры.

Органы Центра в случаях, прямо предусмотренных настоящим Конституционным законом, принимают акты, регулирующие отношения, не предусмотренные частью первой настоящего пункта (п. 3 ст. 4 Закона).

Режимы валютного регулирования, установленные Законом Республики Казахстан «О валютном регулировании и валютном контроле», не распространяются на валютные операции, проводимые участниками Центра на его территории (п. 4 ст. 5 Закона).

Участники и органы Центра вправе привлекать для осуществления деятельности в Центре иностранцев и лиц без гражданства без получения на то решения. Привлекаемые участниками и органами Центра иностранцы и лица без гражданства освобождены от обязанности получения разрешения на трудоустройство в Республике Казахстан (п. 4 ст. 8 Закона).

Официальным языком Центра является английский язык, используемый во всех регулируемых Центром сферах общественных отношений на всей территории Центра (ст. 15 Закона).

Акты Центра разрабатываются и принимаются на английском языке. Допускается перевод актов Центра на казахский или русский язык. Официальный перевод таких актов осуществляет Центр (ст. 16 Закона).

Введение учетно-статистической, финансовой, финансовой и иной документации на территории Центра осуществляется на английском языке (ст. 17 Закона).

Ответы органов Центра на обращения физических и юридических лиц, в том числе прилагаемые к ним документы, излагаются на английском языке или языке обращения при условии, что языком обращения является казахский или русский (ст. 18 Закона).

Судопроизводство в Центре ведется на английском языке, по заявлению сторон с переводом на казахский или русский язык (ст. 19 Закона).

Все сделки участников Центра, совершаемые в письменной форме на территории Центра, излагаются на английском языке, если иное не определено соглашением сторон. Сделки, в которых одной из сторон является участник Центра, совершаемые в письменной форме, излагаются на английском либо на казахском или русском языках (ст. 20 Закона).

И в заключение о суде Центра (ст. 13). Суд Центра независим в своей деятельности и не входит в судебную систему Казахстана (п. 2 ст. 13). Суд Центра состоит из двух инстанций: суд первой инстанции и апелляционный суд (п. 3).

Суд Центра не осуществляет уголовное и административное судопроизводство и обладает исключительной юрисдикцией в отношении: 1) рассмотрения и разрешения споров, возникающих между участниками Центра, органами Центра и (или) их иностранными работниками; 2) рассмотрения и разрешения споров, касающихся любой операции, осуществленной в Центре и подчиненной праву Центра; 3) рассмотрения и разрешения споров, переданных суду Центра по соглашению сторон (п. 4).

Суд Центра при разрешении споров руководствуется действующим правом Центра, а также может учитывать вступившие в законную силу решения суда Центра по конкретным спорам и вступившие в силу решения судов других юрисдикций общего права (п. 6).

Решения апелляционного суда Центра являются окончательными, не подлежат обжалованию и обязательны для всех физических и юридических лиц (п. 7).

На территории Центра также будет функционировать Международный арбитражный центр, который формируется и функционирует в соответствии с постановлением Совета Центра «О Международном арбитражном центре» (ст. 14). Следовательно, деятельность Международного арбитражного центра не будет подчинена казахстанскому законодательству о третейских судах.

На наш взгляд, комментарии здесь излишни. Мы имеем на территории Казахстана территорию с четко очерченными границами. На этой территории казахстанские законы практически не действуют. Совет Центра может принять любые законы (называемые в Законе о международном финансовом центре Акты Совета Центра), не обращая никакого внимания

на казахстанские законы. Ибо на территории Центра действует английское право. Это уникальный проект, не имеющий, на наш взгляд, аналогов в истории. Суверенное государство добровольно, без какого-то внешнего принуждения, ограничивает свой суверенитет, создавая на своей территории анклав с другой правовой системой. Причем эта система противоречит всем традициям и обычаям этого государства. На этой территории первичными являются акты самого финансового центра, вторичными – право Англии и Уэльса. Официальный язык центра английский, делопроизводство ведется на английском, сделки заключаются на английском. Казахское законодательство не действует.

При этом Конституционный закон о Международном финансовом центре принят с нарушением Конституции РК, в которой в качестве действующего права закреплено право РК, и в которой закреплены строго ограниченные случаи, когда могут приниматься конституционные законы (Президент, Правительство, Парламент, Конституционный Совет, судебная система). Создание финансового центра под эти случаи не подпадает.

В этом случае мы имеем вторжение общего права в континентальную систему права в Казахстане. В государстве с ярко выраженной континентальной романо-германской системой права появился анклав с четко очерченной территорией, в котором действует только англо-саксонское право (Common law). Ситуация весьма сходна с правовым положением провинции Квебек в Канаде или штата Луизиана в США (только с обратным знаком: если в Канаде и в США, странах общего права, Квебек и Луизиана – это анклавы континентального права, то в Казахстане, наоборот, англо-саксонское право в виде анклава существует наряду с правовой системой романо-германского права.

Поэтому появляются реальные основания признать государство Казахстан смешанной юрисдикцией. Но какой именно?

Выше мы уже говорили о гибридных и плюралистических смешанных юрисдикциях, причем в гибридных выделяется два типа: примыкающие смешанные системы (скандинавское и латиноамериканское право) и локальные смешанные системы (право Шотландии в Великобритании, право Квебека в Канаде, право Луизианы в США). В примыкающих гибридных юрисдикциях обе системы действуют одновременно на всей территории страны, где с преобладанием одной системы, где с преобладанием другой системы. Особенностью же локальных смешанных юрисдикций является то, что вторая правовая система представляет собой как бы островок в море господствующей правовой системы (например, континентальное право Луизианы в окружении англо-американского права остальных штатов США).

С созданием территории Международного финансового центра с действующим в его пределах английским правом Казахстан приобрел черты локальной гибридной смешанной юрисдикции. Территория Международного финансового центра представляет собой островок, анклав с действием английского права в окружении остальной территории Казахстана с ярко выраженным действием романо-германского права.

Заключение

Таким образом, следует признать, что имплементация отдельных положений английского права в гражданское законодательство Казахстана не привела к созданию в сфере частного права смешанной правовой системы. Что касается имплементации судебного прецедента как источника права, то эти попытки, во всяком случае, на современном этапе, обречены на провал.

Однако в сфере публичного права попытка оказалась успешной. Принятие Конституционного закона о международном финансовом центре позволило создать на территории Казахстана анклав, в котором господствует английское право. Причем, если это касается споров в суде Международного финансового центра, то там применяются и нормы английского частного права. Это же касается арбитражного суда, созданного при

Международном финансовом центре. Кроме того, Совет Центра может принимать акты, регулирующие гражданско-правовые отношения на основе английского права.

Можно констатировать, что с созданием Международного финансового центра государство Казахстан стало смешанной юрисдикцией, причём вид этой юрисдикции можно определить как гибридную юрисдикцию в виде локальной смешанной правовой системы.

Список использованных источников:

1. Сулейменов М.К. Гражданское право Республики Казахстан: опыт теоретического исследования. Том 2 / М.К. Сулейменов. Часть вторая. Теоретическая. Раздел 1. Общие проблемы гражданского права. – Алматы, 2016. – С. 122-123.

2. Давид Р. Основные правовые системы современности. – Москва, 1967. – С. 38-47.

3. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. – Москва, 2009. – С. 30.

4. Walton F. P. The Civil Law and the Common Law in Canada // *Juridical Review*. 1899. № 11. P. 282, 291. Цит. по: Даниелян А.С. Феномен смешанных правовых систем как пример сближения правовых культур. Известия Тульского государственного университета. Экономические и юридические науки. – 2016. – С. 157.

5. Азарова И.А. Категориально-понятийный ряд смешанной правовой семьи. Известия Тульского государственного университета. Экономические и юридические науки. – 2016. – С. 71-72.

6. Азарова И.А. Смешанные правовые системы: теоретико-правовой и сравнительно-правовой анализ. Дисс. канд. юрид. наук. – Краснодар, 2016. – С. 3-4 // https://pravo/studio/gosudarstva-prava_1066-teoriya/ponyatie-pravovaya-priroda-smeshannyih-109050.html

7. Официальный сайт исследовательской группы *Juri Globe* Оттавского университета в Канаде // URL: <http://www.juriglobe.ca/rus/sys-juri/class-poli/sys-mixtes.php>.

8. Du Plessis J. Comparative Law and the Study of Mixed Legal System // *The Oxford Handbook of Comparative Law* / Ed. By Reimann M. and Zimmermann R. – Oxford, 2006. – P. 480.

9. Milo M. and Smits J. Trusts in Mixed Legal Systems: A Challenge to Comparative Trust Law // *European Review of Private Law*. – 2000. – № 3. – P.421.

10. Tetley W. Mixed Jurisdictions: Common Law vs Civil Law // *Uniform Law Review*. – 1999. – № 4. – P. 597.

11. Orucu E. Public Law in Mixed Legal Systems and Public Law as a «Mixed System» // *Electronic Journal of Comparative Law*. 2001. Vol. 5.2. Цит. по: Даниелян А.С. Феномен смешанных правовых систем как пример сближения правовых культур. Известия Тульского государственного университета. Экономические и юридические науки. 2016. – С. 158.

12. Gall Gerald L. *The Canadian Legal System*. Toronto. The Carswell Co. Ltd. 1977. – P. 67.

13. Post C. *An introduction to the Law*. Englewood Cliffs; N.J., 1963. – P. 67.

14. Introduction To The Law Of South Africa / Ed.by R. Zimmermann, C.G.Van Der Merwe, Jacques E. Du Plessis. The Hague, Netherlands, 2004. – P. 1.

15. Shochetmann E. Israel I Law and Jewish Law – Interaction and Independence: A Commentary // *Israel I Law Forty Years. Proceedings of the Conference on Forty Years of Israel I Law held at the Faculty of Law, Jerusalem, November, 1988. Jerusalem, 1990.* – P. 525-552.

16. Маркова-Мурашова С.А. Смешанные правовые системы. Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России. – 2006. – № 1 (29). – С. 25.

17. Даниелян А.С. Феномен смешанных правовых систем как пример сближения правовых культур. Известия Тульского государственного университета. Экономические и юридические науки. – 2016. – С. 6-34.

18. Денисенко В.В., Трикоз Е.Н. Типология смешанных правовых систем. Вестник Нижегородской академии МВД России. – 2018. – № 2 (42). – С. 30-31.

Г.А. Алиханова

ПРАВОВОЕ ПОЛОЖЕНИЕ ФИЗИЧЕСКИХ ЛИЦ КАК СУБЪЕКТОВ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА: ВОПРОСЫ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ

Тема сегодняшней конференции посвящена главным действующим лицам гражданского оборота - субъектам гражданского права. Судя по тематике выступлений, большая часть докладов посвящена юридическим лицам и корпоративным отношениям.

Хотелось бы начать с того, что работ, изданных и посвященных в целом субъектам гражданского права, не так много. Это, прежде всего, монография С.Н. Братуся «Субъекты гражданского права», изданная в Москве (Госюриздат) в 1950 г.; работа А.А. Пушкина «Субъекты гражданского права», изданная в 1974 г. в г. Харькове; коллективная монография «Субъекты гражданского права», написанная сотрудниками НИИ частного права под руководством академика М.К. Сулейменова, изданная в Алматы в 2004 г.; Материалы международной научно-практической конференции, посвященной 10-летию независимости Республики Казахстан (РК) «Субъекты гражданского права», изданные в 2-х томах в Алматы в 2001 г. и др.

Как правило, большее внимание в юридической литературе уделяется юридическим лицам как субъектам гражданского права, особенно в России.

Работ, посвященных физическим лицам как субъектам гражданского права, еще меньше. Это работа В.Ф. Чигира «Физические и юридические лица как субъекты гражданского права», изданная в 2000 г. в Минске на основе законодательства Республики Беларусь; работа Я.Р. Веберса «Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве», изданная в Риге в 1976 г., которая посвящена только физическим лицам, в отличие от других работ; раздел о физических лицах в учебнике для вузов (Академический курс) «Гражданское право» том 1 (отв. ред. М.К. Сулейменов и Ю.Г. Басин), Алматы, 2002 год; краткий курс лекций С.И. Климкина «Субъекты гражданский правоотношений», Алматы, 2018 г., в которой один параграф посвящен физическим лицам.

В связи с вышеизложенным, надо заметить, что в Казахстане вопросам, связанным с правовым положением физических лиц, не уделяется должного внимания в юридической литературе.

Законодатель особо выделяет физических лиц в качестве субъектов гражданско-правовых отношений. В Гражданском кодексе РК § 1 главы 2 «Граждане Республики Казахстан и другие физические лица» отнюдь не случайно предшествует «Юридическим лицам».

Под субъектами права понимаются, прежде всего, физические лица.

Согласно ст.12 Гражданского кодекса Республики Казахстан (далее по тексту - ГК РК), под физическими лицами понимаются граждане Республики Казахстан, граждане других государств, а также лица без гражданства. Положения § 1 главы 2 ГК РК применяются ко всем физическим лицам, если иное не установлено самим ГК РК.

В законодательстве многих стран и в международных соглашениях понятие «граждане» не употребляется, а используется понятие «физические лица», которое имеет более широкое содержание, поскольку охватывает более широкий круг лиц. Так, в Гражданском уложении Германии (1896 г.) соответствующая глава в разделе «Лица» называется «Физические лица». Книга 1 Французского Гражданского кодекса (Кодекс Наполеона 1802 г.) называется «О лицах» и выделяет физические лица как субъекты прав. Глава 1 Гражданского кодекса Японии (1896 г.) посвящена физическим лицам. В Гражданском кодексе Грузии (1997 г.) глава первая раздела первого «Лица» полностью посвящена физическим лицам с использованием этого термина во всех статьях данной главы.

В законодательстве нашей страны, в частности, в Гражданском кодексе КазССР (1963г.), не упоминалось о физических лицах, говорилось лишь о гражданах как субъектах гражданского права. Статья 12 ГК РК (1994 г.) напротив, раскрывает понятие физические лица, понимая под ними граждан РК, граждан других государств, а также лиц без гражданства. Сам термин «физические лица», употребляемый для обозначения одного из видов субъектов права, отличного от «юридического лица», надо признать удачным. Хотя в законодательстве (ст.ст.9-12 ГК РСФСР 1964 г.) и в юридической литературе более раннего периода придерживались мнения о том, что индивидов - участников гражданских правоотношений правильнее именовать гражданами, а не физическими лицами [1, с. 32].

В настоящее время, термин «физическое лицо» упоминается только в ст.12 ГК РК, далее по всему тексту § 1 главы 2 ГК РК он не применяется, везде говорится о гражданах как о лицах. Но, наряду с гражданами РК, гражданами других государств (иностранцев), существуют и лица без гражданства, проживающие на территории РК, которые также относятся к физическим лицам. Следовательно, понятие «физические лица» шире понятия «граждане».

Применение законодателем термина «гражданин» вместо «физическое лицо», с одной стороны, объясняется желанием законодателя не отказываться от традиционного словоупотребления, применяемого в ранее действовавшем гражданском законодательстве РК. Но, с другой стороны, поскольку большинство физических лиц, участвующих в правоотношениях на территории Казахстана – это граждане РК, а сам ГК РК является национальным законом РК, здесь применение термина «граждане» в широком смысле слова для обозначения всех физических лиц, а не только граждан Казахстана является обоснованным.

Такое широкое понимание термина «гражданин» применяется, поскольку иностранцы и лица без гражданства пользуются правами и свободами, а также несут обязанности, установленные для граждан РК, если иное не предусмотрено Конституцией, законами и международными договорами (см.: п. 4 ст. 12 Конституции РК; п. 7 ст. 3 ГК РК). Поэтому законодатель прямо указывает, что положения главы 2 применяются ко всем физическим лицам, если иное не установлено ГК.

С учетом вышеизложенного возникает необходимость в уточнении терминов «человек» и «гражданин». В Конституции РК говорится о правах и свободах человека и гражданина. Права человека являются базовыми, они присущи всем людям от рождения независимо от того, являются они гражданами государства, в котором живут, или нет, а права гражданина включают в себя те права, которые закрепляются за лицом только в силу его принадлежности к государству (гражданство). Человек с момента рождения есть и биологическое и общественное существо, поскольку с этого момента он включается в систему общественных отношений. Биологические свойства человека, данные ему от природы, являются его естественными свойствами. Но, кроме природных, человеку присущи и общественные свойства, поскольку он - часть социума. Только выступая как общественное существо, человек становится субъектом гражданских прав. Так, в ст. 6 Всеобщей декларации прав человека, принятой Генеральной Ассамблеей ООН 10 декабря 1948 г., записано, что «каждый человек, где бы он ни находился, имеет право на признание его правосубъектности». В Республике Казахстан признаются и гарантируются права и свободы человека в соответствии с Конституцией. Права и свободы человека принадлежат каждому от рождения, признаются абсолютными и неотчуждаемыми, определяют содержание и применение законов и иных нормативных правовых актов (п.1 и п.2 ст.12 Конституции РК). Именно в этом смысле следует понимать то, что называют естественные права человека.

Термином «гражданин» определяют связь человека с определенным государством. Следовательно, понятие «гражданин» — это юридическое понятие. Гражданство определяет постоянную политико-правовую связь лица и государства, выражающую совокупность их взаимных прав и обязанностей.

Каждый человек имеет право на гражданство. Гражданами Республики Казахстан являются лица, которые: постоянно проживают в Республике Казахстан; родились на

территории Республики Казахстан и не состоят в гражданстве иностранного государства; приобрели гражданство Республики Казахстан. Гражданство в Республике Казахстан приобретается и прекращается в соответствии с Законом «О гражданстве Республики Казахстан» от 20 декабря 1991 г. (далее по тексту Закон о гражданстве).

За гражданином Республики Казахстан не признается гражданство другого государства (ст. 3 Закона о гражданстве). Гражданин РК в силу самого своего гражданства имеет права и несет обязанности. Иностранцы и лица без гражданства пользуются в Казахстане правами и свободами, а также несут обязанности, установленные для граждан РК, если иное не предусмотрено Конституцией, законами и международными договорами. Осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать прав и свобод других лиц, посягать на конституционный строй и общественную нравственность.

Граждане других государств (иностранцы) – это лица, не являющиеся гражданами РК и имеющие гражданство какого-либо иного государства. Физические лица, которые не могут доказать свою принадлежность к гражданству какого-либо государства, называются лицами без гражданства (апатридами). Они вправе приобретать такие же права и обязаны выполнять такие же обязанности, какие предусмотрены гражданским законодательством для граждан РК, если иное не предусмотрено законодательными актами РК. Следовательно, положения главы 2 ГК применяются ко всем физическим лицам, если иное не установлено не только ГК, но и иными законодательными актами РК.

В целях защиты национальных интересов, политического строя, территориальной целостности государства в отношении иностранцев и лиц без гражданства введены определенные ограничения законодательными актами РК. Например, в земельном законодательстве РК предусмотрены ограничения в отношении иностранных лиц в приобретении земельных участков. Так, согласно п. 4 ст. 23 Земельного кодекса РК от 20 июня 2003 г. (далее по тексту ЗК РК), в частной собственности иностранцев и лиц без гражданства могут находиться земельные участки для целей, указанных в п. 3 ст. 23 ЗК РК, за исключением земель, предназначенных для ведения товарного сельскохозяйственного производства и лесоразведения.

Законодательными актами установлены также ограничения для физических лиц, не являющихся гражданами РК, на занятие некоторыми видами деятельности (например, адвокатской, нотариальной). Так, в п. 1 ст. 6 Закона РК от 14 июля 1997 г. «О нотариате» предусмотрено, что нотариусом в РК может быть только гражданин РК. Аналогичная норма содержится в п. 1 ст. 32 Закона РК «Об адвокатской деятельности и юридической помощи» от 5 июля 2018 г., где сказано, что адвокатом в РК может быть только гражданин РК, имеющий высшее юридическое образование и лицензию на занятие адвокатской деятельностью... На основании п. 1 ст. 30 Предпринимательского кодекса РК, иным физическим лицам, за исключением граждан РК и кандасов, запрещается осуществлять индивидуальное предпринимательство.

Кандасы (ранее называемые оралманами), в отличие от других иностранцев и лиц без гражданства, имеют особый правовой статус, установленный Законом РК «О миграции населения» от 22 июля 2011 г. (далее по тексту - Закон о миграции). Кандас - это этнический казах и (или) члены его семьи казахской национальности, ранее не состоявшие в гражданстве Республики Казахстан, прибывшие на историческую родину и получившие соответствующий статус в порядке, установленном Законом о миграции (подп.13) ст.1 Закона о миграции). Кандасы обладают определенными правами и несут обязанности, предусмотренные Законом о миграции. По истечении трех лет постоянного проживания на территории РК они могут получить статус гражданина РК.

В целом, иностранные граждане и лица без гражданства имеют одинаковую с гражданами РК правоспособность, если законодательными актами и международными договорами не предусмотрено иное (п. 7 и п. 8 ст. 3 ГК). Надо отметить, что число ограничений правоспособности иностранных граждан и лиц без гражданства в РК незначительно. Лишь в определенных случаях возможны отдельные ограничения правоспособности, прямо

предусмотренные законодательными актами или Правительством РК в целях государственной безопасности или в качестве ответной меры для граждан тех государств, которые установили соответствующие ограничения для граждан РК.

Так, согласно ст. 1093 ГК РК, Республикой Казахстан могут быть установлены ответные ограничения (реторсии) в отношении прав граждан тех государств, в которых имеются специальные ограничения прав граждан РК. В соответствии со ст. 6 Закон Республики Казахстан от 19 июня 1995 года № 2337 «О правовом положении иностранцев», иностранцы не могут назначаться на отдельные должности или заниматься определенным видом трудовой деятельности, если в соответствии с законодательством Республики Казахстан назначение на эти должности или занятие таким видом деятельности связаны с принадлежностью к гражданам Республики Казахстан.

В зависимости от места жительства законодательство о валютном регулировании, о государственных закупках и налоговое законодательство подразделяют физических лиц на резидентов и нерезидентов. Однако понятия «резидент» и «нерезидент», предусмотренные в разных законодательных актах, не совпадают. Так, по Закону РК «О валютном регулировании и валютном контроле» от 2 июля 2018 г., резидентами признаются граждане РК, за исключением граждан РК, постоянно проживающих в иностранном государстве на основе права, предоставленного в соответствии с законодательством этого иностранного государства; а также иностранцы и лица без гражданства, постоянно проживающие в Республике Казахстан на основании разрешения на постоянное проживание в Республике Казахстан (п. 3 ст. 1 Закона). Нерезидентами являются физические лица, не охватываемые понятием резидентов.

Несколько отличное понятие «резидент» содержится в Законе РК «О государственных закупках» от 4 декабря 2015 г. Так подпункт 13) ст. 2 признает резидентами РК граждан РК, в том числе временно находящихся за границей или находящихся на государственной службе за ее пределами, за исключением граждан, имеющих документ на право постоянного проживания в иностранном государстве, выданный в соответствии с законодательством этого государства, а также иностранцев и лиц без гражданства, имеющих документ на право постоянного проживания в РК.

В отличие от двух вышеуказанных законов, Налоговый кодекс РК (далее по тексту - НК РК) содержит более широкое понятие резидента. Резидентами РК признаются физические лица, постоянно пребывающие в РК или непостоянно пребывающие в РК, но центр жизненных интересов которого находится в РК (подп. 1) п. 1 ст. 217 НК РК). Физическое лицо признается постоянно пребывающим в РК, если оно находится в РК не менее ста восьмидесяти трех календарных дней (включая дни приезда и отъезда) в любом последовательном двенадцатимесячном периоде (п. 2 ст. 217 НК РК). Центр жизненных интересов физического лица признается как находящийся в РК при одновременном выполнении следующих трех условий: 1) физическое лицо имеет гражданство Республики Казахстан или разрешение на проживание в Республике Казахстан (вид на жительство); 2) супруг(а) и (или) близкие родственники физического лица проживают в Республике Казахстан; 3) наличие в Республике Казахстан недвижимого имущества, принадлежащего на праве собственности или на иных основаниях физическому лицу и (или) супругу(е) и (или) его близким родственникам, доступного в любое время для его проживания и (или) для проживания супруга(и) и (или) его близких родственников (п. 3 ст. 217 НК РК).

Физическим лицом-резидентом независимо от времени его проживания в Республике Казахстан и любых других критериев, предусмотренных в ст. 217 НК РК, признается физическое лицо, являющееся гражданином РК, а также физическое лицо, подавшее заявление о приеме в гражданство РК или о разрешении постоянного проживания в Республике Казахстан без приема в гражданство Республики Казахстан:

1) командированное за рубеж органами государственной власти, в том числе сотрудник дипломатических, консульских учреждений, международных организаций, а также члены семьи указанного физического лица;

2) член экипажа транспортного средства, принадлежащего юридическому лицу или гражданину Республики Казахстан, осуществляющего регулярные международные перевозки;

3) военнослужащий и гражданский персонал воинских частей или воинских соединений Республики Казахстан, дислоцированных за пределами Республики Казахстан;

4) работающее на объекте, находящемся за пределами Республики Казахстан и являющемся собственностью Республики Казахстан или субъектов Республики Казахстан (в том числе на основе концессионных договоров);

5) находящиеся за пределами Республики Казахстан с целью обучения, в том числе стажировки или прохождения практики, лечения или прохождения оздоровительных, профилактических процедур, в течение периода обучения, в том числе стажировки или прохождения практики, лечения или прохождения оздоровительных, профилактических процедур;

6) преподаватель и (или) научный работник, находящиеся за пределами Республики Казахстан с целью преподавания, консультирования или осуществления научных работ, в течение периода оказания (выполнения) указанных услуг (работ) (п. 4 ст. 217 НК РК).

Нерезидентами признаются физические лица, не являющиеся резидентами в соответствии с положениями ст. 219 НК РК.

Физическое лицо как участник гражданских правоотношений обладает рядом признаков и свойств, которые определенным образом влияют на его правовое положение. К таким признакам относятся: правоспособность, дееспособность, имя, возраст и др.

Особого внимания заслуживают вопросы правоспособности и дееспособности граждан. Гражданская правоспособность - это способность (возможность) иметь субъективные права и нести обязанности. Эта способность гарантируется государством, признающим и реально обеспечивающим лицу правовые возможности. Правоспособность не зависит от воли самого физического лица, а приобретает им по воле государства, закрепленной в законах. Воля самого лица не влияет на объем и содержание его правоспособности. Содержание правоспособности — это совокупность всех имущественных и личных (неимущественных) гражданских прав и обязанностей, субъектом которых может быть гражданин в соответствии с законодательством. За каждым гражданином признается возможность иметь множество имущественных и личных неимущественных прав, но не каждый гражданин имеет их в полном объеме в каждом конкретном случае.

Правоспособность – это еще не само субъективное право, а именно возможность правообладания: возможность обладать правом собственности, правом требования, правом наследования и другими правами. Например, возможность обладать правом собственности на жилище. Но это не означает, что лицо в данный момент имеет жилище. Наличие правоспособности говорит лишь о том, что лицо может обладать теми или иными гражданскими правами. Эта способность гарантируется каждому гражданину государством. Физическое лицо ни при каких обстоятельствах не может быть лишено правоспособности. Правоспособность физического лица может быть ограничена только в случаях и в порядке, установленных законодательством.

По мнению Л.Л. Чантурия, это стало банальной истиной современного гражданского права. Это настолько очевидное и безусловное явление, что некоторые гражданские кодексы (например, §1 ГГУ, ст. 1 ГК Италии, ст. 1-6 ГК Японии, ст. 11 ГК Швейцарии и др.) даже не подчеркивают это обстоятельство, а ограничиваются указанием на то, что «правоспособность начинается с рождения» или «правоспособными являются все» [2, с.67-68].

Гражданская правоспособность неотделима от самого существования человека. Гражданская правоспособность возникает в момент рождения гражданина и прекращается его смертью. Простая на первый взгляд формулировка вызывает немало вопросов. Следует выяснить, что понимать под *моментом рождения*? Установление такого момента может иметь большое практическое значение, например, при решении вопроса о круге наследников. Момент рождения определяется в соответствии с Международными критериями ВОЗ о живорождении и мертворождении, которые введены с 1 января 2008 г. в Казахстане.

Момент рождения фиксируется в медицинском свидетельстве о рождении (справка-выписка из лечебного учреждения о рождении ребенка, заверенная подписью должностного лица и печатью медицинской организации). Согласно ст. 187 Кодекса о браке (супружестве) и семье (далее - КоБС) РК медицинское свидетельство о рождении или копия решения суда об установлении факта рождения ребенка является основанием для регистрации рождения ребенка.

Произвести регистрацию рождения ребенка можно в НАО «Государственная корпорация «Правительство для граждан» (ЦОН) по месту рождения ребенка или по месту жительства родителей либо одного из них. Государственная регистрация рождения ребенка, родившегося за пределами Республики Казахстан, производится в загранучреждениях Республики Казахстан, находящихся на территории страны пребывания, либо в загранучреждениях Республики Казахстан в другой стране по совместительству. Оформление свидетельства о рождении осуществляется на основании заявления родителей или заинтересованных лиц [3].

Государственная регистрация актов рождения производится регистрирующими органами также в электронном виде посредством информационной системы «Записи актов гражданского состояния» (далее - ИС ЗАГС) [4]. После регистрации ребенка, территориальные органы Министерства юстиции Республики Казахстан выдают свидетельство о рождении ребенка.

Свидетельство о рождении — это документ, свидетельствующий о государственной регистрации факта его рождения. Свидетельство о рождении является документом, удостоверяющим личность физического лица до получения одного из следующих документов - удостоверения личности гражданина РК, паспорта гражданина РК, удостоверения лица без гражданства либо заграничного паспорта. Независимо от получения данных документов, свидетельство о рождении остается действительным документом, подтверждающим факт рождения человека от указанных в нем родителей.

Закон защищает также интересы лица, который еще не родился, при условии если он родится живым. Это, однако, не означает, что зачатый, но не родившийся ребенок признается правоспособным. По закону не требуется, чтобы ребенок был жизнеспособным. Если он прожил хотя бы незначительное время, он признается субъектом права, что имеет практическое значение, в частности, при наследовании. Так, п. 1 ст. 1044 ГК РК к наследникам по завещанию и по закону относит граждан, находящихся в живых в момент смерти наследодателя, а также зачатых при жизни наследодателя и родившихся живыми после открытия наследства.

Возникновение гражданской правоспособности с момента рождения является общим правилом. В отдельных случаях закон предусматривает способность иметь некоторые гражданские права по достижении определенного возраста. Например, на основании п. 2 ст. 8 Закона о производственном кооперативе членом производственного кооператива может быть любое физическое лицо, достигшее 16-летнего возраста, изъявившее желание быть членом кооператива и способное принимать личное трудовое участие в его деятельности. В КоБС РК предусмотрена брачная правоспособность, которая наступает по общему правилу по достижении 18 лет, а в некоторых случаях брачный возраст может быть снижен на срок не более двух лет при наличии таких уважительных причин как беременность или рождение общего ребенка. Снижение брачного (супружеского) возраста допускается только с согласия лиц, вступающих в брак (супружество). Брак (супружество) между лицами, не достигшими брачного возраста или лица, достигшего брачного возраста, с лицом, не достигшим брачного возраста, разрешается только с письменного согласия родителей либо попечителей таких лиц (ст. 10 КоБС РК).

Моментом прекращения правоспособности гражданина признается момент его смерти, который также фиксируется в медицинском свидетельстве, на основании которого выдается заинтересованным лицам свидетельство о смерти гражданина. Ст. 140 Кодекса РК «О здоровье народа и системе здравоохранения» содержит определение биологической смерти. Биологическая смерть представляет собой прекращение жизнедеятельности организма, при

котором жизненно важные функции необратимо угасли. Биологическая смерть констатируется медицинским работником на основании совокупности следующих трех признаков: 1) остановки сердечной деятельности; 2) прекращения дыхания; 3) прекращения функций центральной нервной системы. Наличие всех трех признаков является обязательным для констатации смерти физического лица в нашей республике.

В законодательных актах некоторых стран прямо указывается на момент смерти. Так в п. 25-2 ст. 25 ГК Азербайджанской Республики прямо указывается, что моментом смерти признается прекращение деятельности мозга. В п. 3 ст. 11 ГК Грузии также указывается, что моментом смерти считается прекращение функционирования мозга.

Факт смерти влечет безусловное прекращение правоспособности, т.е. прекращение существования гражданина как субъекта права. Факт смерти влечет одновременно открытие наследства. Смертью гражданина с юридической точки зрения признается факт биологической смерти, а также объявление гражданина умершим в порядке, установленном законом (ст. 31 ГК).

Немало возникает на практике вопросов, связанных с именем гражданина. Имя является обозначением личности, оно отличает одного человека от другого и связывает собой всю совокупность представлений о внешних и внутренних качествах его носителя. Естественно поэтому, что рост личности, рост индивидуального самосознания неизбежно должен привести к возрастанию той ценности, которая приписывается имени как таковому. Чем богаче внутреннее содержание личности, тем более дорожит она своим именем [5, с. 121].

Термин «имя» закон применяет в широком смысле слова, понимая под ним полное имя человека, т.е. единство фамилии, собственно имени, а также отчества, когда оно имеется у гражданина. Имя гражданину дается сразу же после рождения. С момента рождения каждый ребенок имеет *право на имя*. Это правило предусмотрено п. 1 ст. 7 Конвенции о правах ребенка, который гласит: ребенок регистрируется сразу после рождения и с момента рождения имеет право на имя и на приобретение гражданства [6]. Положения Конвенции нашли отражение и в ст. 9 Закона о правах ребенка, где сказано, что каждый ребенок с момента рождения имеет право на имя, отчество и фамилию. Аналогичное правило содержится и в ст.63 КоБС РК.

Имя ребенку дается по соглашению родителей. Некоторые родители дают весьма необычные имена своим детям, которые нарушают интересы и права ребенка. В некоторых странах действующее законодательство содержит определенные запреты при присвоении имени гражданину. Например, в Законе Эстонии «Об именах» от 15 декабря 2004 г. прямо указаны требования, предъявляемые к имени. Так, в силу ст. 7 данного Закона, имя гражданина может состоять: 1) при присвоении – не более чем из трех раздельно пишущих имен или двух имен, соединенных дефисом; 2) при применении – из одного или нескольких имен. В качестве имени нельзя присваивать имя, содержащее цифры и несловесные знаки либо само по себе или в сочетании с фамилией противоречащее общепринятым нормам добропорядочности. В качестве имени без уважительной причины нельзя присваивать: 1) необычное имя, которое из-за своего сложного или не соответствующего общим правилам написания или произношения или общему языковому значению, не подходит для использования в качестве имени; 2) имя, не соответствующее полу лица; 3) общеизвестное имя, используемое в качестве личного имени, или его сокращенную форму, имя общеизвестного автора или служебное имя. В качестве служебного имени в значении настоящего закона рассматривается имя, которое используется при исполнении служебных обязанностей, но не является официальным именем лица. Из вышеустановленных правил могут быть сделаны исключения, если ребенок или родители ребенка из-за своего гражданства, семейных отношений, национальной принадлежности или иных обстоятельств имеют личную связь с иноязычными традициями присвоения имен и имя, на которое они претендуют, соответствует этим традициям. Иноязычное имя должно использоваться в качестве имени в другом государстве.

По данным СМИ, в Китае теперь запрещено давать новорожденным такие имена, как Ислам, Коран, Мекка, Джихад, Имам, Садам, Хадж и Медина [7].

В Германии родителям не разрешают называть своих детей Адольф Гитлер. А в 2012 году турецкая пара, проживающая в Кельне, захотела назвать своего сына Усамой бен Ладеном, но суд отказал из-за «очевидной связи с террористическими актами 11 сентября в США». Недавно американское интернет-издание Huffington Post опубликовало список имен, которыми запрещено называть детей в разных странах мира. Так, например, в мексиканском штате Сонора родители больше не смогут называть своих детей так, как им захочется. Местные власти составили список из 61 запрещенного имени, в который вошли Фейсбук, Рембо, Леди Ди и многие др. [8].

В Казахстане, законодательством не урегулирован вопрос, как поступать в случаях, когда родители придумывают очень странные «экзотические имена», что и именем назвать сложно и не вызывает сомнений, что такие родители просто злоупотребляют своими родительскими правами в отношении присвоения имени ребенку. Соответственно, и регистрирующие органы отказывают в регистрации таких имен. Например, совсем недавно, в соцсетях прошла информация о том, что одна семейная пара блогеров в Казахстане решила назвать ребенка «Плов в Коробочке». Но им было отказано в регистрации первенца под таким именем в целях защиты прав ребенка [9]. Известна в России история мальчика с именем БОЧ рВФ 260602, которое расшифровывается как Биологический объект человека рода Ворониных—Фроловых, родившийся 26 июня 2002 года. Суд встал на сторону органов ЗАГС Москвы, отказавшихся регистрировать ребенка с таким именем в защиту его интересов [10]. Давая необычное, экзотическое имя своему ребенку, родители не всегда понимают, что означает для человека его Имя, с какими трудностями может столкнуться их ребенок с непонятным никому именем в социуме. В Госдуме Российской Федерации еще в 2016 году рассматривался законопроект «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части изменения порядка присвоения и регистрации имени», но так и остался непринятым.

Порядок государственной регистрации имени при рождении (и перемене имени, отчества, фамилии) регулируется в РК Правилами организации государственной регистрации актов гражданского состояния, внесения изменений, восстановления, аннулирования записей актов гражданского состояния, утвержденных приказом Министра юстиции РК от 25 февраля 2015 г. № 112. Но в данных Правилах отсутствуют какие-либо указания в отношении допустимых или запрещенных имен в Казахстане. Конкретных указаний по поводу допустимости необычных имен нет и в КоБС РК, хотя определенные ограничения могли бы быть введены.

Если родители не пришли к обоюдному согласию относительно имени или фамилии ребенка, то этот вопрос решается в судебном порядке. Имя и фамилия записываются в свидетельстве о рождении, которое в дальнейшем при получении удостоверения личности (паспорта) или перемене имени может служить свидетельством идентичности человека - помимо данных об имени туда вносится информация о месте и дате рождения и сведения о родителях.

В предусмотренных законодательством случаях гражданин может использовать псевдоним либо не называть ни своего, ни вымышленного имени. Например, большинство сделок, совершаемых в устной форме (розничная купля-продажа, возмездное оказание услуг) и не требующих фиксации имени лиц, заключающих такую сделку, совершаются анонимно.

Псевдоним — это вымышленное имя, используемое гражданином, как правило, в публичной деятельности вместо подлинного имени (данного при рождении, зафиксированного в официальных документах). Псевдонимами чаще всего пользуются деятели литературы и искусства. Известны литературные псевдонимы, артистические, политические и др. Например, Ленин — это псевдоним политического деятеля Владимира Ульянова, Сталин — это псевдоним политического деятеля Иосифа Виссарионовича Джугашвили. Анна Ахматова — это псевдоним известной поэтессы Анны Андреевны Горенко. Писатель Джон Гриффит Чейни издавал свои произведения под псевдонимом Джек Лондон. Известный русский писатель Алексей Максимович Пешков издавал свои произведения

под псевдонимом Максим Горький. Всемирно известная актриса Софи Лорен выступала под псевдонимом, настоящее имя ее было София Шиколонэ...

В силу закона право на псевдоним является личным неимущественным правом автора произведения литературы, искусства или науки. Так, ст. 15 Закона об авторском праве и смежных правах предоставляет автору право в отношении его произведения издавать его как под подлинным именем, так и под псевдонимом или анонимно. Закон не обязывает гражданина регистрировать псевдоним, но и не запрещает его регистрацию в качестве товарного знака. Так, известная писательница Александра Маринина (настоящее имя - Марина Анатольевна Алексеева) еще в декабре 2003 года получила Свидетельство о регистрации в Государственном реестре товарных знаков и знаков обслуживания РФ на правообладание товарными знаками «Александра Маринина», «Каменская» и «Настя Каменская».

Известны случаи использования обязательных псевдонимов. Например, таковым можно считать обязательную перемену имени у священников и монахов, особенно в Православной церкви, однако называть церковные имена священнослужителей псевдонимами не принято. С распространением интернета использование псевдонимов стало как никогда актуально: практически каждый пользователь социальных сетей имеет псевдоним, который принято называть «ником».

Согласно подпункту 2) п.1 ст. 977 ГК автору принадлежит право использовать произведение под своим именем, под псевдонимом или анонимно (право на авторское имя). В ст.15 Закона РК «Об авторском праве и смежных правах» закреплено право автора использовать вместо подлинного имени вымышленное имя (псевдоним). На основании подпункта 8) ст.20 Закона РК «О средствах массовой информации» журналист имеет право распространять подготовленные им сообщения и материалы за своей подписью, под условным именем (псевдонимом).

Законодатель не выдвигает определенные требования к псевдониму, следовательно, в РК псевдоним может совпадать фактически с именем реально существующего гражданина, что заслуживает критики. Например, в РФ авторы произведений науки, литературы, искусства могут использовать для индивидуализации вымышленное имя (псевдоним), которое не должно повторять имя другого лица. Правомерное использование чужого имени в качестве псевдонима возможно только при получении согласия на использование имени и не причинении вреда носителю имени другим его носителем. В Казахстане таких ограничений, к сожалению, не установлено.

Список использованных источников:

1. Братусь С.Н. Субъекты гражданского права. - М.: Госюриздат, 1950.
2. Чантурия Л.Л. Гражданско-правовая наука и становление современного гражданского права См.: Гражданское право как наука: проблемы истории, теории и практики // Материалы международной научно-практической конференции в рамках ежегодных цивилистических чтений. Алматы, 29-30 сентября 2011 г.
3. Правила оформления, выдачи, замены, сдачи, изъятия и уничтожения свидетельства о рождении разработаны в соответствии с подпунктом 1) статьи 25 Закона Республики Казахстан от 29 января 2013 года «О документах, удостоверяющих личность» и утверждены Постановлением Правительства РК от 5 сентября 2013 г. <https://adilet.zan.kz/rus/docs/P1300000929/links> (дата обращения: 01.06.2021).
4. Правила организации государственной регистрации актов гражданского состояния, внесения изменений, восстановления, аннулирования записей актов гражданского состояния, утвержденные Приказом Министра юстиции РК от 25.02.2015 г. №112. <https://adilet.zan.kz/rus/docs/V1500010764> (дата обращения: 01.06.2021).
5. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. - М.: Статут, 2001.

6. Конвенция о правах ребенка. Принята и открыта для подписания, ратификации и присоединения резолюцией 44/25 Генеральной Ассамблеи ООН от 20 ноября 1989 г. Вступила в силу 2 сентября 1990 г. // https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/childcon.shtml (дата обращения: 01.06.2021).

7. Казахи Китая и запрет на мусульманские имена // <https://rus.azattyq.org> › kitay-zapret-na-religioznye-ime (дата обращения 01.06.2021 г.).

8. Табу на имена // <https://www.kazpravda.kz/news/politika/tabu-na-imena> (дата обращения 01.06.2021).

9. Arnapress.kz со ссылкой на Telegram-канал «Проспект Фурманова» // <https://news.ru/cis/v-seme-blogerov-reshili-nazvat-rebyonka-plov-v-korobochke/> (дата обращения: 01.06.2021).

10. Как можно и как нельзя называть детей в Казахстане? // <https://www.ktk.kz/ru/blog/article/2018/11/02/73673/> (дата обращения: 01.06.2021).

К.М. Ильясова

К ВОПРОСУ О СУБЪЕКТАХ ЗЕМЕЛЬНЫХ ПРАВ В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН

Вопрос о субъектах и видах земельных прав, которыми могут обладать те или иные лица, является одним из важнейших на всех этапах развития земельных отношений. Для каждого государства важно определить, кто и какими видами земельных прав может обладать и каков правовой режим объектов земельных прав.

В Казахстане субъектами земельных прав являются как физические, так и юридические лица, а также государства. Однако возможность обладания теми или иными видами земельных прав зависит от ряда факторов, в том числе от категории земель, целевого назначения земельных участков, гражданства и дееспособности физического лица, национальной принадлежности юридического лица. Вопросы земли касаются всех и каждого. Этим объясняется то, что в обществе никогда не было и нет единства во взглядах, какими должны быть земельные отношения. Отношение к земле зависит от многих факторов. Существенное значение имеет социальная ориентация государства и отдельных слоев населения. Главным при этом являлся и остается вопрос о видах вещных прав, в том числе о праве частной собственности на земельные участки. Пожалуй, нет такого вопроса, который вызывал бы такое разногласие во мнениях.

С момента приобретения Республикой Казахстан государственной независимости регулирование вопроса о субъектах и системе вещных прав на земельные участки претерпело ряд изменений. В настоящее время к земельным правам в Казахстане относятся право государственной и частной собственности, право постоянного землепользования, право временного долгосрочного или краткосрочного землепользования, сервитуты, право временного пользования земельным участком, находящимся в частной собственности.

Вопрос о праве частной собственности на земельные участки решен в Казахстане более 25 лет назад. С вступлением в силу Указа Президента РК от 25.12.1995 г., имеющего силу Закона, «О земле» (далее - Указ о земле 1995 г.) в Казахстане введена частная собственность на земельные участки. Согласно п. 2 ст. 33 Указа о земле в частной собственности граждан и негосударственных юридических лиц, независимо от национальной принадлежности, могли находиться земельные участки, предоставленные (предоставляемые) под застройку или застроенные производственными и непроизводственными, в том числе жилыми, зданиями, сооружениями и их комплексами, включая земли, предназначенные для обслуживания зданий и сооружений в соответствии с их назначением.

В настоящее время подход земельного законодательства к субъектам права частной собственности на земельные участки, предназначенные для застройки зданиями и сооружениями, существенно не изменился. Согласно п. 2 ст. 23 Земельного кодекса Республики Казахстан от 20 июня 2003 г. (далее - ЗК РК) в частной собственности граждан Республики Казахстан могут находиться земельные участки для ведения крестьянского или фермерского хозяйства, личного подсобного хозяйства, лесоразведения, садоводства, индивидуального жилищного и дачного строительства, а также предоставленные (предоставляемые) под застройку или застроенные производственными и непроизводственными, в том числе жилыми, зданиями (строениями, сооружениями) и их комплексами, включая земли, предназначенные для обслуживания зданий (строений, сооружений) в соответствии с их назначением. Согласно положениям п. 3 указанной статьи ЗК РК в частной собственности негосударственных юридических лиц Республики Казахстан могут находиться земельные участки, предоставленные (предоставляемые) для ведения сельскохозяйственного производства, лесоразведения, под застройку или застроенные производственными и непроизводственными, в том числе жилыми, зданиями (строениями, сооружениями) и их комплексами, включая земли, предназначенные для обслуживания зданий (строений, сооружений) в соответствии с их назначением.

С приобретением Республикой Казахстан государственной независимости на всем протяжении развития земельных отношений особый подход существовал к землям сельскохозяйственного назначения. Первоначально право частной собственности могло возникнуть у граждан РК только на земельные участки сельскохозяйственного назначения, предназначенные для развития личного домашнего (подсобного) хозяйства, садоводства и дачного строительства (ст.33 Указа о земле 1995 г., ст. 79 Закона от 24.01.2001 г. «О земле» (далее - Закон о земле 2001 г.)). С принятием действующего в настоящее время ЗК РК земли сельскохозяйственного назначения стали предоставляться национальным субъектам в частную собственность и для иных целей, в частности, гражданам РК - для ведения крестьянского (фермерского) хозяйства и лесоразведения, негосударственным юридическим лицам Республики Казахстан - для ведения сельскохозяйственного производства и лесоразведения (пункты 2 и 3 ст. 23 ЗК РК).

Иностранцы не могут иметь право частной собственности на земельные участки сельскохозяйственного назначения. Им такие земельные участки ранее могли предоставляться на праве временного землепользования. Согласно Указу о земле 1995 г. право временного землепользования могло быть краткосрочным (до 3 лет) и долгосрочным (от 3 до 99 лет) (ст. 41). Согласно Закону о земле 2001 г. земли сельскохозяйственного назначения предоставлялись иностранцам и лицам без гражданства во временное землепользование на условиях аренды сроком до 10 лет (ст. 79). Согласно первоначальной редакции ЗК РК земли сельскохозяйственного назначения предоставлялись иностранцам и лицам без гражданства во временное землепользование на условиях аренды сроком до 10 лет (п. 6 ст. 97). В связи с изменениями, внесенными в ЗК РК Законом РК от 29.12.14 г. № 269-V ЗРК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам кардинального улучшения условий для предпринимательской деятельности в Республике Казахстан», было предусмотрено, что земли сельскохозяйственного назначения предоставляются иностранцам, лицам без гражданства, иностранным юридическим лицам, а также юридическим лицам, в уставном капитале которых доля иностранцев, лиц без гражданства, иностранных юридических лиц составляет более чем пятьдесят процентов, во временное землепользование на условиях аренды сроком до двадцати пяти лет.

Продление до 25 лет срока аренды земельных участков сельскохозяйственного назначения для иностранных субъектов и юридических лиц с иностранным участием вызвало в Казахстане негативную реакцию разных слоев общества, волнения среди населения. В 2016 г. в связи с этим действие данной нормы было приостановлено до 31 декабря 2021 г. в соответствии с Законом РК от 30 июня 2016 г. № 5-VI ЗРК «О приостановлении действия отдельных норм Земельного кодекса Республики Казахстан и введения в действие Закона Республики

Казахстан от 2 ноября 2015 года «О внесении изменений и дополнений в Земельный кодекс Республики Казахстан»».

В этой связи в Казахстане остро встал вопрос о дополнительном продлении моратория на предоставление земельных участков сельскохозяйственного назначения иностранным субъектам и юридическим лицам с иностранным участием, полном запрете предоставления таких участков указанным субъектам или установлении иного режима для таких земель. Ряд авторов признавали необходимым запретить аренду земельных участков сельскохозяйственного назначения иностранным субъектам. По мнению М.К. Сулейменова, норма о предоставлении земель в аренду на любой срок иностранцам должна быть исключена из Земельного кодекса. Одним из основных аргументов в пользу такой позиции, который приводит автор, заключается в том, что возможность аренды земель сельскохозяйственного назначения иностранными субъектами на практике может способствовать возникновению ситуации, когда не современные технологии будут привезены в Казахстан для обработки таких земель из Голландии или Израиля, а приедут китайцы с их химией и пестицидами. При этом автор ссылается на появляющиеся в печати сведения о безвозвратном уничтожении земель в самом Китае вследствие нещадной эксплуатации земли и активного применения химии и пестицидов, о стремлении Китая захватить с помощью аренды земли в Африке, Латинской Америке, России, Украине и многих других странах, об отказе Австралии, Вьетнама и Филиппин предоставить землю в аренду из-за опасения потерять их навечно. Для Казахстана потеря больших площадей и наплыв огромного количества китайцев может поставить под угрозу само существование Казахстана как суверенного государства [1]. По мнению эксперта прошлой земельной комиссии Бакытжана Базарбека в 24-й статье Земельного кодекса нужно установить четкие понятия, что земли сельскохозяйственного назначения не предоставляются иностранцам. В то же время, по мнению автора, это потребует от правительства выработки программы по аккумулированию внутренних ресурсов, поддержанию населения, чтобы казахстанцы вкладывали свои средства в сельское хозяйство [2]. Наряду с этим, высказывалось мнение о возможности сдачи в аренду сельскохозяйственных земель лицам из стран, не граничащих с Казахстаном. Так, член земельной комиссии, созданной в 2016 г., Жанузак Аким считает допустимым сдачу земель в аренду лицам из Индии, Америки или Европы, которые не граничат с Казахстаном. Однако не на 49 лет, а максимум на 25 лет [2].

Вопрос о правах иностранных субъектов и юридических лиц с иностранным участием на земли сельскохозяйственного назначения был решен в связи с изменениями, внесенными в ЗК РК Законом РК от 13 мая 2021 г. № 39-VII ЗРК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам земельных отношений». Согласно части третьей п. 1 ст. 24 ЗК РК в редакции указанного Закона иностранцы, лица без гражданства, иностранные юридические лица, юридические лица Республики Казахстан с иностранным участием, международные организации, научные центры с международным участием, а также кандасы не могут обладать земельными участками сельскохозяйственного назначения на праве частной собственности или землепользования.

Вместе с тем, следует отметить, что такой запрет не распространяется на передачу иностранным субъектам права временного пользования земельными участками сельскохозяйственного назначения, находящимися в частной собственности граждан и юридических лиц Республики Казахстан. Соответственно, земельные участки сельскохозяйственного назначения могут находиться во временном пользовании иностранных субъектов на основании гражданско-правовых договоров с частными собственниками.

Введение запрета на обладание земельными участками сельскохозяйственного назначения иностранными субъектами и юридическими лицами с иностранным участием на праве частной собственности или праве землепользования предполагает необходимость осваивания таких земель национальными субъектами. С января 2021 г. в Казахстане применяется космомониторинг. Согласно разработанному проекту Закона предлагается

сократить сроки изъятия неиспользуемых сельхозземель с 2 лет до 1 года, установить требование о возврате их в судебном порядке на основании данных космомониторинга [2].

В настоящее время земельные участки сельскохозяйственного назначения, находящиеся в частной собственности или в землепользовании, недостаточно осваиваются. Так, в 2020 г. в результате космомониторинга только в 4 х регионах Казахстана обнаружено более 8 млн. неиспользуемых гектаров – на полмиллиона больше, чем в 2016, 2017 и 2018 годах, вместе взятых. Из них 0,7 млн га – пашни и 7,6 млн га – пастбищные угодья. В госсобственность возвращено 4,2 млн га, в сельхозоборот вовлечено 4,8 млн. [2]. Полный запрет на предоставление в аренду земель сельскохозяйственного назначения иностранным субъектам требует создание комплекса мер и условий для освоения сельскохозяйственных земель национальными субъектами.

Права иностранных государств на земельные участки в Республике Казахстан. Еще одним проблемным вопросом рассматриваемой темы является вопрос о земельных правах иностранных государств в Республике Казахстан. Земельные права иностранных государств определяются в п. 7 ст. 6 ЗКРК, в котором предусмотрено, что право землепользования других государств на территории Республики Казахстан возникает в соответствии с международными договорами, ратифицированными Республикой Казахстан.

Проблемы, которые возникают на практике, связаны с тем, что субъектом земельных прав признают не иностранные государства, а посольства или иные дипломатические представительства, а также консульства, которые представляют иностранные государства. Между тем, на наш взгляд, посольства и консульства на основании изложенных положений ЗК РК не являются самостоятельными субъектами земельных прав. При приобретении земельных участков, на которых расположены здания или помещения, необходимые для размещения посольств (консульств), субъектом земельных прав является иностранное государство. Соответственно, при приобретении земельного участка для указанных целей должны соблюдаться требования ЗК РК о приобретении земельных прав иностранным государством, в частности, заключение международного договора. При переходе земельного участка в пользование от одного дипломатического образования государства к другому в рамках международного договора, ратифицированного Парламентом РК, субъект земельного права не меняется, поскольку не имеет место отчуждение прав на земельный участок и иностранное государство остается субъектом земельного права. Между тем, на практике имеют место случаи, когда при переходе земельного участка от одного дипломатического органа государства другому соответствующие государственные органы РК требуют соблюдения правил об отчуждении, например, о выкупе права землепользования в соответствии с положениями п. 3 ст. 37 ЗК РК, в котором предусмотрено, что негосударственные землепользователи, кроме указанных в пункте 5 указанной статьи, выкупившие у государства право временного возмездного долгосрочного землепользования (аренды), вправе сдавать принадлежащие им земельные участки (или их части) в аренду (субаренду) или во временное безвозмездное пользование, а также отчуждать принадлежащее им право временного землепользования в пределах срока договора аренды земельного участка без согласия собственника земельного участка при условии уведомления уполномоченного органа по месту нахождения земельного участка, если иное не установлено ЗК.

Из изложенных положений п. 3 ст. 37 ЗК РК следует, что выкуп права временного возмездного долгосрочного землепользования требуется для сдачи в аренду (субаренду) или в безвозмездное землепользование, а также для отчуждения права землепользования. При переходе земельного участка в пользование от одного дипломатического образования государства к другому, на наш взгляд, не имеет место передача арендных прав или отчуждение права землепользования. Соответственно, при передаче земельного участка от одного дипломатического образования государства к другому требование о выкупе права землепользования нельзя признать обоснованным.

Права несовершеннолетних лиц на земельные участки. В Казахстане существует ограничение на предоставление прав на земельные участки несовершеннолетним лицам. Так,

согласно п. 12 ст. 43 ЗК РК право на земельный участок предоставляется лицам, достигшим совершеннолетия, за исключением случаев оформления прав на земельные участки несовершеннолетним, получившим данные земельные участки в порядке наследования, в соответствии с гражданским законодательством Республики Казахстан.

В изложенном положении ЗК РК допущены ряд противоречий. Следует отметить, что предоставление и наследование прав на земельные участки — это разные основания возникновения таких прав. При предоставлении права на земельные участки приобретаются от государства, в то время как при наследовании они приобретаются от наследодателя, физического лица. Соответственно, ограничение на предоставление прав на земельные участки несовершеннолетним лицам не распространяются на случаи перехода прав на земельные участки в порядке наследования и на передачу прав на земельные участки на основании гражданско-правовых сделок. Возможность приобретения несовершеннолетними лицами прав на земельные участки путем наследования не является исключением из правил, запрещающих предоставлять земельные участки таким лицам. Более того, в связи с установлением одного исключения из изложенной запретительной нормы, возникает вопрос о том, допускается ли передача прав на земельные участки несовершеннолетним на основании гражданско-правовых сделок. Считаю, что нет сомнений в том, что установленный в п. 12 ст. 43 ЗК РК запрет относится только к предоставлению прав на земельные участки, но не к наследованию и не к случаям приобретения прав на земельные участки на основании гражданско-правовых сделок, которые являются самостоятельными основаниями приобретения земельных прав.

Следует также отметить, что изложенное ограничение на предоставление прав на земельные участки несовершеннолетним в качестве последствий имеет и другие ограничения прав несовершеннолетних. Например, если права на здание, сооружение или их составляющие оформлены, но права на земельные участки, необходимые для размещения и эксплуатации таких объектов, не оформлены, то при наследовании таких объектов или передаче их на основании гражданско-правовых сделок несовершеннолетние будут лишены возможности оформить права на соответствующие земельные участки путем их предоставления. При объявлении несовершеннолетнего полностью дееспособным (эмансипация) на основании ст. 22-1 ГК РК рассматриваемое ограничение земельных прав препятствует осуществлению прав эмансипированного лица, в том числе права заниматься предпринимательской деятельностью. В связи с изложенным, при сохранении в земельном законодательстве рассматриваемого ограничения земельных прав несовершеннолетних должны быть сделаны соответствующие исключения.

Зарубежный опыт. Опыт регулирования земельных отношений в странах постсоветского пространства показывает разные подходы к установлению правового режима земельных участков, в том числе по вопросу о праве частной собственности и правах иностранных субъектов на земельные участки. В большинстве стран введена частная собственность на земельные участки с некоторыми ограничениями [3]. Однако есть страны, где частная собственность на земельный участок не существует. Так, согласно ст. 13 Конституции Таджикистана от 6 ноября 1994 г. земля, ее недра, вода, воздушное пространство, животный и растительный мир и другие природные ресурсы являются исключительной собственностью государства и государство гарантирует эффективное их использование в интересах народа [4]. Согласно нормам Земельного кодекса Республики Узбекистан от 30 апреля 1998 г. земля является государственной собственностью - общенациональным богатством, подлежит рациональному использованию, охраняется государством и не подлежит купле-продаже, обмену, дарению, залогу за исключением случаев, установленных законодательными актами Республики Узбекистан. Наряду с этим установлено, что юридические и физические лица могут иметь земельные участки в собственности [5, статьи 16 и 17]. В Туркменистане в собственность земельный участок может предоставляться только гражданам Туркменистана. Другими видами прав на земельные участки являются пользование и аренда. В постоянное или временное (до 99 лет) пользование земельный участок может предоставляться гражданам

и юридическим лицам Туркменистана. В аренду земельный участок может предоставляться физическим лицам, юридическим лицам Туркменистана и иностранных государств, а также иностранным государствам и международным организациям [6, ст. 17].

Во всех государствах бывшего СССР устанавливается особый правовой режим для земельных участков сельскохозяйственного назначения. В отношении иностранных субъектов в некоторых странах существует полный запрет на приобретение таких земельных участков как в частную собственность, так и в пользование (аренду). В других странах допускается передача таких земельных участков во временное пользование указанных субъектов. Так, например, в Туркменистане иностранным гражданам и юридическим лицам, а также иностранным государствам и международным организациям земельные участки могут предоставляться только в аренду для: строительства объектов и иных несельскохозяйственных целей; размещения временных объектов [6, ст. 20]. Согласно Кодексу Республики Беларусь от 23 июля 2008 г. «О земле» земли сельскохозяйственного назначения не подлежат предоставлению в частную собственность, собственность иностранных государств, международных организаций [7, ст. 13]. В Российской Федерации иностранные граждане, иностранные юридические лица, лица без гражданства, а также юридические лица, в уставном (складочном) капитале которых доля иностранных граждан, иностранных юридических лиц, лиц без гражданства составляет более чем 50 процентов, могут обладать земельными участками из земель сельскохозяйственного назначения только на праве аренды, за исключением установленных случаев [8, ст. 3].

Таким образом, опыт регулирования земельных отношений в РК и других странах показывает, что вопрос о субъектах земельных прав не может рассматриваться отдельно от вопроса о видах земельных прав. Земельная реформа в Казахстане на данном этапе ее развития ознаменовалась изменениями правового режима прежде всего земельных участков сельскохозяйственного назначения в связи с установлением полного запрета на их предоставление в землепользование иностранным субъектам и юридическим лицам с иностранным участием. Данное нововведение потребует введение в Казахстане системы мер экономического, правового, организационного характера для того, чтобы земли сельскохозяйственного назначения могли эффективно осваиваться национальными субъектами.

Список использованных источников:

1. Сулейменов М.К. Мораторий на применение норм земельного законодательства: юридические аспекты // Источник: ИС Параграф WWW <http://online.zakon.kz>.
2. В Казахстане истекает срок моратория на поправки в Земельный кодекс: что будет дальше // Источник: <https://ru.sputnik.kz/economy/20210203/16192021/istekaeet-srok-zemelnogomoratoriya.html>.
3. Чаплин Н.Ю. Основы правового регулирования земельных отношений в России и зарубежных странах // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения.-2019.-№ 3.-С.98-111.
4. Конституция Республики Таджикистан от 6 ноября 1994 года (с изменениями и дополнениями по состоянию на 22.05.2016 г.) // Источник: WWW <http://online.zakon.kz>.
5. Земельный Кодекс Республики Узбекистан (утвержден Законом Республики Узбекистан от 30 апреля 1998 года № 598-1) (с изменениями и дополнениями по состоянию на 23.12.2020 г.) // Источник: WWW <http://online.zakon.kz>.
6. Кодекс Туркменистана «О земле» от 25 октября 2004 года (с изменениями и дополнениями по состоянию на 24.10.2020 г.) // Источник: WWW <http://online.zakon.kz>
7. Кодекс Республики Беларусь 23 июля 2008 года № 425-3 О земле (с изменениями и дополнениями по состоянию на 24.10.2016 г.) // Источник: ИС Параграф WWW <http://online.zakon.kz>.

8. Федеральный закон Российской Федерации от 24 июля 2002 года № 101-ФЗ Об обороте земель сельскохозяйственного назначения (с изменениями и дополнениями по состоянию на 30.04.2021 г.) // Источник: ИС Параграф WWW <http://online.zakon.kz>.

Мороз С.П.

СУБЪЕКТЫ ПРАВА В ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКИХ ОТНОШЕНИЯХ

I. Предприниматель – это лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность на постоянной основе в порядке, установленном законодательством или договором. Субъектами предпринимательства в Республике Казахстан являются граждане, кандасы, негосударственные коммерческие юридические лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность, (субъекты частного предпринимательства), государственные предприятия (субъекты государственного предпринимательства) (п. 1 ст. 23 ПК РК [1]).

Таким образом, субъектами предпринимательской деятельности выступают коммерческие организации независимо от форм собственности и физические лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность, (индивидуальные предприниматели). Кроме них к участникам предпринимательской деятельности также можно отнести: некоммерческие организации, занимающиеся предпринимательством; граждан, осуществляющих предпринимательскую деятельность без регистрации; филиалы и представительства коммерческих организаций (в т.ч. иностранных); объединения предпринимателей – холдинги, финансово-промышленные группы, консорциумы (простые товарищества) и другие объединения без образования юридического лица.

Для признания того или иного участника экономических отношений предпринимателем, он должен соответствовать определенным *признакам*, в числе которых выделяются следующие: 1) наличие обособленного имущества; 2) наличие предпринимательских прав и обязанностей (хозяйственной компетенции); 3) самостоятельная имущественная ответственность; 4) государственная регистрация в качестве субъекта предпринимательской деятельности.

Для осуществления предпринимательской деятельности субъект должен обладать *обособленным имуществом*, поскольку предпринимательская деятельность связана с использованием имущества для достижения определенных целей. Основными правовыми формами такого обособления могут выступать право частной собственности и право хозяйственного ведения (наряду с этим возможны и такие формы как, право оперативного управления, право аренды и т.п.).

Правомочия, которыми наделяется субъект предпринимательской деятельности в соответствии с законом или договором, в своей совокупности образуют его хозяйственную компетенцию. Как правило, выделяют следующие *виды хозяйственной компетенции*: 1) общая компетенция (в соответствии с которой субъект наделяется субъективными правами и юридическими обязанностями, необходимыми для осуществления предпринимательской деятельности – общей компетенцией обладают субъекты частного предпринимательства); 2) специальная компетенция (определяется в учредительных документах и должна соответствовать целям деятельности конкретного субъекта, установленным законодательством - например, некоммерческой организации); 3) ограниченная компетенция (определяется в учредительных документах по усмотрению самого субъекта, обладающего общей компетенцией); 4) исключительная хозяйственная компетенция (устанавливается законодательством применительно к отдельным субъектам предпринимательской деятельности, которые не могут осуществлять иные виды деятельности, например, субъекты естественной монополии, банки и т.п.).

Субъекты предпринимательской деятельности должны нести ответственность по своим обязательствам всем принадлежащим им имуществом. Самостоятельная гражданско-правовая ответственность юридических лиц закреплена в ст. 44 ГК РК [2]. Однако из этого правила предусмотрен ряд исключений для следующих категорий организаций: 1) специальные финансовые компании; 2) учреждения, финансируемые учредителем; 3) государственные предприятия; и 4) государственные исламские специальные финансовые компании. Все указанные выше субъекты отвечают по своим обязательствам всеми находящимися в их распоряжении денежными средствами, но в случае недостаточности денег у государственного предприятия, например, субсидиарную ответственность по их обязательствам несут Республика Казахстан (РК) или соответствующая административно-территориальная единица за счет средств своего бюджета. Что касается учреждения, то в случае недостатка средств у него, учредитель учреждения несет ответственность по его обязательствам. Наконец, компания специального назначения отвечает по своим обязательствам в соответствии с законодательством РК о проектном финансировании и секьюритизации.

Гражданским законодательством установлена *повышенная ответственность предпринимателя*, которая проявляется в том, что последний несет имущественную ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства независимо от вины. Согласно п. 2 ст. 359 ГК РК единственным основанием, освобождающим предпринимателя от имущественной ответственности, являются форс-мажорные обстоятельства или обстоятельства непреодолимой силы (природные явления, военные действия, чрезвычайные ситуации и т.д.). К таким обстоятельствам не относится, например, отсутствие на рынке нужных для исполнения принятых на себя предпринимателем обязательств товаров, работ или услуг.

Помимо этого законом предусмотрены случаи наступления *солидарной ответственности* по долгам хозяйственного товарищества: 1) у участников полного товарищества, если при его ликвидации окажется, что фактического имущества не хватает для покрытия всех его долгов (п. 1 ст. 70 ГК РК), и 2) у участников товарищества с дополнительной ответственностью при недостаточности сумм, внесенных ими в качестве вкладов в уставный капитал, однако в размере, кратном внесенным ими вкладам (п. 1 ст. 84 ГК РК).

Кроме того, законом установлены случаи наступления *субсидиарной ответственности*: 1) учредителя (участника) и (или) должностного лица, признанных виновными в преднамеренном банкротстве в порядке производства по делам об административных правонарушениях или уголовного судопроизводства, при недостаточности средств у юридического лица по результатам процедуры банкротства (п. 3 ст. 44 ГК РК) (например, основная организация несет субсидиарную ответственность по долгам дочерней организации при банкротстве последней по вине основной организации (п. 2 ст. 94 ГК РК); 2) членов производственного кооператива по обязательствам последнего (п. 3 ст. 96 ГК РК).

Здесь следует учитывать, что для признания того или иного участника субъектом предпринимательской деятельности необходимо наличие всех четырех вышеназванных признаков.

II. *Классификация субъектов предпринимательской деятельности* может быть проведена по различным основаниям.

Во-первых, в зависимости от формы собственности, на основе которой они созданы и действуют, можно выделить субъектов *государственного и частного предпринимательства*.

Во-вторых, исходя из наличия или отсутствия у субъектов предпринимательской деятельности прав юридического лица, их можно дифференцировать на *предпринимателей – юридических лиц и индивидуальных предпринимателей*.

В-третьих, в зависимости от того, создана организация для извлечения прибыли (дохода) и распределяют ли ее между собой участники (учредители) можно выделить – *коммерческие и некоммерческие организации*.

Отдельным основанием деления могут служить количественные и качественные показатели осуществляемой предпринимательской деятельности, которые определены ПК РК,

и в соответствии с которыми субъекты частного предпринимательства подразделены на три группы: 1) субъекты *малого предпринимательства* (в том числе субъекты *микropредпринимательства*); 2) субъекты *среднего предпринимательства*; 3) субъекты *крупного предпринимательства*.

Что касается последней из выделенных классификаций субъектов предпринимательства, то в этом вопросе до сих пор ситуация остается неоднозначной, поскольку законодатель учитывает, как количественные, так и качественные показатели осуществляемой предпринимателем деятельности. Причем эти показатели отнесения субъектов предпринимательства к субъектам малого, среднего и крупного предпринимательства используется для конкретно обозначенных целей, в числе которых указываются цели: государственной статистики; оказания государственной поддержки; применения иных норм законодательства РК.

Для достижения же каждой из этих целей указанные показатели применяются по-разному. В частности, количественный показатель – это среднегодовая численность работников, который используется как единственный критерий для целей государственной статистики. В свою очередь, для целей оказания государственной поддержки и применения иных норм законодательства РК используются два критерия: среднегодовая численность работников (количественный показатель) и среднегодовой доход (качественный показатель).

В соответствии с п. 3 ст. 24 ПК РК *субъектами малого предпринимательства* являются индивидуальные предприниматели без образования юридического лица и юридические лица, осуществляющие предпринимательство, со среднегодовой численностью работников не более 100 человек и среднегодовым доходом не свыше трехсоттысячекратного месячного расчетного показателя (далее – МРП), установленного Законом РК о республиканском бюджете и действующего на 1 января соответствующего финансового года (т.е. на 2021 г. – 2 917 тенге) [3]. При этом, субъектами *микropредпринимательства* являются субъекты малого предпринимательства, осуществляющие частное предпринимательство, со среднегодовой численностью работников не более 15-ти человек или среднегодовым доходом не свыше тридцатитысячекратного МРП.

В случае превышения одного из названных условий, на субъекты малого предпринимательства не распространяются льготы, предусмотренные для субъектов малого предпринимательства. Речь идет как о мерах государственной поддержки малого предпринимательства, так и о других льготах (в частности, об упрощенной форме ведения бухгалтерского учета и составления финансовой отчетности).

Также законодательством специально выделены те субъекты предпринимательства, которые, хотя и отвечают указанным условиям, но они *не могут быть признаны субъектами малого предпринимательства*. В частности, к ним отнесены индивидуальные предприниматели и юридические лица, осуществляющие: 1) деятельность, связанную с оборотом наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров; 2) производство и (или) оптовую реализацию подакцизной продукции; 3) деятельность по хранению зерна на хлебоприемных пунктах; 4) проведение лотереи; 5) деятельность в сфере игорного бизнеса; 6) деятельность, связанную с оборотом радиоактивных материалов; 7) банковскую деятельность (либо отдельные виды банковских операций) и деятельность на страховом рынке (кроме деятельности страхового агента); 8) аудиторскую деятельность; 9) профессиональную деятельность на рынке ценных бумаг; 10) деятельность кредитных бюро; 11) охранную деятельность; 12) деятельность, связанную с оборотом гражданского и служебного оружия и патронов к нему (п. 4 ст. 24 ПК РК). Такие ограничения введены не случайно, предполагается, что эти субъекты не нуждаются в предоставлении мер государственной поддержки. Индивидуальные предприниматели и юридические лица, осуществляющие деятельность, указанную выше, относятся к субъектам среднего предпринимательства, а в случае соответствия критериям, установленным законодателем применительно к субъектам крупного предпринимательства, признаются в качестве последних.

Субъектами среднего предпринимательства являются индивидуальные предприниматели и юридические лица, осуществляющие предпринимательство, не относящиеся к субъектам малого и крупного предпринимательства, т.е. со среднегодовой численностью работников более 100 человек, но не более 250 человек, и со среднегодовым доходом свыше трехсоттысячекратного, но не более трехмиллионнократного МРП.

Субъектами крупного предпринимательства являются индивидуальные предприниматели и юридические лица, осуществляющие предпринимательство и отвечающие одному или двум из следующих критериев: среднегодовая численность работников более 250-ти человек и (или) среднегодовой доход свыше трехмиллионнократного МРП.

III. Особо следует отметить точку зрения о возможности классификация субъектов предпринимательской деятельности в зависимости от выполняемых ими функций.

С этих позиций могут быть выделены: 1) *субъекты предпринимательской деятельности* (для которых осуществление предпринимательской деятельности является основной задачей, к ним относятся: индивидуальные предприниматели, предприятия, производственные кооперативы, другие коммерческие организации); 2) *субъекты предпринимательского права, основная задача которых состоит в социальной, культурной, научной и иной нехозяйственной деятельности* (это некоммерческие организации, действующие в качестве субъектов предпринимательского права в случаях, когда для выполнения их основных задач необходимо вступление в хозяйственный оборот, заключение предпринимательских договоров и т.п.); 3) *субъекты, осуществляющие регулирование (организацию) предпринимательской деятельности* (к ним относятся, прежде всего, государственные органы и органы местного самоуправления, которые регулируют хозяйственную деятельность на соответствующей территории, организуют предпринимательскую деятельность созданных ими государственных предприятий) [4].

Однако, здесь необходимо отметить, что деление субъектов на осуществляющих предпринимательскую деятельность и регулирующих ее, носит достаточно условный характер. Возможны ситуации, когда один и тот же субъект может выступать в указанных качествах, например, национальные компании, которые наряду с осуществлением предпринимательской деятельности могут выполнять и контролирующие функции применительно к другим участникам гражданского оборота.

IV. Для возникновения субъекта предпринимательской деятельности необходима сознательно-волевая деятельность собственника имущества как его учредителя. Это в равной степени касается как индивидуального предпринимателя, так и юридического лица. Однако если в отношении индивидуального предпринимателя законодательством определен только один способ – постановка на учет в качестве индивидуального предпринимателя, то в отношении юридических лиц способов создания четыре:

1) *распорядительный* – путем прямого указания, распоряжения органа государственной власти или управления (такое указание может быть дано в форме издания распорядительного акта собственника имущества или его представителя – в таком порядке, например, создаются государственные предприятия, государственные учреждения);

2) *разрешительный* – юридические лица создаются по инициативе своих учредителей (государственных, частных предприятий, общественных организаций и граждан), но с разрешения соответствующих государственных органов (например, таким способом регистрируются юридические лица, предметом деятельности которых является оказание финансовых услуг);

3) *явочный (регистрационный)* – для создания юридического лица таким способом не требуется разрешения государственного органа (необходимо наличие двух условий: 1) порядок образования такого юридического лица должен быть заранее предусмотрен в законодательстве; 2) должно быть решение общего собрания членов об объединении их в организацию, отвечающую требованиям соответствующего законодательного акта);

4) *уведомительный* - в регистрирующий орган учредителем (учредителями) подается уведомление о начале осуществления предпринимательской деятельности по форме, установленной Министерством юстиции РК. Данный способ предусмотрен только для создания юридического лица, относящегося к субъекту малого предпринимательства.

V. Правоспособность юридического лица возникает с момента его государственной регистрации, которая является обязательной для любого вида юридического лица.

Предпринимательским законодательством установлены различные подходы к *государственной регистрации субъектов частного предпринимательства* – юридических и физических лиц. Государственная регистрация (перерегистрация) *субъектов частного предпринимательства – юридических лиц* осуществляется в соответствии с нормами законодательства о государственной регистрации юридических лиц (Закона РК «О государственной регистрации юридических лиц и учетной регистрации филиалов и представительств» от 17 апреля 1995 г. № 2198 [5] (далее – Закон о государственной регистрации юридических лиц).

Государственная регистрация юридических лиц включает в себя проверку соответствия документов, представленных на государственную регистрацию, законодательству РК, выдачу им справки о государственной регистрации с присвоением бизнес-идентификационного номера, занесение сведений о юридических лицах в Национальный реестр бизнес-идентификационных номеров. Учетная регистрация филиалов и представительств включает в себя проверку соответствия документов, представленных на учетную регистрацию, законодательным актам РК, выдачу им справки об учетной регистрации с присвоением бизнес-идентификационного номера, занесение сведений о филиалах и представительствах в Национальный реестр бизнес-идентификационных номеров (ст. 1 Закона о государственной регистрации юридических лиц).

В качестве еще одной особенности регистрации юридических лиц следует назвать различные регистрирующие органы для субъектов предпринимательства и для некоммерческих юридических лиц. Государственную регистрацию юридических лиц, являющихся некоммерческими организациями, и учетную регистрацию их филиалов и представительств осуществляют органы юстиции, а государственную регистрацию юридических лиц, являющихся коммерческими организациями, и учетную регистрацию их филиалов и представительств - Государственная корпорация «Правительство для граждан».

В отличие от юридического значения государственной регистрации юридического лица, *перерегистрация* означает не создание юридического лица, а приведение в соответствие с требованиями действующего законодательства уже существующего зарегистрированного юридического лица. Согласно п. 6 ст. 42 ГК РК, юридическое лицо подлежит перерегистрации в случаях: 1) уменьшения размера уставного капитала; 2) изменения наименования; 3) изменения состава участников в хозяйственных товариществах (за исключением хозяйственных товариществ, в которых ведение реестра участников хозяйственного товарищества осуществляется профессиональным участником рынка ценных бумаг, осуществляющим деятельность по ведению системы реестров держателей ценных бумаг).

VI. Что касается государственной регистрации *субъектов частного предпринимательства – физических лиц*, то порядок их регистрации определяется в соответствии с нормами предпринимательского законодательства. Согласно п. 1 ст. 35 ПК РК государственная регистрация физических лиц, осуществляющих частное предпринимательство без образования юридического лица, заключается в постановке на учет в качестве индивидуального предпринимателя в органе государственных доходов по месту нахождения, заявленному при государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя. Следовательно, для регистрации в качестве индивидуальных предпринимателей регистрирующим органом является орган государственных доходов по месту нахождения физического лица, заявленному им при регистрации.

В отличие от юридических лиц, государственная регистрация которых является обязательной, физические лица – субъекты частного предпринимательства могут осуществлять деятельность и без государственной регистрации. Вместе с тем, предпринимательским законодательством прямо закреплена обязательность государственной регистрации для отдельных категорий индивидуальных предпринимателей. В частности, для тех *индивидуальных предпринимателей*, которые отвечают одному из следующих условий:

1) используют труд наемных работников на постоянной основе;

2) имеют от частного предпринимательства годовой доход, исчисленный в соответствии с налоговым законодательством РК, в размере, превышающем 12-кратный минимальный размер заработной платы, установленный законом о республиканском бюджете и действующий на 1 января соответствующего финансового года (на 2021 г. минимальный размер заработной платы (МРЗП) составляет 42 500 тенге, следовательно, на 2021 г. годовой доход не должен превышать 510 000 тенге). Деятельность перечисленных индивидуальных предпринимателей без государственной регистрации запрещается, за исключением случаев, предусмотренных налоговым законодательством РК.

Физическое лицо, не использующее труд работников на постоянной основе, *вправе не регистрироваться* в качестве индивидуального предпринимателя при получении следующих доходов, установленных налоговым законодательством РК:

1) доходов, подлежащих налогообложению у источника выплаты;

2) имущественного дохода;

3) доходов из источников за пределами РК;

4) доходов домашних работников в соответствии с трудовым законодательством РК, получающих доходы от лиц, не являющихся налоговыми агентами;

5) доходов граждан РК по трудовым договорам (контрактам) и (или) договорам гражданско-правового характера, заключенным с дипломатическими и приравненными к ним представительствами иностранного государства, консульскими учреждениями иностранного государства, аккредитованными в РК, не являющимися налоговыми агентами;

6) доходов граждан РК по трудовым договорам (контрактам) и (или) договорам гражданско-правового характера, заключенным с международными и государственными организациями, зарубежными и казахстанскими неправительственными общественными организациями и фондами, освобожденными от обязательства по исчислению, удержанию и перечислению индивидуального подоходного налога у источника выплаты в соответствии с международными договорами, ратифицированными РК;

7) доходов трудовых иммигрантов-резидентов, полученных (подлежащих получению) по трудовым договорам, заключенным в соответствии с трудовым законодательством РК на основании разрешения трудовому иммигранту;

8) доходов медиаторов, за исключением профессиональных медиаторов в соответствии с Законом РК «О медиации» [6], полученных от лиц, не являющихся налоговыми агентами;

9) доходов от личного подсобного хозяйства, учтенного в книге похозяйственного учета в соответствии с законодательством РК, подлежащих налогообложению, по которым не было произведено удержание индивидуального подоходного налога у источника выплаты в связи с представлением налоговому агенту недостоверных сведений лицом, занимающимся личным подсобным хозяйством.

Наряду с этим осуществлять предпринимательскую деятельность без регистрации в качестве индивидуального предпринимателя вправе физические лица, признанные *плательщиками единого совокупного платежа*. Согласно п. 1 ст. 774 Налогового кодекса [7] плательщиками единого совокупного платежа признаются физические лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность без регистрации в качестве индивидуального предпринимателя, которые одновременно соответствуют следующим условиям:

1) уплатили единый совокупный платеж;

2) не используют труд наемных работников;

3) оказывают услуги исключительно физическим лицам, не являющимся налоговыми агентами, а также соответствуют требованиям, установленным законодательством РК, и (или) реализуют исключительно физическим лицам, не являющимся налоговыми агентами, сельскохозяйственную продукцию личного подсобного хозяйства собственного производства, за исключением подакцизной продукции. При этом размер дохода плательщика единого совокупного платежа за календарный год не должен превышать 1175-кратный размер МРП (с учетом того, что на 2021 г. размер МРП установлен в размере 2 917 тенге, размер годового дохода не должен превышать 3 427 425 тенге).

Для государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя (совместного индивидуального предпринимательства) физическое лицо (уполномоченное лицо совместного индивидуального предпринимательства) представляет непосредственно в орган государственных доходов или через государственную информационную систему разрешений и уведомлений уведомление по форме, утвержденной уполномоченным органом в сфере разрешений и уведомлений (п. 1 ст. 36 ПК РК). При этом в случае регистрации совместного индивидуального предпринимательства уполномоченное лицо совместного индивидуального предпринимательства предоставляет доверенность, подписанную от имени всех участников совместного предпринимательства, а в случае, если заявитель не достиг совершеннолетия, к уведомлению прилагается согласие законных представителей, а при отсутствии такого согласия – копия свидетельства о заключении брака (супружества) либо решение органа опеки и попечительства или решение суда об объявлении несовершеннолетнего полностью дееспособным.

Регистрирующий орган не вправе требовать у индивидуального предпринимателя предоставления других документов, и должен произвести государственную регистрацию индивидуального предпринимателя в течение одного рабочего дня после представления указанных выше документов.

VII. В целях поддержки развития частного предпринимательства и снятия административных барьеров законодателем были установлены *сокращенные сроки* государственной регистрации (перерегистрации) субъектов предпринимательской деятельности и учетной регистрации (перерегистрации) их филиалов и представительств.

Так, государственная регистрация юридических лиц, относящихся к субъектам частного предпринимательства, учетная регистрация их филиалов (представительств), за исключением акционерных обществ, их филиалов (представительств), производится в течение 1-го часа с момента подачи электронного заявления. Государственная регистрация коммерческих юридических лиц, учетная регистрация их филиалов (представительств) с участием иностранных лиц, не имеющих идентификационных номеров согласно Закону РК «О национальных реестрах идентификационных номеров» [8], производится не позднее 1-го рабочего дня, следующего за днем подачи заявления.

Государственная перерегистрация юридических лиц, относящихся к субъектам частного предпринимательства, учетная перерегистрация их филиалов (представительств), за исключением акционерных обществ, их филиалов (представительств), производится в течение 1-го рабочего дня с момента подачи заявления. Государственная регистрация (перерегистрация), регистрация внесенных изменений и дополнений в учредительные документы юридических лиц, не относящихся к субъектам частного предпринимательства, а также акционерных обществ, осуществляющих деятельность на основании устава, не являющегося типовым, за исключением политических партий, учетная регистрация (перерегистрация) их филиалов (представительств), а также филиалов (представительств) иностранных некоммерческих организаций должны быть произведены не позднее 5-ти рабочих дней, следующих за днем подачи заявления с приложением необходимых документов (ст. 9 Закона о государственной регистрации юридических лиц).

VIII. Реорганизация и ликвидация субъектов частного предпринимательства осуществляются на общих основаниях, установленных гражданским законодательством для юридических лиц и для конкретных организационно-правовых форм, в которых создано то

или иное юридическое лицо, а также специальным законодательством (например, Законом РК об АО [9] или Законом РК о ТОО и ТДО [11] и др.).

Говоря об общих положениях относительно прекращения деятельности юридического лица, необходимо отметить, что основными ее формами являются реорганизация юридического лица (кроме случаев выделения из состава юридического лица другой организации (ст. 45 ГК РК) и ликвидации юридического лица (ст. 49 ГК РК).

Реорганизация юридического лица производится по решению собственника его имущества или уполномоченного собственником органа, учредителей (участников), а также по решению органа, уполномоченного учредительными документами юридического лица, либо по решению судебных органов в случаях, предусмотренных законодательными актами. Законодательством особо выделены пять форм реорганизации юридического лица – *слияние, присоединение, разделение, выделение, преобразование* (а также предусмотрена возможность осуществления реорганизации в других формах).

Реорганизация может быть проведена добровольно или принудительно. Принудительная реорганизация может быть осуществлена по решению судебных органов в случаях, предусмотренных законодательством (например, за нарушение антимонопольного законодательства, законодательства о банкротстве и т.д.) [11].

Юридическое лицо считается реорганизованным, за исключением случаев реорганизации в форме присоединения, с момента регистрации вновь возникших юридических лиц (при реорганизации юридического лица путем присоединения к нему другого юридического лица первое из них считается реорганизованным с момента внесения в Национальный реестр бизнес-идентификационных номеров сведений о прекращении деятельности присоединенного юридического лица) (п. 4 ст. 45 ГК РК).

Имущественные права и обязанности реорганизованного юридического лица переходят к вновь возникшему юридическому лицу: при слиянии и присоединении – в соответствии с *передаточным актом*, при разделении и выделении – в соответствии с *разделительным балансом*. Данные документы должны содержать положения о правопреемстве по всем обязательствам реорганизованного юридического лица в отношении всех его кредиторов и должников, включая и обязательства, оспариваемые сторонами. Собственник имущества юридического лица или орган, принявший решение о реорганизации юридического лица, утверждает передаточный акт и разделительный баланс, после чего предоставляют их вместе с учредительными документами для регистрации. Непредставление с учредительными документами соответственно передаточного акта или разделительного баланса, а также отсутствие в них положений о правопреемстве по обязательствам реорганизованного юридического лица влечет отказ в государственной регистрации вновь возникших юридических лиц.

IX. Ликвидация юридического лица – это прекращение его деятельности путем исключения из государственного регистра юридических лиц. В результате ликвидации юридического лица, в отличие от реорганизации, правопреемства не происходит.

Ликвидация может быть добровольной и принудительной. В *добровольном порядке* по решению собственника его имущества или уполномоченного собственником органа, а также по решению органа юридического лица, уполномоченного на то учредительными документами, юридическое лицо может быть ликвидировано по любому основанию (п. 1 ст. 49 ГК РК).

Субъект частного предпринимательства объявляется решением суда банкротом на основании заявления должника в суд или на основании заявления в суд кредитора, а в случаях, предусмотренных законами РК, и иных лиц.

По решению суда (*в принудительном порядке*) юридическое лицо может быть ликвидировано в случаях: 1) банкротства; 2) признания недействительной регистрации юридического лица в связи с допущенными при его создании нарушениями законодательства, которые носят неустранимый характер; 3) отсутствия юридического лица по месту нахождения или по фактическому адресу, а также учредителей (участников) и

должностных лиц, без которых юридическое лицо не может функционировать в течение одного года; 4) осуществления деятельности с грубым нарушением законодательства: систематического осуществления деятельности, противоречащей уставным целям юридического лица; осуществления деятельности без надлежащей лицензии либо деятельности, запрещенной законодательными актами; 5) предусмотренных другими законодательными актами (п. 2 ст. 49 ГК РК).

К числу основных обязанностей собственника имущества юридического лица или органа, принявшего решение о ликвидации юридического лица, относятся: 1) незамедлительно письменно сообщить или уведомить через интернет-ресурс с применением электронной цифровой подписи о предстоящей ликвидации органу юстиции либо Государственной корпорации «Правительство для граждан», осуществляющим регистрацию юридических лиц, органу государственных доходов по месту регистрации; 2) назначить ликвидационную комиссию, установить порядок и сроки ликвидации. Ликвидационная комиссия публикует информацию о ликвидации юридического лица, а также порядке и сроке заявления претензий его кредиторами в периодических печатных изданиях, распространяемых на всей территории РК. Срок заявления претензий не может быть менее двух месяцев с момента публикации объявления о ликвидации, за исключением случаев банкротства. При банкротстве требования кредиторов к банкроту должны быть заявлены не позднее чем в месячный срок с момента публикации объявления о порядке заявления требований кредиторами.

Оставшееся после удовлетворения требований кредиторов имущество направляется на цели, указанные в учредительных документах. При недостаточности у ликвидируемого казенного предприятия имущества, а у ликвидируемого учреждения - денег для удовлетворения требований кредиторов последние вправе обратиться в суд с иском об удовлетворении оставшейся части требований за счет собственника имущества этого предприятия или учреждения (п. 9 ст. 50 ГК РК).

В соответствии с гражданским законодательством *считаются погашенными*: 1) претензии кредиторов, не удовлетворенные из-за недостаточности имущества ликвидируемого юридического лица, 2) требования, не заявленные до утверждения ликвидационного баланса; 3) требования, не признанные ликвидационной комиссией, если кредитор не обращался с иском в суд; 4) требования, в удовлетворении которых решением суда кредитору отказано.

Х. Банкротство – признанная решением суда несостоятельность должника, являющаяся основанием для его ликвидации (п/п. 6 ст. 1 Закона о реабилитации и банкротстве).

При этом, в соответствии с современным законодательным подходом *должником* признается физическое лицо, зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя (индивидуальный предприниматель), или юридическое лицо, в отношении которого имеются основания для применения или применены процедуры, предусмотренные Законом о реабилитации и банкротстве. Следовательно, если ранее в соответствии с утратившим силу Законом РК 21 января 1997 г. № 67-І «О банкротстве», устанавливалось различное регулирование вопросов банкротства юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, то в настоящее время вопросы реабилитации и банкротства и юридических лиц и индивидуальных предпринимателей регулируются Законом о реабилитации и банкротстве, и в сферу регулирования Предпринимательского кодекса, как ранее было в утратившем силу Законе РК от 31 января 2006 г. № 124 «О частном предпринимательстве», уже не входят.

Несостоятельность должника устанавливается судом с учетом заключения о финансовой устойчивости, составленного в соответствии со ст. 49 Закона о реабилитации и банкротстве. Так, по результатам осуществления сбора сведений о финансовом состоянии должника временный управляющий в период рассмотрения в суде дела о банкротстве составляет *заключение о финансовой устойчивости должника*, содержащее один из нижеперечисленных выводов:

1) должник относится к I классу финансовой устойчивости, заявление о признании банкротом является необоснованным;

2) должник относится ко II классу финансовой устойчивости, отсутствуют основания для признания должника банкротом, но имеются основания для применения реабилитационной процедуры;

3) должник относится к III классу финансовой устойчивости, имеются основания для признания его банкротом.

При этом, I класс - финансово устойчивые; II класс - сопряженные с риском банкротства, но имеющие возможность восстановления финансовой устойчивости; III класс - финансово неустойчивые.

Признание банкротства возможно в добровольном порядке (на основании заявления должника в суд) или в принудительном порядке (на основании заявления в суд кредитора, а в случаях, предусмотренных законодательными актами, и иных лиц). Специальные правила установлены законодательством о банкротстве для градообразующих юридических лиц и сельскохозяйственных производителей.

XI. К неплатежеспособному должнику могут быть применены любые, не противоречащие законодательству меры, направленные на восстановление его платежеспособности с целью предотвращения ликвидации, которые реализуются в рамках *реабилитационной процедуры*.

Реабилитационные меры могут включать любые организационно-хозяйственные, технические, финансово-экономические, правовые и иные не противоречащие законодательству РК мероприятия, направленные на восстановление платежеспособности должника, включая санацию, продажу имущества путем проведения электронного аукциона, финансовый лизинг, уступку прав требований должника, факторинг, реверсивный факторинг, прощение части долга, списание пени и штрафов, обмен долгов на акции, заключение мирового соглашения и другие (п. 4 ст. 73 Закона о реабилитации и банкротстве).

Основанием для обращения должника или кредитора с заявлением в суд о применении реабилитационной процедуры является *временная неплатежеспособность должника*. Неплатежеспособность является временной, если на дату подачи заявления имеется одно или несколько обстоятельств:

1) обязательства перед кредиторами по требованиям о возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью, взысканию алиментов, обязательства по оплате труда, выплата компенсаций по трудовым договорам, уплате задолженности по социальным отчислениям в Государственный фонд социального страхования, обязательным пенсионным взносам и обязательным профессиональным пенсионным взносам, отчислениям и (или) взносам на обязательное социальное медицинское страхование, а также по вознаграждениям авторам за служебные изобретение, полезную модель, промышленный образец не исполнены в течение трех месяцев со дня наступления срока их исполнения (вводится в действие с 01.01.2023 г.);

2) обязательства перед иными кредиторами не исполнены в течение четырех месяцев со дня наступления срока их исполнения (п. 1 ст. 5-1 Закона о реабилитации и банкротстве).

Временная неплатежеспособность должника является и основанием для обращения должника о применении *процедуры реструктуризации задолженности*. Наряду с этим еще одним условием для применения процедуры реструктуризации задолженности является отсутствие возбужденных судом дел о реабилитации или банкротстве. При наличии двух указанных выше условий должник вправе принять решение о реструктуризации своей задолженности, после чего он обращается в суд с заявлением о реструктуризации задолженности с приложением документов, свидетельствующих о временной неплатежеспособности. Одновременно при подаче заявления в суд должник уведомляет кредиторов. Однако здесь следует учитывать, что должник не вправе обращаться в суд с таким заявлением, если не истек один год с даты:

вступления в законную силу определения суда об отказе в утверждении соглашения о реструктуризации задолженности;

по истечении двух месяцев с даты вступления в законную силу решения суда о применении процедуры реструктуризации задолженности, при условии незаключения соглашения о реструктуризации задолженности.

Переход от реабилитационной процедуры к процедуре *банкротства* осуществляется на основании решения суда о прекращении реабилитационной процедуры, признании должника банкротом и его ликвидации с возбуждением процедуры банкротства. Срок проведения процедуры банкротства составляет девять месяцев и может быть продлен собранием кредиторов до двух лет при наличии следующих оснований:

- 1) наличие в производстве суда дела, затрагивающего имущественные интересы должника и его кредиторов;
- 2) наличие нереализованного имущества;
- 3) необходимость устранения нарушений законодательства РК, указанных в определении суда об отказе в утверждении заключительного отчета;
- 4) необходимость устранения нарушений законодательства РК, выявленных уполномоченным органом (п. 2 ст. 84 Закона о реабилитации и банкротстве).

Деятельность юридических лиц – банкротов *прекращается* с момента исключения их из государственных регистров юридических лиц, а индивидуальных предпринимателей – с момента снятия с регистрационного учета по месту жительства физического лица.

При осуществлении индивидуального предпринимательства без регистрации в установленных случаях оно считается прекращенным с момента фактического прекращения – при добровольном его характере либо соответственно с момента вступления в законную силу решения суда – при принудительном.

XII. Следует особо остановиться на рассмотрении вопроса, не получившего еще своего разрешения в законодательстве РК – *о несостоятельности физических лиц – потребителей*.

Как уже говорилось выше, в законодательстве РК банкротство является одним из оснований прекращения деятельности индивидуального предпринимателя (в хозяйственном законодательстве Украины также предусмотрены нормы о банкротстве гражданина-предпринимателя (ст. 128 Хозяйственного кодекса Украины от 16 января 2003 г. № 436-IV). Однако в законодательстве других государств помимо банкротства физического лица – предпринимателя, закреплены нормы о банкротстве физического лица – потребителя.

При этом в Германии и Франции любые физические и юридические лица частного права могут быть признаны несостоятельными (в Германии физические лица – потребители признаются несостоятельными, если между ними и их кредиторами не достигнуто соответствующее соглашение); в Великобритании и США законодательство о несостоятельности дифференцировано в зависимости от предмета деятельности должника и некоторых других обстоятельств (в США нормы о несостоятельности, применяемые к должникам – физическим лицам, дифференцированы в зависимости от того, имеют ли физические лица устойчивый доход или нет, в Великобритании – в зависимости от осуществляемой деятельности должника, но различий между торговой и неторговой состоятельностью не проводится) [13].

Международный опыт показывает, что введение института банкротства физического лица – потребителя способствует развитию потребительского кредита и экономики в целом. В частности, в Российской Федерации с 2015 года появился институт банкротства гражданина. В частности, в соответствии с Федеральным законом от 29 июня 2015 г. № 154-ФЗ (вступил в силу с 1 октября 2015 г.) в главу X («Банкротство гражданина») Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» от 26 октября 2020 г. № 127-ФЗ был включен новый параграф 1.1 («Реструктуризация долгов гражданина и реализация имущества гражданина»).

Однако в практике других стран СНГ, в том числе и Республики Казахстан, этот опыт пока еще не нашел своего применения.

XIII. В заключение отметим, что особое внимание в предпринимательском законодательстве уделено вопросам правовой охраны информации, составляющей

коммерческую тайну, которая заключается в запрете ее незаконного получения, распространения или использования.

Субъект предпринимательства самостоятельно определяет круг лиц, имеющих право свободного доступа к информации, составляющей коммерческую тайну, и принимает меры к охране ее конфиденциальности. Наряду с этим субъект предпринимательства также сам определяет порядок отнесения информации к категориям доступа, условия хранения и использования информации, составляющей коммерческую тайну. В частности, принимаемые субъектом предпринимательства меры по охране информации, составляющей коммерческую тайну, могут включать в себя: 1) определение перечня информации, составляющей коммерческую тайну; 2) ограничение доступа к коммерческой тайне путем установления порядка обращения с этой информацией и контроля за соблюдением такого порядка; 3) учет лиц, получивших доступ к коммерческой тайне, и (или) лиц, которым эта информация была предоставлена или передана (п. 4 ст. 28 ПК РК).

Главное требование, предъявляемое законодателем к порядку использования информации, составляющей коммерческую тайну, заключается в том, что она не может быть разглашена без согласия субъекта предпринимательства, за исключением информации, по которой имеется вступившее в законную силу решение суда, или иных случаев, установленных ПК РК.

За нарушение правил охраны информации о субъекте частного предпринимательства наступает гражданско-правовая ответственность. Так, согласно п. 5 ст. 28 ПК РК лица, незаконными методами получившие, раскрывшие и (или) использовавшие информацию, составляющую коммерческую тайну, обязаны возместить причиненный ущерб в соответствии с гражданским законодательством РК.

Особо следует подчеркнуть, что государственные органы и их должностные лица без согласия субъекта предпринимательства не вправе распространять и (или) использовать ставшую известной им в силу выполнения должностных (служебных) обязанностей информацию, составляющую коммерческую тайну, за исключением случаев, предусмотренных законами РК. При этом субъект предпринимательства вправе не предоставлять государственным органам и должностным лицам при выполнении ими регистрационных, контрольных и надзорных функций и совершении других действий доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, кроме той, которая необходима для реализации возложенных на них функций (п. 10 ст. 28 ПК РК).

Более того, хотя законодательством и установлена обязанность субъекта предпринимательства по предоставлению статистической отчетности уполномоченному органу, государственные органы не вправе требовать сведения, не предусмотренные нормативными правовыми актами в области государственной статистики. Также не допускается использование первичных статистических данных государственными органами и Национальным Банком РК в отношении субъекта предпринимательства, в том числе при осуществлении ими контрольных и надзорных функций, (абз. 2 п. 1 ст. 29 ПК РК).

Вместе с тем, как следует из п/п. 7 п. 4 ст. 8 Закона РК «О государственной статистике» от 19 марта 2010 г. № 257-IV информация о респондентах, содержащаяся в базах данных, формируемых уполномоченным органом, не является конфиденциальной, если в соответствии с ПК РК она относится к общедоступной [14]. Согласно п. 12 ст. 28 ПК РК общедоступной является обобщенная информация, не раскрывающая сведений о деятельности конкретного субъекта предпринимательства. Согласно п. 13 ст. 28 ПК РК к общедоступной информации субъекта предпринимательства относятся: 1) фамилия, имя, отчество (если оно указано в документе, удостоверяющем личность) или наименование индивидуального предпринимателя; 2) наименование и дата регистрации юридического лица; 3) идентификационный номер; 4) юридический адрес (место нахождения); 5) вид деятельности; 6) фамилия, имя, отчество (если оно указано в документе, удостоверяющем личность) руководителя.

Таким образом, законодателем установлена правовая охрана информации, содержащей коммерческую тайну, а также определен порядок использования общедоступной информации, например, первичных статических данных.

Список использованных источников:

1. Предпринимательский кодекс Республики Казахстан от 29 октября 2015 г. № 375-V // Казахстанская правда от 03.11.2015 г. № 210 (28086).
2. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть) от 27 декабря 1994 г. // Ведомости Верховного Совета РК. 1994. №№ 23-24 /приложение/. Ст. 282.
3. Закон Республики Казахстан от 2 декабря 2020 г. № 379-VI «О республиканском бюджете на 2021-2023 годы» // Казахстанская правда от 03.12.2020 г. № 231 (29358).
4. Предпринимательское (хозяйственное) право: учебник. / Вознесенская Н.Н. и др. / Под ред. В.В. Лаптева, С.С. Занковского. – М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 45-47.
5. Закон Республики Казахстан от 17 апреля 1995 г. № 2198 «О государственной регистрации юридических лиц и учетной регистрации филиалов и представительств» // Ведомости Верховного Совета РК. 1995. № 3-4. Ст. 35.
6. Закон Республики Казахстан от 28 января 2011 г. № 401-IV «О медиации» // Ведомости Парламента РК. 2011. № 2(2579). Ст. 27.
7. Кодекс Республики Казахстан «О налогах и других обязательных платежах в бюджет» (Налоговый кодекс) от 25 декабря 2017 г. № 120-VI ЗРК // Казахстанская правда. 26.12.2017 г. № 247(28626).
8. Закон Республики Казахстан «Об акционерных обществах» от 13 мая 2003 г. № 415-II. // Казахстанская правда. 2003. № 141-142 (24081-24082).
9. Закон Республики Казахстан «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» от 22 апреля 1998 г. № 220-I // Ведомости Парламента РК. 1998, 28.04. № 5-6 (2271).
10. Закон Республики Казахстан от 12 января 2007 г. № 223 «О национальных реестрах идентификационных номеров» // Ведомости Парламента РК. 2007. № 3. Ст. 19.
11. Гражданское право. Т. 1. учебник для вузов (академический курс). / Отв. ред.: М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. – Алматы, 2000. С. 123-124.
12. Закон РК от 7 марта 2014 г. № 176-V «О реабилитации и банкротстве» // Ведомости Парламента РК. 2014. № 4-5, ст. 23.
13. Коммерческое право зарубежных стран: Учебник. / Под ред. В.Ф. Попондопуло. – СПб.: Изд. Центр СПбГУ, 2005. С. 121-123.
14. Закон Республики Казахстан «О государственной статистике» от 19 марта 2010 г. № 257-IV // Ведомости Парламента РК, 2010, март, № 5 (2558). Ст. 22.

ИНСТИТУТ ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА В КОНТЕКСТЕ РЕКОДИФИКАЦИИ (ОБНОВЛЕНИЯ) ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА УКРАИНЫ

Институт юридического лица без каких-либо преувеличений можно рассматривать в качестве ключевого не только для общей части гражданского законодательства, а саму конструкцию юридического лица в качестве важнейшего инструмента регулирования общественных отношений с участием коллективных субъектов. Более того, отмечается довольно устойчивая тенденция использования категории юридического лица в других отраслях права (налоговом, административном, земельном и т.д.).

Однако именно в частноправовой сфере, в гражданском праве юридическое лицо раскрывает весь свой регуляторный потенциал и поэтому именно в гражданском праве возникают и должны получать своё разрешение основные проблемы, связанные с функционированием этого правового феномена. Эти проблемы, как правило, обостряются и актуализируются в период кодификации законодательства. Так было в 90-е годы прошлого столетия, когда разрабатывались новые гражданские кодексы бывших союзных республик СССР, эта ситуация практически повторяется и сейчас, когда Гражданский кодекс Украины проходит этап своего обновления.

Следует отметить, что правовые предписания, составлявшие основу правового регулирования участия юридических лиц в гражданском обороте в эпоху административно-командной экономики, практически не могли быть имплементированы в принципиально иное «рыночное» законодательство, основанное на принципах равенства всех форм собственности, свободы предпринимательства и договора и т.п. Вполне очевидно, что формирование новых подходов к регламентации категории юридического лица у разработчиков новых гражданских кодексов вызвало значительные трудности, преодоление которых привело к различным результатам в отдельных гражданско-правовых кодификациях.

Длительные и довольно острые дискуссии среди цивилистов стран СНГ завершились тем, что в ГК Украины и ГК Грузии классификация юридических лиц получила иную интерпретацию, чем в Модельном кодексе стран СНГ, ГК РФ, ГК Республики Казахстан и др.

Для украинских цивилистов это был непростой путь преодоления сомнений и поиска адекватного разрешения вопросов, связанных с участием коллективных субъектов в гражданско-правовых отношениях. Об этом достаточно подробно говорил на одной из научных конференций А.С. Довгерт [1].

Рассматривая вопрос о системе юридических лиц в новом гражданском законодательстве Украины, напроць отбросив «советскую» градацию юридических лиц в триаде «предприятия, учреждения, организации», разработчики ГК Украины вместе с тем не восприняли также и идею деления юридических лиц на коммерческие и некоммерческие. Эта позиция была обусловлена прежде всего тем, что для нас была вполне очевидной необходимость предоставления всем юридическим лицам универсальной (полной) гражданско-правовой правосубъектности. В то же время, выделение коммерческих и некоммерческих юридических лиц как раз и основывалось на различных объемах правосубъектности коммерческих и некоммерческих юридических лиц. На окончательное решение этого вопроса безусловно повлияло тесное и плодотворное сотрудничество украинских цивилистов с германскими экспертами. Так в Гражданском кодексе Украины закрепилось деление юридических лиц на юридические лица частного права и юридические лица публичного права.

Следует отметить, что если у цивилистов других постсоветских государств эта позиция была встречена более-менее нейтрально, то российские коллеги отреагировали острой критикой. Особенно категоричную позицию занял Е.А. Суханов, который финализировал своё

полное неприятие идеи закрепления категории «юридического лица публичного права» выводом о том, что гражданское законодательство ни при каких условиях не может определять и не определяет конституционную, административную или иную чужеродную для него отраслевую правосубъектность, а поэтому не в состоянии противодействовать государству (публично-правовым образованиям) в создании любых субъектов публичного права. В то же время оно вправе и обязано определять правосубъектность участников гражданского оборота, причем в их общих интересах делать это исчерпывающе (с некоторыми единичными исключениями, прямо предусмотренными специальными законами) [2].

Анализируя эту дискуссию по вопросу классификации юридических лиц, участвующих в гражданском обороте, можно констатировать, что при всех несовпадениях в способах решения этой проблемы – наличии «нетипичных» субъектов, наделённых определёнными властными полномочиями, - нет различий в общем понимании, что это участие имеет существенные различия, как и сам порядок создания и прекращения этих субъектов.

Эти особенности должны соответствующим образом отражаться в гражданско-правовом статусе этих субъектов. Во-первых, если остальные участники гражданского оборота (юридические лица частного права) наделены общей (универсальной) правосубъектностью, позволяющей им реализовать в полной мере все задачи и цели, которые определены при их создании, то субъекты, наделённые властными полномочиями, имеют совершенно иную миссию и их участие в гражданских правоотношениях носит если не эпизодический, то по крайней мере ограниченный характер, в силу этого универсальная правосубъектность им не требуется.

Можно полностью согласиться с тем, что для таких субъектов порядок их создания, цели и задачи, основная компетенция и порядок прекращения определяется государством как сувереном и в эту сферу гражданское право не имеет намерений вмешиваться.

И, наконец, единство правового регулирования гражданского оборота требует, чтобы «движение по частноправовой магистрали» при всех особенностях этих нетипичных субъектов осуществлялось по единым правилам и эти правила должны устанавливаться в гражданском законодательстве.

Исходя из этих соображений в ГК Украины, наряду с выделением в числе юридических лиц субъектов, именуемых «юридическими лицами публичного права» в статье 82 ГК закреплено положение о том, что на юридических лиц публичного права в гражданских правоотношениях распространяются все предписания Гражданского кодекса, если иное не предусмотрено законом.

А что же для таких юридических лиц остается за пределами гражданско-правового регулирования? Во-первых, порядок создания юридических лиц публичного права определяется специальным (публичным) законодательством. Именно этим законодательством определяется, в каком «звене» системы органов с властными полномочиями возникает необходимость участия в гражданских правоотношениях в силу чего этим подразделениям необходим статус юридического лица. Так, законодательством Украины о судостроительстве предусмотрено, что функции органа юридического лица возлагаются на руководителя аппарата Верховного Суда, а не на его председателя, выполняющего исключительно процессуальные функции по отправлению правосудия.

Полномочия органа юридического лица публичного права также определяются нормами публичного права. Это особенно важно с точки зрения реализации этих полномочий при участии в гражданско-правовых отношениях и их оценки при разрешении возможных гражданско-правовых споров.

Обратим внимание на то, что отражение всех этих особенностей в гражданском законодательстве является особенно важным для участников гражданского оборота, прежде всего, в целях, если не избегания, то по крайней мере минимизации возможных конфликтных ситуаций.

Возвращаясь к позиции Е.А. Суханова, следует с ним полностью солидаризироваться в том, что закрепление в гражданском законодательстве конструкции «юридического лица

публичного права» — это определенный вызов и современному законодателю, и самой цивилистической доктрине.

Более того, круг вопросов, которые перед цивилистами ставит на нынешнем этапе правового развития использование конструкции юридического лица публичного права, может быть значительно расширен.

Вместе с тем мы не должны, подобно страусу, «прятать голову под крыло» и делать вид, что эти проблемы исчезнут, если мы эти «нетипичные» субъекты назовем как-то иначе.

С сожалением отметим, что в Украине пока недостаточно серьезных научных исследований, посвященных этой проблеме. Как правило, они ограничиваются научными статьями, рассматривающими отдельные вопросы, возникающие в сфере правоприменительной практики.

Функционирование почти в течение двух десятилетий в гражданско-правовом поле юридических лиц публичного права актуализировало вопрос об адекватности критериев отнесения юридического лица к группе частного или публичного права.

Статья 81 ГК Украины устанавливает в качестве такого критерия размежевания порядок их создания: юридические лица частного права создаются на основании учредительных документов в соответствии с правилами, закреплёнными в ГК (статья 87), а юридические лица публичного права создаются распорядительным актом Президента Украины, органа государственной власти, органа власти Автономной Республики Крым или органа местного самоуправления.

Однако в связи с одновременным принятием вместе с ГК Украины и Хозяйственного кодекса Украины, сохранившего в числе правосубъектных участников оборота государственные и коммунальные предприятия, применение этого критерия привело к парадоксальной ситуации — поскольку и государственные, и коммунальные предприятия создаются на основе распорядительного акта, они причисляются к группе юридических лиц публичного права, что в целом не соответствует задачам и целям их основной деятельности.

Вполне очевидно, что этот критерий нуждается по крайней мере в уточнении.

Проблемы регламентации категории юридических лиц на этапе рекодификации не исчерпываются только вопросом их классификации и определения особенностей участия в гражданском обороте субъектов, наделённых властными полномочиями.

Не менее важной и не менее критичной является проблема определения перечня организационно-правовых форм юридических лиц.

Не вызывает сомнений, что организационно-правовая форма юридического лица является важнейшим идентификационным признаком, своеобразным «правовым определителем» его как субъекта гражданских правоотношений.

Поскольку Гражданский кодекс Украины в своих нормах содержит предписания, касающиеся лишь юридических лиц частного права, то вопрос об организационно-правовых формах относится исключительно к этим юридическим лицам.

Принципиальной позицией авторов проекта нынешнего ГК Украины было закрепление закрытого перечня организационно-правовых форм юридического лица. Это и было предусмотрено в ч. 1 ст. 65 проекта ГК Украины (редакция от 25 августа 1996 года).

Вместе с тем на этапе прохождения законопроекта в Верховной Раде Украины в окончательном виде эта статья получила иное «звучание» - юридические лица могут создаваться в форме обществ и учреждений **и в других формах**, установленных законом (часть 1 статьи 83 ГК Украины).

А поскольку одновременно с ГК был принят и Хозяйственный кодекс Украины, также имеющий статус закона, в гражданском обороте появились многочисленные «уродцы» - коллективные, арендные, семейные, частные предприятия, фермерские хозяйства и т.п. Надо ли специально пояснять, что при таких условиях категория «организационно-правовой формы» утратила своё первоначальное наполнение и предназначение правового идентификатора юридического лица как субъекта гражданско-правовых отношений.

Исходя из приведённых соображений, Концепцией рекодификации (обновления) Гражданского кодекса Украины предусматривается в качестве приоритетных задач не только ликвидация Хозяйственного кодекса как некоего правового пережитка административно-командной системы хозяйствования, но и восстановления принципа закрытого перечня организационно-правовых форм юридического лица.

Завершая короткий обзор проблем, связанных с регламентацией конструкции юридического лица, отметим, что тема, удачно избранная организаторами для нынешней конференции, активно и плодотворно разрабатывается юбиляром - Карагусовым Фархадом Сергеевичем, замечательным юристом, известным не только в Республике Казахстан, но и далеко за её пределами, в частности в Украине.

Список использованных источников:

1. Довгерт А.С. Некоторые замечания относительно формирования системы юридических лиц в Украине // Юридические лица публичного права: участие в гражданском обороте. Матвеевские чтения. Киев, 8 ноября 2016 года, г. Белая Церковь, 2016. С. 18-23.
2. Суханов Е.А. О юридических лицах публичного права // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 2011. - № 4. С. 6-21.

С. Бэшу

ЮРИДИЧЕСКИЕ ЛИЦА ЧАСТНОГО И ПУБЛИЧНОГО ПРАВА: НЕКОТОРЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ ПО ПОВОДУ КРИТЕРИЯ КЛАССИФИКАЦИИ

Вводные понятия

В данном исследовании в основном я буду ссылаться на положения Гражданского кодекса Республики Молдова.

В юридической литературе встречается анализ различных классификаций юридических лиц. Некоторые касаются всех видов юридических лиц, другие только определенных категорий. Гражданский кодекс Республики Молдова содержит несколько критериев классификации, в том числе по областям права, к которым они относятся, по целям юридических лиц, по правам учредителей (членов, участников) относительно созданного юридического лица, по национальности юридического лица. Классификация юридических лиц не имеет особого значения для порядка применения законодательства, однако она способствует пониманию правовых положений и помогает быстрому выбору применяемых норм.

В продолжение речь пойдет об юридических лицах частного права и юридических лицах публичного права, которые так или иначе регулируются большинством гражданских кодексов на постсоветском пространстве.

[См., к примеру:

Гражданский кодекс Республики Казахстан, Статья 34. Виды и формы юридических лиц

1. Юридическим лицом может быть организация, преследующая извлечение дохода в качестве основной цели своей деятельности (коммерческая организация) либо не имеющая извлечение дохода в качестве такой цели и не распределяющая полученный чистый доход между участниками (некоммерческая организация).

2. Юридическое лицо, являющееся коммерческой организацией, может быть создано только в форме государственного предприятия, хозяйственного товарищества, акционерного общества, производственного кооператива.

3. Юридическое лицо, являющееся некоммерческой организацией, может быть создано в форме учреждения, общественного объединения, акционерного общества, потребительского кооператива, фонда, религиозного объединения и в иной форме, предусмотренной законодательными актами.

3-1. Юридическое лицо, являющееся некоммерческой организацией и содержащееся только за счет государственного бюджета, может быть создано исключительно в форме государственного учреждения.

Гражданский кодекс Украины, Статья 81. Виды юридических лиц

2. Юридические лица, в зависимости от порядка их создания, делятся на юридические лица частного права и юридические лица публичного права.

Юридическое лицо публичного права создается распорядительным актом Президента Украины, органа государственной власти, органа власти Автономной Республики Крым или органа местного самоуправления.

3. Этим Кодексом устанавливаются порядок создания, организационно-правовой формы, правовой статус юридических лиц частного права.

Порядок образования и правовой статус юридических лиц публичного права устанавливаются Конституцией Украины и законом.

Гражданский кодекс Российской Федерации, Статья 48. Понятие юридического лица

1. Юридическим лицом признается организация, которая имеет обособленное имущество и отвечает им по своим обязательствам, может от своего имени приобретать и осуществлять гражданские права и нести гражданские обязанности, быть истцом и ответчиком в суде.

3. К юридическим лицам, на имущество которых их учредители имеют вещные права, относятся государственные и муниципальные унитарные предприятия, а также учреждения.

К юридическим лицам, в отношении которых их участники имеют корпоративные права, относятся корпоративные организации (статья 65.1).

4. Правовое положение Центрального банка Российской Федерации (Банка России) определяется Конституцией Российской Федерации и законом о Центральном банке Российской Федерации.

Гражданский кодекс Грузии, Статья 24. Понятие. Виды. (14.12.2006 N3967)

3. Юридические лица публичного права участвуют в гражданско-правовых отношениях так же, как юридические лица частного права. Порядок их создания, организации и деятельности определяется законом.

4. Государство и муниципалитеты участвуют в гражданско-правовых отношениях так же, как юридические лица частного права. Полномочия государства или муниципалитета при этом осуществляются его органами (ведомствами, учреждениями и т. д.) так, что они при этом не являются юридическими лицами. (15.07.2020 N6989).]

Гражданский кодекс Республики Молдова прямо предусматривает в **статье 173, озаглавленной** «Виды юридических лиц», что *«Юридические лица подразделяются на юридические лица публичного права и юридические лица частного права, выступающие в гражданских отношениях на равных началах»*. Данное законодательное положение позволяет нам сделать **вывод**, что в настоящее время утратили актуальность положения бывших гражданских кодексов постсоветского пространства, которые не приравнивали

частных юридических лиц (разумеется, они так даже не назывались) с государственными юридическими лицами.

Итак, важной категорией юридических лиц являются юридические лица частного права и юридические лица публичного права.

А. Юридическое лицо публичного права

Согласно статье 174 Гражданского кодекса Республики Молдова, юридическими лицами публичного права являются: а) государство; б) административно-территориальные единицы; с) государственные органы, уполномоченные осуществлять часть функций (полномочий) Правительства; d) государственные органы, уполномоченные актами центральных органов публичной власти осуществлять часть функций (полномочий) Правительства, если это прямо предусмотрено законом; е) публичные учреждения. К юридическим лицам публичного права не применяются нормы, касающиеся статуса юридических лиц, регулируемые Гражданским кодексом, если специальными законами это прямо не предусмотрено (часть (4) статьи 174 Гражданского кодекса). Участие государства и административно-территориальных единиц, а также других юридических лиц публичного права в правовых отношениях регулируется гражданским законодательством, если из закона или характерных особенностей этих субъектов не вытекает иное (Гражданский кодекс, статья 304).

Государство является юридическим лицом публичного права, которое участвует в отношениях, регулируемых гражданским законодательством на основе равенства. Считаем, что государство является особым юридическим лицом, так как к нему не применяются *основополагающие нормы главных принципов юридических лиц*. Данное утверждение базируется на положениях части (4) статьи 174 Гражданского кодекса Республики Молдова, которые указывают на то, что статьи главы II, раздела II книги первой не применяются к юридическим лицам публичного права. Иными словами, к государству не применяются положения о создании, реорганизации, роспуске и ликвидации юридических лиц.

Ни один нормативный акт не устанавливает четко организационную структуру государства. Однако эту структуру можно увидеть в свете понятия юридического лица. С точки зрения структуры организация государства схожа с организацией юридического лица частного права, у которого имеются высший орган (народ), представительный орган (Парламент) и исполнительный орган (Правительство и частично Президент Республики Молдова). Полномочия государства в качестве юридического лица исполняются его органами в пределах своей компетенции. Согласно Конституции органами государства являются органы публичной власти. Гражданская способность государства проявляется внешне через Правительство и центральные отраслевые органы публичного управления государства. Центральными отраслевыми органами публичного управления государства являются министерства, а также другие органы публичной власти, установленные в соответствующих нормативных актах. Иными словами, эти органы осуществляют правоспособность государства и могут приобретать и осуществлять права и обязанности от имени **Республики Молдова, вступая в различные правоотношения с другими субъектами права**.

В качестве субъекта гражданско-правовых отношений государство вступает в различные правовые отношения: **собственности, обязательственные, наследственные и др.**

В отношениях собственности государство является собственником своего имущества. Согласно законодательству Республики Молдова, имущество, принадлежащее государству, является его публичной собственностью и составляет совокупность имущества, относящегося к **публичной сфере и частной сфере**.

Имущество, относящееся к **публичной сфере**, не может быть отчуждено или передано в уставный капитал юридических лиц; на него не может быть обращено взыскание; оно не может быть включено в состав дебиторской массы в случае несостоятельности/банкротства юридического лица; не может быть предметом вещной гарантии; не может быть приобретено

физическими или юридическими лицами вследствие приобретательной давности. Имущество публичной сферы не может быть передано в пользование (концессию, аренду, имущественный наем и т. д.).

Имущество, относящееся к частной сфере государства. К частной сфере государства относится совокупность имущества, которое не относится к публичной сфере и не принадлежит на правах собственности административно-территориальным единицам, физическим или юридическим лицам частного права. К этой категории относятся: недвижимое имущество **государственных предприятий** [концептуально в Гражданском кодексе Республики Молдова с 1 марта 2019 года нет больше такого субъекта как юридического лица, однако на практике, к сожалению, все еще существуют государственные предприятия, которым надлежит пройти реорганизацию в коммерческие общества, единственным пайщиком которых будет государство Республика Молдова], недвижимое имущество, являющееся публичной собственностью государства, переданное коммерческим обществам на правах хозяйственного управления, другое недвижимое имущество, являющееся публичной государственной собственностью, а также имущество, приобретенное государством на основании актов о передаче собственности; земельные участки, на которых расположены здания и другие строения, принадлежащие государственным предприятиям или коммерческим обществам с полностью государственным капиталом, другие земельные участки, находящиеся в собственности государств, а также приобретенные государством на основании актов о передаче собственности.

Имущество, являющееся частной собственностью государства, может быть отчуждено, на него может быть обращено взыскание, на него распространяется срок исковой давности и оно может быть предметом любой гражданско-правовой сделки (купля-продажа, дарение, обмен, наследование) в соответствии с установленными процедурами, за исключением некоторых категорий имущества, гражданский оборот которых прямо ограничен законом.

Функцию собственника от имени государства осуществляет Правительство (статья 13 Закона о разграничении публичной собственности № 29/2018; статьи 5, 6 Закона о Правительстве № 136/2017), которое, в свою очередь, может делегировать это право одному или нескольким центральным отраслевым органам. Главным органом, которому Правительство делегировало полномочия управления государственным имуществом, является Агентство публичной собственности. Агентство публичной собственности ведет Регистр публичного имущества.

Государство не может использовать свою собственность в ущерб прав, свобод и достоинства человека (статья 9 Конституции) и обязано соблюдать право собственности других обладателей.

В обязательственных отношениях. В случае подписания государством через свой компетентный орган юридических актов с частными лицами, оно должно исполнять принятые на себя обязанности. В случае неисполнения или ненадлежащего исполнения своих обязанностей государство отвечает за вред, причиненный другой стороне. Государство может отчуждать, сдавать в аренду, пользование или концессию свое имущество, приобретая при этом права и обязанности стороны договора на основе юридического равенства с частными лицами.

В случае причинения вреда лицу, с которым заключено договор, государство обязано возместить его в полном объеме. Согласно статье 19 Гражданского кодекса лицо, ущемленное в праве или признанном законом интересе, может потребовать полного возмещения имущественного или неимущественного вреда. Кроме того, статьями 2006 и 2007 Гражданского кодекса предусмотрено, что лицо может требовать возмещения государством в полном объеме причиненного вреда и в случае неразрешения в установленный срок законных заявлений, а также в случае незаконного осуждения, незаконного привлечения к ответственности, незаконного применения меры пресечения в виде предварительного ареста или в виде подпiski о невыезде, незаконного применения в качестве наказания за правонарушение ареста, неоплачиваемого труда в пользу общества.

В наследственном праве. Государство обладает правами наследования. Наследственное имущество переходит в собственность государства на основании права наследства на определенное имущество, если нет ни наследников по завещанию, ни наследников по закону, либо если все наследники лишены права на наследство (статья 2409 Гражданского кодекса Республики Молдова).

II. Административно-территориальные единицы. Согласно статье 174 Гражданского кодекса Республики Молдова, административно-территориальные единицы являются юридическими лицами публичного права.

Функции административно-территориальных единиц в качестве юридических лиц публичного права осуществляются их органами: а) местными советами в качестве представительных и правомочных органов местных сообществ и б) примарами в качестве исполнительных органов этих сообществ. Исключение от этого правила составляют административно-территориальные единицы второго уровня (районы), в которых органами публичной власти являются районные советы и председатели районов.

Административно-территориальные единицы подлежат регистрации в Государственном регистре административно-территориальных единиц и адресов. Создание, упразднение и изменение правового статуса административно-территориальной единицы осуществляются Парламентом.

Правоспособность административно-территориальной единицы осуществляется местными органами публичной власти, то есть советами и примарами в соответствии с установленной законом компетенцией.

Административно-территориальные единицы обладают на правах собственности имуществом, которое относится к публичной и частной сфере.

Право собственности на имущество осуществляют органы местного публичного управления в пределах своей компетенции. Решения о праве распоряжения имуществом, относящимся к публичной сфере административно-территориальной единицы, или об отказе от него оформляются в виде постановлений местного совета и исполняются на основании актов примара.

В гражданско-правовых отношениях **административно-территориальная единица находится на позициях равенства с физическими и юридическими лицами.**

III. Государственные органы, уполномоченные законом осуществлять часть функций Правительства, в качестве юридических лиц публичного права. Анализ законодательства Республики Молдова позволяет выявить органы государства, обладающие статусом юридического лица публичного права и осуществляющие исполнительные функции. Однако следует учитывать, что некоторые из них входят в состав Правительства и подчиняются ему, а другие не входят в состав Правительства и не подчиняются ему.

Юридические лица публичного права, входящие в состав Правительства. Правительство является органом публичной власти, которое представляет исполнительную власть в Республике Молдова и исполняет ее прямо и/или через министерства, другие центральные административные органы и организационные структуры из сферы их компетенции, а также через сотрудничество с органами местного публичного управления. Статус Правительства регулируется Конституцией, Законом о Правительстве № 36/2017 и Регламентом Правительства, утвержденным Постановлением Правительства № 610/2018.

Правительство не является юридическим лицом публичного права, а коллегиальным органом государства, который обеспечивает, согласно Конституции, реализацию внутренней и внешней политик государства и осуществляет общее руководство публичной администрацией.

Министерства являются центральными отраслевыми органами государства, которые подчиняются Правительству. Они воплощают на основании закона политику Правительства,

исполняют его постановления и распоряжения, управляют подведомственными областями и отвечают за их деятельность.

Министерство обладает собственной организационной структурой (учредитель, министр-исполнительный орган и др.), имуществом и имеет свою цель. Имущество (совокупность движимых и недвижимых вещей), которое находится в распоряжении министерства, принадлежит на правах собственности государству, по которой причине разделяю мнение, что министерство нельзя считать имеющим статус юридического лица публичного права, хотя нормативными актами Республики Молдова предусмотрено, что министерства обладают статусом юридического лица. Исполняя функции государства в определенной сфере, министерство не выступает в качестве отдельного субъекта права, а представляет государство в определенных отношениях. Следовательно, государство отвечает за неисполнение гражданских обязательств, принятых через органы центрального публичного управления.

IV. И в заключение – четвертая категория юридических лиц публичного права, которая следует из содержания статьи 174 Гражданского кодекса Республики Молдова: *юридические лица публичного права, которые не входят в состав Правительства*. Специальными законами созданы юридические лица, выполняющие определенные публичные функции и содействующие осуществлению исполнительной власти в государстве, при этом не являющиеся структурами Правительства и не подчиняющиеся ему. Такими юридическими лицами являются: Национальный банк Молдовы, Национальная комиссия по финансовому рынку, Счетная палата и др.

V. Помимо этого, законодательство регулирует *статус и других юридических лиц публичного права, которые не относятся к прямо установленным категориям*.

Публичные учреждения – юридические лица публичного права. Изменения, внесенные в Гражданский кодекс Республики Молдова Законом №133/2018, который вступил в силу с 1 марта 2019 года, изменили статус публичных учреждений и перевели их из категории юридических лиц частного права в категорию юридических лиц публичного права. Так, в соответствии со статьей 307 Гражданского кодекса Республики Молдова, публичное учреждение является юридическим лицом публичного права, которое создается на основании акта органа публичной власти и финансируется полностью или частично за счет средств его бюджета. Публичное учреждение – учредитель отвечает по обязательствам публичного учреждения в той мере, в какой имущества учреждения недостаточно для погашения обязательств.

Публичное учреждение создается одним или несколькими юридическими лицами публичного права (государством, административно-территориальной единицей или другим лицом публичного права) для осуществления административных, социальных, культурных, образовательных и других видов общественно-полезной деятельности. Публичными учреждениями являются: театры, цирки, концертные организации, музеи, библиотеки, школы, лицеи, коллегии, университеты, поликлиники, больницы, другие юридические лица, созданные на основании актов, изданных центральными или местными органами публичной власти.

В. Юридические лица частного права

Юридическими лицами частного права являются юридические лица, созданные частными лицами с определенной частной целью учредителей (членов, участников) или других лиц, определенных или определяемых учредительным актом. Согласно статье 175 Гражданского кодекса Республики Молдова, под названием «Юридические лица частного права»: *Юридические лица частного права могут создаваться беспрепятственно, но лишь в одной из форм, предусмотренных законом*. Приветствуем такую постановку вопроса.

Юридическими лицами частного права являются юридические лица с целью получения прибыли и юридические лица без цели получения прибыли. Такое разделение в юридической доктрине и в законодательствах других государств известно также как разделение на коммерческие и некоммерческие общества. Главное отличие между этими двумя категориями заключается в цели, преследуемой учредителями (участниками) этих юридических лиц. При создании коммерческого общества учредители преследуют цель получения прибыли и распределения выгод, а при создании некоммерческих обществ участники ставят перед собой цель удовлетворения своих духовных, культурных, социальных потребностей и даже потребностей некоторых лиц, не состоящих в обществе. В коммерческом обществе учредители и участники обладают имущественными правами, передаваемыми по отношению к нему, в то время как в некоммерческих обществах участники, как правило, не обладают передаваемыми имущественными правами. Исключение составляют некоторые юридические лица, которые сочетают особенности юридических лиц с целью получения прибыли и без такой цели: ссудо-сберегательные ассоциации, ассоциации жильцов, потребительские кооперативы и другие, в которых участники обладают также имущественными правами.

Согласно законодательству Республики Молдова, понятие юридического лица с целью получения прибыли гораздо шире понятия коммерческого общества, так как включает и производственно-предпринимательские кооперативы, а также государственные и муниципальные предприятия.

В соответствии с законодательством Республики Молдова банки, страховые компании, микрофинансовые организации, кассы обмена валюты и др. могут создаваться только в виде коммерческих обществ.

Вместо заключения

Как уже было отмечено выше, согласно статье 173 Гражданского кодекса, *«Юридические лица подразделяются на юридические лица публичного права и юридические лица частного права, выступающие в гражданских отношениях на равных началах.»* В основу этой классификации легло соображение законодателя прямо разграничить субъектов, признанных юридическими лицами публичного права, а для юридических лиц частного права указать только их категории. Данная классификация основана на преследуемом интересе. Если юридическое лицо продвигает, защищает, реализует определенную общую цель общества (всех граждан страны или жителей определенного сообщества), юридическое лицо относится к публичной сфере, а если оно продвигает частный интерес учредителей (участников, членов либо определенной или определяемой категории лиц), юридическое лицо относится к частной сфере.

Считаем, что такая классификация не может осуществляться исключительно на критериях происхождения уставного капитала юридического лица. Несмотря на то, что имущество, переданное при создании некоторых юридических лиц (государственных предприятий, муниципальных предприятий, акционерных обществ или обществ с ограниченной ответственностью, единым или мажоритарным пайщиком которых является государство или административно-территориальная единица) принадлежит государству, административно-территориальной единице или другим лицам публичного права, соответствующие юридические лица являются лицами частного права. Как правило, у них нет публичной цели или публичных функций, содействуя только повышению эффективности некоторых видов социальной, культурной, образовательной или даже предпринимательской деятельности.

ГРАЖДАНСКАЯ ПРАВОСУБЪЕКТНОСТЬ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ В КЫРГЫЗСКОЙ РЕСПУБЛИКЕ

Закон для признания субъекта участником гражданских правоотношений наделяет его правосубъектностью. Таким образом, этот признак – правосубъектность – является ключевым для социальных образований, фиксируемых в праве через категорию юридического лица. При этом функциональный характер и модель юридического лица определяется позитивным правом. Будучи правовой конструкцией, юридическое лицо оказывает регулятивное воздействие на общественные отношения через участие в гражданском обороте в качестве самостоятельного образования, в соответствии с правовыми моделями этого участия.

Безусловно, юридическое лицо вступает и в публично-правовые отношения, - административные, налоговые, трудовые и пр. Однако, согласимся, что возможность некоей организации быть субъектом иных отношений производна от ее гражданской правосубъектности [1].

Природа правосубъектности - законодательная, она содержится в императивных нормах гражданского законодательства, а регулирование ее элементов, - правоспособности и дееспособности не является результатом усмотрения сторон.

Гражданский кодекс Кыргызской Республики (далее - ГК КР) в ст. 83 признает юридическим лицом организацию, имеющую вещное право (право собственности, право хозяйственного ведения, право оперативного управления) на обособленное от учредителей имущество и отвечающую этим имуществом по обязательствам, способную от своего имени приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права и обязанности, и быть истцом и ответчиком в суде. В свою очередь, под организацией следует понимать социальное образование с внутренней структурой или организационным единством.

Основой правообладания, возникновения и существования правосубъектности являются правоспособность и дееспособность. Кроме того, гражданская правосубъектность охватывает все юридические элементы, закрепляющие отношения между государством и лицом в соответствии с его местом в обществе [2, с. 24, 37]. Отношения эти выражаются как в государственной регистрации, выборе ограниченного диапазона организационно-правовых форм, так и в других императивных нормах, касающихся механизма возникновения правосубъектности, реализации правосубъектности и т.д.

К сожалению, в отечественной юридической литературе не придают значения вышеуказанным отношениям публичности и императивности. Между тем, законодатель в ст. 86 ГК КР указывает, что: а) юридическое лицо подлежит государственной регистрации уполномоченным государственным органом, б) данные государственной регистрации включаются в единый государственный реестр юридических лиц, открытый для всеобщего ознакомления, в) юридическое лицо считается созданным с момента его государственной регистрации. В противном случае, правосубъектность юридического лица не возникнет.

Можно согласиться с мнением ученых, утверждающих, что существенным атрибутом, - неотъемлемым свойством, составляющим сущность корпорации\юридического лица является государственная санкция. Под последним, по-нашему мнению, можно понимать признание, регистрацию социальных образований [3]. Классики русской цивилистики отмечали, что «юридическое лицо есть субъект права только по исключению и потому всегда нуждается в признании со стороны общественной власти» [4, с. 121].

Более того, государство в императивной форме устанавливает пререквизиты к субъектам, создающим юридическое лицо. Например, в соответствии со ст. 13 Закона КР «О микрофинансовых организациях в Кыргызской Республике» [5] не допускаются в качестве учредителей или акционеров (участников) микрофинансовой компании лица, соответствующие одному или нескольким из следующих признаков:

- не снятая и не погашенная судимость учредителя или акционера в сфере финансовых или экономических преступлений;
- решение суда, запрещающего учредителю или акционеру (участнику) заниматься банковской деятельностью;
- зарегистрированные в офшорных зонах или имеющие в качестве участников лиц и/или аффилированных лиц, зарегистрированных в офшорных зонах;
- зарегистрированные или имеющие в качестве участников лиц и/или аффилированных лиц, зарегистрированных в высокорискованных странах;
- зарегистрированные или имеющие в качестве участников лиц и/или аффилированных лиц, зарегистрированных в государствах, в отношении которых приняты решения (резолюции) международных организаций о применении санкций, предусматривающих запрет и/или ограничения на сотрудничество с физическими и юридическими лицами из данных государств.

Согласимся, что организационной предпосылкой возникновения гражданской правосубъектности юридического лица выступает учредительный (учредительский) акт, - решение одного или нескольких учредителей о создании нового субъекта права, которым утверждаются его учредительные документы, состав и размер уставного капитала, органы управления (персональный состав его единоличных и/или коллегиальных органов). Это по сути гражданско-правовая односторонняя либо многосторонняя корпоративная сделка, направленная на возникновение нового субъекта права и установление корпоративного отношения между будущим юридическим лицом, его учредителем (учредителями, участниками) и лицами, осуществляющими функции его органов [1].

Количество учредителей зависит от организационно-правовой формы юридического лица, а последняя также задана целями деятельности, - микрокредитование, страховая, банковская деятельность и т.д. В свое время справедливо отметил Д.И. Мейер, что цель создания и деятельности юридических лиц проникает в категории их правосубъектности, классификации и даже институт недействительности сделок. Эти цели носят экономический, социальный и правовой характер [4, с. 99].

Используя набор классификационных признаков, организационно-правовая форма позволяет четко разграничивать те или иные виды субъектов. По сути, она выступает законодательным средством, приемом юридической техники, закрепляющим определенные параметры создания, функционирования и прекращения деятельности участников оборота.

Комплексное исследование проблем выбора рациональной организационно-правовой формы создаваемого юридического лица является одной из актуальных задач современной экономической науки. В экономических исследованиях в последнее время уделяется внимание юридическим лицам как экономическим образованиям, а также инструментам выбора организационно-правовой формы субъекта предпринимательской деятельности.

Отмечается, что рациональный выбор организационно-правовой формы является одним из направлений повышения эффективности производства, то есть связан с экономическими показателями эффективности, в то время как методы математического моделирования и анализ факторов влияния управленческого решения по выбору организационно-правовой формы субъекта предпринимательской деятельности непроработаны. Только строгий, на основе формализованных методов и производимых вычислений, анализ позволит из множества предлагаемых решений выбрать не то, которое в большей степени отвечает частным субъективным интересам отдельных принимающих их лиц, а действительно рациональное, обеспечивающее наиболее приемлемый результат в соотношении с производимыми для этого затратами [6, с. 8].

Собственно, и в юридических исследованиях сущности юридического лица привлекается инструментарий современной экономической теории, дабы через экономическое основание юридических лиц попытаться прийти к их объяснению. Так, сущность юридического лица определяется как незатратная доходность (доходы как минимум не меньшие расходов), а

производственное присвоение (или сфера господства правосубъектных организаций) - экономическим основанием юридического лица.

Осуществление гражданской правосубъектности детерминировано волей, интересами, целями, а поскольку эти условия развиваются в соответствии с существующей экономической организацией присвоения, то определяющим в содержании правосубъектности является экономическая сущность. Общественные состояния и отношения субъектов, сфера их существования опосредуется гражданским правом, которое придает им ту или иную форму гражданской правосубъектности [7, с. 7, 9, 16].

Цели деятельности юридического лица предопределяют его организационно-правовую форму. Так, в соответствии со ст. 77 Закона о Национальном банке Кыргызской Республики, банках и банковской деятельности, юридические лица, правомочные осуществлять банковскую деятельность на основании соответствующей лицензии, выдаваемой Нацбанком, создаются в форме акционерного общества закрытого или открытого типа [8]. Аналогичное требование к организационно-правовой форме установлено для страховых организаций в соответствии со ст. 6 Закона об организации страхования в Кыргызской Республике [9]. Ломбард, согласно ст. 4 Закона о деятельности ломбардов, для осуществления деятельности по предоставлению краткосрочных займов взамен находящегося под залогом движимого имущества граждан, создается в форме общества с дополнительной ответственностью или полного товарищества [10].

Напомним, что участие юридических лиц в правоотношениях имеет определенные пределы. Юридическое лицо правоспособно лишь в пределах той цели, для достижения которой оно установлено. Правоспособность юридических лиц предполагается целевой (специальной, ограниченной), допускающей их участие лишь в ограниченном круге гражданских правоотношений, поскольку юридическое лицо по общему правилу может иметь только такие гражданские права, которые соответствуют определенным законом или учредительными документами целям его деятельности, и соответственно может нести лишь связанные с этой деятельностью обязанности [11, с. 189].

Статья 84 ГК КР определяет правоспособность юридического лица через возможности иметь соответствующие целям деятельности, предусмотренным в его учредительных документах, гражданские права и нести связанные с этой деятельностью обязанности. Цель придает специальный характер деятельности, а значит, предопределяет виды деятельности, пути, способы и средства ее достижения.

Коммерческие организации, за исключением организаций, обладающих имуществом на праве хозяйственного ведения или праве оперативного управления (государственные и муниципальные предприятия), имеют гражданские права и обязанности, необходимые для осуществления любых видов деятельности, не запрещенных законом. Таким образом, они обладают общей (универсальной) правоспособностью.

В то же время, некоторые юридические лица, относящиеся к коммерческим организациям, обладают специальной правоспособностью (исключение из исключения): государственные и муниципальные предприятия; иные организации, если это предусмотрено законом. Эти юридические лица могут заниматься только деятельностью, обозначенной в учредительных документах и соответствующих законах. К числу «иных организаций» относятся, кредитные, страховые организации и т.д. Принцип специальной правоспособности сохраняется и для всех видов некоммерческих организаций.

Некоторые ученые говорят об исключительной правоспособности юридических лиц, которая означает, что разрешение осуществлять определенный вид деятельности одновременно является запрещением на осуществление иных видов предпринимательской деятельности [1; 7]. Представляет интерес позиция, согласно которой коммерческие организации, которые могут иметь гражданские права и нести гражданские обязанности только в соответствии с исключительным видом деятельности, определенным законом имеют исключительную правоспособность. Некоммерческие организации, которые могут иметь гражданские права и нести гражданские обязанности только в соответствии с

исключительным видом деятельности, определенным законом и некоммерческим характером цели имеют специально-исключительную правоспособность [7, с. 19].

Лицензирование предпринимательской деятельности юридического лица имеет значение для характеристики правоспособности, поскольку легитимизирует определенные виды деятельности. Последние требуют специальных компетенций, контроля со стороны государства в целях защиты интересов граждан. При этом важно отметить, что лицензия не увеличивает объем правоспособности или дееспособности, а в случае ее отзыва или аннулирования не сужает их.

Объем правоспособности юридического лица устанавливается законом. Таким образом, ограничения на осуществление отдельных видов деятельности, их исчерпывающий перечень в учредительных документах и др. самоограничения не изменяют общий характер правоспособности данного юридического лица.

Реализация правосубъектности осуществляется посредством органов юридического лица. Согласно ст. 88 ГК КР юридическое лицо реализует дееспособность посредством своих органов или участников, выражающих волею организации как самостоятельного субъекта права. Они осуществляют как управление деятельностью юридического лица, так и выступают в имущественном обороте от его имени, а их действия рассматриваются как непосредственно действия самого юридического лица.

Выработка, осуществление воли юридического лица, совершающего сделки и иные юридически значимые действия, происходит через своих корпоративных представителей – физических лиц. Последние связаны с юридическим лицом корпоративными отношениями в соответствии с законом, иными правовыми актами, учредительными документами и соответствующими договорами. Действие одного или нескольких учредителей (участников), а также одного или нескольких лиц, осуществляющих функции единоличных либо коллегиальных органов юридического лица, в том числе общего собрания учредителей (участников), совершенное в соответствии с законом и учредительными документами юридического лица и направленное на установление, изменение или прекращение корпоративного отношения, является односторонней или многосторонней гражданско-правовой корпоративной сделкой [1].

В соответствии со ст. 88 ГК КР порядок назначения или избрания органов юридического лица определяется законодательством и учредительными документами. Элементы автономии воли и диспозитивности в методе гражданского права привели к выделению обязательных органов (например, общее собрание акционеров, единоличный исполнительный орган) и органов, создаваемых по усмотрению самого юридического лица. Согласно сложившейся системе органов юридического лица свидетельствует: а) о тенденции к разграничению управления и контроля; б) о выделении организационной и исполнительно-распорядительной деятельности в рамках управления [12, с. 134].

Имущество необходимое для осуществления хозяйственной, прежде всего коммерческой, деятельности, рассматривается следствием правосубъектности юридического лица. Законодатель придает значение формированию уставного капитала юридического лица, таким образом, в ряде случаев прямо ограничивает правоспособность юридического лица, уставный капитал которого не полностью оплачен учредителями. Уставный капитал акционерного общества (далее АО), гарантирующего интересы его кредиторов не может быть менее размера, предусмотренного ст. 21 Закона КР об акционерных обществах [13], - одной тысячи размеров расчетного показателя и должен быть полностью оплачен на момент учреждения общества. Если по окончании второго и каждого последующего финансового года собственный капитал общества станет ниже минимального размера уставного капитала, предусмотренного законом, общество подлежит ликвидации.

Согласно ст. 38 Закона КР о хозяйственных товариществах и обществах [14] участники общества с ограниченной ответственностью образуют уставный капитал, размер которого участники определяют в учредительных документах. Размер уставного капитала оплачивается его участниками в полном объеме в течение первого года деятельности общества с момента

государственной регистрации. При нарушении этой обязанности общество должно либо объявить об уменьшении своего уставного капитала и зарегистрировать его уменьшение в установленном порядке, либо прекратить свою деятельность путем ликвидации.

Законодатель контролирует возможное фактическое уменьшение размера уставного капитала юридического лица. Обычно требуется, чтобы кредиторы юридического лица были извещены об уменьшении размера его уставного капитала, указанного в учредительных документах. Так, согласно ст. 6 Закона КР о хозяйственных товариществах и обществах уменьшение уставного капитала хозяйственного товарищества и общества допускается только после персонального письменного уведомления всех кредиторов. Кредиторы вправе в этом случае потребовать досрочного прекращения или исполнения соответствующих обязательств и возмещения им убытков. Уменьшение уставного капитала в нарушение порядка, установленного настоящей статьей, является основанием ликвидации хозяйственного товарищества и общества по решению суда по заявлению заинтересованных лиц.

С момента государственной регистрации юридическое лицо самостоятельно отвечает по своим обязательствам всем принадлежащим ему имуществом. Согласно ст. 91 ГК КР юридические лица, кроме финансируемых собственником учреждений, отвечают по своим обязательствам всем принадлежащим им имуществом. Финансируемое собственником учреждение отвечает по своим обязательствам в порядке и на условиях, установленных ГК. А именно, учреждение отвечает по своим обязательствам, находящимся в его распоряжении, денежными средствами. При их недостаточности субсидиарную ответственность по обязательствам учреждения несет его собственник.

Учредитель (участник) юридического лица или собственник его имущества не отвечают по обязательствам юридического лица, а юридическое лицо не отвечает по обязательствам учредителя (участника) или собственника, за исключением случаев, предусмотренных настоящим Кодексом, законом либо учредительными документами юридического лица. Установление субсидиарной ответственности учредителей (участников) по обязательствам полного или коммандитного товарищества, общества с дополнительной ответственностью, производственного кооператива, объединения юридических лиц и др. обусловлено спецификой организационно-правовых форм названных юридических лиц.

В определенных случаях участники корпоративного отношения - юридическое лицо, его учредители и лица, осуществляющие функции его органов, - могут нести имущественную ответственность друг перед другом за нарушение взаимных корпоративных прав и обязанностей. На основании ст.8-1 Закона КР о хозяйственных товариществах и обществах главное (основное) общество несет солидарную ответственность с дочерним обществом по сделкам, заключенным последним во исполнение указаний главного (основного) общества. Участники дочернего общества вправе требовать возмещения главным (основным) обществом убытков, причиненных по его вине дочернему обществу.

Убытки считаются причиненными по вине основного общества (товарищества) только в случае, когда основное общество (товарищество) использовало имеющиеся у него право или возможность повлиять на дочернее общество в целях совершения дочерним обществом определенного действия, заведомо зная, что вследствие этого дочернее общество понесет убытки.

Кстати, в соответствии со статьей 2191 ГК КР срок исковой давности по требованиям юридических лиц, предъявляющих в суд требования о защите нарушенных прав учредителя (участника, акционера) юридического лица или собственника его имущества, а равно нарушенных прав вещных, обязательственных и иных имущественных прав на объекты предпринимательской деятельности может быть восстановлен, а нарушенное право подлежит судебной защите в случаях, когда суд признает уважительной причину пропуска срока исковой давности при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о невозможности своевременного обращения в суд лиц, указанных в настоящей части, за защитой нарушенного права по независящим от них причинам.

Список использованных источников:

1. Козлова Н.В. Правосубъектность юридического лица. Учебник. - М., 2005. - 220 с. // <https://libr.link/yuridicheskie-litsa/elementy-pravosubyecknosti-yuridicheskogo-37783.html> (дата обращения: 26.06.2021).
2. Веберс Я.Р. Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве. - Рига, 1976. - 231 с.
3. Welters M. Towards a singular concept of legal personality // https://www.canlii.org/en/commentary/doc/2014CanLIIDocs142#!fragment/zoupio-_Tocpdf_bk_2/BQCwghziBcwMYgK4DsDWszIQewE4BUBTADwBdoAvbRABwEtsBaAfX2zhoBMAzZg11TMATAEoANMmylCEAIqJCuAJ7QA5KrERCYXAnmKV6zdt0gAynlIAhFQCUAogB17ANQCCAOQDC9saTB80KTsIiJAA (дата обращения: 26.06.2021).
4. Мейер Д.И. Русское гражданское право (в 2-х частях. Часть 1). - Москва: Статут, 1997. - 290 с.
5. Ведомости Жогорку Кенеша Кыргызской Республики, 2002 г., № 9, ст. 412.
6. Михайлов Г.Г. «Экономическая эффективность управленческого решения по выбору организационно-правовой формы субъекта предпринимательской деятельности», автореферат дис. ... кандидата экономических наук: 08.00.05 / Ун-т Рос. акад. образования. - Москва, 2011. - 30 с.
7. Слугин А.А. Гражданская правосубъектность юридических лиц: автореферат дис. ... кандидата юридических наук: 12.00.03 / Кубан. гос. аграр. ун-т. - Краснодар, 2003. - 24 с.
8. Закон о Национальном банке Кыргызской Республики, банках и банковской деятельности, принят 16 декабря 2016 года № 206 // <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/111486> (дата обращения: 26.06.2021).
9. Закон об организации страхования Кыргызской Республике, принят 23 июля 1998 года № 96 // <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/105> (дата обращения: 26.06.2021).
10. Закон о деятельности ломбардов, принят 22 июня 2016 года № 87 // <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/111366> (дата обращения: 26.06.2021).
11. Суханов Е.А. Юридические лица как участники гражданских правоотношений // Гражданское право: Учебник / Отв. ред. Е.А. Суханов. Т. 1. М., 1998. - 816 с.
12. Долинская В.В. Развитие учения и законодательства о субъектах гражданских правоотношений. // Ученые записки Казанского университета, 2019. Т. 161, кн.4, - С. 127-145.
13. Закон об акционерных обществах, принят 27 марта 2003 года №64 // <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/1188/170?cl=ru-ru> (дата обращения: 26.06.2021).
14. Закон Закона КР о хозяйственных товариществах и обществах, принят 15 ноября 1996 года № 60 // <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/667> (дата обращения: 26.06.2021).

Т.В. Ефимцева

К ВОПРОСУ О ПРАВОВОМ СТАТУСЕ ГОСУДАРСТВЕННЫХ И МУНИЦИПАЛЬНЫХ УНИТАРНЫХ ПРЕДПРИЯТИЙ

Проблеме функционирования государственных и муниципальных унитарных предприятий в российской экономике уже более двадцати пяти лет, если взять за точку отсчета принятие в конце 1994 года первой части Гражданского кодекса Российской Федерации, где впервые появилась эта правовая конструкция. В ней оказались тесно переплетены многие аспекты социально-экономического развития: реформа отношений собственности, управление хозяйствующими субъектами государственного сектора, обновление производственных фондов, обеспечение населения необходимыми товарами, устранение с рынка неэффективных предприятий, производство инновационной продукции, жесткая конкуренция на внешних рынках.

На протяжении последних десятилетий господствовал тезис о рудиментарном характере унитарных предприятий, генезис которых связывался с периодом плановой экономики и незавершенностью приватизации. Кроме того, отмечалась избыточная численность государственных и муниципальных предприятий для того, чтобы государство и органы местного самоуправления могли ими эффективно управлять на основе возможностей, предоставляемых законодательством.

На сегодняшний день противоречие между организационными возможностями государства по реформированию унитарных предприятий и масштабом этого сектора экономики можно считать преодоленным, поскольку последний подвергся серьезному сжатию. Так, к началу 2005 года в регистре хозяйствующих субъектов Росстата было учтено более 60 тысяч унитарных предприятий. При этом количество государственных унитарных предприятий составляло примерно 9 тысяч (около 15% всех унитарных предприятий), а муниципальных унитарных предприятий - 51 тысячу (почти 85% всех унитарных предприятий), соответственно.

Однако уже на 1 января 2019 года общее количество унитарных предприятий в Российской Федерации, по данным Единого государственного реестра юридических лиц, составило лишь 15 тысяч единиц, что явилось собой результат «оптимизационной» деятельности заинтересованных лиц. На ту же дату, по данным системы показателей для оценки эффективности управления государственным имуществом, публикуемой Росстатом, количество государственных унитарных предприятий составило около 2 тысяч (менее 14% всех унитарных предприятий), а муниципальных унитарных предприятий – примерно 12 тысяч (почти 86% всех унитарных предприятий).

Таким образом, произошло кардинальное уменьшение количества унитарных предприятий:

- на федеральном уровне - более чем в десять раз,
- на региональном уровне - более чем в пять раз,
- на муниципальном уровне - более чем в четыре раза [1].

В последнее время доля унитарных предприятий в общем количестве российских коммерческих организаций, по данным Аналитического центра при Правительстве РФ, незначительна и составляет порядка 0,3%, что полностью отвечает политике государства. Нужно отметить, что по размеру выручки большинство из них могут быть отнесены к микропредприятиям. Большое число унитарных предприятий работает в сферах забор, очистки и распределения воды (33% от всех организаций), поставок электроэнергии, газа, пара и кондиционирования воздуха (9%), сбора и обработки сточных вод (6,7%). Относительно высокая доля унитарных организаций наблюдается в отдельных конкурентных сферах таких, как ритуальные услуги (10% в общем количестве компаний в данной сфере), эксплуатация автомобильных дорог и автомагистралей (7,5%), деятельность физкультурно-оздоровительных комплексов (2,8%) и торговля лекарственными средствами (2,3%), соответственно [3].

Такая ситуация, прежде всего, объясняется тем фактом, что Указ Президента РФ от 21.12.2017 № 618 «Об основных направлениях государственной политики по развитию конкуренции» и принятый на его основе Национальный план развития конкуренции в Российской Федерации на 2018-2020 годы предполагали сокращение доли хозяйствующих субъектов, учреждаемых или контролируемых государством или муниципальными образованиями, в общем количестве хозяйствующих субъектов, осуществляющих деятельность на товарных рынках.

В связи с тем, что в сферах с развитой конкуренцией действовало значительное число унитарных предприятий, Федеральная антимонопольная служба (ФАС) разработала законопроект № 554026-7 в целях дальнейшего развития конкуренции. Как было сказано в пояснительной записке к этому законопроекту, именно участие унитарных предприятий в хозяйственной деятельности оказывает наиболее негативное влияние на конкуренцию на локальных рынках и влечет их монополизацию, падение качества предоставляемых услуг и

рост тарифов за их предоставление. Гарантированный спрос на продукцию не способствует повышению производительности труда и инновационному развитию таких предприятий.

ФАС также выявила факты ухода заказчиков от применения норм Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон о контрактной системе) путем передачи бюджетных средств в форме субсидий подведомственным унитарным предприятиям для закупки ими товаров, работ, услуг для нужд заказчика, в том числе и на конкурентных рынках (например, работы по строительству, закупка лекарственных средств и медицинских изделий), под предлогом защиты прав граждан.

Данный законопроект был принят, и теперь Федеральный закон от 27.12.2019 № 485-ФЗ внес изменения в Федеральный закон «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» и Федеральный закон «О защите конкуренции». Их суть - установление запрета на создание новых унитарных предприятий либо изменение видов деятельности действующих государственных и муниципальных предприятий. Исключением являются только те случаи, когда: создание унитарного предприятия предусмотрено федеральным законом, актом Президента РФ или Правительства РФ; учредителями являются федеральные органы исполнительной власти, осуществляющие функции по выработке и реализации государственной политики в области обороны, государственного управления в области обеспечения безопасности РФ, государственной и общественной безопасности, перечень которых устанавливает Правительство РФ; деятельность осуществляется в сферах естественных монополий.

Унитарное предприятие может быть преобразовано по решению собственника его имущества в государственное или муниципальное учреждение, в автономную некоммерческую организацию или в организацию иных организационно-правовых форм (акционерное общество, общество с ограниченной ответственностью) в соответствии с законодательством РФ о приватизации. Для этого органы государственной власти и местного самоуправления должны принять соответствующие решения в срок до 1 января 2025 года. В противном случае, при непринятии либо неисполнении такого решения, унитарные предприятия будут ликвидированы в судебном порядке по иску антимонопольного органа в альтернативном порядке.

Таким образом, Федеральный закон от 27.12.2019 № 485-ФЗ исходит из предпосылки о «токсичности» и неэффективности организационно-правовой формы государственного или муниципального унитарного предприятия как таковой в виду ее взаимосвязи с органами власти и местного самоуправления, что тем не менее представляется спорным решением [2].

По мнению С.А. Пузыревского, участие унитарных предприятий в хозяйственной деятельности оказывает негативное влияние на конкуренцию на локальных рынках и приводит к их монополизации и последующей деградации. В частности, он отмечает, что, к сожалению, несмотря на более чем двадцатилетнюю историю реформирования, все попытки снизить отрицательное влияние унитарных предприятий на развитие российской экономики не дали должного результата, поскольку имеет место неправильное понимание всей сути имеющегося вопроса [3].

При этом нужно обратить внимание на то, что противостояние Федеральной антимонопольной службы России, интересы которой выражает С.А. Пузыревский, и унитарных предприятий имеет длительную историю. Ее кульминацией стало вынесенное в 2017 году Верховным Судом РФ решение, которым были оставлены без удовлетворения апелляционные жалобы Законодательного собрания и администрации губернатора Санкт-Петербурга на решение Санкт-Петербургского городского суда. Исходя из этого, статья 7.1 регионального Закона о государственных унитарных предприятиях, которая наделяла унитарные предприятия и государственные учреждения исключительными полномочиями на оказание услуг на конкурентных рынках, была признана недействующей.

В Нижегородской области арбитражный суд также не удовлетворил иск Законодательного собрания региона о признании незаконными решения и предписания Управления ФАС по делу

о государственном предприятии области «Нижегородская областная фармация» (НОФ) на аналогичных основаниях. Закон о наделении НОФ полномочиями по оказанию отдельным категориям граждан социальной услуги по обеспечению лекарственными препаратами, медицинскими изделиями, а также специализированными продуктами позволял предприятию выступать единственным поставщиком данной услуги в обход конкурентной процедуры. Ранее Нижегородское УФАС признавало незаконными постановления Правительства Нижегородской области, которыми все та же НОФ наделялась полномочиями единственного поставщика по указанным группам товаров. При этом цены на лекарства, поставляемые государственным предприятием как единственным поставщиком, в государственные учреждения здравоохранения региона, были значительно выше рыночных цен.

В Курской области также был принят закон, в соответствии с которым региональное государственное унитарное предприятие «Информационный Центр «Регион-Курск»» было наделено полномочиями единственного подрядчика (исполнителя) работ (услуг) по выполнению работ по обслуживанию и администрированию единого защищенного канала доступа к сети интернет единой информационной коммуникационной среды Курской области. На основании этого закона государственное унитарное предприятие как единственный поставщик заключало государственные контракты с органами власти, получая по ним оплату по монополю высокими ценам, а затем подписывало договоры с субподрядчиками, которые выполняли в ряде случаев практически полный объем работ за более низкую цену. В настоящее время и этот региональный закон ФАС России оспаривает в судебном порядке.

Как видим, на практике унитарные предприятия не просто осуществляют предпринимательскую деятельность, но пытаются создать себе привилегированное положение на соответствующем товарном рынке, а региональные власти в свою очередь часто наделяют такие предприятия особыми полномочиями, что, с одной стороны, ограничивает конкуренцию, а, с другой стороны, - нередко влечет за собой приобретение покупателями товаров, работ и услуг по завышенным ценам.

В принципе закупки у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя) не являются правонарушением при условии соблюдения необходимых правовых процедур. Согласно пункту 6 части 1 статьи 93 Закона о контрактной системе такой способ размещения заказов допускается, если работы или услуги может осуществлять только орган исполнительной власти в соответствии с его полномочиями, либо подведомственное ему государственное учреждение, государственное унитарное предприятие, соответствующие полномочия которых устанавливаются федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента РФ или Правительства РФ, законодательными актами субъекта РФ. Таким образом, приведенное правило должно применяться заказчиком лишь в том случае, когда указанные в нем лица обладают исключительными полномочиями на территории РФ (субъекта РФ) в отношении выполняемых ими работ или оказываемых услуг.

Иными словами, если никто, кроме государственного унитарного предприятия, в принципе не может осуществить эти работы или услуги, то его практическая деятельность является законной. На практике же региональные законы часто позволяют государственному унитарному предприятию стать единственным поставщиком, несмотря на то что на рынке имеется много других организаций, которые могут составить конкуренцию предприятию на торгах и предложить более выгодную цену [2].

Деятельность унитарных предприятий на товарных рынках Российской Федерации, находящихся в состоянии конкуренции, в целом допускается при обязательном соблюдении ими антимонопольного законодательства. В частности, выручка государственных предприятий от такой деятельности не должна превышать 10% совокупной выручки за последний календарный год. Данное ограничение не применяется к унитарным предприятиям, подведомственным федеральным органам исполнительной власти в наиболее важных сферах (оборона, безопасность, международные отношения и т.д.).

Вместе с тем если для федерального уровня внесенные в законодательство поправки в основном позволяют уменьшить возможные риски от сужения поля распространения

унитарных предприятий, то по отношению к регионам и муниципалитетам этого сказать нельзя, так как в отношении них такого рода исключений в законе не установлено. Достаточно упомянуть, что такое основание, как обеспечение жизнедеятельности населения, актуальное для районов Крайнего Севера, вполне может быть востребовано и в остальной России в силу ее географического положения. Например, для рынков ограниченной емкости, где возможности бюджета и доходы населения недостаточны, чтобы обеспечить заинтересованность частных подрядчиков в осуществлении некоторых видов деятельности на регулярной прибыльной основе, и поэтому вероятность привлечь таковых со стороны очень низкая, применение такой формы хозяйствования вполне приемлема [4].

Более того, представляются совсем необоснованными высказанные некоторыми политиками заявления о том, что государство является неэффективным собственником, когда они пытались объяснить причины проведенной в нашей стране столь масштабной приватизации, которую нельзя назвать вполне законной и обоснованной [5, 6].

Напротив, опыт Китайской Народной Республики и Советского Союза говорит об обратном. Так, например, в 2018 году китайские государственные предприятия центрального подчинения продемонстрировали уверенный рост доходов. Прибыль китайских предприятий выросла на 16,7% и составила 1,7 трлн. юаней (251,7 млрд. долларов или 17 трлн. рублей), соответственно [7].

В то же время современный экономический кризис имеет множество примеров низкой эффективности деятельности акционерных обществ, основанных на частной форме собственности. Низкая эффективность частной собственности особенно ярко проявилась в российской экономике за весь постсоветский период.

Следовательно, обычный логический анализ показывает, что государственная собственность всегда эффективнее, чем частная, с чем нельзя не согласиться [8].

Экономика развивается мощными темпами только в том случае, если все хозяйствующие субъекты - предприятия - принадлежат государству и являются государственными.

В этой связи необходимо вспомнить, что при социализме отсутствует частное предпринимательство, а в экономике безраздельно господствует социалистическая плановая система хозяйства. Социалистическое хозяйство осуществляют социалистические предприятия и другие хозяйственные органы.

О правовом статусе социалистических (общенародных), то есть государственных предприятий, писали известные ученые-хозяйственники: В.В. Лаптев, В.С. Мартемьянов, В.К. Мамутов.

В.В. Лаптев в своей работе «Предмет и система хозяйственного права» на основе анализа Положения о социалистическом государственном производственном предприятии (далее – Положение) раскрывает статус такого предприятия. В Положении говорилось о том, что социалистическое предприятие пользуется правами юридического лица, но в то же время особо подчеркивалось, что предприятие выполняет обязанности и пользуется правами, связанными с его производственно-хозяйственной деятельностью в необходимом для него объеме. Это обстоятельство означало, что такое предприятие рассматривалось в Положении не только как юридическое лицо, но, прежде всего, как единый хозяйственный орган, имеющий определенную компетенцию в различных областях производственно-хозяйственной деятельности [9].

Положение о социалистическом государственном производственном предприятии закрепляло единую правосубъектность предприятия и указывало на наличие у него прав и обязанностей юридического лица. Тем самым Положение давало хозяйственно-правовую трактовку правосубъектности предприятия, соответствующую природе предприятия как государственного хозяйственного органа по вопросам его непосредственной деятельности. Что же касается прав и обязанностей юридического лица, то они рассматривались лишь как один из элементов правосубъектности предприятия и не более того.

Иногда имевшее место в советском правоведении узкоцивилистическое понимание правосубъектности предприятия и сведение ее только к правам юридического лица не

соответствовало природе государственного предприятия, вырывало его из общей системы социалистического планового хозяйства, рассматривало предприятие только как автономную, имущественно обособленную единицу [10, с. 130; 11, с. 258; 12, с. 240; 13, с. 38].

На неправильность односторонней трактовки правосубъектности социалистического предприятия обращалось внимание и в юридической науке зарубежных социалистических стран [14]. Так, например, Я. Топинский подчеркивал, что цивилистическая автономизация социалистических предприятий принижает роль планового руководства социалистическим хозяйством [15].

Предприятие осуществляло производственную деятельность в соответствии с закрепленными в правовых нормах технологическими процессами. Предприятие вправе и обязано было вести производственную деятельность с учетом требований этих правовых норм, а для реализации своих прав и обязанностей при производстве продукции предприятия вступало в правоотношения с другими предприятиями. Внутри же предприятия его цех (участок), выполняя определенный замкнутый технологический процесс по изготовлению той или иной детали, не вступал в правоотношения, так как у него не было для этого необходимых полномочий. Только при передаче изготовленной детали в другой цех (участок) для дальнейшей обработки или монтажа возникали внутривозрастные правоотношения между цехами и другими структурными звеньями предприятия.

Положение о социалистическом государственном производственном предприятии предоставляло хозяйственные права предприятию как таковому и рассматривало директора в качестве органа предприятия, осуществляющего права последнего. Предприятие непосредственно осуществляло силами своего коллектива производственную и иную хозяйственную деятельность на основе плана, в соответствии с принципом хозяйственного расчета и под руководством вышестоящего органа.

Предприятие имело закрепленное за ним имущество, составляющее экономическую базу его деятельности, оно обладало компетенцией в различных областях хозяйственной деятельности, пользовалось правами юридического лица и несло соответствующую юридическую ответственность [9].

Аналогичной позиции по вопросу о статусе предприятия придерживался и профессор В.С. Мартемьянов, который писал, что «предприятие — это главная фигура в хозяйствовании, без которого немыслима экономика вообще. Предприятие являлось на протяжении семи десятилетий опорной базой советской социалистической экономики и, скорее всего, останется таковой и при переходе к рынку, потому что никакое индивидуальное предпринимательство не в состоянии выполнить задачи производства, научно-технического развития, строительства, транспорта и других сфер, не прибегая к созданию трудового коллектива» [16].

Только организуемый (или привлеченный на базе найма работников) коллектив в состоянии решить задачи крупного (относительно крупного или даже малого, но эффективного) производства, строительства, разработки научной проблематики, масштабной транспортировки грузов и перевозок пассажиров, связи, торгового, коммунального, бытового обслуживания, что показал опыт существования СССР.

Из вышесказанного следует, что принципиальные подходы к правовой организации предприятий являются важнейшими для правоведов и экономистов. Ведь именно в этом субъекте хозяйствования сосредоточены все правовые проблемы, именно здесь выявляются главные вопросы правового статуса, включая саму сущность предприятия, его юридическую личность, теории образования и прекращения предприятий.

И одним из первых встает вопрос о сущности предприятия. В советской правовой доктрине ответ на этот вопрос опирался на учение академика А.В. Бенедиктова, который обосновал сущность предприятия - юридического лица на основе теории коллектива. По его экспертному мнению, трудовой коллектив на базе государственного (или кооперативного) имущества во главе с государственным (или избранным кооперативом) руководителем выражал саму сущность предприятия как производственного образования в социалистической экономике. Эта теория и была воспринята законодателем и практически реализована в

Положении о социалистическом государственном производственном предприятии в максимально возможном масштабе.

В свою очередь В.К. Мамутов, участвуя в дискуссии о правовом статусе социалистического предприятия, рассматривал предприятие как государственный орган и обосновывал эту позицию тем, что такое предприятие не являлось чем-то стоящим вне социалистического государства как организации, осуществляющей хозяйствование, что это был не только объект управления, но и субъект управления государственной социалистической собственностью, который по своему правовому положению относился к одному роду с органами хозяйственного руководства, а не противостоял им, как частное предприятие противостояло государству. Предприятие как субъект права оперативного управления государственным имуществом не являлось чем-то принципиально иным по сравнению с органами хозяйственного руководства, так как выполняло такие же важные функции.

Признание этой стороны правового положения предприятия нисколько не препятствовало одновременному признанию предприятия коллективом работников. Тот факт, что предприятие являлось юридическим лицом и субъектом гражданского права, никем не оспаривался, хотя всем было известно, что в гражданских правоотношениях предприятие участвовало не всем коллективом, а через свои органы, которые также выступали от имени предприятия и в отношениях с вышестоящими хозяйственными органами [17, с. 18-19].

В 90-х годах XX века, в условиях перехода к рынку, законодатель сместил подход к объяснению предприятия посредством признания его предпринимателем и наделяния соответствующим статусом.

Анализ Закона РСФСР от 25.12.1990 № 445-1 «О предприятиях и предпринимательской деятельности» (далее – Закон о предприятиях) позволил В.С. Мартемьянову сделать вывод, что сущность любого предприятия, как частного, так и государственного или муниципального, в рассматриваемый период времени выражала именно эта фигура. Только собственник-предприниматель либо субъект, управляющий его имуществом на праве хозяйственного ведения, имел возможность реализовать компетенцию предприятия. К предпринимателю переходили все права, обязанности и ответственность предприятия, а трудовой коллектив, даже заключив коллективный договор с администрацией, определив условия контракта с руководителем и положения устава предприятия, не решал вопросов деятельности предприятия, как это было в советское время [16].

Общие положения о хозяйственной компетенции предприятия раскрывались в главе IV Закона о предприятиях. Так, указав, что предприятие может осуществлять свою деятельность в любых отраслях и сферах, в то же время Закон определял те виды деятельности, которые вправе осуществлять только государственные предприятия (производство оружия, ядовитых веществ, ликеро-водочных и табачных изделий и др.).

В соответствии со ст. 4 Закона о предприятиях предприятием признавался субъект, созданный в порядке, определенном настоящим Законом, для производства продукции, выполнения работ, оказания услуг в целях удовлетворения общественных потребностей и получения прибыли. Именно указание в этой формуле на получение прибыли давало основания полагать, что деятельность предприятия была по существу предпринимательской, направленной на получение прибыли. Исходя из требований ст. 2 Закона о предприятиях, предпринимательская деятельность, осуществляемая с привлечением наемного труда, должна была регистрироваться исключительно в форме предприятия, и не как иначе.

Таким образом, квалифицирующим признаком предприятия являлось ведение предпринимательской деятельности по производству продукции, выполнению работ, оказанию услуг с применением наемного труда, образование его в порядке, установленном законом, и оформление в качестве субъекта хозяйствования. При этом нетрудно заметить, что в рассматриваемый период законодатель выдвигал в качестве главного, сущностного компонента данного образования фигуру предпринимателя, полагая, что он сможет все решить.

В настоящее время в соответствии со ст. 2 Федерального закона от 14.11.2002 № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» унитарным предприятием признается коммерческая организация, не наделенная правом собственности на имущество, закрепленное за ней собственником. В форме унитарных предприятий могут быть созданы только государственные и муниципальные предприятия. Имущество унитарного предприятия принадлежит на праве собственности Российской Федерации, субъекту РФ или муниципальному образованию. Имущество унитарного предприятия принадлежит ему на праве хозяйственного ведения или на праве оперативного управления, является неделимым и не может быть распределено по вкладам (долям, паям), в том числе между работниками унитарного предприятия.

Актуальный правовой статус государственных и муниципальных унитарных предприятий сконструирован таким образом для того, чтобы они могли функционировать в убыточных либо дотационных сферах современной экономики.

Итак, несмотря на все проведенные реформы, государственные и муниципальные унитарные предприятия в постсоветских государствах продолжают занимать существенную долю товарных рынков, что следует признать положительным фактором, дающим надежду на то, что такие предприятия будут создаваться и в будущем, в том числе посредством национализации частной собственности. Для эффективного же функционирования таких предприятий обязательно потребуются и разработанная теория, и полноценное правовое регулирование. Все это уже было в нашей истории, а, значит, все это никуда не делось, все это есть, и никогда не поздно вернуться к этому положительному опыту, тем более что он востребован и необходим.

Список использованных источников:

1. Унитарные предприятия в России: количество, масштабы и виды деятельности. – Интернет-ресурс: <https://bujet.ru/article/376702.php> (дата обращения: 01.06.2021).
2. Вифлеемский А.Б. Унитарный – не уникальный. – Интернет-ресурс: <https://bujet.ru/article/376709.php> (дата обращения: 02.06.2021).
3. Овчарук К.В. Деятельность ГУПов на конкурентных рынках приводит к их монополизации. Интервью с С.А. Пузыревским. – Интернет-ресурс: <https://bujet.ru/article/376714.php> (дата обращения: 04.06.2021).
4. Мальгинов Г.Н. Есть ли будущее у унитарных предприятий. – Интернет-ресурс: <https://bujet.ru/article/376694.php> (дата обращения: 05.06.2021).
5. Грэф рассказал о «деле ЮКОСа»: Ходорковскому просто не повезло. – Интернет-ресурс: <https://www.newsru.com/finance/07feb2005/gref.html> (дата обращения: 05.06.2021).
6. Компании с участием государства невыгодны для инвесторов. – Интернет-ресурс: <https://www.vedomosti.ru/finance/articles/2016/09/23/658291-gosudarstvennaya-sobstvennosti-hudshaya> (дата обращения: 06.06.2021).
7. Государство неэффективный собственник, говорите? А я уверен, что вы просто лжете! – Интернет-ресурс: <https://zergulio.livejournal.com/6125766.html> (дата обращения: 07.06.2021).
8. Мифы современной экономики: частная собственность эффективнее, чем государственная. – Интернет-ресурс: <https://www.finam.ru/analysis/newsitem3B4C4/> (дата обращения: 08.06.2021).
9. Лаптев В.В. Предмет и система хозяйственного права. - М.: Юридическая литература, 1969. - 175 с.
10. Флейшиц Е.А. Об административных и экономических методах руководства народным хозяйством // Правовые проблемы науки управления. - М.: Юрид. лит., 1966. - С. 126-131.
11. Флейшиц Е.А. Соотношение правоспособности и субъективных прав. Вопросы общей теории советского права. Сборник статей. - М.: Госюриздат, 1960. - С. 255-283.

12. Право и законность в период развернутого строительства коммунизма / Александров Н.Г. - М.: Госюриздат, 1961. - 271 с.
13. Флейшиц Е.А., Мицкевич А.В. Субъекты советского права. - М.: Госюриздат, 1962. - 211 с.
14. Weckend R. Wirtschaftsrecht. Teil II. - Berlin, 1961. - S. 31-35.
15. Topinski J. Trzeba zbudowac prawo gospodarcze // Zycie. – 1961. - № 14.
16. Мартемьянов В.С. Хозяйственное право. Том 1. Общие положения. Курс лекций - М.: Издательство БЕК, 1994. - 312 с.
17. Предприятие и вышестоящий хозяйственный орган / Мамутов В.К. - М.: Юрид. лит., 1969. - 240 с. – Интернет-ресурс: https://ukrreferat.com/chapters_book/pravo/mamutov-v-k-1968-predpriatie-i-vyshestoyashhij-hozyajstvennyj-organ-kniga.html (дата обращения: 10.06.2021).

Т.И. Султонова

ПРАКТИКА ВЕДЕНИЯ УЧЁТА ДОМИНИРУЮЩИХ ХОЗЯЙСТВУЮЩИХ СУБЪЕКТОВ В РЕСПУБЛИКЕ ТАДЖИКИСТАН

Доминирующее положение хозяйствующего субъекта на рынке определённого товара является одной из основополагающих категорий антимонопольного законодательства многих государств, как с англо-саксонской, так и с романо-германской системами права. Оно отражает структуру рыночного положения хозяйствующего субъекта и является правовым эквивалентом объёма его рыночной власти. С целью учёта субъектов хозяйствования, обладающих такими возможностями на рынке, в деятельности антимонопольных органов практически всех стран СНГ всегда имелась практика ведения Реестра хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке определённого товара в размере более чем 35%. Пороговое значение - 35% - появилось из общей нормы антимонопольных законов стран СНГ о том, что не может быть признано доминирующим положение субъекта, занимающего на рынке менее 35 %. Такой общий для стран СНГ размер нижнего порога доминирования, существовавший со времён начала формирования антимонопольных законодательств этих государств, был результатом согласованного подхода в регулировании экономических отношений в области антимонопольной политики, предусмотренного в Договоре от 25 января 2000 года о проведении согласованной антимонопольной политики между государствами-участниками СНГ.

Со времени подписания этого Договора прошло двадцать лет, и многие страны СНГ, продолжая сохранять политику гармонизации и унификации национальных антимонопольных законов стран Содружества, вместе с тем, выработали свой опыт регулирования по некоторым институтам антимонопольного законодательства. Собственная практика была выработана, в том числе, по вопросу учёта хозяйствующих субъектов, обладающих рыночной властью.

В некоторых странах СНГ был упразднён Реестр хозяйствующих субъектов, занимающих долю на рынке определённого товара более 35%. В юридической литературе данное новшество многие специалисты называют позитивным изменением. Так, например, С. Пузыревский полагает, что оно существенно сокращает административные обременения включённых в реестр хозяйствующих субъектов, а также значительно освобождает антимонопольные органы от большого объёма технической работы [1].

О неэффективной трате сил и ресурсов антимонопольного органа пишет также А. Бикебаев, высказывая критический во всех отношениях взгляд к практике ведения реестра, называя его «нонсенсом для передовой мировой практики антимонопольного регулирования» [2, с. 55].

Что касается Республики Таджикистан, таджикское антимонопольное законодательство не отказалось от практики учёта крупных хозяйствующих субъектов, хотя с 2018 года система ведения реестра несколько изменилась. С этого времени практика формирования Реестра

хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке определённого товара в размере более чем 35%, была упразднена и заменена на практику ведения реестра доминирующих хозяйствующих субъектов. Также был снижен размер нижнего порога доминирования с 35% до 15%.

В рамках доклада мы имеем цель поднять вопрос о целесообразности формирования этого реестра и совместимости практики его ведения с условиями хозяйствования, характерными для рыночной экономики.

Итак, в соответствии со ст. 22 Закона РТ «О защите конкуренции», установление наличия доминирующего положения хозяйствующих субъектов на определённом товарном рынке является исключительной компетенцией государственного антимонопольного органа, функции которого выполняет Антимонопольная служба при Правительстве Республики Таджикистан и её местные органы. К полномочиям данного органа также относится формирование Реестра хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение на товарном и финансовом рынках (далее Реестр).

Главным назначением названного Реестра, как уже указывалось, является выполнение учётной функции, так как он представляет собой государственный информационный ресурс, включающий базу данных о тех хозяйствующих субъектах, которые в силу обладания рыночной властью на определённом товарном (финансовом) рынке могут потенциально реализовать имеющиеся у них рыночные преимущества. С помощью этого учётного механизма антимонопольный орган осуществляет контроль за крупными хозяйствующими субъектами.

Формирование и ведение Реестра осуществляется на основании Порядка формирования и ведения реестра хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение на товарных рынках, утверждённого распоряжением начальника Антимонопольной службы при Правительстве Республики Таджикистан от 01 марта 2018 года, №27-а (далее Порядок).

Изучение положений данного нормативного документа позволяет обратить внимание на тот факт, что при включении хозяйствующих субъектов в Реестр антимонопольный орган руководствуется, по большому счёту, количественными критериями доминирования, соотносимыми с нормативными показателями, определёнными в Законе РТ «О защите конкуренции». «Если доля хозяйствующих субъектов, соответствует установленным показателям статьи 4 Закона РТ «О конкуренции», - говорится в Порядке, - то субъект считается как занимающим доминирующее положение». Таким количественным показателем, дающим основание для включения хозяйствующего субъекта в Реестр, является нижний порог доминирования, который определён долей хозяйствующего субъекта на рынке определённого товара более пятнадцати процентов.

Если в ходе экономического анализа рынка доля хозяйствующего субъекта будет установлена выше указанной нижней границы доминирования, такой хозяйствующий субъект включается в Реестр доминирующих хозяйствующих субъектов. Иными словами, в своей практике таджикский антимонопольный орган исходит из того, что признаёт размер нижней границы рыночной доли хозяйствующего субъекта в качестве основания признания его положения доминирующим.

Такая практика ведения Реестра видится нам необъективной по следующим основаниям. В первую очередь, нам видится ошибочной практика антимонопольного органа, отталкивающаяся при формировании Реестра от установленных нижних пределов доминирования. Погрешность такой практики подтверждается положениями ст. 4 Закона РТ «О защите конкуренции», предусматривающими два количественных порога, которые могут указывать на доминирующее положение хозяйствующего субъекта:

1) порог более 35 процентов, при котором действует презумпция доминирующего положения хозяйствующего субъекта (положительная презумпция доминирования). Опровержение этой презумпции возможно только в том случае, если сам хозяйствующий субъект сможет доказать, что несмотря на превышение этого количественного порога, его положение на рынке не является доминирующим. Следует обратить внимание, что бремя

доказательства отсутствия доминирующего положения при положительной презумпции лежит на самом хозяйствующем субъекте;

2) порог 35%-15%, при котором действует презумпция отсутствия доминирующего положения (отрицательная презумпция доминирования). Данная презумпция может быть опровергнута самим антимонопольным органом на основе выявления таких признаков структуры товарного рынка, как неизменность доли хозяйствующего субъекта на рынке, относительного размера долей на этом рынке, принадлежащих конкурентам, и (или) возможности вхождения на этот рынок новых конкурентов.

Существование этих двух базовых порогов доминирования позволяет вывести следующую правовую аксиому: наличие доли выше 35 %, при которой действует положительная презумпция доминирования, не всегда указывает на факт присутствия доминирующего положения, точно так же, как и доля в пределах 35 % - 15 %, при которой действует отрицательная презумпция доминирования, - не факт, что доминирующее положение отсутствует. А всё дело в том, что количественный критерий доминирования имеет дополнительное (вспомогательное) значение по отношению к качественному критерию, которые являющемуся основным.

Качественный критерий доминирования также определен в ст. 4 Закона РТ «О защите конкуренции». По сути, он является правовым эквивалентом рыночной власти и характеризуется наличием таких характеристик, как: 1) возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара и вести себя независимо от конкурентов; 2) возможность устранять с этого рынка других хозяйствующих субъектов; 3) возможность затруднять доступ на этот рынок другим хозяйствующим субъектам. При этом описанные возможности хозяйствующего субъекта не связаны непосредственно с его долей на товарном рынке [3, с. 52].

По смыслу законодательной формулировки понятия доминирующего положения именно качественные признаки доминирования играют принципиальную роль в вопросе установления факта присутствия доминирующего положения. Занимаемая доля рынка не имеет первостепенное значение в том смысле, что даже доля рынка, существенно превышающая 35%, при определённых качественных рыночных условиях, может не указывать на наличие рыночной власти хозяйствующего субъекта. И напротив, хозяйствующий субъект может доминировать, имея долю рынка, существенно ниже 35%. Иными словами, количественные критерии доминирования играют первостепенную роль не в вопросе установления факта доминирования, а в вопросе применения одной из двух законодательных презумпций доминирования.

Формирование со стороны таджикского антимонопольного органа Реестра доминирующих хозяйствующих субъектов осуществляется без учёта этого фактора идёт в разрез с правовым режимом доминирующего положения, закреплённым в ст. 4 Закона РТ «О защите конкуренции», строящимся на основе двух юридических критериев: качественном и количественном. Получается, что практика не согласуется с правом. Механизм установления доминирующего положения, предусмотренный законом, строится на взаимосвязи качественного и количественного критериев, а антимонопольный орган при составлении реестра самостоятельно решает вопрос о его применении, руководствуясь своим собственным выработанным опытом.

При выполнении своих полномочий по включению предпринимателей в реестр доминирующих хозяйствующих субъектов антимонопольный орган должен сначала, руководствуясь долей рынка, занимаемой хозяйствующим субъектом на рынке определённого товара, выяснить качественную сторону вопроса, и только с учётом этого устанавливать факт доминирования хозяйствующего субъекта и вносит его в реестр. В противном случае возникает риск установления факта присутствия доминирующего положения там, где его нет. В свою очередь, необоснованное присвоение хозяйствующим субъектам статуса доминирующего субъекта умножает случаи необоснованных обвинений в злоупотреблении

доминирующим положением, что не может не отразиться негативно на их предпринимательской деятельности.

Более того, нецелесообразность формирования реестра доминирующих хозяйствующих субъектов мы видим в том, что практика его составления далеко не совместима с условиями хозяйствования, характерными для рыночной экономики. Дело в том, что возможность опровержения каждой из законодательно закреплённых презумпций доминирования (положительной и отрицательной) делает категорию доминирующего положения чрезвычайно динамичной. Доминирующее положение может присутствовать или отсутствовать в определённый момент в зависимости от ряда обстоятельств и при этом не зависеть от доли, занимаемой хозяйствующим субъектом на рынке.

Практика же ведения Реестра доминирующих хозяйствующих субъектов нарушает таковую природу конструкции доминирующего положения, превращая её в некую статичную и неэластичную категорию. Как справедливо подмечает А. Бикебаев, неоправданность составления статичных реестров вызвана нестатичностью самой экономики, которая находится в процессе постоянных изменений. Предприниматель сегодня может обладать значительной рыночной властью, а завтра может потерять своё исключительное положение по причине активности конкурентов или в силу других обстоятельств [2, с. 55]. Тем более, что обновление реестра происходит только один раз в год по состоянию на первое апреля. Это опять же подтверждает вывод, что практика ведения каких-либо статичных информационных баз данных не отражает реальное рыночное положение субъектов хозяйствования.

Как уже отмечалось выше, до марта 2018 в Республике Таджикистан имела практика формирования и ведения Реестра хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке определенного товара в размере более чем 35%. В отличие от ныне ведущегося реестра, прошлый реестр представлял собой не базу данных доминирующих хозяйствующих субъектов, а информационный ресурс о потенциальных доминантах. Согласно практике его ведения, нижний порог доли рынка в 35% служил не признаком признания положения хозяйствующего субъекта доминирующим, а неким ориентиром выявления крупных хозяйствующих субъектов, которые могли стать предметом дальнейшего анализа. В этом случае, безусловно, использование количественного критерия в качестве основания включения в реестр являлось оправданным и разумным. Но когда речь идёт не об информационной базе потенциальных доминантов, а о реестре фактических доминирующих хозяйствующих субъектов, основываться на косвенных признаках доминирующего положения является, на наш взгляд, далеко неправильным.

Реестр доминирующих хозяйствующих субъектов - очень важный информационный ресурс, результаты составления которого имеют серьёзные экономические и правовые последствия, как для самих хозяйствующих субъектов, включённых в него, так и для рынка в целом. Поэтому при его формировании необходимо опираться на не факультативные признаки доминирования, основываться на фактических обстоятельствах дела. Думается, только такое отношение к этому вопросу будет способствовать принятию обдуманных и справедливых решений.

Список использованных источников:

1. Пузыревский С. ФАС в СМИ: векторы развития антимонопольного законодательства: четвертый антимонопольный пакет // Корпоративный юрист. - 2015. - № 3 // – Интернет-ресурс: <https://e.korpurist.ru/default?mid=22498> (дата обращения: 02.01.2021).
2. Бикебаев А. Асимметрии конкурентного законодательства // Конкуренция и право. – 2012. - № 4. – С. 50-56.
3. Тотьев К.Ю. Конкурентное право (правовое регулирование конкуренции). Учебник. - М.: Изд-во РДП, 2000. – 352 с.

АКТУАЛЬНЫЕ РЕФОРМЫ СИСТЕМЫ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ В ГРАЖДАНСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ АЗЕРБАЙДЖАНСКОЙ РЕСПУБЛИКИ

Положения, регулирующие деятельность субъектов гражданских правоотношений, нашли свое отражение в Гражданском кодексе Азербайджанской Республики, вступившем в силу 01 сентября 2000 года (далее – ГК, Кодекс). Так, Раздел II названного Кодекса регламентирует «Право лиц». Сам же раздел разделен на две главы: первая глава (Глава 3 Кодекса) посвящена физическим лицам, а вторая глава (Глава 4 Кодекса) посвящена юридическим лицам. В отдельных подпунктах последней главы наряду с положениями общего характера содержатся положения о коммерческих и некоммерческих юридических лицах, а также о регистрации юридических лиц.

Положения, касающиеся физических и юридических лиц, имеют важное значение для экономического развития страны. Они играют базисную роль для осуществления экономической деятельности как индивидуальных предпринимателей, так и крупных акционерных обществ Азербайджана. Без права (законодательства), отвечающего требованиям современной экономической жизни, экономическое развитие Азербайджана не может быть успешно осуществлено.

Несмотря на наличие базисных положений, действующее право Азербайджана недостаточно с точки зрения удовлетворения требованиям современного права лиц. Это можно увидеть как в сравнении с развитием в других странах СНГ, так и наблюдая за развитием самого Азербайджанского права. Ситуацию в Азербайджане больше всего можно сравнить с Казахстаном. Там уже в 1998 и 2000 годах была создана новая база для прав важнейших хозяйственных обществ, а в 2003 году были проведены реформы в этой области. То же самое можно сказать и о России и Грузии. На пример, в Грузии уже в 1994 году был принят отдельный закон, регулирующий данную сферу.

Учитывая вышеизложенное, в сотрудничестве с проектом ГТЦ «Поддержка судебно-правовых реформ в Азербайджанской Республике» с международных экспертов во главе с профессором Рольфом Книпером был подготовлен законопроект об изменениях и дополнениях в Гражданский Кодекс Азербайджана.

Как и в праве лиц других стран-членов СНГ, в Азербайджане определенные вопросы вообще либо не регулируются законом, либо регулируются недостаточно [ср, в этой связи: 1]. Сюда можно отнести право реорганизации смежных предприятий и юридических лиц. На практике эти вопросы имеют очень важное значение, так как экономика все еще находится в фазе изменений. Но найти ответы на эти вопросы в действующих законах невозможно. Поэтому в представленном законопроекте предусмотрены отдельные разделы о реорганизации юридических лиц (5-й параграф проекта, статьи 117-120) и о праве смежных предприятий (6-й параграф проекта, статьи 121-128).

Представленный проект не предусматривает предложения совершенно новой редакции. Напротив, в проекте вопросы, уже отраженные в действующем законе, совершенствуются и углубляются еще больше. Таким образом, за исключением 2-х случаев, в Кодекс не предлагается радикальные концептуальные изменения. Одно из таких исключений касается устранения различия между открытыми и закрытыми акционерными обществами. Другое исключение касается кооперативов. В соответствии с внесенными предложениями в целях защиты членов кооператива должна быть ограничена их личная ответственность.

Проект продолжает предыдущую цель авторов Гражданского кодекса, связанную с детальным регулированием в ГК всех вопросов о правах лиц. Поэтому все вопросы предпринимательской деятельности, коммерческих и некоммерческих юридических лиц, а также вопросы государственной регистрации предлагается регулировать Гражданским кодексом.

Предложения, внесенные в проект, взяты из Европейского Права Юридических Лиц, а именно Директив Европейского Союза о юридических лицах, права юридических лиц стран-членов Европейского Союза, а также права других европейских государств. В частности, речь идет о Германии, Нидерландах, Польше и Швейцарии.

Наиболее важным предложением, содержащимся в общих положениях и разделе о физических лицах, является включение в этот раздел положений о предпринимателях, осуществляющих коммерческую деятельность. С этой целью в статье 13 проекта дается понятие предпринимательской деятельности. Статья 42-1 регулирует вопрос о том, какие права имеют индивидуальные предприниматели в отдельности. Здесь важное значение имеют два средства регулирования. Во-первых, индивидуальный предприниматель также обязан зарегистрироваться. Задача этой регистрации заключается в обеспечении гласности (прозрачности) и, таким образом, в поддержании правового оборота. Во-вторых, регистрируясь, защищается и сам индивидуальный предприниматель. Таким образом, регистрируется имя, под которым индивидуальный предприниматель входит в правовой оборот, а также посредством регистрации защищается и имя.

В общем разделе, касающемся юридических лиц, предлагаются различные объяснения, которые служат для цели, прежде всего, закрепления с аспекта сторон договора правового оборота, в котором участвуют юридические лица, на более четком базисе. Сюда входит более точное определение сроков создания и прекращения юридического лица, а также выяснение вопроса о том, в каком объеме юридическое лицо может быть дееспособным. Существующее в англосаксонской правовой системе учение об «ультра вирес», (принцип специальной правоспособности корпораций) однозначно не распространяется на юридические лица частного права (ст. 44 проекта). Кроме того, действие договора об обществе (учредительного договора) ограничивается самими членами общества (ст. 45.2 проекта). Он больше не должен выступать в качестве учредительного документа. Далее, также впервые регламентируется вопрос о том, какие последствия будут иметь ошибки, допущенные при регистрации юридического лица (ст. 48-1 проекта).

Общее значение, также, имеют предложения, связанные с новой редакцией прав и обязанностей органов юридического лица. Решающим моментом здесь является взятый из европейского права (ст. 49 проекта) принцип неограниченных представительских полномочий в отношении третьих лиц [2, ст. 9], в то же время обязательство-зависимость в собственных внутренних отношениях общества (ст. 49-1 проекта).

Положения о товариществе были включены различные положения с целью уточнения правового статуса партнеров и сохранения правового оборота. В частности, были перерегулированы права и обязанности членов товарищества, несущих персональную ответственность своим имуществом (ст. 65.4 проекта), принятие решений собранием членов товарищества (ст. 68 проекта), вопросы управления (ст. 69 проекта). Положение о вопросах правопремства в случае смерти одного из членов общества также является новым (статья 76 проекта).

В отношении коммандитных товариществ в первую очередь пересматривается правовой статус коммандитистов. В целях сохранения правового оборота следует особо подчеркнуть более четкое регулирование того, на каких условиях коммандитист может ссылаться на ограничение своей ответственности (статьи 80, 82 проекта).

Большие изменения претерпели общества с ограниченной ответственностью (ООО) и акционерные общества (АО). Но и в связи с ними не определена принципиально новая концепция. Напротив, существующие правила были еще более углублены и усовершенствованы. Нововведения ограничиваются отказом от двух организационно-правовых форм в связи с их избыточностью. Здесь речь идет об отказе от организационно-правовой формы общества с дополнительной ответственностью (ст. 97 ГК), а также об устранении дифференциации между открытыми и закрытыми акционерными обществами (ст. 99, 100 ГК).

Особо следует выделить определение точного размера уставного капитала. О том, что целесообразность данной концепции оспаривается, в частности, сторонниками англосаксонской правовой системы, известно авторам проекта. Но в условиях переходного периода отказ от него невозможен по причинам, указанным ниже:

- практика обращения участников с новыми формами права должна еще развиваться. Поэтому эти формы права, которые впоследствии могут быть смягчены, должны регулироваться, прежде всего, более строгими правилами;

- право акционерных обществ служит в первую очередь для разработки правовой формы, которая может быть преобразована в государственные предприятия. То есть эта правовая форма должна быть построена таким образом, чтобы переданная частным собственникам громадная масса имущества была защищена от злоупотреблений со стороны новых собственников. А положения об определении предельного размера уставного капитала поддерживают такую защиту;

- альтернативные механизмы регулирования, предлагаемые противниками определения точного порога уставного капитала в форме действующего рынка инвестирования и надежной отчетности, как и в других странах СНГ, в Азербайджане тоже отсутствуют.

Основы понятия уставного капитала отражены в нормах, касающихся обществ с ограниченной ответственностью (ст. 89 проекта) и акционерных обществ (ст. 103 проекта), соответственно. В то же время следует отметить, что в проекте четко регламентирован вопрос о возможности неденежных вложений и их экспертной оценки и предусмотрены нормы об ответственности.

Обязанность по возврату неправомерных платежей членам общества относится к важнейшим положениям Европейского права, касающимся сохранения капитала общества [3, ст. 16]. В проект также включены соответствующие положения об этом (статьи 93.3 и 106-3.9 проекта).

Затем в проекте предлагается некая систематизация. В соответствии с этим предложением, для обществ с не более чем 50 членами предусмотрена организационно-правовая форма в виде ООО (статья 87.3 проекта), а для обществ, которые могут использовать рынок ценных бумаг для принятия собственного капитала в виде единой юридической формы - акционерные общества. В связи с этим нет необходимости проводить дифференциацию между закрытыми и открытыми акционерными обществами. Потому что в странах, которые не признают организационно-правовую форму ООО, эту организационно-правовую форму заменяет закрытое акционерное общество. Но, в отличие от этого, имеет значение проведение дифференциации между акционерными обществами, предлагающими свои акции для продажи кругу заранее известных лиц, и акционерными обществами, в которых акции предлагаются неопределенному кругу лиц. В последнем случае применяются особые положения закона о рынке ценных бумаг.

Что касается организации ООО и акционерных обществ, предлагается отказаться от органа ревизионной комиссии (статьи 91-3 и 107-11 проекта). Наряду с наблюдательным советом не обязательно иметь отдельную ревизионную комиссию, поскольку проверка бухгалтерского учета также входит в обязанности наблюдательного совета. Уставом этот орган может быть предусмотрен в качестве вспомогательного органа. Но это не должно влиять на полномочия, и, следовательно, на ответственность, предусмотренные законом.

Один из важнейших вопросов, касающихся юридических лиц, связан с процедурой регистрации прав членов общества. В связи с этим предлагается нововведение в виде книги паев, проводимой компанией на правах ООО (ст. 90 проекта). Книга паев содержит информацию о статусе участников внутренних отношений общества. А обязанность регистрироваться в реестре остается неприкосновенной.

В праве ООО выход и исключение членов из общества имеют важное значение. Согласно действующему тексту закона, каждый член общества имеет право на неограниченный выход (ст. 95 ГК). Это правило, хотя и находит отражение в основном в российском праве, постоянно становится объектом критики. Потому что такое право наряду с возникновением требования

о возмещении стоимости доли ставит под угрозу существование общества. Поэтому в проекте право на выход ограничено и регулируется исключением членом общества (ст. 91.1 проекта).

Следующее нововведение связано с введением специальных правил для случаев, когда общество состоит только из одного члена (ст. 94 проекта). Хотя по действующему в настоящее время праву возможно учреждение общества одним лицом, специальных правил, касающихся осуществления этой нормы, не существует. Предлагаемые нормы по-прежнему базируются на европейском праве [4].

Положения, касающиеся общего собрания, были полностью пересмотрены. По сравнению с действующей статьей 91 Гражданского Кодекса расширены полномочия общего собрания (ст. 94.1 проекта), однозначно регламентирован порядок принятия решений и впервые введены положения об оспаривании решений общего собрания (ст. 94.3 проекта).

Положения, касающиеся органов ООО, также являются новыми, которые до сих пор не регламентировались. В связи с этим следует отметить 95-ю статью проекта. В данной статье подробно регламентировано управление обществом и его представительство директорами. Кроме того, в проект были включены специальные нормы, касающиеся защиты членом меньшинств. В качестве примера рассматриваемых мер защиты следует особо выделить право каждого члена общества предъявлять к директорам требования общества (иски членом общества). Это право иска взято из законодательства США, в котором этому также придется большое значение.

Далее в проекте предлагается отказаться от организационно-правовой формы общества с дополнительной ответственностью (ст. 97 ГК). Для их существования уже не существует юридической и политической почвы, так как стирается граница между хозяйственными обществами, в которых исключается личная ответственность, и товариществами, в которых личная ответственность применяется при возникновении долгов общества.

Действующее в настоящее время право на акции регулируется статьями 98 - 107 ГК, и в последний раз в эту область были внесены значительные дополнения. В настоящее время предлагаемые изменения касаются этих дополнений и являются их продолжением.

Как уже было сказано выше, предлагается отказаться от проведения дифференциации между открытыми и закрытыми акционерными обществами (ст.ст. 99 и 100 ГК) и вместо этого ограничиться одним видом акционерных обществ. Отказ от организационно-правовой формы закрытых акционерных обществ связан с тем, что функции этой организационно-правовой формы выполняют общества с ограниченной ответственностью. С другой стороны, считается целесообразным регулировать право акционерных обществ несколько либеральнее, чем это регулируется действующим законодательством об открытых акционерных обществах (например, ст. 106 (7) проекта в сравнении со ст. 99.1 ГК). Можно взять такой курс. Потому что для акционерных обществ, предлагающих свои акции неопределенному кругу лиц, то есть публично, могут быть предусмотрены более строгие нормы. Такие положения могут быть введены в законы о рынке ценных бумаг.

В соответствии с немецкой моделью организационной структуры акционерного общества предлагается провести более четкое разграничение между Советом директоров (наблюдательным советом) и исполнительным органом (руководством). Такое разделение обязанностей не только оправдывает себя, но и составляет содержание актуальных тенденций развития в других странах, где роль “независимых директоров” постоянно углубляется. Принцип независимых от руководства директоров по-прежнему считается основой двухступенчатой организационной структуры акционерного общества, предложенной в данном проекте.

Далее подробно регламентируются права членом меньшинств общества (ст. 106-1 проекта), которые упоминаются в действующем законодательстве, но не регулируются (ст. 106-1.3 ГК).

Список использованных источников:

1. Концепция развития корпоративного законодательства на период до 2008 года, подготовлена Министерством экономического развития Российской Федерации. – Интернет-ресурс: <http://www.economy.gov.ru/> (дата обращения: 26.06.2021).
2. Директива Европейского Союза от 09.03.1968 за № 68/151 // Интернет-ресурс: <http://eur-lex.europa.eu> (дата обращения: 26.06.2021).
3. Директива Европейского Союза от 13.12.1976 № 77/91 // Интернет-ресурс: <http://eur-lex.europa.eu/> (дата обращения: 26.06.2021).
4. Директива Европейского Союза от 21.12.1989 за № 89/667 // Интернет-ресурс: <http://eur-lex.europa.eu/> (дата обращения: 26.06.2021).

С.А. Слипченко

НАПРАВЛЕНИЯ РЕФОРМИРОВАНИЯ ПРАВОВОЙ ОСНОВЫ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ, КАК НОСИТЕЛЕЙ ЛИЧНЫХ НЕИМУЩЕСТВЕННЫХ ПРАВ, В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН: ВЗГЛЯД СО СТОРОНЫ

Современный правопорядок Республики Казахстан значительно расширил круг тех гражданских правоотношений, участником которых может выступать юридическое лицо. К таким относятся и личные неимущественные правоотношения [1]. Так, в частности, ст. 33 Гражданского кодекса Республики Казахстан (далее по тексту – ГК РК) указывает, что юридическим лицом признается организация, которая может от своего имени приобретать и осуществлять в т. ч. и личные неимущественные права (обязанности). В связи с этим, возникают вполне логичные вопросы: об объеме личной неимущественной правоспособности юридического лица; о способности коммерческого юридического лица, целью создания и деятельности которого является получение прибыли (имущественной выгоды), приобретать неимущественные права, которые не имеют экономического содержания и, если такая способность все же признается, то; о перечне тех прав (обязанностей), которые может приобретать и осуществлять юридическое лицо. Частично ответы на эти вопросы уже содержатся в ГК РК, но часть из них так и остается без ответа. И это, как представляется, создает некоторую неопределенность в правовом статусе юридических лиц.

Так, из содержания ст. 143 ГК РК следует, что указанный субъект может обладать правом на деловую репутацию. Но статья предусматривает лишь способы его защиты и лишь в случае распространения в средствах массовой информации сведений, порочащих деловую репутацию. Таким образом, исходя из текста статьи, неопределенной остается возможность защиты деловой репутации, в случае распространения сведений, порочащих деловую репутацию не в средствах массовой информации, а иным образом. Например, сообщение сведений в социальных сетях, с помощью буклетов и т. д. Конечно, отчасти указанная неопределенность устранена п. 1 Нормативного постановления Верховного суда Республики Казахстан от 18 декабря 1992 года № 6 «О применении в судебной практике законодательства о защите чести, достоинства и деловой репутации физических и юридических лиц», в котором постановлено, что ст. 143 ГК РК должна применяться не только при распространении сведений в средствах массовой информации, но и в иных случаях. В то же время, как следует из содержания Нормативного постановления Верховного суда Республики Казахстан от 18 декабря 1992 года № 6, ст. 143 ГК РК применяется в случаях распространения только тех сведений, которые порочат деловую репутацию своим несоответствием действительности. Отсюда можно сделать вывод, что если же они (сведения) соответствуют действительности, то деловая репутация защите не подлежит.

Несмотря на то, что подобный подход является традиционным в правовом пространстве постсоветских стран, цивилистической доктриной и правом западных стран порочащими

сегодня рассматриваются сведения, независимо от их соответствия или несоответствия реальным фактам [2; 3; 4]. Главное в таких случаях, что при определенных обстоятельствах они могут повлечь неблагоприятную оценку субъекта в глазах окружения. Другими словами, под понятие диффамации подпадает распространение не только неправдивых, но и правдивых порочащих сведений. Сегодня, в зависимости от определения содержания диффамации, устанавливают содержание права на забвение, которое «даровал» миру Европейский суд, в историческом решении 2014 года. Поэтому, не учитывая современные мировые тенденции использования понятия «диффамация», в период реформирования (обновления) внутреннего законодательства, было бы не совсем оправданным.

Отдельного внимания заслуживает и то, что законодательство Республики Казахстан предусматривает не только защиту, но и возможность использования деловой репутации, принадлежащей одному юридическому лицу другим. В частности, такой вывод следует из содержания ч. 2 ст. 896 ГК РК и ч. 2 ст. 10 Закона Республики Казахстан «О комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинге)», где указано, что по договору комплексной предпринимательской лицензии лицензиат может использовать не только лицензионный комплекс, коммерческий опыт лицензиара, но и его деловую репутацию.

Таким образом, законодатель допускает саму возможность использования данного нематериального блага, принадлежащего одному юридическому лицу другим. Однако учитывая, что лицензионный комплекс, включает в себя права на использование таких объектов, как: фирменное наименование, охраняемая коммерческая информация, товарный знак, знак обслуживания, патент и т. п. (ч. 1 ст. 896 ГК РК, п. 1 ст. 1 Закона Республики Казахстан «О комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинге)»), то очевидно, что комплексным лицензиаром является коммерческая организация. А раз так, то и возможность использования ее деловой репутации, в рамках договора комплексной предпринимательской лицензии, не вызывает сомнений. Вместе с тем, известно, что деловая репутация присуща и некоммерческим организациям. И если предположить, например, что такому юридическому лицу принадлежит патент, охраняемая коммерческая информация и т. д., то возникает вопрос о возможности этого субъекта выступать комплексным лицензиаром и, соответственно, об использовании его деловой репутации. Более того, представляется неопределенной и возможность правомерного использования деловой репутации, как коммерческих, так и некоммерческих организаций, за пределами договора комплексной предпринимательской лицензии. Например, по договору о совместной деятельности, как это предусмотрено ч. 1 ст. 1133 ГК Украины.

Конечно, указанные неопределенности способна устранить ч. 2 ст. 2 ГК РК, в которой указано, что юридические лица свободны в установлении своих прав (обязанностей) на основе договора и в определении любых его условий, не противоречащих законодательству. Ведь, поскольку законодатель Казахстана прямо не устанавливает подобный запрет на использование, то можно предположить, что такая возможность все же существует. Однако пока данная гипотеза не подтверждена и не опровергнута судебной практикой, а также остается за пределами пристального внимания казахских ученых.

Еще одно право, которое в юридической литературе нередко относят к личным немущественным [5; 6; 7; 8] – это право на наименование юридического лица, которое также отражено в законодательстве Казахстана. И если обратиться к ст. 38 ГК РК, то можно заметить, что наименование юридического лица представляет собой и средство индивидуализации субъекта, и объект исключительного права, т. е. объект немущественных прав, связанных с имуществом. При этом, объектом исключительного права оно рассматривается для коммерческих организаций, которые могут запрещать или предоставлять права на его использование, например, в рамках договора комплексной предпринимательской лицензии (ст. 896 ГК РК, ст. 10 Закона Республики Казахстан «О комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинге)»).

Такое восприятие фирменного наименования является довольно традиционным в теории гражданского права. Однако в результате анализа приведенных нормативных актов обращает

на себя внимание тот факт, что правовой режим наименования четко определен только для коммерческих организаций. Во-первых, четко указано, что оно является не просто объектом гражданских прав, а отнесено к имуществу (ч. 2 ст. 115 ГК РК). Во-вторых, только наименования коммерческих организаций (фирменные наименования) рассматриваются объектами исключительных прав (ч. 2 ст. 38, ст. 1020 ГК РК). По сравнению с этим благом, правовой режим наименования некоммерческих организаций выглядит достаточно неопределенным. Оно не отнесено ни к имуществу, ни к объектам исключительных прав. Поэтому вопрос о месте наименования некоммерческих организаций в системе объектов гражданских прав остается открытым. А, в свою очередь, от ответа на этот вопрос напрямую зависит установление тех правоотношений, которые могут возникать по поводу данного блага, т.е. личных неимущественных, связанных или не связанных с имущественными.

Более того, если признать, что коммерческая организация обладает исключительным правом на свое наименование, а некоммерческая – нет, то в этом может усматриваться нарушение равенства участников гражданских правоотношений, закрепленного ч. 1 ст. 1 и ч. 1 ст. 2 ГК РК. Ведь исключительное право позволяет предоставлять третьим лицам возможность использования своего блага, в т. ч. и для получения экономической выгоды. Но если для некоммерческих юридических лиц оно исключительным не является, то его необходимо признавать личным неимущественным правом, не связанным с имуществом. А это лишает тех субъектов, которым принадлежат данные объекты, извлекать из них экономические выгоды. И это при том, что сам факт предоставления некоммерческим юридическим лицом своего наименования третьим лицам законодательство Республики Казахстан допускает. Так, например, согласно п. 5 ч. 1 ст. 5 Закона Республики Казахстан «О некоммерческих организациях» некоммерческие организации вправе создавать другие юридические лица. И в таком случае, нельзя исключить возникновение необходимости в названии последних отразить наименование первых. Далее. Согласно ч. 1 ст. 33 Закона Республики Казахстан «О некоммерческих организациях» некоммерческая организация также может, в определенных пределах, заниматься предпринимательской деятельностью. В связи с этим логично допустить заинтересованность такого юридического лица в передаче права на использование своего наименования другим участникам гражданских правоотношений.

Таким образом, складывается ситуация, когда коммерческая организация может получать вознаграждение за предоставленное право на использование своего наименования, а некоммерческая, за предоставление такого же права – нет. И такая возможность будет отсутствовать, даже если, основываясь на принципах диспозитивности и свободы договора, участники гражданских отношений сами этого захотят. Ведь не признавая право личным неимущественным, связанным с имущественными, оно будет отнесено к личным неимущественным, не связанным с имущественными. А последние, по природе своей, не имеют и не могут иметь экономического содержания, даже при общей функциональной схожести объектов.

Обращают на себя внимание и способы защиты наименования юридического лица. В абз. 4 ч. 2 ст. 38 ГК РК предусмотрено, что при неправомерном использовании чужого фирменного наименования, по требованию обладателя права на фирменное наименование такое использование должно быть прекращено и возмещены причиненные убытки. Необходимо отметить, что в таком подходе четко прослеживается логика казахского законодателя. Учитывая, что право на фирменное наименование является исключительным, а правовая конструкция последнего, как утверждал еще Г.Ф. Шершеневич, заключается в предоставлении определенным лицам возможности совершения тех или иных действий в отношении объекта с одновременным запрещением «всем прочим возможности подражания» таких действий [9, с. 138], то очевидно, что при нарушении установленного запрета управомоченное лицо вправе требовать прекращения нарушения.

Однако наименование некоммерческой организации не признано объектом исключительного права. А ведь оно тоже может быть использовано без согласия носителя наименования. Но будет ли такое использование неправомерным? Если да, то, какое право

нарушено? При возникновении спора о таком использовании, суд должен его разрешить по аналогии, как если бы было нарушено исключительное право или личное неимущественное, не связанное с имущественным? Усматривается, что законодательство Республики Казахстан пока не содержит четких ответов на эти вопросы.

Не вызывает сомнений и необходимость установления такого способа защиты, в случае неправомерного использования чужого фирменного наименования, как возмещение убытков (ст. 38 ГК РК). Ведь данное благо отнесено казахским законодательством к имуществу (ч. 2 ст. 115 ГК РК), а любое умаление имущества, возникающее вследствие нарушенных прав, квалифицируется как убытки, подлежащие взысканию (ст. 9 ГК РК). Однако и здесь можно обнаружить необходимость нормативного уточнения правовых возможностей юридического лица в защите своего права. Для иллюстрации существующей неопределенности смоделируем следующую ситуацию.

Лицо, неправомерно использовавшее чужое фирменное наименование, до прекращения нарушения, например, в течение двух лет, получало в результате такого использования доход. Вместе с тем, у коммерческой организации, право которой нарушено, расходы, утрата или повреждение фирменного наименования, как имущества, не возникли. Но она все же предъявляет иск о взыскании убытков в виде упущенной выгоды, предполагая, что таковыми являются полученные нарушителем доходы, которые мог бы получить и истец, при обычных условиях оборота, если бы его право не было нарушено. И теперь, для принятия законного и обоснованного решения, перед судом возникает задача определить наличие гражданских правоотношений, между сторонами спора, а также, если они есть, вид таких правовых связей. Причем, необходимо установить не только регулятивные, но и охранительные правоотношения. Ведь от этого будет зависеть определение закона, которым суду следует руководствоваться при разрешении спора.

И здесь, на первый взгляд, решение того, как должен быть разрешен такой спор, лежит на поверхности. Для этого, казалось бы, достаточно сделать несколько последовательных умозаключений.

1. Если фирменное наименование принесло доход лицу, неправомерно его использующему, то значит, оно обладает объективной имущественной ценностью и способно порождать экономическую выгоду. Значит, условия для этого объективно существовали.

2. Если бы такое использование происходило при обычных условиях оборота, например, на основании договора комплексной предпринимательской лицензии, то и носитель (обладатель) данного блага получил бы от этого доход.

3. Поскольку фирменное наименование было использовано неправомерно (в нарушение обычных условий оборота), то уполномоченное лицо поэтому и не получило доход. А поскольку неполученные доходы, которые субъект получил бы при обычных условиях оборота, если бы его право не было нарушено называется упущенной выгодой, которая отнесена к одному из видов убытков (ч. 4 ст. 9 ГК РК), то остается предположить, что иск, в приведенной выше иллюстрации, должен быть удовлетворен.

Однако более детальный анализ позволяет усомниться в беспорности такого решения. И такие сомнения могут основываться на следующих размышлениях.

Известно, что взыскание убытков является мерой гражданско-правовой ответственности, а поэтому, для ее применения необходимо наличие ряда определенных условий (оснований).

Первым таким условием является наличие вреда у потерпевшего. Причем вред должен быть не воображаемым, не гипотетическим, по принципу, «а вот если бы...», то возможно..., а всегда реальным, на что справедливо указывала Е.В. Нестерова [10]. Реальность упущенной выгоды предполагает, что истец в суде должен будет доказать, что он сам мог получать доход, т. е. имел все условия для извлечения экономической выгоды. Например, существовал спрос, а у истца был опыт, знание, умение его удовлетворять. Он получил необходимые лицензии (разрешения), выделил и подготовленные помещения, оборудование, набрал штат и т.д. Причем, такая выгода была запланирована. На это могут указывать проведенные необходимые приготовления, достигнутые договоренности с контрагентами, возможно даже были

заключены контракты или предприняты иные меры, с целью получения в дальнейшем дохода. И если бы ответчик не «помешал», то ожидаемое приращение имущественных благ стало бы реальностью. Иначе говоря, последующий экономический эффект наступил бы обязательно. Но ожидаемый доход не был получен по причине, независимой от истца. Таким образом, если у последнего отсутствовали необходимые условия или, даже если и были, но он не планировал получение дохода, или, если и планировал, но только на уровне «мечты», то говорить о наличии у потерпевшего убытков, в виде упущенной выгоды, было бы ошибочным. Как можно заметить, исследование этого обстоятельства в воображаемом споре, о неправомерно использованном фирменном наименовании, упущено. Получение кем-то выгоды, еще не свидетельствует об убытках.

Следующим условием для взыскания упущенной выгоды является противоправность действий ответчика, что, конечно же, имеет место в вышеприведенной иллюстрации. Они выразились в неправомерном использовании чужого фирменного наименования. Однако противоправность действий ответчика будет иметь юридическое значение, для применения рассматриваемой меры гражданско-правовой ответственности, только при наличии следующего условия (основания). Таким условием является причинно-следственная связь между возникшими убытками (если будет установлено, что они возникли) и противоправными действиями. При этом причинно-следственная – это такая необходимая связь между противоправными действиями и возникшими убытками, при которой противоправные действия не только должны предшествовать возникновению убытков, но и непосредственно их порождать. Другими словами, истец в суде должен будет доказать, что доходы он бы получил, если бы ответчик не совершил правонарушение. Только действия ответчика «помешали» этому, т.е. привели к тому, что экономическая выгода была упущена («сорвалась»).

Отметим, что в немецком праве для установления необходимой связи между противоправностью и возникшими убытками применяют метод исключения [11, с. 107]. Такой же метод, в свое время, предлагали использовать И.Б. Новицкий и Л.А. Лунц [12, с. 307]. Суть этого приема заключается в том, что, если даже при исключении из цепи событий противоправных действий, в нашем примере – это неправомерного использования чужого фирменного наименования, носитель (обладатель) данного блага экономическую выгоду все равно бы не получил, то такие действия не могут быть признаны необходимым условием (и, как следствие, причиной) неполученных доходов. Другими словами, между конкретным правонарушением и возникшим негативным результатом, который возник бы и без этого правонарушения, отсутствует необходимая причинно-следственная связь. А отсутствие причинно-следственной связи, как обязательного условия (основания) гражданско-правовой ответственности, исключает применение к нарушителю такой меры, как взыскание убытков (упущенной выгоды).

Таким образом, если в воображаемом споре, о неправомерно использованном фирменном наименовании, будет установлено, что коммерческая организация не планировала самостоятельно получать доход от использования данного блага или планировала, но не предприняла для этого никаких действий (приготовлений), то в удовлетворении исковых требований о взыскании упущенной выгоды ей должно быть отказано. Она бы этот доход не получила и без правонарушителя. Более того, такое же решение должен вынести суд даже в том случае, если истец планировал экономическую выгоду и совершил для этого необходимые приготовления, но она (выгода) «сорвалась» не в связи с противоправными действиями ответчика, а по другим причинам. Например, в результате независимых действий третьих лиц, ошибочных расчетов самого истца, иных объективных обстоятельств.

И, наконец, последнее условие, которое должен установить суд, для применения такой меры гражданско-правовой ответственности, как взыскание убытков, – это вина правонарушителя. Ведь по общему правилу, лицо несет ответственность за свое противоправное поведение, причинившее другому лицу вред, лишь тогда, когда такое причинение можно вменить ему в вину. Поэтому, если ответчик докажет, что в его действиях

отсутствует вина, то даже при их противоправности и причинно-следственной связи с возникшими убытками, в удовлетворении требований о взыскании с него таких убытков должно быть отказано. Например, будет установлено, что он действовал добросовестно, поскольку использовал чужое фирменное наименование на основании договора комплексной предпринимательской лицензии, признанного впоследствии недействительным, или ошибочно считал, что иным способом приобрел право на его использование.

Однако отказ в удовлетворении исковых требований о взыскании убытков, в виде упущенной выгоды, не исчерпывает необходимости дальнейшего уточнения правовых возможностей юридического лица по защите своего права на фирменное наименование. Ведь если остановиться в исследовании приведенной выше иллюстрации только на этапе разрешения воображаемого спора по существу заявленных требований, то может сложиться мнение, что казахский правопорядок узаконивает доход правонарушителя, полученный им противоправными (незаконными) действиями, т.е. вследствие неправомерного посягательства на чужой объект исключительных прав. Причем, такое мнение лишь частично опровергается ч. 6 ст. 8 ГК РК, поскольку в ней указано, что никто не вправе извлекать преимущество только из своего недобросовестного поведения. Но, во-первых, остается непонятной судьба преимуществ, которые все же были извлечены, а убытки при этом не возникли. Вправе ли их оставить себе правонарушитель? Во-вторых, незаконное, но добросовестное извлечение преимуществ остается за пределами действия приведенной нормы.

Еще большая законодательная неопределенность усматривается в выборе способов защиты наименования некоммерческой организации. Как уже отмечалось ранее, законодатель не относит его к имуществу и не устанавливает на него исключительных прав. Поэтому, даже если такое юридическое лицо имело все условия для получения дохода от использования своего наименования и, основываясь на диспозитивности норм гражданского права, планировало его получить, но ожидаемое имущественное приращение «сорвалось» в результате действий лиц, которые неправомерно использовали наименование этого юридического лица, то взыскание упущенной выгоды еще больше осложняется, если не сказать – становится невозможным. Это связано с тем, что наименование некоммерческой организации должно быть отнесено к объектам личных неимущественных прав, не связанных с имущественными, а значит, не имеют экономического содержания и не связаны с ним. Поэтому ожидание дохода может рассматриваться как противоречащее природе этого права.

Представляется, что эти и другие законодательные неопределенности (например, в отношении прав коммерческих и некоммерческих организаций на информацию и их защиту) должны были бы, как минимум, устранены судами. Например, для борьбы с неправомерными доходами, полученными в результате паразитирования на чужом наименовании, могли бы быть применены нормы об обязательствах вследствие неосновательного обогащения (глава 48 ГК РК). В отношении фирменного наименования, для этого есть все основания. Оно признано имуществом. А если одно лицо, которое без установленных законодательством или сделкой оснований обогатилось за счет другого лица (за счет имущества потерпевшего), то оно обязано возвратить последнему неосновательно приобретенное или сбереженное имущество, за исключением случаев, предусмотренных (ч. 1 ст. 953 ГК РК). Причем, такая обязанность возникает даже, если основание, по которому было приобретено или сбережено имущество, отпало впоследствии (ч. 2 ст. 953 ГК РК). Такое решение не позволяло бы оставаться в выигрыше лицу, нарушившему чужое абсолютное или иное гражданское право, даже в тех случаях, когда у потерпевшего не возникло убытков, в т.ч. и в виде упущенной выгоды, а нарушитель действовал добросовестно. Представляется, что по аналогии суды могли бы разрешать споры и в отношении дохода, полученного в результате неправомерного использования наименования некоммерческой организации. По крайней мере, сформировавшаяся судебная практика внесла бы ясность, позволяющую коммерческим и некоммерческим организациям, как участникам личных неимущественных отношений предвидеть правовые последствия, которые может повлечь определенное действие, и соответствующим образом регулировать свое поведение, создало бы ориентир правового

поведения и его последствий. А это, в свою очередь, увеличило правовую определенность национальных нормативных актов. Однако суды Казахстана, как можно судить из общедоступных русскоязычных источников, пока не уделяют должного внимания осуществлению и защите личных неимущественных прав юридических лиц. Более того, абсолютно неопределенным остается даже приблизительный перечень тех личных неимущественных прав, носителем которых могут выступать коммерческие и некоммерческие организации. Причем, как представляется, казахский законодатель не установил, а суды не начали формировать даже открытый логический ряд таких прав.

Очевидно, что вектор и стимул развития казахского законодательства, формирования судебной практики, должны задавать научные исследования казахских ученых-правоведов. И необходимо отметить, что такие исследования в Республике Казахстан проводятся [13; 14; 15; 16; 17; 18]. Но, как отмечает Г.А. Алиханова, этого еще недостаточно [19, с. 90]. Поэтому, делается вывод – гражданское право должно уделять намного больше внимания вопросам защиты личных неимущественных благ и прав [19, с. 94]. И нет сомнений, что ученая говорит о гражданском праве не только, как об отрасли права, но и как об отрасли законодательства, как о науке, как об учебной дисциплине, как о судебной практике по урегулированию споров между участниками личных неимущественных отношений.

Для сравнения отметим, что украинский законодатель по-иному подошел к установлению объема личной неимущественной правоспособности юридического лица и определению тех неимущественных прав, которые могут принадлежать этому субъекту. В частности, ст. 91 ГК Украины указывает, что юридическое лицо способно иметь такие же гражданские права, как и физическое, конечно кроме тех, которые по своей природе могут принадлежать только человеку. А согласно ст. 26 ГК Украины, физическое лицо, наряду с имущественными, способно иметь и личные неимущественные права, установленные Конституцией Украины и ГК Украины, а также те, которые хотя ими и не установлены, но не противоречат отечественному законодательству и моральным основам общества. Эти положения подкреплены ст. 94 ГК Украины, предусматривающей, что юридическое лицо может иметь право на неприкосновенность ее деловой репутации, на тайну корреспонденции, на информацию и иные права, которые могут ему принадлежать.

Как можно обратить внимание, перечень прав в приведенной норме оставлен открытым и, в отличие от казахского законодателя, в Украине их принадлежность не зависит от того, является организация коммерческой или некоммерческой. Все субъекты признаны юридически равными в способности обладать тем или иным личным неимущественным правом, если иное не вытекает из закона. Равными они являются, причем даже с физическими лицами, и в способах защиты (абз. 2 ч. 1 ст. 94 ГК Украины).

Такой подход позволил не только начать формировать судебную практику, но и на практике проверить эффективность тех или иных норм, призванных регулировать личные неимущественные отношения с участием юридического лица. Более того, это дало мощнейший импульс к проведению научных исследований, посвященных объему личной неимущественной правоспособности организаций, отдельным личным неимущественным правам, которые могут им принадлежать, перечню таких прав, особенностям защиты и т.д.

В свою очередь, судебная практика, научные исследования позволили сформировать представление о направлении дальнейшего развития законодательства, регулирующего личные неимущественные отношения с участием юридических лиц.

Список использованных источников:

1. Карагусов Ф.С. Правовое положение коммерческих организаций по законодательству Республики Казахстан. - Алматы, 2012. - 333 с. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=37317517 (дата обращения: 26.06.2021).

2. Lloyd of Hampstead. Reform of the Law of Deramation//In.: Current Legal Problems. London, 1976. С. 187.

3. Михно Е.А. Проблема возмещения морального вреда. *Правоведение*. 1992. № 5. С. 89–94.
4. Гусалова А.Р. Порядок возмещения морального вреда, причиненного деловой репутации, по законодательству европейских государств. *Общество и право*. 2013. № 3 (45). С. 88–91.
5. Красавчикова Л.О. Рецензия на кн.: Малеева М.Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. Государство и право. 2002. № 11. С. 137–138.
6. Борисова В.І. Проблемні питання найменування юридичної особи. Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої пам'яті Василя Пилиповича Маслова «Актуальні проблеми цивільного, житлового та сімейного законодавства» 25 лютого 2011 р. Харків: Кроссроуд, 2011. С. 84–87.
7. Федюк Л. Прогрессивная концепция личных неимущественных прав юридических лиц. *Legea și viața : Publicație științifico-practică*. Chișinău. 2014, Noiembrie. С. 112–115. URL: <http://www.legeasiviata.in.ua/archive/2014/11-3/29.pdf> (дата обращения: 26.06.2021).
8. Ситдикова Л.Б. Личные неимущественные права автора: особенности их защиты. Вестник Московского городского педагогического университета. Серия: юридические науки. 2016. №3 (23). С. 84–87.
9. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907г.). М.: Фирма «СПАРК», 1995. 556с. Вступительная статья, Б.А. Суханов. С. 138.
10. Нестерова Е.В. Направления совершенствования правового регулирования ответственности за нарушение договора по законодательству Республики Казахстан на основе положений английского права и модельных правил европейского частного прав. Вестник Института законодательства РК. №2 (47) 2017. С. 78–85. - URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/napravleniya-sovershenstvovaniya-pravovogo-regulirovaniya-otvetstvennosti-za-narushenie-dogovora-po-zakonodatelstvu-respubliki/viewer> (дата обращения: 26.06.2021).
11. Михайлов В.С. Концепция фактической причинной связи и некоторые проблемы ее применения. Вестник гражданского права. 2018. № 3. С. 107. С. 103–161. DOI: 10.24031/1992-2043-2018-18-3-103-161.
12. Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательствах. М.: Юр. лит. 1950. С. 307. 418 с.
13. Сулейменов М.К. Нематериальные блага в системе объектов гражданских прав. Личные неимущественные права: проблемы теории и практики применения: сб. статей и иных материалов / Под ред. Р.А. Стефанчука. К: Юринком Интер, 2010. С. 136–137.
14. Сулейменов М. К. Неимущественные права в законодательстве Казахстана и других постсоветских стран. Неимущественные права: Материалы междунауч.-практ. конф. (в рамках ежегодных цивилистических чтений), посвященной 25-летию Гражданского кодекса Республики Казахстан (Алматы, 19-20 сентября 2019 г.) / Отв. ред. М.К. Сулейменов. – Алматы, 2020. С. 9–39.
15. Ниязова А.Н. Гражданско-правовое регулирование личных неимущественных отношений в Кыргызской Республике: автореф. дис. ... канд. наук: 12.00.03. Алматы, 1999. - 24 с.
16. Омарова А.Б. Гражданско-правовые проблемы института коммерческой тайны в Республике Казахстан: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Алматы, 2002. 18 с.
17. Омарова А.Б. Понятие и виды ответственности за нарушение коммерческой тайны. Вестник КазНУ. 2004. № 2 (30). С. 72–80.
18. Ильясова К.М. Понятие, правовая природа и защита деловой репутации по законодательству Республики Казахстан: некоторые актуальные вопросы. Вестник Института законодательства и правовой информации РК. №1 (59). 2020. С. 71–80 и др.
19. Алиханова Г.А. Личные неимущественные права в законодательстве Республики Казахстан. Неимущественные права: Материалы междунауч.-практ. конф. (в рамках ежегодных цивилистических чтений), посвященной 25-летию Гражданского кодекса

Ю.М. Жорнокуй

ПРОБЛЕМАТИКА ВЛИЯНИЯ АНГЛО-АМЕРИКАНСКИХ ПОДХОДОВ НА КОНСТРУКЦИЮ ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА В РОМАНО-ГЕРМАНСКОЙ ПРАВОВОЙ СЕМЬЕ

Правовая наука породила значительное количество теорий о правовой природе юридических лиц. При этом следует учитывать не только законодательство Украины, но и нормативные акты других стран, особенно интересно соотношение нормативных положений стран англосаксонской и романо-германской правовых семей, поскольку позволяет понять, каким образом формируются национальные подходы, в т. ч. под влиянием международных стандартов регулирования.

Институт юридического лица традиционно основан на внутрисубъективном регулировании, ибо в нем отражаются национальная специфика и традиции. Однако именно для сферы корпоративного управления в большей степени характерны процессы гармонизации правового регулирования.

Следует отметить существование значительного массива законодательных актов, однако их применение на практике вызывает сложности, а иногда вообще невозможно из-за их чрезвычайной запутанности и противоречивости. Отсутствует систематизация общих положений корпоративного законодательства, а нормы, формирующие институт юридического лица, требуют существенного пересмотра. При этом для стабильности гражданского оборота фундаментальные цивилистические понятия не могут подвергаться резким изменениям. Одно из таких основополагающих понятий – «юридическое лицо».

Особое внимание в контексте изучения обновления отдельных положений законодательства о юридических лицах следует уделить четкой регламентации понимания самой конструкции юридического лица, ее организационно-правовых форм, а также природы и сущности корпоративных отношений, которые могут иметь место в отдельных видах таких организаций. Как следствие, актуальной остается проблематика разрешения ряда вопросов.

1. О месте конструкции «корпорация» в системе юридических лиц

Множество вопросов, не имеющих единого знаменателя, возникает в отношении толкования и применения категории «корпорация» и понятия «корпоративные отношения» при отсутствии этих категорий в Гражданском кодексе (далее – ГК), оперирующего конструкцией «юридическое лицо».

Система законодательства, устанавливающего гражданско-правовое положение юридических лиц, напрямую зависит от содержания тех гражданских отношений, которые это законодательство регулирует. Научные цивилистические наработки должны основываться на национальной духовности и учитывать уровень правовой культуры в обществе. Как правильно отмечено, научная мысль стремится к усовершенствованию законодательства, формулируя конкретные предложения, являющиеся последствием тщательного осмысления реально существующей практической проблемы [1, с. 208–209].

Нет сомнения в том, что разработке любого закона, а в случае его отсутствия – и наиболее оптимальной судебной практики, должна предшествовать разработка соответствующей правовой доктрины с максимально полным обоснованием того или иного правового явления. Современное состояние дел не свидетельствует о том, что такая доктрина существует в отношении понятий «юридическое лицо» и «корпорация», характерных, соответственно, для романо-германской и англосаксонской правовых семей.

Так, от определения содержания и правовой природы корпоративных отношений зависит ответ на вопрос о том, какова же природа корпоративного права в целом, и какие нормативно-правовые акты составляют корпоративное законодательство. Считаем, что по своей природе корпоративные отношения являются гражданскими, и в предмете гражданско-правового регулирования занимают самостоятельное место [2, с. 17–25, 49, 216–218]. Утверждается, что корпоративные отношения – это не любые отношения сотрудничества, участия или членства, а лишь те из них, которые возникают в связи с созданием и деятельностью корпорации как отдельного субъекта права, отличающегося от своих членов (участников) [3, с. 124]. То есть имеет место связь этих правоотношений с конструкцией «корпорация». Однако не существует четкого ответа на вопрос о ее сущности, природе и месте среди участников гражданских правовых связей. Необходимость в специальном правовом регулировании таких отношений появляется именно потому, что создается признаваемое правом новое правосубъектное образование, принимающее от своего имени участие в гражданском обороте, наделяемое своими участниками обособленным имуществом и способное нести самостоятельную имущественную ответственность по своим обязательствам перед третьими лицами.

Широкое использование понятия «корпорация» в правовой реальности преимущественно означает не столько правовое, сколько социальное явление, ибо корпорация – это социальная организация, т. е. объединение индивидов в единое целое для совместного труда. Итак, кроме фиксации экономических и политических реалий разных эпох, понятие корпорации имеет высокий уровень социологичности, ибо отражает определенные формы связей людей, возникшие в процессе общественного производства. Источник социологического понимания корпорации следует усматривать в ее реальном существовании как формы социальной организации людей. Именно от корпораций началось формирование представления о юридическом лице. Определение юридического лица как объединения лиц длительное время сохраняло характер одного из наиболее существенных его признаков. И только в середине XX ст. наметился определенный отход от традиционного восприятия юридического лица как объединения [4, с. 24].

Указанные факты свидетельствуют об условном делении юридических лиц, с проекцией на современное развитие законодательства и доктрины, на корпорации и учреждения. Однако, например, в Украине законодательство такой классификации не знает, а юридические лица могут создаваться в форме обществ, учреждений и в других формах, установленных законом (ч. 1 ст. 83 ГК Украины). В свою очередь, общества делятся на предпринимательские и непредпринимательские: виды первых четко закреплены в ст. 84 ГК Украины (хозяйственные общества, производственные кооперативы, сельскохозяйственные кооперативы, сельскохозяйственные кооперативные объединения, действующие с целью получения прибыли); непредпринимательские – это общества, не имеющие целью получение прибыли для ее последующего распределения между участниками (ст. 85). Для сравнения: в ГК Республики Казахстан (далее – РК) закреплена классификация юридических лиц на коммерческие и некоммерческие, в основу которой положен критерий получения прибыли (ст. 34). В соответствии с ч. 2 этой статьи юридическое лицо, являющееся коммерческой организацией, может быть создано только в форме государственного предприятия, хозяйственного товарищества, акционерного общества (далее – АО), производственного кооператива. То есть законодатель в целях правовой экономии, по нашему мнению, правильно четко закрепил круг организационно-правовых форм юридических лиц, создаваемых с целью извлечения прибыли. Аналогичный подход выбран и в отношении некоммерческих организаций, которые могут создаваться в форме учреждения, общественного объединения, АО, потребительского кооператива, фонда, религиозного объединения, и в иной форме, предусмотренной законодательными актами (ч. 3 ст. 34 ГК РК). Но при всех позитивных аспектах нормативного регулирования организационно-правовых форм юридических лиц в РК, просматривается определенная алогичность в вопросе отнесения АО и к категории коммерческих и некоммерческих юридических лиц.

Возникает вопрос: где место корпорации в этой системе как отдельной организационно-

правовой формы юридического лица (если ее выделять), или это условное название для определения субъектного состава определенной группы гражданских отношений?

Если взять за основу деление юридических лиц на общества и учреждения, то некоторым правопорядкам (Великобритания, США) институт учреждения вообще не известен. В Великобритании для аналогичных целей используется институт доверительной собственности (*trust*) либо конструкция одночленной корпорации (*corporation sole*), противопоставляемой совокупности лиц (*corporation aggregate*). Вместе с тем, английские публичные корпорации (*corporation*), которые, будучи независимыми субъектами, выполняют функции экономического и социального характера от имени государства, по существу, являются именно учреждениями [5, с. 220]. Как видно, в странах англосаксонской правовой семьи непосредственно применяется категория «корпорация», с ее делением на *corporation sole* и *corporation aggregate*. Но свидетельствует ли это о целесообразности отдельного существования корпорации, параллельно с «обществом» и «учреждением», в рамках континентальных правовых реалий? Если в отношении учреждения особых вопросов не возникает, то в отношении места корпорации в контексте указанных положений гражданского законодательства, наоборот, существует множество неразрешенных вопросов.

Утверждается, что в зависимости от правовой системы, существуют отличия в употреблении исследуемой категории, а именно в англосаксонской правовой среде основными видами юридических лиц являются общества (*partnerships*) и компании (Великобритания) либо корпорации (США). Это дало возможность некоторым ученым считать, что «корпорация» и «компания» в американском и английском праве – синонимы юридического лица [6, с. 148, 150, 152; 7, с. 36]. Такой подход получил ряд критических замечаний из-за того, что, поскольку корпорация является АО по праву США, а компания – АО по праву Великобритании либо обществом с ограниченной ответственностью (далее – ООО) по праву США, то проблема их восприятия как юридических лиц усложнена тем, что в странах англосаксонской системы права партнерства (аналог полных и командитных обществ в Украине) не признаются юридическими лицами, как и большинство объединений и некоторые виды трастов.

Следует также отметить, что современное определение корпорации в США и Великобритании исходит из ее «*фиктивного*» характера: корпорацию называют искусственным образованием, юридической личностью ... представляющей обычное объединение многих индивидов [6, с. 17; 8, с. 15], создаваемое правом для признания юридически обособленным участником правоотношений [9, с. 28, 63].

Категория «корпорация» в европейских национальных правовых отношениях понимается по-разному. Так, в Швейцарии корпорациями называют один из двух основных типов юридических лиц вместе с учреждениями [6, с. 148]. В свою очередь, законодательство Франции о юридических лицах не содержит понятия «корпорация». Для характеристики предпринимательских корпораций существует термин «торговое общество», правовое положение которого определено второй книгой Торгового кодекса Франции [5, с. 210; 10, с. 144–346]. Так, во Франции и Германии в отношении всех аналогов украинских обществ применяется термин «общество», однако их правовой статус отличается (в Германии полные общества не имеют статуса юридического лица, а во Франции – имеют) [11, с. 55, 377].

В отличие от стран Европы и США, в большинстве государств постсоветского пространства термин «корпорация» на законодательном уровне не закреплён, а разработан исключительно доктриной. Например, можно сделать вывод, что в РК законодательство не содержит легального определения категории «корпорация», в то же время, использует понятие «юридическое лицо» (ст. 33 ГК РК). Однако в юридической литературе этой страны активно обсуждается вопрос о понятии корпорации, ее признаках, а также организационно-правовых формах юридических лиц, которые могут быть отнесены к «группе корпораций» [12; 13; 14].

Можно выделить несколько подходов к пониманию категории «корпорация»: 1) *это только хозяйственные организации, уставный капитал которых разделен на доли (акции)*

(АО, ООО); 2) это исключительно хозяйственные общества; 3) все юридические лица, основанные на отношениях членства (участия); 4) только предпринимательские юридические лица. Как следствие, термин «корпорация» является доктринальным, действующее же законодательство использует понятие «общество», которое, по своей сущности, максимально приближено к корпорации.

Проводя определенную параллель между корпорацией и обществом, отдельные ученые отмечают, что конститутивным признаком корпорации, *в отличие от учреждения*, является наличие членства. Участники (члены) корпорации объединяются для достижения общей цели, природа которой в разных корпорациях может существенно различаться. Если это экономическая цель, связанная с получением прибыли, то для ее реализации необходимо объединение капиталов участников (членов) организации, признаваемой коммерческой корпорацией. Целью деятельности некоммерческой корпорации является не получение прибыли, ее учреждение обусловлено, как правило, задачей удовлетворения нематериальных потребностей ее участников (членов), которые для достижения этой цели могут осуществлять в пользу корпорации имущественные взносы [15, с. 80]. Членство характеризует корпорацию как юридическое лицо, которое имеет членство и является объединением лиц либо объединением лиц и капитала [3, с. 227]. Как следствие: 1) учреждения и корпорации – это разные участники гражданских отношений; 2) корпорации, в зависимости от цели их создания, делятся на коммерческие и некоммерческие; 3) для корпорации характерной чертой являются условия членства в ней других физических и/либо юридических лиц.

Как видим, во-первых, стремясь втиснуть в существующую систему юридических лиц такую конструкцию как корпорация, отдельные специалисты ошибочно отождествляют категории «юридическое лицо» и «корпорация», относящиеся к разным правовым семьям; во-вторых, подчеркивается различие между корпорацией и учреждением, что подтверждает существование конструкции юридического лица как родового понятия в отношении этих категорий; в-третьих, если брать во внимание подход о существовании корпораций и учреждений как видов юридических лиц, то места такому правовому явлению как общество, в такой системе нет. Однако гражданское законодательство Украины исходит совсем из иного подхода, закрепляя в ГК понятие «общество» (ч. 2 ст. 83 ГК Украины).

С одной стороны, введение в юридический оборот категории «корпорация» не должно приводить к ревизии сложившегося в цивилистике понятия юридического лица и к созданию новой системы юридических лиц, среди которых предложено выделять юридические лица корпоративного типа. С другой стороны, законодатель не может не реагировать на те изменения, которые имеют место в организациях, прежде всего в АО, с точки зрения усложнения структуры управления, игнорировать появление в деловом обороте понятия «корпорация».

В принципе, деление юридических лиц на корпорации и учреждения может быть перенесено на современное гражданское право, ибо ему известны юридические лица с разными формами имущественной обособленности. Однако такая классификация не имела бы большого значения из-за чрезвычайно пестрого и разнопланового понятия о корпорации. Не могут и не должны корпорации одного лица принадлежать к той же категории, что и общественные объединения, а последние составлять одну группу с АО либо кооперативами, ибо такие организации очень разные по природе и, по существу, имеют между собой значительно меньше общего, чем это необходимо для создания единого для них родового понятия. По мнению В.А. Белова, классификация юридических лиц на корпорации и учреждения должна изучаться как продукт эволюции юридической мысли конкретного исторического периода [16, с. 161–162].

Следующая проблема понимания сущности и видов корпораций – признание характерной их чертой условия членства. Вряд ли можно согласиться с таким критерием, ибо членство не является единственным характерным признаком исключительно для корпораций в понимании их как обществ. Считаем, что членство характерно и для: 1) политических партий, в отношении которых Закон Украины «О политических партиях в Украине» закрепляет,

например, членство в политических партиях и его ограничения (ст. 6); 2) общественных объединений, которые, в соответствии с Законом Украины «Об общественных объединениях», построены на основе членства (например, ст. 8 «Члены (участники) общественного объединения») и т. д. Однако нынешняя судебная практика в отношении сущности корпораций и существующих в их рамках корпоративных отношений для понимания последних исходит именно из основ членства.

По нашему мнению, характерными признаками, устанавливающими специфику корпоративной организации в рамках конструкции юридического лица, являются: 1) деление уставного капитала на доли (акции), признаваемые формой фиксации корпоративных прав и 2) существование отношений участия в управлении такой организацией. Можно утверждать, что сущность участия в управлении корпорацией и членство в ней – фактически одно и то же явление. Основной критерий для корпорации – то, имеет ли место участие (членство), и, как следствие, участвуют ли в управлении юридическим лицом те, кто его создал (участники, члены). Уставный же капитал важен только как показатель для определения порядка управления – сколько голосов имеет участник.

Считаем, что понятие «юридическое лицо» более широкое, чем категория «корпорация», как следствие, каждая корпорация – это юридическое лицо, но не каждое юридическое лицо признается корпорацией. Одним из вариантов соблюдения традиций, известных романо-германской правовой семье, и продолжения использования конструкции юридического лица является целесообразность закрепления в ГК только существования корпоративных правоотношений в рамках *конкретных* организационно-правовых форм юридических лиц (например, предпринимательских обществ).

Наличие членских отношений в рамках корпоративных организаций не может быть единственным критерием построения корпоративных отношений в пределах каких-либо юридических лиц. Так, общественные организации также построены на условиях членства, в то же время их сложно назвать корпорациями, ибо у них нет даже уставного капитала. Членство не является тем единственным критерием, позволяющим выделять существование корпоративных связей в отношении корпоративных организаций. Такими критериями следует признавать участие в управлении корпорацией и деление уставного капитала на доли (акции). Это сразу позволит обособить от круга юридических лиц, в которых существуют корпоративные отношения, такую организационную форму, как учреждение.

Существующие в законодательстве пробелы относительно юридических лиц, наличие значительного количества нормативных актов, различных организационно-правовых форм непредпринимательских организаций все больше создают ощущение хаоса в правовом регулировании корпоративных отношений. Так, в Украине соответствующий хаос имеет четкое отражение и в правоприменительной практике, свидетельством чему служат правовые позиции Верховного Суда, в которых в скором времени практически не останется места юридическим лицам как участникам гражданских отношений, при условии, что современный вектор рассмотрения судебных дел будет поддержан и в будущем.

Такой вывод можно сделать исходя из того, что, например, в Украине, судебная практика последних лет признает существование корпоративных правоотношений в *обслуживающих кооперативах* [17; 18], *кредитных союзах* [19], *частных предприятиях* [20], и, не является стабильной к отношениям в *объединениях совладельцев многоквартирных домов* (далее – ОСМД), в одних случаях не признавая существование корпоративных отношений между такими совладельцами и самим ОСМД [21], а в других – наоборот, указывается, что неуведомленный совладелец дома лишен возможности владеть объективной информацией, что может препятствовать совладельцу дома осуществить его право на участие в управлении многоквартирным домом путем участия в соответствующем собрании, голосовании по вопросам повестки дня, подписания протокола собрания и т. д. [22], и другие случаи.

Однако судьи Большой палаты Верховного Суда по непонятным причинам почему-то не обращают внимания на такие признаки корпорации: 1) наличие сформированного уставного капитала, 2) разделенного на доли (акции), признаваемые объектом гражданского

оборота.

Например, в постановлении от 15.10.2020 по делу № 916/2303/19 коллегия судей Кассационного хозяйственного суда Верховного Суда акцентировала внимание на том, что участники ООО пользуются преимущественным правом *покупки доли* у другого участника общества при наличии у него намерения осуществить *отчуждение такой доли* именно путем заключения договора купли-продажи. В случае отступления участником общества своей доли иным способом, нежели продажа, а именно путем дарения, преимущественное право на ее приобретение у других участников общества не возникает, о чем обоснованно указали суды предыдущих инстанций [23].

Принятие же во внимание таких признаков существенно изменило бы судебную практику о наличии корпоративных отношений в отдельных организационно-правовых формах юридических лиц (например, в ОСМД, частных предприятиях и пр.). В ином случае, при условии дальнейшего, иногда необдуманного, распространения корпоративных отношений на какие-либо правовые связи в рамках юридических лиц, мы станем свидетелями потери самой конструкции юридического лица и замены ее на корпорацию.

Как следствие, какими бы позитивными мотивами не были обусловлены предложения цивилистов при разработке актов судебной власти и нормативно-правовых актов, они обречены на неудачу, если заимствованы из чужих правовых механизмов без ориентации на отечественные правовые традиции. Смежным с этим рассуждением является призыв к тщательному осмыслению поддержки введения в наш оборот тех правовых конструкций, которые возникли и даже позитивно зарекомендовали себя в других правовых системах.

В большинстве европейских стран (Германия, Франция и др.) существует закрытый перечень форм юридических лиц (*numerus clausus*), в пределах которого возможна свобода их выбора и определенная, как правило, ограниченная законом, свобода внесения изменений в их типовую структуру [5, с. 224]. Это означает, что учредители вправе выбрать только правовую форму, прямо разрешенную законом. Определенность организационной формы защищает стабильность и прогнозируемость торгового оборота, а также интересы потенциальных контрагентов юридического лица.

В современном украинском законодательстве присутствует несогласованное смешение континентального и англо-американского подходов к регулированию корпоративных отношений. В отечественный правопорядок, традиционно относящийся к континентальной системе права, активно внедряются принципы, присущие англосаксонской правовой семье, в основном, заимствованные из американского права. При этом, как отмечено в правовой литературе, иностранные правовые конструкции вовсе не учитывают существующую систему правового регулирования корпоративных отношений, характерную для континентального права, что приводит к фрагментарности, противоречивости и непоследовательности правовых норм и может вызвать нарушение прав и охраняемых законом интересов всех участников корпоративных отношений [24, с. 12].

Целесообразно построить систему законодательства о юридических лицах, основываясь на двухуровневой модели, предусматривающей развитие общих положений ГК о юридических лицах в специальном законодательстве о каждой их организационно-правовой форме, перечень которых должен быть исчерпывающим. При этом следует во время соответствующего построения учитывать классификацию юридических лиц на организации с корпоративным и унитарным устройством.

Как следствие, необходимо избавиться от обычного бессистемного заимствования тех конструкций иностранного права, которые коренным образом размывают представление о юридическом лице (в понимании континентального законодательства и правовой доктрины) и вносят хаос в существующую систему законодательства. Это касается признания корпорациями неправосубъектных объединений [25, с. 13–17].

Считаем дискуссионным мнение о том, что корпоративными следует признавать отношения, связанные с управлением какими-либо юридическими лицами (а не только корпоративными организациями), в т. ч., связанные с участием в юридических лицах

корпоративного типа (отношения участия либо членства в юридическом лице) [3, с. 137–138]. Если взять критерием классификации юридических лиц их внутреннее строение (корпоративные и унитарные), то только в этом случае мы сможем говорить о возможности существования правовых связей в рамках конкретного юридического лица. При таких обстоятельствах у нас не будет необходимости вводить в действующее законодательство конструкцию корпорации. Достаточно будет указать, что корпоративные отношения возникают в рамках конкретных организационно-правовых форм юридических лиц (например, предпринимательских обществ) и дать определение корпоративных отношений. Это предоставит возможность систематизировать судебную практику и вывести ее из хаоса судебных решений, в соответствии с которыми в ближайшем будущем мы сможем «увидеть» корпоративные отношения и в политических партиях, и в религиозных организациях и пр., т. е. в организациях, построенных на принципах членства.

2. Влияние конструкции фидуциарных правоотношений на сущность юридического лица

В последнее время в периодической литературе активно обсуждаются проблемы фидуциарных правоотношений (здесь обращается внимание, что термины «доверительный» и «фидуциарный» этимологически являются полными синонимами, которые следует употреблять в одинаковом значении [26, с. 240]). Достаточно размытое понимание этой конструкции провоцирует существование значительного количества вопросов, которые, к сожалению, не вызывают широкого доктринального обсуждения ее сущности, правовой природы и, что очень важно, целесообразности использования в рамках частноправовых отношений. Одной из таких групп правовых связей являются корпоративные отношения, среди которых особый интерес представляет возможность привлечения к ответственности лиц, контролирующих деятельность юридического лица.

Следует согласиться, что мотивация передачи имущества в доверительное управление может быть разной, но задача законодателя состоит в надлежащей регламентации условий оформления отношений доверительного управления имуществом, определение статуса их участников и урегулирование динамики этих отношений [27, с. 701–722].

Обращаясь к вопросу об определении фидуциарных отношений, следует отметить, что отсутствует их общепринятое понимание. В общем фидуциарные (доверительные) правоотношения толкуют как правоотношения, содержание которых состоит в наделении одним субъектом *другого субъекта* (выделено мной. – Ю.Ж.) возможностями по осуществлению своего права, с тем, чтобы последний осуществлял такое право в отношениях с третьими лицами в интересах первого, так, как он действовал бы, осуществляя его в собственных интересах [28, с. 23–29; 29, с. 151–153]. Практическое значение такой схемы усматривается в двух аспектах: *управление переданными активами и обеспечение интересов сторон* [30, с. 572–574].

В то же время, современное гражданское законодательство и доктрина не признают органы юридического лица самостоятельным участником гражданских правоотношений. Из указанного определения производным является то, что соответствующие правовые связи возникают между *двумя субъектами*. Это порождает больше вопросов, чем дает ответов в контексте применения конструкции «фидуциарные отношения» к отношениям в рамках отдельных организационно-правовых форм юридических лиц.

В сущности, доверительное управление может быть обусловлено различными частными экономическими интересами, но все эти интересы являются действительными интересами, а средством их реализации является то, что определенное имущество в силу договора передается доверительному управляющему в управление, и такой доверительный управляющий получает определенные правомочия в отношении данного доверенного имущества [27, с. 701–722]. Как видим, в отличие от законодательства Украины, проблематика отношений доверительной собственности (трастовых отношений) в РК ограничивается

вопросом о правовой природе договора доверительного управления имуществом (ст. 883–895 ГК РК).

Сложным остается вопрос определения источника фидуциарных обязанностей в корпоративном праве. В Великобритании, учитывая тесную связь между правом компаний и правом доверительной собственности, можно предположить, что такие обязанности в корпоративном праве, как и в праве доверительной собственности, являются результатом юридической эволюции и своего рода требованиями самой правовой системы [31]. Для сравнения: например, для законодательства Украины такое объяснение оснований возникновения фидуциарных обязанностей является безосновательным. Перечень оснований возникновения гражданских прав и обязанностей содержится в ст. 11 ГК Украины, однако в контексте фидуциарных отношений выделить из этого перечня единственно правильный вариант очень сложно.

Гражданское законодательство Украины закрепило за исполнительным органом (директором) некоторые обязанности, традиционно характеризующие и фидуциарные отношения, а именно: а) осуществляет управление текущей деятельностью общества (ч. 1 ст. 161 ГК Украины, ч. 1 ст. 58 Закона Украины «Об акционерных обществах», ч. 1 ст. 39 Закона Украины «Об обществах с ограниченной и дополнительной ответственностью», ст. 16 Закона Украины «О кооперации»); б) действует в интересах юридического лица добросовестно и разумно, и не превышает своих полномочий (ч. 3 ст. 92 ГК Украины).

Для лиц, составляющих органы юридического лица, такая разумность и добросовестность обуславливают выработку оптимальных решений в рамках управления с учетом обычного предпринимательского риска. Отсюда противоправность поведения таких лиц состоит в осуществлении ими действий (бездействиями), нарушающих обязанности действовать в интересах организации разумно и добросовестно [32, с. 27], т. е. основанием гражданско-правовой ответственности менеджеров общества является противоправное поведение (действие либо бездействие).

Отметим, что в соответствии с правовой доктриной общего права все директора в отношении компании выполняют фидуциарные (доверительные) обязанности, схожие с обязанностями доверительного управляющего. Тем не менее, статусы директора и доверительного управляющего отличаются, поскольку действия директора признаются действиями самого юридического лица. Его целью не является обеспечение полной сохранности имущества и уменьшение рисков, он должен обеспечить предпринимательскую деятельность компании, которая признается рискованной [33, с. 313].

Необходимость во время осуществления действий руководствоваться интересами общества и соблюдать разумность и добросовестность предусмотрена многими развитыми правовыми порядками [32, с. 28; 34, с. 74–162]. Содержательно такие обязанности имеют общие черты с обязанностями лояльности (*duty of loyalty*; в Германии применяется термин *treupflicht*, во Франции – *devoir de loyauté et de fidélité* [35]) и необходимой степени заботливости (*duty of care*; в Германии применяется термин *sorgfaltspflicht*, во Франции – *devoir de diligence et conseil* [36]), выработанными в странах общего права. Мировая практика свидетельствует, что в одних странах категории «разумность» и «добросовестность» законодательству неизвестны (например, Германия, Франция, Канада), в других – соответствующий категориальный аппарат используется судебной практикой и закреплен в нормативных актах, но под названием «лояльности» и «заботливости» (например Великобритания, США).

[В немецком праве закреплена обязанность директора действовать старательно, при ее выполнении § 93 Закона об акционерных обществах Германии (AktG) применяет понятие внимательности во время определения обязанности заботливости и ответственности: «при осуществлении деятельности члены правления проявляют старательность внимательного и сознательного управляющего». Там же содержится перечень конкретных случаев, когда члены правления могут нести ответственность (например, в случае утверждения ими незаконной выплаты дивидендов).

Во французском корпоративном праве не сказано, что следует понимать под необходимым поведением директоров. Вместо этого в нем определены возможные способы нарушения закона, за которые директора отвечают.

Требование о разумности поступков директоров в канадском законодательстве не содержится. В отношении обязанности «действовать честно и добросовестно» закон не дает определения понятия добросовестности (§ 122 Закона о коммерческой компании Канады (Canadian Business Corporation Act), § 134 Закона о коммерческой компании провинции Онтарио (Ontario Business Corporation Act)).

В Великобритании фидуциарные обязанности директоров выработаны судебной практикой и закреплены в Законе о компаниях (2006 г.). При этом «заботливость» содержит требование о разумной внимательности, а «соблюдение лояльности» – обязанность действовать добросовестно. Понятие «добросовестность» в английском праве не определено, но по общему правилу существует презумпция добросовестности директоров.

Американское корпоративное право считает директора доверенным лицом компании, обязанным проявлять необходимую степень заботливости и осмотрительности в процессе исполнения своих функций. В случае нарушения директорами своих обязанностей как доверенных лиц они могут быть привлечены к ответственности за убытки, причиненные корпорации, по иску самой корпорации либо ее акционеров.]

Кроме того, современное понимание гражданско-правовой ответственности раскрывается через понятие осмотрительности и заботливости (а не через субъективную оценку лицом своего поведения), что этимологически и функционально близко к добросовестности и разумности [26, с. 241]. Необходимость использования таких оценочных понятий как «разумность» и «добросовестность» при характеристике обязанностей должностных лиц корпораций объясняется отсутствием в гражданском праве стран романо-германской семьи права выработанной доктрины фидуциарных отношений в рамках корпоративных правовых связей. То есть разумность и добросовестность поведения признаются основными критериями правомерности поведения лица. Если решения членов органов привели к убыткам, но при этом такие лица действовали разумно и добросовестно, они не могут привлекаться к ответственности, невзирая на убытки корпорации.

Считаем, что необходимо учесть различную специфику применения принципа добросовестности и фидуциарных правил, поскольку: 1) добросовестность первично предусматривается в «обычных» гражданских правоотношениях, а в фидуциарных – ее необходимо дополнительно определять (в законе либо договоре); 2) имеют место разные стандарты поведения участников правоотношений, как следствие, нет никакой необходимости устанавливать новые правила, характерные для фидуциарных отношений во всех гражданских правоотношениях.

В гражданском законодательстве стран романо-германской правовой семьи закреплена презумпция невиновности, в соответствии с которой действия участников гражданских отношений первично являются добросовестными и разумными. Поэтому, заявляя требования о привлечении членов органов корпорации к ответственности, истец должен опровергнуть эту презумпцию, указав на обстоятельства, свидетельствующие о недобросовестности и (либо) неразумности их действий (бездеятельности), вызвавших неблагоприятные последствия для юридического лица. В зарубежных правовых порядках соответствующая идея была реализована в концепции *business judgment rule* (США) [37, с. 372].

Конструкция корпорации как предпринимательской организации вызывает построение ее ответственности в гражданском обороте на рискованной основе, в то время как ответственность

членов органов перед обществом – на основе вины [38, с. 211]. Традиционным для гражданского права стало определение вины через категорию неприятия правонарушителем всех возможных мер по предупреждению неблагоприятных последствий своего поведения, необходимых при той степени заботливости и осмотрительности, которая требовалась от него по характеру возложенных обязанностей и конкретных условий оборота. В использованной конструкции ответственности членов органов корпорации вина может быть выражена как в форме умысла, так и в форме неосторожности. Например, в США форма вины в виде умысла и грубой неосторожности напрямую зависит от неисполнения той либо иной фидуциарной обязанности. Так, если поведение директора мотивировано фактическим намерением причинить вред (умысел), то речь идет о нарушении обязанности лояльности (*duty of loyalty*). Грубая неосторожность выражается в необдуманном и безрассудном отношении к своим обязанностям (*duty of care*) [38, с. 210, 213–214].

Фактически, обязанности лиц, составляющих органы юридического лица, можно разделить на две группы: 1) внутренние корпоративные обязанности, связанные с добросовестным и разумным управлением обществом либо выполнением других обязанностей, связанных с внутренней организацией его функционирования, в пределах их полномочий; 2) внешние корпоративные обязанности, связанные с участием в гражданском обороте от имени юридического лица, приобретением для него гражданских прав и обязанностей в пределах полномочий, предоставленных законодательством либо учредительным документом. Отсюда, гражданско-правовая ответственность таких лиц может возникать или за невыполнение (ненадлежащее выполнение) внутренних корпоративных обязанностей либо внешних корпоративных («представительских») обязанностей, либо одновременно и за первые, и за вторые. Интересно то, что в каждом из этих случаев основания возникновения ответственности будут разными, поскольку разным будет содержание противоправного поведения (нарушение соответствующих обязанностей).

При этом ответственность членов органов общества, по мнению О.В. Гутникова, является корпоративной, и отличается как от деликтной, так и от договорной. Основанием такой ответственности является нарушение установленных законом и учредительным документом организации корпоративных обязанностей членов органов юридического лица, важнейшей из которых признается обязанность действовать в интересах такого лица добросовестно и разумно, что вызвало возникновение убытков. Лица, перед которыми члены органов юридического лица несут корпоративную ответственность, не ограничены стороной договора (как это бывает при договорной ответственности). Право предъявлять к этим лицам требования о возмещении убытков предоставляется не только юридическому лицу, но и его участникам, а в некоторых случаях – также кредиторам организации (например, при банкротстве юридического лица, по причине умышленных действий членов органов управления; в США такая ответственность наступает в случае совершения управляющими незаконных действий, вызвавших неплатежеспособность корпорации, а менеджеры отвечают перед кредиторами корпорации за нарушение своих обязанностей как доверенных лиц корпорации [39, с. 397]). Кроме того, в отличие от договорной, корпоративная ответственность установлена императивно и не может изменяться по договоренности сторон [3, с. 302–303]. На особый характер ответственности членов органов общества, не являющейся ни договорной, ни деликтной, уже обращалось внимание в литературе [40, с. 134–162].

Указанное позволяет утверждать, что наделение членов органов корпорации фидуциарными обязанностями максимально приближает понимание юридического лица как фикции. То есть, если признать, что между органом юридического лица и самой организацией существуют фидуциарные отношения, то имеем следующее: 1) утрачивается конструкция юридического лица в том понимании, которое мы в нее вкладываем сейчас (юридическое лицо превращается в систему контрактов, в основе которой доверительные отношения); 2) такие отношения могут возникать исключительно в рамках предпринимательских обществ (ст. 85 ГК Украины), что обусловлено осуществлением рискованной деятельности с целью получения прибыли (при этом такая деятельность, как правило, осуществляется не самими участниками

юридического лица, а менеджерами (наемными лицами), которые, осуществляя рисковую деятельность, фактически не рискуют собственным имуществом либо иными материальными ценностями, принадлежащими им, используя для корпоративного управления имущество, находящееся в собственности предпринимательского общества; 3) в корне следует пересмотреть подходы к пониманию ответственности органов юридического лица, поскольку речь идет не о корпоративных отношениях, а о личных доверительных отношениях, в которых на должностных лиц юридического лица может возлагаться дополнительная (субсидиарная) ответственность, что изменяет сущность положений ст. 96 ГК Украины.

Ответственность членов органов юридического лица основана на добросовестности и разумности их действий, что существенно отличает ее от ответственности должника по обязательствам, основу которой составляет презумпция виновности в причинении убытков кредитору.

Список использованных источников:

1. Спасибо-Фатеева І.В. Міркування про українську цивілістику. *Спогади про Людину, Вченого, Науковця (до 60-річчя від Дня народження професора Ірини Володимирівни Жилінкової)* / за заг. ред. Р. О. Стефанчука. Харків: Право, 2019. С. 206–218.
2. Корпоративні правовідносини: монографія / Ю.М. Жорнокуй, С.О. Сліпченко, В.Г. Жорнокуй. - Харків: ЕКУС, 2021. - 248 с.
3. Юридические лица в российском гражданском праве: монография. В 3-х т. Т. 1. Общие положения о юридических лицах / А.В. Габов, О.В. Гутников, Н.Г. Доронина и др.; отв. ред. А.В. Габов, О.В. Гутников, С.А. Синицын. Москва: Ин-т законодат. и сравнит. правовед. при Правительстве РФ: ИНФРА-М. 2015. - 384 с.
4. Кравчук В.М. Корпоративне право. Науково-практичний коментар законодавства та судової практики. - Київ: Істина, 2005. - 720 с.
5. Козлова Н.В. Понятие и сущность юридического лица. Очерк истории и теории: учебное пособие. - Москва: Статут, 2003. - 318 с.
6. Корпоративное право: учебник для юридических вузов / В.В. Гущин, Ю.О. Порошкина, Е.Б. Сердюк. - Москва: Эксмо, 2006. - 640 с.
7. Прилуцький Р.Б. Основні теорії юридичної особи та їх вплив на розвиток організаційних форм суб'єктів господарювання. *Юридична наука*. - 2013. - № 3. - С. 35–49.
8. Clark R. Corporate Law (Textbook Treatise Series). 2nd Edition. Aspen Publishers, Inc., 1986. 837 p.
9. Кибенко Е.Р. Корпоративное право Великобритании. Законодательство. Прецеденты. Комментарии. - Киев: Юстиниан, 2003. - 386 с.
10. Коммерческий кодекс Франции / Предисл., пер. с фр., доп., словарь-справочник и коммент. В.Н. Захватаева. - Москва: Волтерс Клувер, 2008. - 1269 с.
11. Лукач І.В. Теоретичні проблеми правового регулювання корпоративних відносин в Україні: монографія. - Київ: Видавництво Ліра-К, 2015. - 432 с.
12. Карагусов Ф.С. Основы корпоративного (акционерного) законодательства Республики Казахстан: Учебное пособие. 3-е изд-е, доп. - Алматы: Каспийский общественный университет, 2020. - 205 с.
13. Карагусов Ф.С. Основы корпоративного права и корпоративное законодательство Республики Казахстан. Издание второе, дополненное. - Алматы: Бастау, 2011. - 368 с.
14. Климин С.И. Корпорации и корпоративное право в Казахстане: Что включают в себя эти понятия? *Юрист*. - 2011. - № 7. - С. 53–55.
15. Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. - Москва: Статут, 2008. - 511 с.
16. Белов В.А. Гражданское право. Общая часть. Т. II. Лица, блага, факты: учебник. - Москва: Изд-во Юрайт, 2011. - 1093 с.

17. Постановление Верховного Суда в составе коллегии судей Кассационного хозяйственного суда от 03.03.2020 по делу № 922/756/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87996123> (дата обращения: 18.04.2020).

18. Постановление Большой Палаты Верховного Суда от 17.12.2019 по делу № 904/4887/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86566266> (дата обращения: 03.04.2020).

19. Постановление Большой Палаты Верховного Суда от 22.09.2020 по делу № 338/667/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92270696> (дата обращения: 06.02.2021).

20. Постановление Верховного Суда в составе коллегии судей Кассационного хозяйственного суда от 06.03.2018 р. по делу № 907/167/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72645204> (дата обращения: 16.03.2021).

21. Постановление Верховного Суда в составе коллегии судей Кассационного хозяйственного суда от 23.01.2018 р. по делу № 925/1321/16. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/71829024> (дата обращения: 23.01.2021).

22. Постановление Верховного Суда в составе коллегии судей Кассационного хозяйственного суда от 15.10.2020 по делу № 922/2575/19. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/92228692> (дата обращения: 20.01.2021).

23. Постановление Верховного Суда в составе коллегии судей Кассационного хозяйственного суда от 15.10.2020 по делу № 916/2303/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92252443> (дата обращения: 01.03.2021).

24. Суханов Е.А. Предпринимательские корпорации в новой редакции Гражданского кодекса Российской Федерации. *Журнал российского права*. - 2015. - № 1. - С. 5–13.

25. Жорнокуй Ю.М. «Корпорация»: сучасний стан законодавства в Україні та Європейському Союзі. *Підприємництво, господарство і право*. - 2018. - № 1. - С. 13–17.

26. Буркова Л.Н. К вопросу о фидуциарном (доверительном) характере гражданских правоотношений. *Вестник Адыгейского государственного университета*. 2011. № 2. С. 237–243.

27. Карагусов Ф.С. Некоторые вопросы управления имуществом по законодательству Республики Казахстан (с учетом особенностей денег и ценных бумаг). *Гражданское законодательство: Статьи. Комментарии. Практика. Избранное*. Под ред. А.Г. Диденко / Алматы: Раритет, Институт правовых исследований и анализа, 2008. Т. 2. С. 701–722.

28. Агламазова В.В. Концепция фидуциарных правоотношений и возможность ее применения в корпоративном праве России. *Предпринимательское право*. Приложение. - 2012. - № 1. - С. 23–29.

29. Колиева А.Э., Бицова Л. Ф. Структура фидуциарных правоотношений в гражданском праве. *Международный научно-исследовательский журнал*. - 2016. - № 4. Часть 7. - С. 151–153.

30. Hartkamp A.S., Hesselink M.W., Hondius E.H., Joustra C.A. Towards a European Civil Code. 2nd rev. and expanded ed. / Nijmegen. The Hague: Ars Aequi Libri/ Kluwer Law International. The Hague/London/Boston, 1998. 652 p.

31. Григорьев К.М., Хаваяшхов А.А. Фидуциарные обязанности в российском и английском праве. *Акционерное общество: вопросы корпоративного управления*. 2015. - № 1. https://gaar.ru/articles/Fidutsiarnye_obyazannosti_v_rossiyskom_i_angliyskom_prave/ (дата звернения: 20.10.2020).

32. Жорнокуй В.Г. Розумність та добросовісність: світова практика застосування категорій щодо відповідальності членів органів акціонерного товариства за його борги. *Підприємництво, господарство і право*. - 2019. - № 2. - С. 24–29.

33. Sealy L., Worthington S. *Cases and Materials in Company Law*. Oxford University Press; 8th Revised edition, 2008. 724 p.

34. Gerner-Beuerle C., Paech Ph. and Schuster E. Ph. *Study on Directors' Duties and Liability*. London, 2013. 427 p.

35. Gelter M., HELLERINGER G. Fiduciary Principles in European Civil Law Systems. Oxford Handbook of Fiduciary Law. 2018. 1032 p. URL: <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780190634100.001.0001/oxfordhb-9780190634100-e-32#oxfordhb-9780190634100-e-32-div2-249> (дата обращения: 16.10.2020).

36. Tamar Frankel. The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law. Definition of «fiduciary duties». URL: <https://cyber.harvard.edu/trusting/unit5all.html> (дата обращения 19.09.2019).

37. Cahn A., Donald D.C. Comparative Company Law: Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA. Cambridge University Press, 2010. 956 p.

38. Федосеев С.В. Ответственность членов совета директоров акционерных обществ. *Корпоративное право: актуальные проблемы* / Под ред. Д. В. Ломакина. Москва: Инфотропик Медиа, 2015. С. 193–216.

39. Козлова Н.В. Правосубъектность юридического лица. - Москва: Статут, 2005. - 476 с.

40. Гришина И.І. Цивільно-правова відповідальність учасників акціонерних правовідносин: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Харків. нац. ун-т імені В.Н. Каразіна, 2015. - 194 с.

*С.Р. Ермухаметова,
С.Т. Тыныбеков*

ЗАНДЫ ТҰЛҒАНЫҢ ҚАЙТА ҚҰРЫЛУЫНЫҢ КЕЙБІР МӘСЕЛЕЛЕРІ

Бүгінгі таңда Қазақстанда қалыптасқан дағдарыстық жағдайда нақты және тиімді шараларды қолдану арқылы еңсеру мәселесі отандық коммерциялық ұйымдардың алдында бұрынғыдан да өткір тұр. Кәсіпорындағы дағдарыс жағдайынан шығу үшін тиімді технологияларды іздеу, меншікті қайта құрылымдаудың заманауи әдістерін игеру қажеттілігі туындайды. Қазіргі кездегі әлемді жайлаған індет, коронавирус мәселесі қоғамның қай саласына болмасын өзінің теріс әсерін тигізіп тұрғаны баршаға мәлім. Бұл жағдай азаматтық айналым қатысушыларының қызметін жаңаша ұйымдастыруды қажет етті. Азаматтық айналымның негізгі қатысушылары ретінде заңды тұлғалар қызметінің қалыпты жүзеге асырылуы немесе карантин жағдайына қарай қайта құруларды жүзеге асыруды қажет етті. Әрине заңды тұлғаларды қайта құру мәселесі бүгін ғана туындап отырған жоқ. Заңды тұлғалар нарықтық қатынастардың негізгі және белсенді қатысушылары бола отырып, жаңа материалдық және рухани құндылықтарды белсенді түрде жасайды. Олардың тиімділігі бүкіл елдің экономикалық дамуына ғана емес, азаматтың өмір сүру сапасына да байланысты.

Коммерциялық ұйымдарды қайта құру бүкіл мемлекеттің экономикалық өмірінде маңызды рөл атқарады. Коммерциялық ұйымдарды қайта құру айтарлықтай прагматикалық мағынаға ие және сол мақсатта қолданылады. Ол кең ауқымды адамдардың мүдделері мен құқықтарына әсер етеді. Қазіргі таңда кез-келген адам коммерциялық ұйымдарды қайта құру процесінде пайда болатын мәселелермен кездесуге мүмкіндігі бар. Құқық саласында білімі жоқ қарапайым азамат үшін қайта құру сияқты процесті шарлау қиын және көбінесе оның заңды мүдделері мен құқықтары бұзылады.

Қазақстан Республикасының азаматтық кодексінің 45-бабына сәйкес, заңды тұлғаны қайта ұйымдастыру (біріктіру, қосу, бөлу, бөліп шығару, қайта құру) оның мүлкінің меншік иесінің немесе меншік иесі уәкілеттік берген органның, құрылтайшылардың (қатысушылардың), сондай-ақ заңды тұлғаның құрылтай құжаттарында уәкілеттік берілген органның шешімі бойынша не Қазақстан Республикасының заңнамалық актілерінде көзделген жағдайларда сот органдарының шешімі бойынша жүргізіледі. Қазақстан Республикасының заңнамасында қайта ұйымдастырудың басқа да нысандары көзделуі мүмкін [1].

Заңды тұлғаны қайта ұйымдастыру қазіргі азаматтық құқық тәртібінде коммерциялық ұйымдардың бірігу және қосылу нысанындағы қайта құру институтын жетілдіру мақсатында

коммерциялық ұйымдар туралы және олардың қайта құру заңнамасын сыни талдау қажеттілігі әрине кезек күттірмейтін мәселе.

Жоғарыда атап өткеніміздей қайта ұйымдастырудың бірнеше түрлері бар. Соның ішінде біріктіру мен қосылу түрлерінің алдыңғы қатарда тұруы да осы институттардың мәнін зерттеу оны жүзеге асыру процесінде құқықтық, салықтық және жалпы тәуекелдердің ықтималдығын бағалау үшін, сондай-ақ қайта құру мәміле болып табылады ма деген сұраққа жауап беру үшін қажет. Қосылу мен бірігу арқылы коммерциялық ұйымдар шаруашылық субъектілерінің құрылымын және салық салуды оңтайландыру; негізгі активтері бар жұмысқа қабілетті құрылымды бөлу, борыштарды ескі ұйымда қалдыру; нарықта табысты жұмыс істей алатын құрылым құру мақсатында тиімділігі төмен коммерциялық ұйымдарды жою мақсатын көздейді.

Занды тұлғаны біріктіру мен қосылу нысанында қайта құру күрделі тәсіл. Занды тұлғаларды қайта құрудың құқықтық институты Қазақстан заңнамасы жүйесінде салыстырмалы түрде жаңа болып табылады. Қайта құру институтын заңнамалық жобалаудың алғышарттары капиталистік қатынастардың дамуының белгілі бір кезеңінде, «капитал мен өндірістің шоғырлануының жалпы тенденциясы, өндірістің жекелеген сатыларының үйлесуі және нарықтағы монополиялық жағдайға ұмтылу» орныққан кезде пайда болды. Жалпы Азаматтық кодексте қарастырылған заңды тұлғаны қайта ұйымдастыру түрлеріне қатысты терминдердің анықтамалары өте құрғақ, қысқа және процестердің тек заңды аспектісін, атап айтқанда ұйымдық-құқықтық нысанының өзгеруін ашатындығын атап өтеміз. Сондай-ақ, қолданыстағы заңнама қайта ұйымдастырылатын коммерциялық ұйымдардың міндеттемелерін жаңадан құрылған субъектілерге беруге назар аударады.

Азаматтық құқық аясында «қайта құру», «біріктіру», «қосылу» анықтамаларына ұлттық заңнама түсініктеме бермейді, дегенмен, оның жалпы мәні, заңнамада келтірілген рәсім осы процестерді бір-бірімен біріктіріп, кейбір коммерциялық ұйымдарды қайта ұйымдастыру және тарату мақсатын көздейді.

Сондықтан қайта ұйымдастыру, бір жағынан, коммерциялық ұйымдардың қайта құрылуына балама нұсқа, екінші жағынан - бір немесе бірнеше коммерциялық ұйымдарды тарату нұсқаларының бірі ретінде қарастырылып кетеді.

Коммерциялық ұйымдар туралы заңнаманың нормаларын пайдалану практикасы құқықтанушыларды мирасқорлар арасында қайта құрылатын тұлғаның мүлкін (құқықтары мен міндеттерін) бөлу ерекшелігі мен тәртібінің; қайта құрылып жатқан субъектінің кредиторларының, қатысушыларының және қызметкерлерінің мүдделерін қорғаудағы; біріктіру мен қосылу туралы келісімшарттарды жасасуда және оны орындауда, заңды тұлғаны қайта ұйымдастыру езінде пайда болатын залалдар мәселесі, заңды тұлғаның қайта құрылуы туралы шешімнің заңсыздығынан туындайтын мәселелер, заңды тұлғаларды қайта құрылуына байланысты міндеттемелердің мерзімінен бұрын тоқтатылуы немесе өзгертілу мәселелері бүгінгі күні құқықтық зерттеу аясында тұрған негізгі мәселелер.

Әрине, бұл заңдылық, себебі дамып келе жатқан экономикалық қатынастардың негізінде белгілі бір азаматтық-құқықтық институттар қалыптасады, бұл сөзсіз қайта ұйымдастырудың құқықтық құбылысының болуын ғылыми негіздеу және оның азаматтық айналымдағы маңыздылығын түсіну қажеттілігіне әкеледі. Қазіргі экономикалық дамуды сандық даму кезеңі дей келе, шаруашылық жүргізуші субъект сыртқы ортаның өзгеруіне жауап ретінде коммерциялық ұйымды қайта құру қажеттілігіне тап болатындығын тәжірибе көрсетіп отыр және көп жағдайда бұл заңды тұлғалардың дамуының негізгі бағыты, жолы десек те болады.

Азаматтық құқықтың негізгі институттарының бірі бола отырып, заңды тұлғаның қызметін қайта ұйымдастыру институты азаматтық-құқықтық қатынастар субъектілерінің кәсіпкерлік бостандығына, бірлескен экономикалық қызмет үшін адамдар мен мүліктерді біріктіруге құқығын қамтамасыз етуге арналған міндеттерді, құқықтарды және корпоративтік құқықтармен байланысты құқықтар мен міндеттердің өзгеруімен байланысты.

Әрине азаматтық айналым субъектілерінің белсенділігі әр кезде бірдей немесе жоғары болмайды, өзгеріп отырады, сол кезде ресурстарды қайта бөлу, заңды тұлғаларды қайта

құрылымдау үшін қайта ұйымдастыру рәсімін неғұрлым тиімді пайдалануға мүмкіндік беретін немесе коммерциялық ұйымды «жандандыруға» әсер ететін бұл заңды тұлғаны қайта ұйымдастыру.

Біз әрине заңды тұлғаның қызметін қайта ұйымдастыру тек субъектілердің шаруашылық қызметінде тек жағымды әсер, салдар немесе олардың қалыпты қызмет етуіне ықпал етіп қана қоймай, кей жағдайда бұл үрдістерді жүзеге асыру кезінде заңды тұлғаларды қайта ұйымдастыруды заңсыз мақсаттарда қолдану орын алатындығын және оның құқықтардың бұзылуына, банктік несиелеу жүйесіне де әсер ететінін көреміз.

Заңды тұлғаның қайта ұйымдастыру оның мүлкінің меншік иесінің немесе меншік иесі уәкілеттік берген органның, құрылтайшылардың (қатысушылардың), сондай-ақ заңды тұлғаның құрылтай құжаттарында уәкілеттік берілген органның шешімі бойынша не Қазақстан Республикасының заңнамалық актілерінде көзделген жағдайларда сот органдарының шешімі бойынша жүргізіледі. Заңды тұлғаны қайта ұйымдастыру түрлері ретінде заңмен бекітілген біріктіру, қосу, бөлу, бөліп шығару, қайта құру ерекшеліктері рәсімделу, мүлктің өту тәртіптеріне байланысты. Екі немес одан да көп заңды тұлғалардың тоқтатылуы негізінде тіркелуі қажет бір заңды тұлға пайда болады. Заңды тұлғаларды қосқан кезде олардың әрқайсысының құқықтары мен міндеттері өткізу құжатына сәйкес жаңадан пайда болған заңды тұлғаға ауысады. Заңды тұлғаны екінші бір заңды тұлғаға біріктірген кезде біріктірілген заңды тұлғаның құқықтары мен міндеттері өткізу құжатына сәйкес соңғысына ауысады. Заңды тұлғаны бөлген кезде оның құқықтары мен міндеттері бөлу балансына сәйкес жаңадан пайда болған заңды тұлғаларға ауысады. Заңды тұлғаның құрамынан бір немесе бірнеше заңды тұлғаларды бөліп шығарғанда, бөлу балансына сәйкес олардың әрқайсысына қайта құрылған заңды тұлғаның құқықтары мен міндеттері ауысады. Заңды тұлғаның бір түрін екінші түрдегі заңды тұлғаға өзгерткен кезде (ұйымдық-құқықтық нысанды өзгерткенде) қайта құрылған заңды тұлғаның құқықтары мен міндеттері өткізу құжатына сәйкес жаңадан пайда болған заңды тұлғаға ауысады [1].

Заң шығарушы қайта ұйымдастырудың екі түрін белгілейді: ерікті және мәжбүрлі. Ерікті түрде қайта ұйымдастырылу заңды тұлғаның құрылтайшыларының келісімі арқылы, ал мәжбүрлі түрі – Қазақстан Республикасының заңнамасымен белгіленген жағдайларда іске асады.

Біз жоғарыда атап өткеніміздей заңды тұлғаны қайта ұйымдастыру шешім негізінде жүзеге асырылады және ол шешімді жарамсыз немесе заңсыз деп тану қайта ұйымдастыру сатысында да, қайта ұйымдастыру рәсімі аяқталғаннан да кейін болуы мүмкін, бұл құқық заңды тұлға құрылтайшыларына берілген. Сондықтан бізде осы мәселеде несие берушілер заңды тұлғаны қайта ұйымдастыру туралы шешімнің заңсыздығына немесе жарамсыз деп тануға байланысты талап қоя ала ма деген сұрақ туындайды. Егер азаматтық заңнамалар мен арнайы заңды тұлғалар қызметін құқықтық реттейтін заңнамаларға талдау жасайтын болсақ несие берушілер қайта құру туралы шешімді жарамсыз деп тану немесе қайта құруды тұтастай заңсыз деп тану туралы талап арызбен жүгінуге құқылы емес.

Бұл қайта ұйымдастырылатын заңды тұлғаның кредиторларының құқықтарын кемсіту. Біз несие берушілердің құқықтарын қорғау мақсатында азаматтық бұл жерде заңнамаға өзгерістер енгізу қажет деп санаймыз, яғни несие берушілер заңды тұлғаны қайта ұйымдастыру туралы шешімнің заңсыздығына немесе жарамсыз деп тануға байланысты талап қою құқығын бекіту.

Бұл бұл мәселеде егерде заңды тұлғаны қайта ұйымдастыру туралы шешімнің жарамсыздығына немесе заңсыздығына байланысты мәселе туындайды, егерде заңды тұлғаның жоғары органы болып табылатын жалпы жиналыстың қабылдаған шешімі жарамсыз немесе заңсыз деп танылса. Сондықтан егер тәжірибеде дәл осы сұрақтар туындайтын болса, жалпы жиналыстың шешімінің жарамсыздығы немесе заңсыздығы қатысушылардың жалпы жиналысын өткізу тәртібінің сақталмауы деп түсінеміз. Сот тәжірибесі көрсеткендей сонымен қатар, егер заңды тұлғаның қайта ұйымдастырылатыны туралы қатысушыларға тікелей емес, тек бұқаралаық ақпарат құралдарында ғана жарияласа, заңды тұлғаны қайта ұйымдастыру

туралы шешім заңды ма заңсыз ба деген де сұрақ туындайды. Заң бойынша әрине жалпы жиналыс және онда қарастырылатын мәселелер туралы алдын-ала жазбаша хабарлауға міндетті. Сондықтан қатысушыларға алдын-ала жазбаша хабарлануы тиіс, бұқаралаық ақпарат құралдарында жариялау ақпаратты қосымша жариялау құралы ретінде қарастырылады.

Заңды тұлғаның несие берушілерінің құқықтарын қорғау сонымен бірге оларға берілетін кепілдіктер негізінде жүзеге асырылады және ол кепілдіктер ақпарат алу құқығы немесе хабардар болу құқығы, міндеттемені мерзімінен бұрын тоқтатуды және залалдарды өтеуді талап ету құқығы, міндеттемелерді ортақ орындауды талап ету құқығы.

Несие берушілердің заңды тұлғаның қайта ұйымдастырылатыны туралы ақпарат алу құқығы Қазақстан Республикасының Азаматтық кодексінде «Заңды тұлға мүлкінің меншік иесі немесе заңды тұлғаны қайта ұйымдастыру туралы шешім қабылдаған орган қайта ұйымдастырылатын заңды тұлғаның кредиторларын бұл жөнінде жазбаша хабардар етуге міндетті. Талаптарды мәлімдеу мерзімі қайта ұйымдастырылатын заңды тұлғаның кредиторлары хабарламаларды алған кезден бастап екі айдан кем болмауға тиіс» деген нормамен 48-бапта бекітілген.

Жауапкершілігі шектеулі және қосымша жауапкершілігі бар серіктестіктер туралы заңның 68-бабына сәйкес, жауапкершілігі шектеулі серіктестіктерді қосуға, бірігуге қатысушылардың әрқайсысы өз қатысушыларының жалпы жиналысы қосу, бірігу туралы шешім қабылдаған күннен бастап екі ай мерзім ішінде өзінің барлық кредит берушілеріне қосу, бірігу туралы жазбаша хабарлама жіберуге және ресми баспасөз органдарында тиісті хабарландыру беруге міндетті [2]. Яғни бұл оны жүзеге асырмай жанадан құрылған заңды тұлғаларды мемлекеттік тіркеуді жүргізу мүмкін еместігін нақтылайды. Сондықтан қайта ұйымдастыру үрдісі аяқталмай, жанадан құрылған заңды тұлға тіркеуден өтуіне болмайды.

Несие берушілер сонымен қатар міндеттемені мерзімінен бұрын тоқтатуды және залалдарды өтеуді талап ете алады. Бұл қайта ұйымдастырылатын заңды тұлға кредиторларының құқықтары кепілдігінің ең маңызды түрі. Егер біз заңнаманы қаастыратын болсақ, осы несие берушілердің міндеттемені мерзімінен бұрын тоқтатуды және залалдарды өтеуді талап ету құқығы ҚР АҚ-ң 48-бабының 2-тармағына сәйкес бөлінген және бөліп шығарылған кезде құрылатын заңды тұлғаның несие берушісі осы заңды тұлға борышқоры болып табылатын міндеттемелердің мерзімінен бұрын тоқтатылуын және келтірілген залалдың орны толтырылуын талап етуге құқылы. Әрине бұл жерде сұрақ туындайды қайта ұйымдастырудың өзге әдістерінде бұл құқық несие берушілерге тиесілі ме, жоқ па деген.

Міндеттемелерді орындауды талап ету құқығы қайта ұйымдастырылатын заңды тұлғаның кредиторларына берілетін құқықтық кепілдіктерінің келісі түрі болып табылады.

ҚР АҚ 48-бабының 3-тармағына сәйкес, егер бөлу балансы қайта құрылған заңды тұлғаның құқықтық мирасқорын анықтауға мүмкіндік бермесе, не егер құқықтық мирасқорында қайта құрылғанға дейін туындаған міндеттемелерді орындау үшін мүлік жеткіліксіз болса, жанадан пайда болған заңды тұлғалар, сондай-ақ құрамынан басқа заңды тұлға бөлініп шыққан заңды тұлға, қайта құрылған заңды тұлғаның міндеттемелері бойынша оның несие берушілерінің алдында ортақ жауапты болады.

Міндеттемелерді ортақ орындауды талап ету құқығы бөліну немесе бөлініп шығу нысанында қайта ұйымдастырылатын заңды тұлғалар борышкерлері болып табылатын кредиторларға ғана беріледі. Бөлу балансы қайта ұйымдастырылатын субъектінің құқық мирасқорын дәл анықтауға мүмкіндік бермейтін жағдайлар жоққа шығарылмайды, соған байланысты заң шығарушы кредиторлар құқықтарына кепілдік беру мақсатында қайта ұйымдастырылатын заңды тұлғаны да, оның құқық мирасқорын да қайта ұйымдастырылған тұлғаның кредиторлары алдында туындаған міндеттемелер бойынша ортақ борышкерлер айқындаған. Заңгерлер бұл норманың болуы қайта ұйымдастыру жолымен құрылатын заңды тұлғаны мемлекеттік тіркеу тетігіне күмән келтіреді деп санайды және бұл пікірмен келісеміз, себебі бөлу балансында қайта ұйымдастырылатын заңды тұлғаның міндеттемелері бойынша құқықтық мирасқорлық туралы ереже болмаған кезде немесе осындай құқықтық мирасқорлық айқын және дәл болып көрінбейтін жағдайдың пайда болуы. Сонымен қатар бұл норма қайта

ұйымдастырылатын заңды тұлғаның кредиторларының құқықтары кепілдіктерінің тағы бір түрін белгілеуге мүмкіндік береді: құрылтай құжаттарымен бірге өткізу актісін немесе бөлу балансын ұсынбау, сондай-ақ оларда құқықтық мирасқорлық туралы ережелердің болмауы жаңадан пайда болған заңды тұлғаларды мемлекеттік тіркеуден бас тартуға әкеп соғады.

Қайта құру кезінде кредиторлардың құқықтарын қорғауға қатысты Франция, Германия сияқты елдердің заңнамалық тәжірибесін алуымызға болады. Себебі қайта құрылған заңды тұлғаның кредиторларына талап қою құқығын беру және қайта ұйымдастырылғаннан кейін алты ай ішінде міндеттемелерді орындау туралы кепілдікпен қамтамасыз етуді талап ету тиімді.

Біз заңды тұлғаларды қайта ұйымдастыру кезінде бірнеше белгілердің жиынтығы негізінде жүзеге асыратындығын атай келе, оның белгілі бір құқықтық, экономикалық және ұйымдастырушылық әсерлерге қол жеткізуге мақсатты бағытталуы; қайта ұйымдастыруды жүзеге асыру тәртібі, ең алдымен, заңды фактілердің жиынтығы мен реттілігі тұрғысынан; қайта ұйымдастырылатын заңды тұлға қатысушысы болып табылатын құқықтық қатынастардың субъектілік құрамының өзгеруіне байланысты заңды салдарлар тұрғысынан қайта ұйымдастыру процесінің ерекшелігін көрсететін белгілер жиынтығын білдіретіндігін анықтаймыз.

Егер де заңды тұлғаларды қайта ұйымдастыру кезінде құқықтық мирасқорлық орын алатындығын ескерсек, азаматтық құқық теориясында құқықтық мирасқорлық әмбебап және ішінерә түрінде болуы мүмкін. Әмбебап құқықтық мирасқорлық барлық құқықтар мен міндеттердің өтуі, ал ішінерә жекелеген құқықтар мен міндеттердің ауысуы болса, заңды тұлғаны қайта ұйымдастыру кезінде әмбебап құқыққабылдаушылық орын алады.

Сонымен қатар жалпы азаматтық құқық терминологиясын пайдалану кезінде мемлекеттік тілде бір терминология жалпы институт атауына кооданылуы да мүмкін және оның түріне қатысты да қолданылуы мүмкін. Мысалы 48-бап атауы заңды тұлғаны қайта құру деп аталса, заңды тұлғаны қайта ұйымдастыру түрлері ретінде біріктіру, қосу, бөлу, бөліп шығару, қайта құру терминдері қолданылады. Сондықтан жалпы бұл институтты заңды тұлғаны қайта ұйымдастыру терминін қолданып, бапты да солай атаған дұрыс деп санаймыз. Себебі қайта құру түрлері қайта құру деп түсіну мүмкін. Бұл бір жағынан терминдерді дұрыс қолдану мемлекеттік тілдің мәртебесін көтеруге ықпалын тигізеді.

Осы мәселені қарастыра келе жалпы қайта ұйымдастырудың мәні осы құқықтық құбылысқа тән келесі белгілердің жиынтығымен анықталады деген қорытынды жасай отырып, бұл жиынтыққа заңды тұлғалар ғана қайта ұйымдастыру субъектілері және қайта ұйымдастыру нәтижесінде заңды тұлғаларды құру да, қызметін тоқтату да орын алуы мүмкін, ал кейбір жағдайларда бұл үрдістердің бір мезгілде жүретіндігімен және қайта ұйымдастырудың барлық нысандарында әмбебап құқыққабылдаушылық негізінде жүзеге асырылатындығын нақтылаймыз. Біз қайта құру қайта ұйымдастырылған заңды тұлғаның құқықтары мен міндеттерінің басқа заңды тұлғаға әмбебап құқықтық мирасқорлық тәртібімен ауысатын институт ретінде әлі де зерттеулер, осы тақырыптың отандық ғалымдарымыз М.К.Сулейменов, Ю.Г.Басин, С.Климкин т.б. ғалымдарымыздың ғылыми еңбектерінде қарастырылғанын атап өтеміз және заңды тұлғаларды қайта құру мақсатты бағыты, заңды фактілердің белгілі бір құрамы, сондай-ақ қайта құру үрдісінің заңды салдарына қатысты мәселелер әлі де зерттеулерді әрине қажет етеді.

Пайдаланылған қайнар көздерінің тізімі:

1. Қазақстан Республикасының Азаматтық кодексі 1994 жылғы 27 желтоқсандағы № 268-ХІІІ // «Әділет» АҚЖ. – URL: <https://adilet.zan.kz/kaz/docs/K940001000> (жүгіну мерзімі: 20.06.2021).
2. «Жауапкершілігі шектеулі және қосымша жауапкершілігі бар серіктестіктер туралы» Қазақстан Республикасының 1998 жылғы 22 сәуірдегі N 220-І Заңы // «Әділет» АҚЖ. - URL: https://adilet.zan.kz/kaz/docs/Z980000220_ (жүгіну мерзімі: 20.06.2021).

С.И. Клишкин

НЮАНСЫ ОТДЕЛЬНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О НЕГОСУДАРСТВЕННЫХ КОММЕРЧЕСКИХ ОРГАНИЗАЦИЯХ

1. Решающим мотивом для подготовки настоящего материала стал результат мониторинга Закона Республики Казахстан от 6 июля 2004 года № 574-П «О внутреннем водном транспорте», одно из положений которого нам показалось крайне примечательным.

Согласно пункту 4 ст. 93 этого Закона, грузоотправитель, отправитель освобождаются от ответственности, если груз или буксируемый объект не был предъявлен для перевозки или буксировки вследствие обстоятельств.

Представляется очевидным, что приведенное предложение не закончено, поскольку в нем не указано, вследствие каких обстоятельств возможно освобождение грузоотправителя, отправителя от ответственности за непредъявление груза для перевозки или буксировки (здесь возможны варианты: «непреодолимой силы», «, не зависящих от грузоотправителя, отправителя») и т.п.).

При этом данное положение остается без внимания со дня принятия анализируемого Закона, то есть в течение 17 лет, несмотря на то что на настоящий день он изменялся и дополнялся тридцатью восемью законами.

Нами был также изучен проект данного закона, внесенный на рассмотрение Мажилиса Парламента Республики Казахстан на основании постановления Правительства Республики Казахстан от 01 октября 2003 года № 1010.

Оказалось, что действующая редакция пункта 4 ст. 93 анализируемого Закона полностью соответствует редакции пункта 4 ст. 84 законопроекта.

Таким образом, указанное недоразумение было допущено разработчиками законопроекта, и в таком виде он поступил в Парламент.

2. И в соответствии с темой сегодняшней конференции хотел обратить внимание на такие же досадные казусы в законах, регулирующих правовое положение негосударственных коммерческих организаций.

3. Начнем с Закона от 22 апреля 1998 года № 220-І «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» (Закон о ТОО).

а) Согласно части первой пункта 3 ст. 24 Закона о ТОО, при невыполнении участником товарищества обязанности по внесению доли в установленный срок товарищество должно внести не внесенную участником часть доли за счет собственного капитала (своих чистых активов) либо произвести уменьшение уставного капитала до его внесенной части.

Нелепость данной нормы заключается в следующем.

Поскольку осуществление вклада в уставный капитал товарищества является обязанностью участника, то между ним и товариществом существует обязательство, в котором участник является должником, а товарищество – кредитором.

Но когда закон возлагает на само товарищество обязанность внести вклад в уставный капитал за участника, он создает ситуацию, предусмотренную ст. 371 Гражданского кодекса Республики Казахстан (ГК РК) («Прекращение обязательства совпадением должника и кредитора в одном лице»).

При этом обязательство прекращается, так и не успев возникнуть.

б) В соответствии со ст. 56 Закона о ТОО, товарищество с ограниченной ответственностью или его имущество может быть передано в доверительное управление, если иное не предусмотрено учредительными документами товарищества.

Думается, что комментируемая статья в части передачи самого товарищества с ограниченной ответственностью в доверительное управление лишена смысла.

Так, согласно п. 1 ст. 885 ГК РК, объектом доверительного управления может быть любое имущество, включая деньги, ценные бумаги и имущественные права, если иное не предусмотрено законодательными актами.

Системное толкование указанной нормы ГК РК и комментируемой статьи Закона о ТОО приводит к выводу, что товарищество в данном случае рассматривается в качестве объекта гражданских прав.

Но товарищество как самостоятельный собственник является субъектом, но не объектом гражданских прав. Соответственно, само товарищество как юридическое лицо не может быть передано в доверительное управление в отличие от его имущества (причем, части или всего) или долей участников в уставном капитале товарищества.

в) Пунктом 6 ст. 67 Закона о ТОО установлено, что если в результате слияния, присоединения число участников вновь возникшего товарищества с ограниченной ответственностью превышает предел, установленный ст. 9 Закона о ТОО, то предусмотренные пунктом 2 ст. 69 Закона о ТОО последствия могут быть применены к такому товариществу лишь по истечении одного года с момента его государственной регистрации.

Однако ст. 9, как и пункт 2 ст. 69 Закона о ТОО исключена в соответствии с Законом РК от 16 мая 2003 года № 416-ІІ, то есть более восемнадцати лет назад. И с этого времени Закон о ТОО правился тридцать два раза, но указанные положения пункта 6 ст. 67 Закона остаются настоящей во неизменными.

4. Производственный кооператив.

Частью второй пункта 1 ст. 24 Закона РК от 05 октября 1995 года «О производственном кооперативе» установлено, что при слиянии и присоединении кооперативов размер паев членов реорганизуемых кооперативов сохраняется.

Однако это невозможно, поскольку в таком случае общий размер паев членов нового или присоединившего (то есть реорганизованного) кооператива будет 200%, 300% и так далее.

На самом же деле размеры паев членов нового или реорганизованного кооператива следует определять соглашением их членов либо путем соотношения стоимости паев в прежних кооперативах к стоимости имущества нового или присоединившего кооператива.

5. Совершенно неоднозначно правовое положение сельскохозяйственного кооператива.

Так, пунктом 5 ст. 96 ГК РК установлено, что правовое положение сельскохозяйственного кооператива, образуемого в форме производственного кооператива, а также правовое положение, права и обязанности его членов определяются [Гражданским] Кодексом и иными законами Республики Казахстан, за исключением случаев, предусмотренных Законом Республики Казахстан «О сельскохозяйственных кооперативах».

При этом пунктом 2 ст. 2-1 вышеупомянутого Закона «О производственном кооперативе» установлено, что действие этого Закона не распространяется на отношения по регулированию правового положения сельскохозяйственного кооператива, образуемого в форме производственного кооператива, а также правового положения, прав и обязанностей его членов, которые определяются Законом Республики Казахстан «О сельскохозяйственных кооперативах».

Таким образом, с одной стороны, законодательство устанавливает, что сельскохозяйственный кооператив создается и действует в форме производственного кооператива, с другой – не допускает применение к сельскохозяйственным кооперативам норм Закона о производственном кооперативе.

б. В заключение выскажу свои наблюдения по вопросу о взаимодействии нормативных правовых актов (НПА).

Как известно, ст. 12 Закона РК от 6 апреля 2016 года № 480-V «О правовых актах» предусматривает два способа разрешения противоречий в нормах НПА: 1) при наличии противоречий в нормах нормативных правовых актов разного уровня действуют нормы акта более высокого уровня, 2) при наличии противоречий в нормах одного нормативного правового акта или нормативных правовых актов одного уровня действует норма акта, позднее введенного в действие, или норма, которая соответствует акту, позднее введенному в действие.

В науке предлагается еще один способ разрешения возможных коллизий такого рода: через соотношение общих и специальных норм. Однако при этом справедливо отмечается, что Закон о правовых актах «в виде общего правила подобного способа разрешения противоречий при толковании законодательства прямо не предусматривает. И это оправдано тем, что при сравнении правил, входящих в состав разных правовых нормативных актов одинакового уровня трудно определить с должной степенью достоверности, какой акт считать общим, а какой – специальным. Такая трудность особенно часто проявляется в гражданском законодательстве, где действуют сотни законов, постановлений, положений, инструкций и т.п., охватывающих те или иные группы отношений с разных позиций и с разной степенью детализации. <...> Невозможно, опираясь на общее правило, сказать, какие из них должны относиться к общим, а какие – к специальным» [1; 2; 3].

И далее Ю.Г. Басин, М.К. Сулейменов, Р. Книпер предлагают следующий вариант: при сопоставлении «общий - специальный» различных актов равной юридической силы приоритет должен быть явно выявлен текстом одного из них [1].

Надо отметить, что такой способ, действительно, нередко применяется.

Например, ст. 2 Закона РК от 13 мая 2003 года № 415-II «Об акционерных обществах» устанавливает, что положения этого Закона применяются с учетом особенностей, предусмотренных законодательными актами Республики Казахстан, а также что положения этого Закона применяются к Фонду национального благосостояния и группе Фонда национального благосостояния, и иным контролируемым им юридическим лицам, если иное не предусмотрено Законом Республики Казахстан «О Фонде национального благосостояния».

В свою очередь, Закон Республики Казахстан от 1 февраля 2012 года № 550-IV «О Фонде национального благосостояния» устанавливает, что законодательство Республики Казахстан об акционерных обществах и законодательство Республики Казахстан о государственном имуществе применяется к группе Фонда, если иное не предусмотрено этим Законом. Соответствующие положения содержатся в банковском, страховом, пенсионном законах, Законе о государственном имуществе и др.

Это – способ «коллорабии», когда самими законами, точнее, группой законов, устанавливается их внутренняя иерархия. При этом такой механизм взаимодействия НПА Законом «О правовых актах» не предусмотрен, и он принимается нами «по умолчанию».

Возможна даже трехуровневая система взаимодействия.

Так, пунктом 2 ст. 2 от 28 марта 2003 года № 400-II «О кредитных товариществах» установлено, что законодательство Республики Казахстан, регулирующее деятельность товариществ с ограниченной ответственностью, применяется к кредитным товариществам в части, не урегулированной названным Законом. Согласно пункту 2 ст. 2 Закона РК от 26 ноября 2012 года № 56-V «О микрофинансовой деятельности», Законы Республики Казахстан «Об акционерных обществах», «О хозяйственных товариществах», «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» и «О кредитных товариществах» распространяются на организации, осуществляющие микрофинансовую деятельность, в части, не урегулированной уже этим Законом.

Таким образом, в этой группе законов «наверху» расположился Закон о микрофинансовой деятельности, «посередине» – Закон о кредитных товариществах, «внизу» – Закон о товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью.

На основании изложенного считаем, что такой, третий способ разрешения возможных коллизий требует своего закрепления в Законе о правовых актах.

Список использованных источников:

1. Басин Ю.Г., Сулейменов М.К., Книпер Р. Устранение противоречий при толковании и применении гражданского законодательства // https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1013602 (дата обращения: 26.06.2021).
2. Климкин С.И. О некоторых путях совершенствования законодательства Республики Казахстан // Гражданское законодательство: Статьи. Комментарии. Практика. Вып. 21 / Под общ. ред. А.Г. Диденко. – Алматы: ЮРИСТ, 2004.
3. Климкин С.И. Гражданское законодательство Республики Казахстан: зигзаги нормотворчества. – Алматы, Жеті Жарғы, 2019. С. 22-23.

Н.В. Кусянова

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМНЫЕ ВОПРОСЫ ЛИКВИДАЦИИ И БАНКРОТСТВА ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ

В настоящей статье хотелось бы остановиться на некоторых проблемных вопросах, а также практических аспектах процедур ликвидации и банкротства юридических лиц в Республике Казахстан.

Согласно п. 1 ст. 49 Гражданского кодекса Республики Казахстан (ГК РК) по решению собственника его имущества или уполномоченного собственником органа, а также органа юридического лица, уполномоченного на то учредительными документами, юридическое лицо может быть ликвидировано по любому основанию.

Согласно п/п. 7 п. 2 ст. 43 Закона РК «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» решение о ликвидации принимается общим собранием участников товарищества.

Согласно п. 2 ст. 48 решение по вопросу ликвидации принимается квалифицированным большинством в три четверти голосов присутствующих и представленных на собрании участников товарищества, если устав товарищества не требует для их принятия большего числа голосов или единогласия.

Поэтому когда в товариществе - два участника с равными долями, и один из них не желает ликвидировать товарищество при том, что оно фактически не осуществляет деятельность, либо место нахождения одного из участников неизвестно второму участнику, либо второй участник умер, и никто из наследников не принял наследство в виде доли участия, либо когда ТОО, являющееся единственным участником другого ТОО, ликвидировано по решению суда, либо в иных случаях, когда согласие второго участника на добровольную ликвидацию получить невозможно, ликвидировать такое товарищество по решению участников не представляется возможным.

На практике такие товарищества, в случае если они подпадают под условия, регламентируемые частью первой ст. 93 Кодекса РК «О налогах и других обязательных платежах в бюджет (Налоговый кодекс)», ликвидируются налоговым органом принудительно.

Согласно п. 2 ст. 49 ГК РК по решению суда юридическое лицо может быть ликвидировано в случаях:

- 1) банкротства;
- 2) признания недействительной регистрации юридического лица в связи с допущенными при его создании нарушениями законодательства, которые носят неустранимый характер;

3) отсутствия юридического лица по месту нахождения или по фактическому адресу, а также учредителей (участников) и должностных лиц, без которых юридическое лицо не может функционировать в течение одного года;

4) осуществления деятельности с грубым нарушением законодательства:

➤ систематического осуществления деятельности, противоречащей уставным целям юридического лица;

➤ осуществления деятельности без надлежащей лицензии либо деятельности, запрещенной законодательными актами;

5) предусмотренных другими законодательными актами.

Согласно ст. 5 Закона РК «О реабилитации и банкротстве» основанием для обращения должника с заявлением в суд о признании его банкротом и ликвидации с возбуждением процедуры банкротства является его устойчивая неплатежеспособность.

Неплатежеспособность является устойчивой, если обязательства должника превышают стоимость его имущества на дату подачи заявления в суд и на начало года, в котором подано заявление, а также на начало года, предшествующего году подачи заявления, в случае, если заявление подано должником в первом квартале календарного года.

Основанием для обращения кредитора с заявлением в суд о признании должника банкротом и его ликвидации с возбуждением процедуры банкротства является неисполненное денежное обязательство должника перед кредитором на основании вступившего в законную силу судебного акта или исполнительного документа о взыскании с должника денег либо признание долга должником, если иное не установлено настоящим пунктом.

В указанной статье Закона РК «О реабилитации и банкротстве» четко определены основания для обращения самого должника или кредиторов о признании должника банкротом.

Вместе с тем, на практике суды отказывают в признании должника банкротом, если имеются залоги или гарантии, поручительства третьих лиц по обязательствам должника, в том числе и тогда, когда очевидно, что стоимость реализации залогов или выплаты по гарантиям, поручительствам все равно не покроют имеющуюся задолженность должника.

Также, как правило, суды отказывают в принятии заявления о признании должника банкротом к производству, если имеются неоконченные исполнительные производства. То есть, необходимо, чтобы исполнительные листы были возвращены взыскателю, в частности по основанию п/п. 2 п. 1 ст. 48 Закона РК «О реабилитации и банкротстве»: у должника отсутствуют имущество, в том числе деньги, ценные бумаги или доходы, на которые может быть обращено взыскание, и принятые судебным исполнителем все предусмотренные законом меры по выявлению его имущества или доходов оказались безрезультатными.

Здесь следует отметить, что судебные исполнители по своей инициативе практически никогда не выносят постановления об отсутствии у должника имущества, даже при том, что все предусмотренные законом меры по выявлению имущества и обращению взыскания на него, оказались безрезультатными.

Судебные исполнители накладывают запрет на выезд директору юридического лица, помимо прочих обеспечительных мер (арестов, запретов совершать действия по смене директора и участников и т.д.), и в таком виде исполнительное производство может находиться у судебного исполнителя годами. Должнику необходимо написать соответствующее заявление судебному исполнителю о вынесении постановления об отсутствии у должника имущества, а если судебный исполнитель его не выносит - то обратиться с жалобой в соответствующую Палату судебных исполнителей или в суд об обжаловании действий судебного исполнителя.

И это несмотря на то, что ст. 39 Закона РК «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей» предусмотрен максимальный срок исполнения исполнительных документов - 6 (шесть) месяцев (не включая время, в течение которого исполнение исполнительных документов было приостановлено, отсрочено либо рассрочено по основаниям, предусмотренным указанным Законом).

В настоящее время процедура подачи заявления о признании должника банкротом, по мнению автора статьи, несколько усложнилась.

Поскольку перед подачей такого заявления стало необходимо заключить соглашение об осуществлении полномочий временного управляющего. Временный управляющий по результатам осуществления сбора сведений о финансовом состоянии должника в период рассмотрения в суде дела о банкротстве составляет заключение о финансовой устойчивости должника, с отнесением должника к соответствующему классу финансовой устойчивости. До 2020 года указанного требования не было в законодательстве Казахстана. Таким образом, уже на момент подачи заявления о банкротстве должник или кредитор должны иметь деньги и произвести оплату временному управляющему (поскольку, как правило, временные управляющие работают на условиях ежемесячной оплаты с предоплатой за первый месяц работы / подготовку заключения).

Если обратиться к статистике в открытых источниках, то за период с января по сентябрь 2019 года количество юридических лиц, признанных банкротами, составило 761, а за тот же период 2020 года - 385. Конечно, какое-то определенное влияние на эту статистику оказал мораторий на подачу заявлений о банкротстве кредиторами в лице государственных органов и субъектов квазигосударственного сектора, действовавший до октября 2020 года [1]. Но вместе с тем, следует учитывать, что 2020 год был очень тяжелым в связи с пандемией COVID-19.

Таким образом, по мнению автора настоящей статьи, банкротство юридических лиц продолжает оставаться сложным для реализации в правовом плане и дорогостоящей процедурой в финансовом аспекте.

До сегодняшнего времени в Республике Казахстан так пока остался нерешенным вопрос с банкротством физических лиц. Вопрос, по мнению автора настоящей статьи, является очень актуальным.

Примерно 1 миллион граждан Казахстана имеют просроченную задолженность по банковским займам, либо имеют налоговую задолженность, либо в отношении них имеются неисполненные исполнительные листы [2]. Примерно каждый 15-ый гражданин имеет проблемный заем [3].

Предполагается, что к обсуждению этой проблемы и внедрению этого института на законодательном уровне вернуться после внедрения в Казахстане всеобщего декларирования доходов и разрешению ситуации с пандемией.

Список использованных источников:

1. Постановление Правительства Республики Казахстан от 14 июля 2020 года № 443 «О приостановлении возбуждения процедуры банкротства» [Электронный ресурс] // ИПС «Әділет». - URL: <https://adilet.zan.kz/rus/docs/P2000000443> (дата обращения: 28.06.2021).

2. Сакенов С. Институт банкротства физлиц может появиться в 2021 году в Казахстане [Электронный ресурс] // Сайт информационного агентства kursiv.kz. - 19.04.2018. – Режим доступа: <https://kursiv.kz/news/finansy/2018-04/institut-bankrotstva-fizlic-mozhet-poyavitsya-v-2021-godu-v-kazakhstane> (дата обращения: 28.06.2021).

3. Жунубаева М. Банкротство физических лиц в Казахстане. Законопроект [Электронный ресурс] // Сайт юридической компании MG PARTNERS. - 15.12.2020. – Режим доступа: <https://mg-partner.com/bankrotstvo-fizicheskix-licz-v-kazaxstan.-zakonoproek> (дата обращения: 28.06.2021).

ВОПРОСЫ НАСЛЕДОВАНИЯ ЮРИДИЧЕСКИМИ ЛИЦАМИ, А ТАКЖЕ НАСЛЕДОВАНИЯ ПРАВ, СВЯЗАННЫХ С УЧАСТИЕМ (ЧЛЕНСТВОМ) В ЮРИДИЧЕСКОМ ЛИЦЕ

Рыночная экономика и гражданский оборот в настоящее время немыслимы без юридических лиц. В настоящей работе рассмотрены вопросы, касающиеся юридических лиц и возникающие при применении законодательства в сфере наследования.

Начнем с того, что юридические лица наряду с гражданами и государством могут быть наследниками по завещанию. В пункте 2 статьи 1044 Гражданского кодекса Республики Казахстан (далее – кодекс, ГК или ГК РК) содержится оговорка о том, что они «должны быть созданы до открытия наследства и существовать ко времени открытия наследства» [1; 2]. В целом, данный подход обусловлен свободой завещания. Гражданский кодекс Казахской ССР 1963 года и ранее действовавший на территории Казахстана Гражданский кодекс РСФСР 1922 года признавали наследниками только граждан [3, с.595; 4].

Исходя из того, что юридические лица могут выступать в качестве наследников, полагаем, что правила в части устранения от наследования по завещанию недостойных наследников распространяются в том числе и на них постольку, поскольку установленные правила не противоречат их существу. Казахстанский кодекс, в отличие, например, от Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ), в статье, посвященной недостойным наследникам, использует слова «лица», т.е. без привязки только к гражданам [5]. Основываясь на названных положениях ГК РФ, В.В. Ровный относит к недостойным наследникам только граждан, которые по соображениям нравственности или не имеют права наследовать в силу прямого указания закона, или отстраняются от наследования судом по требованию заинтересованных лиц [6, с. 600].

В Казахстане юридические лица не подлежат уголовной ответственности, поэтому пункт 1 статьи 1045 ГК РК, в котором говорится про умышленное лишение жизни и покушение на жизнь, к ним не применим. Нами не исследуется, насколько целесообразно признать юридическое лицо субъектом уголовного правонарушения, но стоит заметить, что такие исследования проводятся [7; 8].

Интересен пункт 2 статьи 1045 ГК РК, где сказано: «Не имеют права наследовать ни по завещанию, ни по закону также лица, которые умышленно препятствовали осуществлению наследодателем последней воли и этим способствовали призыванию их самих или близких им лиц к наследованию либо увеличению причитающейся им доли наследства.». Что характерно, в пункте 2 статьи 1045 ГК РК категорию умысла можно расценить в качестве уголовно-правовой, и в то же время она дана в гражданско-правовом понимании (см.: п. 3 ст. 158, п. 3 ст. 359, п. 1 ст. 364, п. 3 ст. 245, п. 2 ст. 556, п. 1 ст. 607, ст. 611, п. 4 и 5 ст. 630, ст. 779 ГК и др.). В общем, кодекс обозначает факт правонарушения, которое является умышленным. «Для решения вопросов, касающихся отстранения от наследования в соответствии с пунктом 2 статьи 1045 ГК, можно применить порядок как уголовного, так и гражданского судопроизводства.» [9, с. 297]. «Правоприменителю под противоправными действиями следует понимать любое неисполнение диспозитивных предписаний гражданского права, несоблюдение императивных требований норм административного законодательства, нарушение уголовных запретов и др. При этом лишение права наследования не должно исчерпываться привлечением лишь к уголовной ответственности.» [10, с. 147]. Ввиду сказанного юридическое лицо, совершившее гражданское правонарушение, может быть признано недостойным наследником.

Весьма проблематично, на наш взгляд, понятие «близкие лица». Посредством аналогии закона оно в отношении физических лиц может быть интерпретировано через определение близких родственников, закрепленное в статье 1 Кодекса РК «О браке (супружестве) и семье» [11]. Это – «родители (родитель), дети, усыновители (удочерители), усыновленные

(удочеренные), полнородные и неполнородные братья и сестры, бабушка, дедушка, внуки». Однако тем самым будут исключены супруги, которые не являются близкими родственниками по признаку кровного родства, но остаются лицами, близкими к наследодателю. Этот же кодекс единожды упоминает близких лиц, не дав дефиниции (см.: п. 2 ст. 122). В свою очередь, неясно, что законодатель имел в виду под близкими лицами юридических лиц и дифференцированы ли они в зависимости от организационно-правовой формы. Если говорить об аффилированности, то близкое родство – одно из ее составляющих. «Конструкция аффилированности позволяет охватить большее количество социальных связей юридического лица, где присутствуют отношения правовой, имущественной и договорной зависимости.» [12, с. 153] «Категория аффилированности в соответствии с казахстанским корпоративным законодательством является частью механизма по предупреждению возникновения корпоративных конфликтов. Именно это определяет цель института аффилированности в казахстанском праве. Таким образом, аффилированность можно определить как социальную связь (на основе законодательных, уставных, договорных полномочий, а также родственных отношений) между юридическим лицом и другими лицами, имеющими возможность осуществлять контроль либо оказывать влияние на принимаемые решения юридического лица.» [12, с. 161] Полагаем, что по данному вопросу не может быть разнящихся критериев, которые дискриминируют юридические лица, ставя физических лиц в привилегированное положение по сравнению с первыми. В связи с чем кодекс должен ссылаться не на близких, а на других лиц. Иначе недостойный наследник может избежать санкций, если не будет охвачен широкий круг лиц, в чей адрес он «благодаря» (по примеру п. 1 ст. 1117 ГК РФ).

Аналогичный вопрос, нуждающийся в уточнении применительно к юридическим лицам, предстает при обзоре пункта 4 статьи 1050 ГК РК. Так, кодекс гласит: «В случаях, когда в соответствии с правилами настоящего Кодекса при составлении, подписании или удостоверении завещания должны присутствовать свидетели, не могут быть свидетелями, а также не могут подписывать завещание вместо завещателя:

- 1) нотариус или иное лицо, удостоверяющее завещание;
- 2) лицо, в пользу которого составлено завещание или сделан завещательный отказ, его супруг, его дети, родители, внуки и правнуки, а также наследники завещателя по закону;
- 3) граждане, не обладающие полной дееспособностью;
- 4) неграмотные и другие лица, не способные прочесть завещание;
- 5) лица, имеющие судимость за дачу ложных показаний.»

Хотелось бы подчеркнуть, что в пользу юридического лица может быть составлено завещание, но здесь требуется перечень таких лиц, учитываемая, что они могут друг от друга зависеть либо оказывают или могут оказать взаимное влияние (учредители, должностные лица, лица, находящиеся в непосредственном подчинении или в одном трудовом коллективе и т.п.). Особенно критично на примере завещаний, приравненных к нотариальным, когда они подписываются завещателем в присутствии свидетеля (см.: п. 2 ст. 1052 ГК РК).

Вопрос о том, перейдет ли юридическому лицу имущество, завещанное его филиалу (представительству) или его какому-либо органу, тоже уместен. В.В. Гушин и В.А. Гуреев, придерживающиеся того, что не могут быть наследниками образования, не имеющие статуса субъекта гражданского права (филиалы, представительства, кафедры институтов и т.п.), полагают, что следовало бы признать допустимым переход наследства к субъектам гражданского права, организационно связанным с обозначенными структурными подразделениями, когда подобные образования обозначены в завещании как наследники. Ученые-правоведы, используя аналогию закона, ссылаются на максимальное приближение исполнения завещания к воле наследодателя и добавляют, что добиться подобного результата будет едва ли возможно даже в суде [13, с. 67]. С последним утверждением можно согласиться полностью, с предыдущими – частично. Филиал (представительство), если и указан в завещании, не может быть признан наследником по завещанию. Довод опирается на пункт 3 статьи 43 ГК РК, согласно которому «филиалы и представительства не являются юридическими лицами». Организация может иметь одно, несколько или множество

обособленных подразделений, которые могут находиться даже в разных регионах и располагаться на значительном расстоянии друг от друга. Нет четкого понимания, желал ли этого наследодатель, и в данном случае вряд ли воля умершего настолько предсказуема, чтобы выдавать ее за предполагаемую. Ясно лишь одно: имущество было завещано конкретному филиалу. Если завещание касается структурной единицы (органа) юридического лица, то при любом раскладе завещанное имущество поступило бы на его баланс, что позволяет толковать завещание в пользу этого юридического лица.

В наименовании, ведомственной принадлежности, в составе собственников акций или участников в уставном капитале юридического лица, к которому было завещано имущество, могут быть изменения. Отсутствуют какие-либо риски насчет наследования по завещанию. Напротив, при реорганизации юридического лица завещанное имущество поступит правопреемнику. Формально разрешается, в то же время спорно. Наследодатель мог бы не отнестись позитивно к вновь созданной организации. Призвание реорганизованного юридического лица (за исключением преобразования) в полной мере не соблюдает волю наследодателя.

Следующий блок. Отсутствие отдельной главы в кодексе вызывает необходимость рассмотрения ряда законодательных актов, наряду с самим ГК. Присоединяемся к мнению Г.А. Алихановой о том, что было бы целесообразно включить в раздел 6 ГК РК «Наследственное право» новую главу, регулирующую наследование отдельных видов имущества, включая наследование прав, связанных с участием в хозяйственных товариществах, производственных и потребительских кооперативах [14, с.57, 59].

О.Ю. Виноградова констатирует, что наследование прав, связанных с участием в хозяйственных товариществах и обществах, несмотря на принятие части третьей ГК РФ, не лишено противоречий из-за разнородности существующей нормативно-правовой базы, отсутствия детального регулирования данных прав и не сложившейся практики по указанным вопросам [15, с. 31]. Несмотря на то, что наследованию отдельных видов имущества, в том числе бизнеса, посвящены отдельные статьи ГК, процесс нормативно-правового регулирования данной сферы, на взгляд А.В. Лобутева, далеко не завершен [16, с. 19].

Самостоятельная глава, будучи несовершенной, не панацея. Существующее же регулирование фрагментарно, и некоторые его недостатки будут продемонстрированы.

От того, какие права – вещные или обязательственные - сохраняются за учредителями (участниками) в отношении имущества созданных ими юридических лиц, зависит возможность наследования наследниками.

Законодательством о юридических лицах установлены следующие требования:

по полным товариществам и по командитным товариществам (в части полных товарищей) – наследник может вступить в товарищество с согласия всех остальных участников (п. 3 ст. 66 ГК РК, п. 3 ст. 18 Закона РК «О хозяйственных товариществах» [17]);

по товариществам с ограниченной ответственностью и товариществам с дополнительной ответственностью – наследник может вступить в товарищество, если учредительными документами товарищества не предусмотрено, что такой переход допускается только с согласия остальных участников товарищества (п. 6 ст. 80 ГК РК, ст. 35 Закона РК «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» [18]);

по производственным кооперативам – наследник может принят в кооператив, если иное не предусмотрено уставом кооператива (п. 4 ст. 100 ГК РК, п. 4 ст. 11 Закона РК «О производственном кооперативе» [19]);

по потребительским кооперативам – наследники имеют первоочередное право на принятие в члены кооператива, если иное не предусмотрено уставом кооператива (п. 5 ст. 108 ГК РК, п. 8 ст. 13 Закона РК «О потребительском кооперативе» [20]).

Ни в кодексе, ни в Законе РК «Об акционерных обществах» [21], ни в Законе РК «О рынке ценных бумаг» [22] не закреплены специфические условия, как наследуются акции. Таким образом, наследование происходит на общих основаниях, и наследник может беспрепятственно получить статус акционера. В.В. Ровный пишет, что всякое акционерное

общество – форма объединения капитала и наиболее устойчивая организация: его устойчивость не зависит от динамики акционеров, а капитал гарантирован от уменьшения при их выходе и максимально автономен [6, с. 614]. Верховный Суд РК пояснил, что в случае смерти участника акционерного общества в порядке наследования к наследникам переходят принадлежащие ему акции, не только как имущество, но и как закрепленная ими совокупность удостоверенных ею прав наследодателя [23].

Особенности наследования прав полных товарищей в командитном товариществе объяснимы тем, что согласно пункту 2 статьи 72 ГК РК и пункту 2 статьи 26 Закона РК «О хозяйственных товариществах» правовое положение полных товарищей, участвующих в командитном товариществе, и их ответственность по обязательствам товарищества определяются правилами об участниках полного товарищества. Напротив, порядок наследования прав вкладчиков командитных товариществ неоднозначен. Так, из смысла пункта 5 статьи 31 Закона вытекает, что в случае смерти или объявления умершим вкладчика товарищества наследование осуществляется в порядке, предусмотренном Гражданским кодексом. Вся путаница происходит из-за того, что в пункте 4 статьи 72 ГК РК и пункте 3 статьи 26 Закона РК «О хозяйственных товариществах» по-разному регламентировано, какие именно правила о полном товариществе – кодекса или закона – будут применимы к командитному товариществу, поскольку это не противоречит положениям о командитных товариществах. Иными словами, сложность состоит в уяснении, что подразумевалось под Гражданским кодексом - общие основания, установленные разделом 6 кодекса «Наследственное право», или те основания кодекса, которые рассчитаны на полные товарищества и где предъявлены к ним соответствующие требования в части наследования. В последнем случае, очевидно, не будет прослеживаться различное правовое положение полных товарищей и вкладчиков в командитном товариществе.

Слова «если иное не предусмотрено уставом кооператива» предполагают, что устав кооперативов может содержать требование о согласии остальных участников на вступление в него или включить любые ограничения вплоть до запрета наследникам быть членами кооператива. Наследование, конечно, не блокируется, так как оно неполное: такому лицу будет выплачена компенсация взамен членства.

Верховным Судом РК освещена возможность наследования доли участника товарищества с ограниченной ответственностью, товарищества с дополнительной ответственностью, производственного кооператива, полного товарищества. В нормативном постановлении Верховного Суда указано, что доля переходит к наследникам в соответствии с ГК, и наследники подлежат принятию в члены указанных хозяйствующих субъектов, если иное не предусмотрено их учредительными документами. Всё поставлено в прямую зависимость от учредительных документов, несмотря на имеющиеся серьезные различия в зависимости от организационно-правовых форм. В нормативном постановлении Верховного Суда командитные товарищества и потребительские кооперативы обойдены молчанием.

Таким образом, в Казахстане права, связанные с участием в юридическом лице, как правило, не наследуются свободно и автоматически при принятии наследства, то есть их переход по наследству не является безусловным. Поэтому не исключено, что юридическим лицом наследнику может быть отказано во вступлении, и по этой причине законодательство гарантирует соответствующие компенсации:

по полным товариществам и по командитным товариществам – при отказе товарищества от приема наследника ему выплачивается стоимость принадлежащей ему на основе наследования доли в имуществе товарищества, определяемой на день смерти участника (п. 5 ст. 66 ГК РК, п. 4 ст. 18 Закона РК «О хозяйственных товариществах»);

по товариществам с ограниченной ответственностью и товариществам с дополнительной ответственностью – отказ в согласии на переход доли влечет обязанность товарищества выплатить наследникам участника ее действительную стоимость или выдать им в натуре имущество на такую стоимость в порядке и на условиях, предусмотренных законодательными актами и учредительными документами товарищества (п. 6 ст. 80 ГК РК);

по производственным кооперативам – при отказе кооператива от приема наследника ему выплачивается доля в имуществе, пропорциональная паю умершего члена кооператива, а также причитающиеся умершему часть чистого дохода кооператива и вознаграждение за личное трудовое участие в деятельности кооператива (п. 4 ст. 100 ГК РК, п. 5 ст. 13 Закона РК «О производственном кооперативе»);

по потребительским кооперативам – при отказе кооператива от приема наследника ему выплачивается доля в имуществе потребительского кооператива, пропорциональная его паю (п. 5 ст. 108 ГК РК, п. 8 ст. 13 Закона РК «О потребительском кооперативе»).

Приобретение статуса акционера не стоит в зависимости от воли как общества, так и его участников [24, с. 11].

В.В. Гуцин и В.А. Гуреев пишут, что главной особенностью перехода по наследству прав, связанных с участием в хозяйственных товариществах и обществах, а также производственных кооперативах является возможность различных вариантов наследственного преемства. При наступлении полного преемства наследник становится участником (товарищем, акционером, членом) хозяйственных товариществ, обществ, кооперативов. Если полного правопреемства не возникает (неполное правопреемство), наследуется стоимость доли (вклада, пая), а также право получения дивидендов за определенный период [13, с. 232]. В.В. Пронин также оперирует аргументами о полном и неполном преемстве: «Если полного наследственного правопреемства не возникает, то к наследникам переходит только строго ограниченный законом круг прав и обязанностей» [25, с. 37]. И.В. Матвеев отмечает, что специфика правоотношений, возникающих после смерти участника юридического лица, состоит в том, что в большинстве случаев наследник умершего может воспользоваться правом на получение стоимости части имущества корпорации, приходящегося на долю наследодателя в капитале юридического лица. Однако вопрос о наследовании прав участника юридического лица, который в общем виде может быть сведен к участию в управлении юридическим лицом, получению информации о его деятельности, периодическим выплатам дивидендов от предпринимательской деятельности этого лица и др., решается в соответствии с законом [26, с. 70]. При получении денежного эквивалента доли, пая наследник не получает право на участие в управлении юридическим лицом, право на долю в прибыли и иные права, связанные с участием в организации [27, с. 293]. Добавим, что будет правильным, если выплата компенсации распространяется не только на физическое лицо, но и на юридическое лицо, которому завещана доля (пай, акция) и которое в силу законодательства не может вступить в число участников или ему отказано в этом.

Когда речь идет об отказе наследника от вступления в юридическое лицо, важно помнить основополагающие правила приобретения наследства. В соответствии с пунктом 2 статьи 1072 ГК РК принятие наследником части наследства означает принятие всего причитающегося ему наследства. Не допускается принятие наследства под условием или с оговорками. Согласно пункту 8 статьи 1074 ГК РК отказ от части наследства, отказ от наследства с оговорками или под условием не допускается. Более того, наследство переходит как единое целое и в один и тот же момент, если из правил 6 раздела ГК не вытекает иное (статья, пункт 2 статьи 1038 ГК акцентирует именно на 6 разделе, а не на правилах из Общей и Особой частей кодекса). Иными словами, лицо, отказавшееся от вступления в юридическое лицо, одновременно должно отказаться от принятия всего остального наследства либо наоборот. Совершенно по-иному обстоит дело, когда наследнику отказано юридическим лицом, и он получил выплату стоимости доли (вклада) в имуществе юридического лица, которая полагается ему на основе наследования.

Отказ от вступления в юридическое лицо - не то же самое, что отказ от предложения вступить в него, потому что может быть обусловлен любыми обстоятельствами и при отсутствии такого предложения. Исходя из этого, пункт 5 статьи 66 ГК РК и пункт 4 статьи 18 Закона РК «О хозяйственных товариществах», а также пункт 5 статьи 100 ГК РК и пункт 5 статьи 13 Закона РК «О производственном кооперативе» нуждаются в корректировках. Помимо этого, содержащаяся в пункте 3 статьи 70 ГК РК и пункте 3 статьи 24 Закона РК «О

хозяйственных товариществ» ссылка на наследника умершего участника, отказавшегося от предложения вступить в полное товарищество, представляется неправильной. Наследование возможно при наличии согласия участников полного товарищества и не зависит от какого-либо предложения, представленного с его стороны. Вероятно, законодатель ошибочно подразумевал наследника, который не является участником и не имел желания им даже стать. Ситуация довольно странная, ибо он не принял наследство (в том числе не вступил в товарищество), но несет ответственность на протяжении существенного времени за товарищество. Редакция пункта 3 статьи 70 ГК РК и аналогичных положений Закона, к сожалению, крайне неудачная. Полагаем, что данное лицо не должно отвечать по обязательствам товарищества, обратное будет несправедливым.

Что касается ответственности по долгам товарищества, то в пункте 4 статьи 66 ГК РК сказано про ответственность наследников по долгам участника перед полным товариществом, а также по долгам товарищества перед третьими лицами, возникшими за все время деятельности товарищества. В пункте 2 статьи 24 Закона РК «О хозяйственных товариществах» предусмотрено, что участник полного товарищества, вступивший в товарищество после его учреждения в порядке передачи доли или правопреемства, отвечает наравне с другими участниками и по обязательствам, возникшим до его вступления в товарищество.

«Это обусловлено с тем, что доля в имуществе товарищества является долей в его активах и обязательствах. Этим и объясняется то, что новый участник до принятия доли в товариществе предполагается информированным о финансовом положении товарищества и фактическом «наполнении» соответствующей доли положительным имуществом и обременении ее обязательствами. В случае же несогласия отвечать по долгам товарищества потенциальный участник вправе отказаться вступить в товарищество» [28, с. 223].

Упомянутые условия «наравне с другими участниками» и «по обязательствам, возникшим до его вступления в товарищество» принципиальны для наследника. Первое оправдано тем, что наследник, вступив в товарищество, является теперь таким же участником товарищества и с момента вступления наделен соответствующими этому статусу правами и обязанностями. Между тем второе критично в силу того, что, будучи правопреемником, он не лишен гарантий наследственного права в части ответственности наследника. По нашему мнению, приведенная норма ввела чрезвычайно повышенную ответственность наследников и явно противоречит статье 1081 ГК РК, согласно которой наследники по обязательствам наследодателя отвечают солидарно в пределах стоимости имущества, перешедшего к каждому наследнику. Например, в статье 78 ГК РФ закреплено, что наследник (правопреемник) участника полного товарищества несет ответственность по обязательствам товарищества перед третьими лицами, по которым в соответствии с пунктом 2 статьи 75 настоящего Кодекса отвечал бы выбывший участник, в пределах перешедшего к нему имущества выбывшего участника товарищества. Воспринять этот законодательный опыт было бы разумным. «Эта ответственность в отличие от выбывшего участника носит ограниченный характер, так как правопреемник отвечает по долгам товарищества в пределах перешедшего к нему имущества выбывшего участника» [24, с. 13].

Потенциальный наследник перед вступлением в число участников юридического лица мог бы быть наделен правом на получение информации о финансовом и производственном состоянии организации. «Учитывая, что принятие наследства – не обязанность, а право наследника, при наследовании доли или пая наследник должен четко представлять себе стоимость получаемого в порядке наследства имущества и «экономические» перспективы его будущего владения и использования.» [15, с. 29; 27, с. 292]. Как А.В. Лобутев точно заметил, стоимость доли практически всегда будет ниже дохода от участия в нормально функционирующем бизнесе [16, с. 19].

На уровне законодательства и/или учредительных документов юридического лица предлагаем конкретизировать сроки вступления в те или иные юридические лица и отказа во вступлении, критерии выбора наследника, если наследников несколько, а также сроки

выплаты компенсаций лицам, не ставшим участниками вследствие выраженного им отказа. При этом нужно учесть, каковы последствия, когда в состав наследства входят акции, паи и доли в капитале и на них претендует переживший супруг вместе с наследниками, и они должны корреспондировать со статьей 1070 ГК «Права супруга при наследовании».

Далее. Из пункта 2 статьи 1040 ГК РК следует, что не входят в состав наследства права членства в организациях, являющихся юридическими лицами, если иное не установлено законодательными актами или договором. Данная статья их относит к правам и обязанностям, неразрывно связанным с личностью наследодателя. Приведем в качестве примера следующее исключение, которое по неизвестным причинам законодатель считал возможным установить. В 2011 году пункт 2 статьи 13 Закона РК «О некоммерческих организациях» был дополнен частью третьей в следующей редакции: «Права учредителя (учредителей) частного фонда могут быть включены в состав наследства в случае, если это предусмотрено учредительными документами.» [29]. Поправка не соответствует ГК РК, поскольку ни права членства, ни вещные права не могут передаваться в порядке наследования вследствие того, что фонд – это некоммерческая организация, не имеющая членства (п. 1 ст. 107 ГК РК, п. 1 ст. 12 Закона РК «О некоммерческих организациях»), а учредители не имеют имущественных прав на его имущество (п. 4 ст. 36 и п. 3 ст. 107 ГК РК, п. 5 ст. 12 Закона РК «О некоммерческих организациях» [30]).

В завершение нельзя не затронуть вопрос о выморочности. Гражданское законодательство позволяет государству как являться наследником по завещанию, так и получать выморочное имущество. Для юридических лиц в Казахстане такой порядок перспективен. Сегодня не возможен переход как выморочного имущества к юридическим лицам в определенных обстоятельствах, так и выморочных долей (акций, паев) тем юридическим лицам, участником которых был наследодатель, хотя это для цивилистики далеко не новшество и имеется опыт в СНГ (ст. 1343 ГК Грузии [31], ст. 1102 ГК Туркменистана [32], ст. 1165 ГК Азербайджана [33]). О.Е. Блинков и С.Г. Аббасов подтверждают революционный шаг гражданских кодексов этих трех стран на постсоветском пространстве [34; 35, с. 74]. Было бы опрометчивым игнорировать сомнения исследователей по первому аспекту. По мнению А.В. Китаевой и А.О. Ягоферова, в круг субъектов, к которым переходит данное имущество, рано включать организации, выступающие в качестве опекунов и попечителей (медицинские, образовательные организации, а также организации, которые оказывают социальные услуги). Такой взгляд, как они полагают, обусловлен тем, что при закреплении в законодательстве данного правила существует опасность появления заинтересованности руководителей подобных учреждений в скорейшем уходе из жизни одиноких людей, которые не имеют наследников, с целью заполучить их имущество [36, с. 143]. В любом случае решение данного вопроса не стоит откладывать и затягивать, но выморочное имущество в таких случаях должно быть направлено, действительно, не тем учреждениям, в которых непосредственно находился умерший, а, например, организациям по защите и поддержке социально уязвимых лиц. По второму аспекту поддерживаем С.Г. Аббасова, считающего, что преследуется цель недопущения перехода долей/акций таких обществ без особых на то причин к государству или муниципальным образованиям, так как в результате такого перехода статус данного общества без воли субъектов права может измениться на статус общества, доли/акции в котором принадлежат государству или муниципальным образованиям, что существенно повлияет на управление в обществе и может привести к блокированию текущей деятельности общества через вето нового участника (аналог так называемой «Золотой акции» в законодательстве Российской Федерации), что в итоге может существенно негативно повлиять на гражданский оборот [35, с. 75]. Подобные гарантии предпочтительны для страны, стремящейся к ограничению участия государства в бизнесе.

Вышеизложенное позволяет утверждать, что одной из основных задач современного наследственного права, стабильного и консервативного по сути, становится достижение баланса корпоративных интересов и интересов наследников, разумеется, с учетом воли наследодателя. Более того, сообразно реалиям необходимо принимать в расчет юридические

лица как субъектов наследственного права. Гражданское законодательство в сфере юридических лиц и наследования имеет ряд проблем, не отвечающих данной задаче, и испытывает потребность во внимании в научно-исследовательской и законопроектной работах.

Список использованных источников:

1. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть) от 27 декабря 1994 года № 268-ХІІІ - URL: https://adilet.zan.kz/rus/docs/K940001000_#z208 (дата обращения: 28.06.2021).
2. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть) от 1 июля 1999 года №409 - URL: <https://adilet.zan.kz/rus/docs/K990000409> (дата обращения: 28.06.2021).
3. Комментарий к Гражданскому кодексу Казахской ССР. – Под ред. М.А. Ваксберга, Ю.Г. Басина, Б.В. Покровского. – Алма-Ата: Казахстан, 1965. – 630 с.
4. Гражданский кодекс РСФСР от 31 октября 1922 года - URL: <http://docs.cntd.ru/document/901808921> (дата обращения: 28.06.2021).
5. Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть третья. - URL: <http://docs.cntd.ru/document/901799839> (дата обращения: 28.06.2021).
6. Гражданское право: учеб.: в 3 т. Т. 3 / Е.Н. Абрамова, Н.Н. Аверченко, Ю.В. Байгушева [и др.]; под ред. А.П. Сергеева. – М.: ТК Велби, 2009. – 800 с.
7. Айсин С.Б. Юридическое лицо как субъект преступления: введение в теорию. – Астана, 2010. - 177 с.
8. Балтабаев С.А. Перспективы признания юридического лица в качестве субъекта уголовного правонарушения в Республике Казахстан // Человек: преступление и наказание. – 2016. - №3 (94). - С. 37-43.
9. Гражданское право. Том III. Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. – Алматы, 2004. – 522 с.
10. Максютина К.В. Недостойные наследники в нормах советского и российского гражданского права. // Вестник Московского университета МВД России. – 2009. - №6. – С. 147-148.
11. Кодекс Республики Казахстан «О браке (супружестве) и семье» от 26 декабря 2011 года №518-ІV - URL: <https://adilet.zan.kz/rus/docs/K1100000518> (дата обращения: 28.06.2021).
12. Арыстан А. Правовая категория аффилированности // Вестник Института законодательства Республики Казахстан. – 2017. - №4. – С. 152-162.
13. Наследственное право России: учебник / В.В. Гушин, В.А. Гуреев. – М.: Эксмо, 2009. – 416 с.
14. Алиханова Г. Право на общее имущество наследников // Юрист. – 2010. - С. 57-62.
15. Виноградова О.Ю. О некоторых особенностях наследования прав, связанных с участием в хозяйственных товариществах и обществах // Юрист. – 2009. – №8. – С. 28-31.
16. Лобутев А.В. О некоторых проблемах определения наследственной массы при наследовании бизнеса // Наследственное право. – 2007. - №4. – С. 14-19.
17. Закон Республики Казахстан «О хозяйственных товариществах» от 2 мая 1995 года №2255 - URL: https://adilet.zan.kz/rus/docs/U950002255_ (дата обращения: 28.06.2021)
18. Закон Республики Казахстан «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» от 22 апреля 1998 г. №220-1 - URL: https://adilet.zan.kz/rus/docs/Z980000220_ (дата обращения: 28.06.2021)
19. Закон Республики Казахстан «О производственном кооперативе» от 5 октября 1995 года №2486 - URL: https://adilet.zan.kz/rus/docs/Z950002486_ (дата обращения: 28.06.2021).
20. Закон Республики Казахстан «О потребительском кооперативе» от 8 мая 2001 года №197 - URL: https://adilet.zan.kz/rus/docs/Z010000197_ (дата обращения: 28.06.2021).
21. Закон Республики Казахстан «Об акционерных обществах» от 13 мая 2003 года №415 - URL: https://adilet.zan.kz/rus/docs/Z030000415_ (дата обращения: 28.06.2021).

22. Закон Республики Казахстан «О рынке ценных бумаг» от 2 июля 2003 года №461 - URL: https://adilet.zan.kz/rus/docs/Z030000461_ (дата обращения: 28.06.2021).
23. Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 29 июня 2009 года №5 «О некоторых вопросах применения судами законодательства о наследовании» - URL: https://adilet.zan.kz/rus/docs/P090000055_ (дата обращения: 28.06.2021).
24. Ветошкина С.А. Особенности наследования прав, связанных с участием в коммерческих организациях // Современное право. – 2007. - №5. – С. 10-15.
25. Пронин В.В. Наследование паев, акций, долей, дивидендов предприятий. // Бюллетень нотариальной практики – 2005. - №4. – С. 36-42.
26. Матвеев И.В. Наследование прав, связанных с участием в юридическом лице // Современное право. – 2007. - №2. – С. 70-74.
27. Наследственное право России: учебник / Г.Г. Черемных. – М.: Эксмо, 2009. – 512 с.
28. Гражданское право. Том 1. Общая часть. Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред. М.К. Сулейменов. – Алматы, 2013. – 2013. – 776 с.
29. Закон Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам регулирования банковской деятельности и финансовых организаций в части минимизации рисков» от 28 декабря 2011 года №524-IV ЗПК - URL: <https://adilet.zan.kz/rus/docs/Z1100000524#z1873> (дата обращения: 28.06.2021).
30. Закон Республики Казахстан «О некоммерческих организациях» от 16 января 2001 года №142 - URL: https://adilet.zan.kz/rus/docs/Z010000142_ (дата обращения: 28.06.2021).
31. Гражданский кодекс Грузии – URL: <https://matsne.gov.ge/ru/document/download/31702/75/ru/pdf> (дата обращения: 28.06.2021).
32. Гражданский кодекс Туркменистана - URL: <https://minjust.gov.tm/mcenter-single-ru/2> (дата обращения: 28.06.2021).
33. Гражданский кодекс Азербайджанской Республики - URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30420111 (дата обращения: 28.06.2021).
34. Блинков О.Е. Наследование выморочного имущества в государствах - участниках Содружества Независимых Государств и Балтии // Юридический мир. – 2007. - №6. - С. 65-68.
35. Аббасов С.Г. Институт наследственного права в Азербайджанской Республике и Российской Федерации (сравнительноправовой анализ) // Бизнес в законе – 2010. - №3. – С. 74-77.
36. Китаева А.В., Ягоферов А.О. Институт выморочного имущества: проблема в определении надлежащего правопреемника // Вестник Самарского юридического института. – 2017. - №4. - С. 140-144.

С.А. Черкасов

ВИДЫ КРЕДИТНЫХ ОРГАНИЗАЦИЙ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

В России на сегодняшний день функционируют большое количество финансовых организаций. Большое значение в экономике Российской Федерации (РФ) среди финансовых учреждений играют кредитные организации. Именно поэтому их деятельность постоянно контролирует Центральный банк РФ (ЦБ РФ), а их правовой статус закреплён в законодательстве.

Актуальность темы данной статьи состоит в том, что кредитные компании занимают важное место в экономике государства. Они являются основой финансовой и платёжной системы России. Именно кредитные учреждения, являются финансовыми посредниками, тем самым, создают взаимосвязь финансового и промышленного секторов экономики, предоставляют средства платежа и являются посредниками в кредите.

В статье раскрывается, что же такое «кредитная организация», в чем отличие банковских и небанковских кредитных организаций, каковы их функции. Кроме того, мы сделаем логическое заключение о том, какие банки на в данное время являются самыми надёжными и почему.

Итак, сначала нужно понять, что же такое «кредитная организация». Это вид юридического лица, которое производит банковские операции с целью получения прибыли на основании лицензии ЦБ РФ. Все банковские операции определены законодательством. Кредитные организации можно создавать на основе любой формы собственности как хозяйственное общество [1, с. 112].

В правовой науке существует много признаков, исходя из которых можно классифицировать кредитные организации. Если брать за основу территориальный признак, то это – региональные и федеральные; по месту регистрации – российские и не российские; по количеству проводимых операций – банковские и небанковские.

Банковские кредитные организации в Российской Федерации – это и есть все существующие на сегодняшний день банки. Для того, чтобы юридическое лицо могло считаться банком, оно должно выполнять как минимум три функции: привлечение во вклады денежных средств физических и юридических лиц, размещение указанных средств от своего имени и за свой счет на условиях возвратности, платности, срочности, открытие и ведение банковских счетов физических и юридических лиц.

На осуществление банковских / кредитных операций необходима лицензия ЦБ РФ.

Кредитные организации могут быть узконаправленными (например, обслуживать какую-либо отрасль или специализироваться на выдаче ипотек) или обще универсальными (выполняя большинство банковских операций).

Все операции и сделки банки осуществляют как в рублях, так и в иностранной валюте. Банк России устанавливает правила осуществления банковских операций в соответствии с федеральным законодательством. Аффинированное золото, серебро, платина, палладий в слитках и (или) с золотом, серебро – это основные металлы, которые используются в сделках с драгоценными металлами [2, с. 176].

Иностраный банк – это банковская кредитная организация в соответствии с законодательством той страны, на территории которой он зарегистрирован. Иностраным банком является также относительно российского законодательства. То есть, иностранный банк зарегистрирован в другом государстве, но работает на территории России.

Россия на сегодняшний день является привлекательной для многих международных банковских структур, а потому банковская система России представлена множеством иностранных финансовых учреждений. Кроме того, с каждым днем доверие к отечественным банкам среди населения неизменно уменьшается. Это было связано с огромным числом банкротств российских банков.

В России можно найти представительства европейских, американских, азиатских и африканских банков. Многие зарубежные банки в России предоставляют выгодные условия для своих клиентов, тем самым привлекая к себе россиян. Среди них, можно назвать UniCredit-банк; Райффайзенбанк; Росбанк; Дойче Банк; Ситибанк; Хоум Кредит Банк; Барклайс Банк; Кредит Европа Банк; Дельтакредит; ОТП Банк; Русфинанс Банк и другие.

Такие банки оказывают весь комплекс банковских услуг бизнесу и частным клиентам на базе ранее созданного российского банка. Для того, чтобы функционировать в РФ, сначала иностранные банки приобретают капитал какой-либо российской организации. Например, французская компания Societe General работает на базе российского Росбанка.

Обычным обывателям при выборе иностранного банка нужно быть избирательными и внимательными, потому что тщательность произведенного анализа работы иностранного банка поможет просчитать судьбу вклада [3, с. 345].

Таким образом, следует отметить, что зарубежные финансовые организации составляют значительную конкуренцию российским, поскольку предоставляют наиболее прибыльные условия по кредитованию и накопительным программам.

Известно, что государство осуществляет последовательную политику «оздоровления» банковской системы России, аннулируя лицензии на ведение банковской деятельности за неисполнение закона. Банки, соотношение активов и пассивов, в которых ещё можно уравновесить, проверяются другими, более крупными и устойчивыми.

После отзыва лицензии у банка ЮгРа, одного из больших банков, сложно с точностью определить, какие кредитные организации останутся с лицензией на осуществление банковских операций по итогам оздоровления банковского сектора.

Небанковская кредитная организация — кредитная компания, у которой имеется право производить небольшое количество банковских операций, устанавливаемых Центральным банком.

Различается небанковская кредитная организация от банка, тем что она никогда не исполняет сразу три функции, а только некоторые. Всего выделяют два типа небанковской кредитной организации:

- 1) депозитно-кредитные,
- 2) расчётные.

Небанковская кредитная организация осуществляет свою деятельность, исполняет требования нормативных актов и законов РФ. Различаются небанковские кредитные компании от банков тем, что они открывают для заемщиков счета и собирают средства. Это приводит к невозможности получения заработка на вкладах в них.

Функции этих небанковских кредитных организаций связаны с названием этой группы. Кроме привлечения средств в депозиты и предоставления займов, первый тип этих кредитных организаций имеет право проводить валютно-обменные операции по безналу и строго выполняет банковские гарантии.

Второй тип этих организаций занимается ведением счетов юридических лиц, инкассацией, валютно-обменными операциями в безналичном виде и проведением денежных переводов без открытия счётов [4, с. 45].

Еще одно отличие в том, что если банки работают как с юридическими, так и с физическими лицами, то любая небанковская кредитная организация (НКО) может проводить деятельность в основном с юридическими лицами. Если они взаимодействуют с физическими лицами, то проведение большинства операций будет незаконным. Банки также работают и с иностранной валютой, а небанковская кредитная организация если захочет воспользоваться валютой, то это осуществляться только в безналичном виде. При создании банка требуется не меньше 300 000 000 рублей, а для открытия небанковской кредитной организации требуется 90 000 000 рублей. Каждый банк при желании может открыть филиалы или представительства в любых городах Российской Федерации, а НКО лишены данной возможности.

В итоге, банки обладают большими полномочиями, правами и возможностями, а вот небанковской кредитной организации законом запрещены многие действия. Многим предпринимателям интересно открытие небанковской кредитной организации, в связи с тем, что требуется небольшое количество уставного капитала. Кроме того, при законном и успешном ведении бизнеса, есть возможность получать большую прибыль.

В правовой литературе выделяются три разновидности небанковских кредитных организаций, каждая из которых обладает своими отличительными особенностями:

1) РНКО: они обслуживают юридические лица и индивидуальных предпринимателей и торгуют ценными бумагами на фондовом рынке. Кроме того, приобретают, продают разные виды валюты. Чтобы создать РНКО, достаточно иметь уставный капитал в размере 90 000 000 рублей. Для многих, это достаточно большая сумма. Но этого требования не избежать тем компаниям, которые будут вести расчётные счета своих корпоративных клиентов. Также необходимо получить лицензию для ведения деятельности;

2) ПНКО: у этих компаний небольшое количество полномочий в работе с клиентами. Они имеют возможность переводить деньги и без открытия счетов для этого процесса. Их обязанностью является обеспечение оперативности и безопасности переводов денежных

средств. Одни из самых популярных видов ПНКО – это Вебмани или Яндекс.Деньги. Они обладают большой популярностью, так как дают возможность каждому пользователю интернета осуществлять самые различные действия с электронными деньгами [5, с. 98];

3) НДКО: они имеют право привлекать средства самых разных компаний для создания вкладов. Кроме того, они реализуют, приобретают иностранные валюты, но только в безналичной форме. Многие из них успешно работают на фондовом рынке. Но законодательство запретило им обслуживать кассу или заниматься инкассацией. В нашей стране таких компаний очень мало.

Таким образом, подведя итог вышесказанному, хотелось бы отметить, что НКО бывают нескольких видов, у каждой из них свои полномочия и конкретные требования.

Кредитная организация не имеет право заниматься производственной, торговой и страховой деятельностью. Но она имеет право на заключение договоров, которые предусматривают либо обязанность одной стороны договора передать другой стороне товар, либо обязанность одной стороны на условиях, определенных при заключении договора, в случае предъявления требования другой стороной купить или продать товар, если обязательство по поставке будет прекращено без исполнения в натуре, а также на заключение договоров в целях выполнения функций центрального контрагента и оператора товарных поставок в соответствии с Федеральным законом «О клиринге, клиринговой деятельности и центральном контрагенте» [6, с. 123].

Указанные ограничения не распространяются на продажу имущества, которое было куплено кредитными организациями для своей деятельности, и на продажу имущества, реализуемого кредитной организацией в случае обращения взыскания на предмет залога в связи с неисполнением должником обязательства, обеспеченного залогом имущества, либо полученного кредитной организацией по договору в качестве отступного. Указанные ограничения не распространяются также на куплю-продажу драгоценных металлов и монет из драгоценных металлов.

Список использованных источников:

1. Аганбегян, А.Г. Финансы, бюджет и банки в новой России / А.Г. Аганбегян. – Москва: Издательский дом «Дело» РАНХиГС, 2019. – 400 с.
2. Банки и банковские операции: учебник и практикум для вузов / В.В. Иванов [и др.]; под редакцией Б.И. Соколова. – Москва: Издательство Юрайт, 2021. – 189 с.
3. Гамза, В.А. Основы банковского дела: безопасность банковской деятельности: учебник для среднего профессионального образования / В.А. Гамза, И.Б. Ткачук, И.М. Жилкин. – 5-е изд., перераб. и доп. – Москва: Издательство Юрайт, 2021. – 455 с.
4. Мануйленко, В.В. Модели оценки экономического капитала коммерческого банка: монография / В.В. Мануйленко. – Москва: Финансы и Статистика, 2021. – 264 с.
5. Операции банков с ценными бумагами. Валютные и сопутствующие операции: учебник и практикум для вузов / Д.Г. Алексеева [и др.]; ответственный редактор Д.Г. Алексеева, С.В. Пыхтин. – Москва: Издательство Юрайт, 2020. – 182 с.
6. Хасянова, С.Ю. Кредитный анализ в коммерческом банке: учебное пособие / С.Ю. Хасянова. – Москва: ИНФРА-М, 2020. – 196 с.

ДОЛЯ В УСТАВНОМ КАПИТАЛЕ ОБЩЕСТВА С ОГРАНИЧЕННОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТЬЮ В СВЕТЕ СЕМЕЙНОГО ПРАВА

Вводные замечания

Коммерческие организации, называемые в Казахстане товариществами с ограниченной ответственностью, а в России – обществами с ограниченной ответственностью (далее - ООО или общество), аналогичны по правовой природе. Это следует из положений ст. 59 Гражданского Кодекса Республики Казахстан и Закона Республики Казахстан от 22 апреля 1998 года № 220-І «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» (далее – Закон о ТОО) с одной стороны и ст. 90 Гражданского Кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ), Федерального закона от 8 февраля 1998 года № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее - Закон об ООО) с другой. Подходы законодателей обеих стран совпадают и при определении режима супружеского имущества (ст. ст. 32–34 Семейного Кодекса Республики Казахстан, ст.ст. 34 и 35 Семейного Кодекса Российской Федерации (далее – СК РФ)). Указанное сходство позволяет надеяться, что выводы, сделанные на основе российского права и российской судебной практики, окажутся полезными для коллег, изучающих корпоративные отношения и имущественные права супругов по законодательству Республики Казахстан.

Для облегчения этой задачи сравним некоторые положения Закона о ТОО и Закона об ООО. Актуальными для настоящей статьи являются правила, регламентирующие приобретение и утрату статуса участника товарищества/общества.

Из Закона о ТОО и Закона об ООО следует, что участнику принадлежит доля в уставном капитале юридического лица (далее - доля либо доля в УК); что он вправе отчуждать долю, утрачивая тем самым статус участника; что на основании устава отчуждение доли третьим лицам может быть запрещено или поставлено в зависимость от соблюдения некоторых условий (получение согласия остальных участников и т. д.); что участники по общему правилу пользуются преимущественным правом покупки доли.

Однако детали выбытия из состава участников различаются. В частности, в силу ст. 32 Закона о ТОО при невозможности продать долю из-за предусмотренных уставом ограничений, в том числе запрета на отчуждение, участник вправе обратиться к товариществу с требованием выкупить эту долю или разрешить ее продажу третьему лицу. Российский законодатель не позволяет обойти предусмотренный уставом запрет на отчуждение доли, а потому в случаях, аналогичных описанным в гипотезе нормы п. 2 ст. 32 Закона о ТОО, обязывает общество выкупить долю у участника (ст. 93 ГК РФ; ст. 23 Закона об ООО). Кроме того, российский законодатель, в отличие от казахстанского, предоставляет участникам ООО возможность предусмотреть в уставе право участника выйти из общества на основании одностороннего заявления (ст. 26 Закона об ООО).

В силу п. 2 ст. 28 Закона о ТОО приобретение доли в УК означает вступление приобретателя доли в число участников товарищества. Как показывает российская практика, приобретение доли в УК и приобретение статуса участника ООО не всегда синхронизированы.

Природа доли в уставном капитале ООО

Участие в деятельности ООО является одним из самых распространенных способов реализации права на свободное использование своих способностей и имущества для

предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельностью (ст. 34 и ст. 35 Конституции РФ). Множество граждан являются обладателями долей в УК.

Практика показывает, что оборот долей весьма активен. Многочисленны иски о защите прав на доли в УК. И это несмотря на то, что более 10 лет сделки по отчуждению долей подлежат публично-правовому контролю путем их нотариального удостоверения (п. 11 ст. 21 Закона об ООО). Одна из причин обилия споров в этой области – сложная правовая природа доли в уставном капитале общества.

Экономически доля в УК является имущественным активом, юридически – объектом гражданских прав. Долгое время правовая природа этого объекта оставалась спорной. Легальная дефиниция доли отсутствует. Из закона следует лишь то, что доля, во-первых, определяет объем правомочий участника и, во-вторых, имеет номинальную и действительную стоимости (ст. 66, 67, 99 ГК РФ). Кроме того, по прямому указанию законодателя, участники ООО не имеют вещных прав на имущество общества (п. 3 ст. 48 ГК РФ), а потому доля в УК как объект гражданских прав не может иметь вещную природу.

Суды описывали долю в УК как «способ закрепления за лицом определенного объема имущественных и неимущественных прав и обязанностей участника общества», как имущественное право, имущественное обязательственное право и т.д. [освещение и критику подобных подходов см.: 1].

Рассмотрев немало обращений граждан по поводу конституционности норм, регулирующих правовой режим долей в УК, Конституционный Суд РФ определил правовую природу доли следующим образом: это комплекс прав и обязанностей (далее речь пойдет только о правах обладателя доли в УК, а сделанные выводы *mutatis mutandis* применимы и к его обязанностям), включающий как имущественные, так и неимущественные элементы [2].

Имущественные права участника ООО – это, в первую очередь, право на часть прибыли от деятельности общества и право на получение стоимости доли при ее отчуждении либо при ликвидации общества (ст. 67 ГК РФ). Неимущественные права участника ООО связаны, собственно, с участием в обществе и с управлением им. Эти права принято называть корпоративными (или правами участия): отношения, складывающиеся по поводу реализации корпоративных прав (и обязанностей), также называются корпоративными, и относятся к предмету гражданско-правового регулирования (ст. 2 ГК РФ).

Реализация имущественных прав с одной стороны и корпоративных с другой подчинена различной логике. Как для общества, так и для его участников безразлично, кто реализует имущественные права обладателя доли. Иное дело – корпоративные права. Личность их носителя, то есть лица, участвующего в управлении обществом, имеет существенное значение для его успешной деятельности. Этим объясняются, в частности, нормы ГК РФ и Закона об ООО, позволяющие на основе устава общества ограничить свободное отчуждение долей третьим лицам. Корпоративные права принадлежат тому, кто является участником ООО, и осуществляются им самостоятельно.

Между тем, на долю в УК как на объект гражданских прав, несмотря на все ее своеобразие, распространяются нормы о супружеской собственности. Приобретенная в период брака за счет общих доходов супругов доля является их общим имуществом (ст. 34 СК РФ). Это означает, что управление таким имуществом (владение, пользование и распоряжение) должно осуществляться супругами совместно (ст. 35 СК РФ).

Итак, доля в УК одновременно является и воплощением корпоративных прав, и объектом супружеской собственности. Очевидная двойственность правовой природы доли порождает противоречия в правовом регулировании отношений по ее поводу.

Как практика и доктрина подходят к разрешению конфликта между положениями корпоративного и семейного права?

Участие супруга участника ООО в управлении обществом

Принадлежность имущества нескольким лицам – обычное явление. Осуществление прав в отношении такого имущества подчиняется общей логике: каждый обладатель имущества вправе рассчитывать на уважение его права, а потому полномочия в отношении имущества осуществляются сообща.

Например, если вещь является общим имуществом супругов, то они совместно принимают решения как о владении и пользовании ею (об интенсивности эксплуатации, о необходимости ремонта и т. д.), так и о распоряжении вещью (совершении сделок с ней) (ст. 35 СК РФ). Способ подтверждения согласия супругов на совершение сделок может быть либо традиционным для общего имущества (оба супруга участвуют в сделке), либо специальным, рассчитанным на сделки с имуществом, находящимся в совместной собственности (сделку совершает один супруг, согласие же другого презюмируется, а в специальных случаях – подтверждается нотариально).

Участвовать в деятельности органов управления ООО (общего собрания участников, правления и т.д.) вправе только лицо, указанное в качестве участника в государственном реестре (далее – Закон о регистрации) [3]. Супруг участника ООО не вправе ни вместе с ним, ни вместо него участвовать в принятии решений органами управления общества. Супруг, не согласный с решением органа управления ООО, не вправе оспаривать его, хотя доля в уставном капитале принадлежит ему на права совместной с участником ООО собственности.

Коллективное (сообща) осуществление владельцами доли в уставном капитале корпоративных прав невозможно. Почему при осуществлении корпоративных прав не применяется традиционный подход к реализации прав на общее имущество?

Не трудно заметить, что нормы о владении, пользовании и распоряжении общим имуществом касаются управления вещами, обязательственными правами требования и т. д. От эффективности такого управления зависит судьба соответствующего объекта гражданских прав. Корпоративные же права реализуются в процессе управления делами общества, и от эффективности такого управления зависит судьба этого субъекта. Что бы ни утверждали сторонники идеи о том, что юридическое лицо – всего лишь целевое имущество [в 2014 г. в ст. 49 ГК РФ было внесено изменение: *руководитель юридического лица был объявлен его представителем (Федеральный закон от 05.05.2014 N 99-ФЗ). Эта неожиданная для российского правопорядка новелла не прижилась (отменена Федеральным законом от 29.06.2015 N 210-ФЗ) в первую очередь потому, что в результате оказалось невозможным применение норм разных отраслей (гражданского, трудового, административного и т. д.), ориентированных на то, что юридическое лицо является именно субъектом права, а не своеобразным объектом], отрицать существенные различия между управлением объектом с одной стороны и субъектом с другой вряд ли возможно. Достаточно сравнить характер споров о защите прав на общее имущество и споров о защите корпоративных прав.*

Круг лиц, имеющих возможность влиять на судьбу общества, действуя в составе его органов управления, не безразличен для участников ООО. На это указывают, как минимум, нормы, позволяющие участникам ограничить отчуждения долей в УК третьим лицам (ст. 21 Закона об ООО). Он не безразличен и для третьих лиц. Именно поэтому информация об участниках является публичной (ст. 5 Закона о регистрации).

Невозможность для супруга участвовать в обществе иногда объясняется тем, что участие, хотя и оплачено внесением общего супружеского имущества, «имеет личный характер» [4, с. 336]. Употребление этого термина применительно к доле в УК не должно вводить в заблуждение. Под личным характером прав в цивилистике традиционно понимают либо их неразрывную связь с управомоченным лицом (но доля сама по себе, а с нею и ее корпоративная составляющая, оборотоспособна), либо законный или договорный запрет на переход права к третьему лицу (но общим правилом является отсутствие такого запрета в отношении доли). Если воплощенные в доле корпоративные права и носят «личный характер», то только в одном смысле: их носителем может быть только одно лицо.

Итак, корпоративные права по своей природе не могут принадлежать нескольким лицам. Этим они отличаются от большинства объектов гражданских прав (права требования в обязательстве со множественностью лиц на стороне кредитора могут реализоваться этими лицами сообща; то же относится к вещам, находящимся в общей собственности; и т. д.). Корпоративные права способны к реализации участником общества, который всегда представлен единственным субъектом.

Поэтому супруг участника ООО не вправе претендовать на реализацию корпоративных прав, принадлежащих второму супругу. Его желание влиять на решения второго супруга по управлению обществом реализуется в неправовом поле. При этом супруг участника ООО сохраняет права на имущественную составляющую доли: на ее стоимость, а также на подлежащую выплате участнику ООО часть прибыли общества. В отношении корпоративной составляющей доли применяются нормы корпоративного законодательства, в отношении имущественной – нормы семейного права об общей собственности супругов.

Приобретение доли в уставном капитале общества в результате раздела супружеского имущества

Начнем с судебного раздела супружеского имущества. Очевидно, что суд может присудить входящую в его состав долю в УК любому из супругов, не считаясь с тем, кто из них является участником ООО. Означает ли такое решение, что супруг «победитель» на основании судебного решения приобретает статус участника общества?

Для случая, когда отчуждение долей в силу устава общества обусловлено получением согласия его участников, Верховный Суд РФ ответил на вопрос отрицательно. Решением суда о разделе имущества бывших супругов за Т. признано право на долю в УК. Т. направила обществу заявление с просьбой принять ее в состав участников либо выплатить ей стоимость доли. Не получив ответа, Т. обратилась к обществу с иском о взыскании стоимости доли. Суд удовлетворил требование, посчитав, что на основании решения суда Т. приобрела права участника общества, а потому оно обязано выплатить ей стоимость доли. Верховный Суд РФ направил дело на новое рассмотрение, указав следующее. Присуждение истнице доли в УК дает ей право обратиться к обществу с просьбой о вхождении в состав участников. Право же на получение стоимости доли возникнет у нее, только если в ее просьбе будет отказано [5]. Поскольку описанная спорная ситуация не регламентирована в российском законодательстве напрямую, Верховный Суд РФ предложил разрешить спор, применяя по аналогии (ст. 6 ГК РФ) нормы п. 5 ст. 21 Закона об ООО, регулирующие сходные отношения (отчуждение доли на основании сделки).

Приведенное решение Верховного Суда РФ подтверждает, что природа доли не меняется в зависимости от оснований ее приобретения. Решение о присуждении доли не является решением о признании за истцом статуса участника. Порядок приобретения этого статуса определяется уставом общества, а в части, не урегулированной уставом – законом.

Полагаем, что такая же логика должна применяться, если по уставу общества согласие его участников на отчуждение доли третьим лицам не требуется. И в этом случае приобретение статуса участника ООО возможно только с соблюдением положений устава и Закона об ООО (например, в части реализации участниками ООО преимущественного права покупки доли).

Нет оснований искать иное решение и в том случае, если раздел супружеского имущества осуществляется во внесудебном порядке на основании соглашения супругов (бывших супругов). Если положения устава и закона о вступлении в члены ООО не могут быть преодолены судебным решением, то тем более это не может быть сделано на основании частных волеизъявлений.

Иначе говоря, норма п. 2 ст. 21 Закона об ООО, устанавливающая, что отчуждение доли третьим лицам допускается только с соблюдением требований, предусмотренных указанным законом и уставом общества, должна носить универсальный характер и применяться независимо от оснований перехода доли к третьему лицу.

Переход доли в уставном капитале общества к третьим лицам на основании сделки

Сделка, в результате которой доля переходит к третьему лицу, является сделкой по распоряжению имуществом, а точнее, по его отчуждению. Распоряжение имуществом, находящимся в совместной супружеской собственности, традиционно может осуществляться одним из супругов. При этом согласие другого супруга на сделку презюмируется, а в случаях, перечисленных в законе, должно быть подтверждено нотариально (ст. 35 СК РФ). Поскольку для сделок по отчуждению долей установлена нотариальная форма, постольку согласие супруга на сделку должно быть удостоверено нотариусом (п. 11 ст. 21 Закона об ООО; п. 3 ст. 35 ГК РФ). Если доля отчуждена без согласия супруга участника ООО, такой супруг вправе требовать признания сделки недействительной [6].

Споры, связанные с реализацией прав на долю, находящуюся в супружеской собственности, лишний раз подчеркивают своеобразие этого объекта гражданских прав. Доля не есть простое соединение имущественной и корпоративной составляющих. Двойственность правовой природы доли не исключает ее целостность как объекта. Составляющие доли взаимодействуют между собой, и такое взаимодействие влияет на порядок реализации прав обладателя доли. Этот вывод иллюстрирует следующий спор.

Уставный капитал ООО был увеличен в два раза за счет введения новых лиц в состав участников, в результате чего доля супруга истицы уменьшилась в 2 раза (с 50% до 25%). Суд указал, что сделка по увеличению уставного капитала ООО привела к переходу половины доли супруга истицы к третьим лицам, то есть к такому же результату, к которому привело бы отчуждение этой доли, а потому она прикрывает сделку по отчуждению доли. Между тем, для отчуждения доли требуется нотариально удостоверенное согласие супруга участника ООО, которое в данном случае отсутствовало. Суд пришел к выводу о недействительности сделки, сославшись, помимо прочего, на недобросовестность новых участников ООО (они не могли не осознавать, что увеличение уставного капитала и перераспределение долей общества по существу являются действиями участника ООО по отчуждению части доли, находящейся в совместной собственности супругов) [7].

В контексте настоящей статьи это дело интересно выводом Суда о содержании права на долю в УК. Принимая решение, Суд не согласился с тем, что «имущественные права истицы не нарушены, поскольку стоимость доли ее супруга не уменьшилась». Тем самым Суд признал, что имущественные права участника измеряются не только стоимостью его доли, но и объемом его прав участия. При том, что объем доли в УК традиционно рассматривается как составляющая корпоративных прав участника.

Толкование норм об отчуждении долей в УК на основании договора не вызывает сложности на практике, что нельзя сказать об отчуждении доли путем выхода участника из общества.

Одной из гарантий свободы осуществления экономической деятельности является право участника ООО выйти из общества независимо от согласия других его участников, если это предусмотрено уставом общества (ст. 26 Закона об ООО).

После периода колебаний практика пришла к выводу, что заявление о выходе из общества – односторонняя сделка участника ООО, в результате совершения которой у общества возникает обязанность выплатить участнику стоимость его доли.

Поскольку заявление о выходе из общества влечет отчуждение доли обществу, в практике возник вопрос о том, требуется ли для выхода согласие супруга? Тем более, что заявление о выходе подлежит нотариальному удостоверению, а значит на него в соответствии с буквальным смыслом п. 3 ст. 35 СК РФ распространяется требование о необходимости получить нотариально удостоверенное согласие супруга выходящего из общества участника.

И в доктрине, и на практике до сих пор нет единой позиции по этому вопросу.

Ряд специалистов полагает, что выход участника из общества возможен только с согласия его супруга. Доля в УК, если она приобретена в браке, является общим имуществом супругов, а выход из общества ведет к утрате супругами этого имущества. Между тем, никто не может

быть произвольно лишен имущества (ст. 35 Конституции РФ). Дискутируя с оппонентами, сторонники такого подхода указывают на негодность довода о том, что «выход участника из общества не нарушает права его супруга, поскольку тот получает имущественный эквивалент доли». Если это верно, утверждают они, то придется с необходимостью согласиться с очевидно абсурдным выводом о том, что возмездное отчуждение любого общего имущества также не нарушает права супруга: ведь во всех подобных случаях он получает денежный эквивалент.

Суды, руководствуясь таким подходом [8], опираются на идею, сформулированную в свое время Высшим Арбитражным Судом РФ: выход из общества является распоряжением общим имуществом супругов и в отсутствие согласия супруга может быть им оспорен как сделка, противоречащая требованиям ст. 35 СК РФ [9].

Полагаем более убедительной иную точку зрения: на выход участника из общества не требуется согласие его супруга. В противном случае отсутствие согласия супруга вынуждает участника ООО осуществлять деятельность по управлению обществом. Между тем, в соответствии с Конституцией РФ (ст. 30, ст. 37) никто не может быть принужден к участию в тех или иных объединениях и к той или иной деятельности. Поэтому требование такого согласия нарушает конституционные права участника ООО. Важно и то, что цель выхода участника из общества - прекращение отношений членства, а не отчуждение имущества. Имущественные последствия являются дополнительным, побочным следствием выхода из общества. Конечно, если общество процветает, выход из него может быть экономически невыгоден в перспективе. Но, с юридической точки зрения, существующие на момент выхода участника из общества права его супруга не нарушаются, как не нарушаются они в случаях отказа в принятии его в состав участников ООО: он получает имущественный эквивалент доли. Реализовывать же корпоративные права он не мог и до выхода участника из общества. Супруг должен считаться с правом участника ООО на выход, как он вынужден считаться с имеющим те же последствия возможным исключением участника из общества (ст. 23 Закона об ООО).

Изложенная точка зрения находит поддержку в практике судов, которые констатируют, что права участника общества регламентируются нормами корпоративного, а не семейного законодательства. Такие права возникают из личного участия в обществе, и их реализация не может быть поставлена в зависимость от согласия супруга [10]. Выход участника из общества не нарушает права его супруга, а иск об оспаривании выхода в связи с отсутствием его согласия не подлежит удовлетворению [11].

Итак, в данном случае в конфликте семейного и корпоративного права приоритет нужно отдать последнему. Такой подход позволяет установить справедливый баланс интересов супругов, участников ООО и самого общества. Если же выход участника из общества действительно нарушает интересы супруга, то это будет означать либо притворность сделки, либо совершение ее в обход закона. В обоих случаях супруг сможет воспользоваться специальными мерами защиты (п. 3 и п. 4 ст. 1, ст. 10 и ст. 170 ГК РФ). По этому вопросу показательной является судебная практика: участник ООО с долей 100% принял в состав участников третье лицо и вышел из общества, получив стоимость доли; действия ответчиков (заявление третьего лица о приеме в ООО, решение единственного участника о приеме, заявление о выходе из ООО) признаны цепочкой притворных сделок, которая прикрывает сделку по отчуждению доли в размере 100% уставного капитала ООО; нотариально удостоверенное согласие супруги на совершение сделки не получено, сделка ничтожна [8; 12].

Права пережившего супруга в случае смерти участника ООО

Если доля в УК приобретена в браке, то на нее распространяются общие правила о влиянии смерти одного из супругов на правовой режим супружеского имущества. Совместная собственность вообще, и супружеская в частности, предполагает специальный субъектный состав. Поэтому смерть одного из собственников является юридическим фактом,

преобразующим режим собственности из совместной в долевую: в случае смерти одного из супругов пережившему супругу принадлежит $\frac{1}{2}$ доля в праве на общее имущество супругов (п. 4 ст. 256, ст. 1150 ГК РФ).

Таким образом, в случае ухода из жизни участника ООО половина его доли поступает в наследство, половина остается принадлежать пережившему супругу. Вопрос о принятии наследников и пережившего супруга (он чаще всего является и наследником) в состав участников общества решается на общих основаниях: они вправе подать обществу соответствующее заявление, а если вступление в общество в силу устава запрещено, либо обусловлено получением согласий, и они не получены, наследники и переживший супруг вправе требовать выплаты стоимости доли.

Реализация прав наследников не вызывает сложностей, что не скажешь о правах пережившего супруга. Дело в том, что в Законе об ООО урегулирован порядок перехода доли по сделке и по наследству с оговоркой, что такой переход может быть ограничен уставом общества (п. 2 и п. 8 ст. 21 Закона об ООО). Поэтому во множестве действующих уставов, по понятным причинам составившихся на основе текста Закона об ООО, предусмотрено только то, что согласие участников общества необходимо 1) для совершения сделок по поводу долей и 2) для перехода долей к наследникам. Приобретение пережившим супругом доли в результате изменения режима собственности не подпадает под указанные случаи. Поскольку положение о переходе доли только с согласия участников есть исключение из общего правила о свободном обороте долей, оно не должно толковаться расширительно или применяться по аналогии [13]. Поэтому участникам общества, получившим заявление пережившего супруга, придется принять его в свой состав. Конечно, толкование устава в целом может привести к иному решению. Но очевидно, что судьбу супружеской доли на случай смерти участника ООО целесообразно недвусмысленно определить в уставе общества.

Подведем итог

Во многих случаях супругу участника ООО приходится считаться с ограничением своих прав как обладателя доли в УК, поскольку корпоративные права не осуществляются совместно. Семейное законодательство, основанное на принципах взаимности и согласия супругов при разрешении всех вопросов (ст. 1 СК РФ), отступает перед корпоративным.

Однако такое положение нельзя рассматривать как неконституционное ограничение прав. Презюмируется, что, соглашаясь с направлением общих средств на приобретение доли в уставном капитале общества, супруг участника ООО соглашается с уставом общества и установленными уставом и законом ограничениями в осуществлении прав на супружеское имущество в виде доли в уставном капитале общества [2].

Список использованных источников:

1. Гонгало Б. М. Доля в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью как объект гражданского оборота / Проблемы развития частного права: Сборник статей к юбилею Владимира Саурсевича Ема. Отв. ред. Е.А. Суханов, Н.В. Козлова. М., 2011. Доступно в СПС «КонсультантПлюс».
2. Определение Конституционного Суда РФ от 3 июля 2014 г. N 1564-О. // Интернет-ресурс: <https://legalacts.ru/doc/opredelenie-konstitutsionnogo-suda-rf-ot-03072014-n-1564-o-ob/> (дата обращения – 28.08.2021 г.).
3. Федеральный закон от 08 августа 2001 г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей». // Интернет-ресурс: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_32881/ (дата обращения – 28.08.2021 г.).
4. Право собственности: актуальные проблемы / отв. ред. В.Н. Литовкин, Е.А. Суханов, В.В. Чубаров. - М.: Статут, 2008. - Автор главы – М.Л. Шелютто.

5. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 15.12.2020 г. № 308-ЭС20-11834 по делу № А22-6414/2017. // Интернет-ресурс: http://vsrf.ru/stor_pdf_ec.php?id=1951116 (дата обращения – 28.08.2021 г.).

6. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 17.05.2018 г. № 305-ЭС17-20998. // Интернет-ресурс: <https://legalacts.ru/sud/opredelenie-verkhovnogo-suda-rf-ot-17052018-n-305-es17-20998-po-delu-n-a40-1674852015/> (дата обращения – 28.08.2021 г.).

7. Определение Конституционного Суда РФ от 27.03.2018 г. № 676-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Букатиной Елены Валерьевны на нарушение ее конституционных прав пунктом 3 статьи 17 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью».

8. Определение Верховного Суда от 09.01.2020 г. № 305-ЭС19-23320. // Интернет-ресурс: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ARB&n=614163#E0URMhS9G6wkGhkd> (дата обращения – 28.08.2021 г.).

9. Постановление Президиума Высшего арбитражного суда (ВАС) РФ от 21.01.2014 N 9913/13. // Интернет-ресурс: <http://www.vsrfr.ru/documents/arbitration/17457/> (дата обращения: 28.08.2021 г.).

10. Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 14 ноября 2012 г. по делу № А33-18938/2011. // Интернет-ресурс: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=RAPS003&n=24189#4IGWMhSWwC1XUAYc2> (дата обращения: 28.08.2021 г.).

11. Обобщение судебной практики по спорам, связанным с применением законодательства об обществах с ограниченной ответственностью, утверждено постановлением Президиума Арбитражного Суда Республики Марий Эл № 19 от 11.11.2014 г. // Интернет-ресурс: <https://mari-el.arbitr.ru/files/pdf/OOO.pdf> (дата обращения: 28.08.2021 г.).

12. Определение Верховного Суда РФ от 8 августа 2019 г. № 304-ЭС19-13433. // Интернет-ресурс: <https://legalacts.ru/sud/opredelenie-verkhovnogo-suda-rf-ot-08082019-n-304-es19-13433-po-delu-n-a27-32852018/> (дата обращения: 28.08.2021 г.).

13. Информация «Конституционно-правовые аспекты совершенствования правоприменительной деятельности (на основе решений Конституционного Суда Российской Федерации 2016 - 2018 годов)» (одоброено решением Конституционного Суда РФ от 25.10.2018). // Интернет-ресурс: http://www.ksrf.ru/ru/Info/Maintenance/Informationks/Pages/AspektsKS_2018.aspx (дата обращения: 28.08.2021 г.).

Х.-Й. Шрамм

КОРПОРАТИВНОЕ УПРАВЛЕНИЕ В ПРЕДПРИЯТИЯХ С ГОСУДАРСТВЕННЫМ УЧАСТИЕМ

1. Введение

Тема дальнейшего развития корпоративного права продолжает оставаться в центре внимания в Казахстане, что впечатляюще продемонстрировал профессор Карагусов в своем материале для данного тома [1]. В пункте 4 он обращается к праву хозяйственных обществ. Здесь он рассматривает вопрос о цели, ради которой создаются такие компании, и исследует вопрос о том, исчерпывается ли она получением прибыли.

Этот вопрос будет рассмотрен и изучен далее. Отправной точкой является различие между государственными и частными предприятиями. Это различие можно определить, прежде всего, по организационно-правовой форме. В соответствии с этим, «государственными»

являются только те предприятия, которые были созданы в организационно-правовой форме, закрепленной только за государством. К ним относятся, например, унитарные предприятия, казенные предприятия и, в других странах, так называемые юридические лица по публичному праву.

Кроме того, существует еще одно определение, которое основано не на формальном, а на материальном критерии. Согласно этому определению, которое отстаивает, в частности, ОЭСР, государственное предприятие (ГП) существует всегда, независимо от его организационно-правовой формы, если государство может оказывать доминирующее влияние на управление предприятием [2]. Согласно этому определению, акционерные общества и общества с ограниченной ответственностью также подпадают под понятие государственного предприятия, поскольку государство может оказывать контролирующее влияние на предприятие прямо или косвенно, например, в форме холдинговой компании. Также не имеет значения, на каком уровне государственного управления происходит влияние государства. В Германии, например, большинство государственных предприятий находятся на уровне муниципалитетов.

Значение ГП по-прежнему велико, особенно в странах с переходной экономикой, а влияние государства на экономику возросло и в западных странах на фоне пандемии. В своем «Отчете о переходном периоде 2020-2021» ЕБРР описывает, что во всех странах с переходной экономикой все еще существует большая сфера государственной экономической деятельности [3, гл. 2, 36 (40)]. Согласно этому отчету, в Казахстане, например, почти 40 % работников заняты в государственном секторе, и из них половина - на государственных предприятиях. Это по сравнению с чуть более чем 10 % работников в Германии. Секторами, в которых ГП работают исключительно или в конкуренции с частными компаниями, даже в западных странах являются государственные службы, такие как энергетика, водоснабжение, транспорт, телекоммуникации и банковский сектор, а также здравоохранение и образование. Во многих странах, обладающих недрами, их эксплуатация также возложена на государственные предприятия. Кроме того, многие предприятия промышленности также принадлежат государству [3, гл. 2, 36 (41)].

Дискуссия о том, как повысить эффективность компаний, ведется с 1970-х годов под рубрикой корпоративного управления. Принципы корпоративного управления, разработанные ОЭСР, приобрели международное значение [4]. В связи с этим возникает вопрос, можно ли перенести эти принципы в неизменном виде на государственные предприятия. ОЭСР ответила на этот вопрос, рекомендуя, с одной стороны, принять общие принципы, но в то же время разработала дополнительные специальные принципы корпоративного управления для компаний с государственным участием [5]. Эти рекомендации привели к разработке специальных кодексов корпоративного управления для публичных компаний в некоторых странах, включая Германию [6] и Казахстан [7].

2. Основы корпоративного управления

Основы корпоративного управления для частных предприятий, ориентированных на получение прибыли, были разработаны ОЭСР [4] и научными кругами [8; 9] на сравнительной основе и не нуждаются в подробном изложении здесь. Задача заключается в наилучшем структурировании правовых отношений между различными лицами и органами, участвующими в деятельности компании. С одной стороны, это касается, в частности, прав и обязанностей акционеров (инвесторов), как индивидуальных, так и по отношению к представляющему их органу - собранию акционеров. В рекомендациях ОЭСР и других авторов не в последнюю очередь подчеркивается защита миноритарных акционеров.

С другой стороны, права и обязанности исполнительного органа более подробно рассматриваются в разделе «Корпоративное управление». Вопросы регулирования, охватываемые термином «корпоративное управление», можно описать, с одной стороны, как взаимоотношения между исполнительным органом и акционерами. В данном случае проблема

возникает из-за того, что исполнительный орган имеет юридические полномочия распоряжаться чужими активами (так называемый конфликт принципала и агента). Это порождает определенные риски, которые должны быть минимизированы с помощью соответствующих организационных и процедурных правил. Цель этих правил заключается в том, чтобы подвергнуть членов исполнительного органа соответствующему контролю до совершения действий посредством требований о получении разрешения [на осуществлении определенных действий] до (ex ante) и после (ex post), например, посредством привлечения к личной ответственности. Спорным является вопрос о том, чьей задачей является этот контроль исполнительного органа; задачей акционеров, специального контролирующего органа (наблюдательного совета, ревизионной комиссии) или членов совета директоров как органа управления, так что последний в конечном итоге контролирует сам себя.

С другой стороны, рекомендации ОЭСР также связаны с советом директоров [4, гл. VI]. Эта так называемая модель одноуровневого совета директоров, распространенная в основном в англосаксонских странах, подчеркивает сотрудничество членов совета директоров в управлении компанией. Совет директоров, состоящий как из исполнительных, так и неисполнительных членов, призван обеспечить надлежащий надзор за исполнительным органом с точки зрения его состава, функционирования и полномочий. Для улучшения работы Совета предлагается создать комитеты. Так называемые независимые директора также должны играть важную роль. Эти директора в силу своего личного и профессионального опыта должны давать гарантию того, что они осуществляют надзорную функцию независимо и исключительно в интересах предприятия. В результате совет директоров должен контролировать сам себя.

Двухуровневая модель, которой отдают предпочтение на европейском континенте, отличается от вышеупомянутой модели одноуровневого совета наличием организационно и персонально отдельного надзорного органа (наблюдательного совета) [10, гл. 4 § 1, 2; 11, гл. XI]. В этой второй модели функция мониторинга находится на переднем плане.

Центральным содержанием корпоративного управления является адекватное регулирование как организации и деятельности самих этих органов, так и их взаимных прав и обязанностей. Центральное значение в этом контексте имеют нормативные акты, в соответствии с которыми определенные юридические сделки исполнительного органа подлежат оговорке об одобрении другими органами. Кроме того, правила корпоративного управления содержат нормы по защите миноритарных акционеров по отношению к большинству акционеров и по поддержанию прозрачности по отношению к третьим лицам.

В настоящее время эти принципы в значительной степени реализованы в соответствующих законодательных положениях о хозяйственных обществах частного права, в частности, в законах о акционерных обществах. Именно по этой причине одна из рекомендаций заключается в том, что государственные предприятия также должны быть организованы в правовых формах частного права. Эта рекомендация оправдана постольку, поскольку означает, что описанные механизмы контроля применяются и на государственных предприятиях.

С другой стороны, необходимо учитывать, что государственные предприятия имеют различные особенности.

3. Особенности предприятий с государственным участием

3.1 Какова цель государственного предприятия?

Почему существуют государственные предприятия? Целью экономической деятельности является удовлетворение потребностей населения. Согласно преобладающей в западных странах теории, эта цель будет лучше достигнута, если эта деятельность будет передана частным предпринимателям (теоретические основы были заложены в работах А. Смита «Исследование природы и причин богатства народов» (1776 г.) и К. Хайека «Конституция

свободы» (1960 г.) [29; 30]. Верно, что целью частного предприятия является, прежде всего, получение прибыли. Но эта погоня за прибылью экономически желательна, поскольку прибыль является показателем спроса, и в результате ограниченные ресурсы направляются в те сферы, которые лучше всего служат цели удовлетворения потребностей. Задача государства состоит лишь в том, чтобы обеспечить подходящие рамки для экономической деятельности предприятий и обеспечить функционирование рынков. Отсюда следует, что государство в принципе не должно заниматься предпринимательской деятельностью, а его задача ограничивается мониторингом и регулированием рынков.

Это оставляет открытым вопрос о том, с какой целью вообще следует создавать государственные предприятия [2, гл. I]. В немецком законодательстве соответствующая формулировка гласит, что государство должно участвовать в предприятии в организационно-правовой форме частного права только в том случае, *"если существует важный интерес федерального правительства и цель, к которой стремится федеральное правительство, не может быть достигнута лучше и экономичнее другим способом"* [12, § 65].

В Казахстане идея о том, что государственные предприятия должны создаваться только для конкретных целей, также содержится в законе [13, ст. 133]. Однако он ограничен предприятиями в специальной организационно-правовой форме. Согласно этому, государственные предприятия необходимы только в тех сферах, где частный сектор не справляется с задачей обеспечения населения необходимыми товарами и услугами по разумным ценам. К ним относятся, например, уже упомянутые области энергоснабжения, водоснабжения, транспорта и телекоммуникаций. В то же время статья 166 Закона Республики Казахстан о государственном имуществе, регулирующая приобретение акций и паев государством, не содержит каких-либо сопоставимых ограничений.

Сомнительно, что получение доходов в бюджет может быть допустимой целью государственного предприятия. На самом деле, следует отметить, что в России, Азербайджане и Казахстане, например, государственные компании в сырьевом секторе вносят значительную долю в финансирование бюджета [14, с. 32]. Тем не менее, идея о том, что бюджет должен финансироваться в основном за счет налоговых поступлений, и что добыча сырья может быть оставлена компаниям, принадлежащим частным лицам, может быть применена и к этому сектору. Однако необходимым условием здесь также является соответствующее регулирование, например, для защиты работников и окружающей среды.

3.2 Необходимость отдельной организационно-правовой формы для государственных предприятий?

Яркой особенностью, особенно в тех государствах, правовое развитие которых происходило под влиянием советского права, является существование специальных правовых форм для государственных коммерческих предприятий в виде унитарных предприятий. В их основе лежит фундаментальная идея отделения права собственности на средства производства от права их использования. При этом продолжает действовать социалистическая догма о «государственной собственности на средства производства». Это понятие утратило свою функцию в рыночной экономике, поскольку в конституционном порядке господство над средствами производства уже не осуществляется исключительно через собственность. Отправной точкой государственного контроля является всестороннее регулирование экономической деятельности таким образом, чтобы обеспечить надлежащее соблюдение общественных интересов. Как форма организации, унитарные предприятия, как пишет профессор Суханов, «не имеют перспективы» [10, п. 7, § 2]. Это не означает, что нет необходимости в особых правовых формах публичного права. Все обстоит с точностью до наоборот. Но проблема регулирования здесь заключается не столько в вопросе собственности, сколько в финансировании и ответственности по долгам юридического лица. Для выполнения этой функции в России и Казахстане сложилась правовая форма государственной корпорации (казённые предприятия) [10, п. 8, § 4]. В принципе, однако, ничто не мешает государственным

предприятиям быть организованными в организационно-правовой форме акционерного общества или общества с ограниченной ответственностью.

3.3 Проблема финансирования государственных предприятий.

В то время как частные предприятия ориентированы на получение прибыли и ликвидируются в случае неудачи, государственные предприятия сосредоточены на выполнении государственной задачи, независимо от получения прибыли. Соответственно, они часто полностью или частично финансируются из бюджета.

С одной стороны, это порождает вопросы бюджетного права, особенно в отношении процедуры учета будущих расходов на ГП при составлении бюджета, и того, как фактические расходы на ГП, будь то субсидии, беспроцентные кредиты или что-то подобное, становятся прозрачными в бюджете [15, с. 40].

Однако, с другой стороны, существуют особые риски со стороны предприятия. Если нет необходимости генерировать прибыль и размер дохода компании основан на расходах за счет трансфертов из бюджета, это снижает давление на компанию, чтобы она работала экономично. Это приводит к значительным рискам для государственных бюджетов [16]. Но даже если государственные предприятия генерируют прибыль, здесь существуют риски, поскольку предприятие не может принимать решения об ее использовании на свою ответственность, т.е. в соответствии с предпринимательскими критериями. Здесь существует риск того, что по фискальным причинам прибыль отбирается у компаний в такой степени, что ослабляет их инновационную мощь. Или они обременены «благотворительными задачами», которые отвечают общественным интересам и поэтому должны оплачиваться из бюджета.

3.4 Политическое влияние.

Если в случае с частными компаниями акционеры стремятся увеличить свое частное состояние, то в случае с государственной компанией государство обычно является единственным акционером. Его представляют лица, которые должны действовать в интересах государства. В этом контексте может случиться так, что политическое влияние используется для достижения целей, отличных от интересов предприятия. Наиболее очевидным является оказание влияния на разработку цен на продукцию или услуги. Это может быть основано на экономических соображениях с целью покрытия расходов. Или же она может быть основана на социальных и политических соображениях, так что в итоге затраты на производство уже не покрываются. Другие типичные примеры политического влияния в ущерб компании - когда перед компанией ставятся социальные задачи, не имеющие ничего общего с ее предназначением, или инвестиции осуществляются в местах, которые в первую очередь служат региональному развитию. Или же по политическим причинам преследуются другие интересы, например, сохранение рабочих мест, даже если это не может быть оправдано экономическими соображениями. Наконец, политические соображения могут быть решающим фактором при выборе членов руководящих органов, а не квалификация кандидата.

3.5 Согласование бухгалтерского учета и раскрытия информации.

Если в частных компаниях целью бухгалтерского учета является предоставление максимально точной информации о том, способна ли компания получать прибыль с учетом всех расходов, то в государственных предприятиях основной задачей часто является обеспечение платежеспособности компании. Другими словами, стандарты бухгалтерского учета различаются, и даже в западных странах процесс приведения бухгалтерского учета в государственном секторе в соответствие со стандартами учета и прозрачности частных компаний в настоящее время только начинается [17].

3.6 Отсутствие конкуренции.

Одной из основных причин, по которой (пока) рыночная экономика оказалась более эффективной, чем экономика с централизованным управлением, является конкуренция. Это заставляет компании предлагать свои товары и услуги как можно более эффективно. В отличие от этого, в случае монополии такой стимул отсутствует. Это позволяет сделать вывод, что один из способов повышения эффективности государственных предприятий - подвергнуть их конкуренции с другими предприятиями.

Этому иногда противопоставляют аргумент о том, что в определенных ситуациях сохранение монополий имеет экономический смысл, например, в случае трубопроводного транспорта. Однако этот аргумент можно опровергнуть тем, что можно разделить различные виды деятельности, такие как эксплуатация сетей (например, линий электропередач, газопроводов, рельсов) и их использование. Этот путь был пройден в Европейском Союзе. Там ЕС обязал государства-члены либерализовать различные рынки, на которых государственные компании ранее действовали как монополии. К ним относятся рынки почтовых услуг, энергетики, железнодорожного транспорта и телекоммуникаций. Это означает, что хотя государства-члены не были обязаны приватизировать эти государственные предприятия, они были обязаны разделить виды деятельности, осуществляемые монополиями, и допустить конкурирующих поставщиков на образовавшиеся рынки. Хотя результаты этой политики либерализации не лишены противоречий, они привели к снижению цен на некоторых рынках, в частности, на рынке телекоммуникаций, что является положительным с точки зрения потребителя [18]. С другой стороны, необходимо учитывать, что либерализация рынка изначально регулярно приводит к ухудшению финансового положения государственных предприятий [19]. Этот эффект усиливается, если государственные предприятия подвергаются конкуренции с частными предприятиями, но в то же время обязаны выполнять определенные задачи в общественных интересах на уровне, не покрывающем затраты.

С другой стороны, конкуренция также может быть искажена за счет предпочтения ГП перед частными конкурентами, например, при проведении тендеров или доступе к кредитам. В академической дискуссии предпринимаются попытки решить эту дилемму с помощью концепции «конкурентного нейтралитета» государственных предприятий [20]. Основная идея этой концепции заключается в обеспечении честной конкуренции между государственными и частными предприятиями путем разделения различных видов деятельности государственного предприятия, по крайней мере, с точки зрения бухгалтерского учета. В этом случае государственные услуги могут быть получены предприятиями только в той мере, в какой они необходимы для покрытия расходов, возникающих при выполнении услуг в общественных интересах.

3.7 Неадекватные механизмы внутреннего и внешнего контроля.

В частной компании контроль над управлением осуществляют акционеры. Они заинтересованы в том, чтобы следить за эффективным использованием денег, которые они инвестируют. В государственном предприятии представители государства как акционеры контролируют исполнительный орган. Это также часто приводит к менее строгому управленческому контролю. Кроме того, поскольку акции этих компаний не торгуются на рынке капитала, отсутствует контроль над оценкой стоимости акций на фондовом рынке. С этим связан вопрос о проверке балансовых отчетов внешними аудиторами. Это обязательно для компаний, зарегистрированных на фондовой бирже. Как показало исследование МВФ, более слабые механизмы контроля являются одной из причин того, что государственные предприятия более подвержены коррупции, чем частные [21].

4. Возможные реакции законодателя

В частности, ОЭСР [22], а также Всемирный банк [23] и Европейский Союз [24] внесли предложения, основанные на опыте своих стран-членов, о том, как противостоять рискам, описанным выше. Некоторые из них будут представлены ниже.

4.1 Принятие правовых форм частного права.

Во всем мире наблюдается тенденция к организации государственных предприятий исключительно или преимущественно в правовых формах частного права [25]. Это означает, что проверенные на практике формы организации предприятий, особенно в отношении их внутреннего контроля и формы бухгалтерского учета, переносятся на государственные предприятия. В то же время эти правовые формы позволяют привлекать капитал на рынках капитала.

4.2 Компетентность для выполнения функции собственника.

На фоне избежания конфликта интересов и цели приобретения опыта путем концентрации осуществления полномочий собственника прослеживается тенденция к созданию центральных органов для осуществления функции собственника [23, с. 19]. В то время как Германия по-прежнему придерживается так называемой двойной модели, в которой обязанности разделены между специализированным министерством и министерством финансов, в Казахстане было создано централизованное учреждение - Фонд "Самрук-Казына", которое отвечает за управление пакетами акций и организовано в правовой форме акционерного общества [26]. Права акционера в этом акционерном обществе осуществляются государством. В категории централизованных административных структур Казахстан, таким образом, следует типу подчиненной власти.

4.3 Разделение функций регулирования и собственности.

Исторически одной из причин создания государственных предприятий было преследование политических целей, например, при установлении цен или предоставлении услуг населению в отдаленных районах. Тем временем инструменты законодателя стали более изощренными. В настоящее время современные методы регулирования рынков позволяют достичь вышеупомянутых целей политики, не требуя владения соответствующей компанией. Задача по реализации целей политики теперь лежит на органах надзора и регулирования, ответственных за конкретные рынки. С другой стороны, такое разделение функции регулирования позволяет освободить государственные предприятия от этой задачи и управлять ими исключительно по предпринимательским критериям. Задачи, которые эти предприятия должны решать в общественных интересах, вытекают из общих правил, применимых ко всем. По этим причинам ОЭСР рекомендует четкое организационное и кадровое разделение функции регулирования и функции надзора [2, гл. III а].

4.4 Укрепление органов внутреннего контроля.

Одной из центральных тем ОЭСР и дискуссии о корпоративном управлении в целом является цель улучшения внутреннего надзора за деятельностью исполнительного органа [2, гл. VII]. С одной стороны, здесь действуют положения об организации, деятельности, правах и обязанностях надзорного органа, которые относятся ко всем компаниям [23, с. 33]. Все большее значение придается роли комитетов по аудиту. В государственных компаниях выбор членов органов также играет особую роль, так как в этот момент особенно часто проявляется политическое влияние. Международным стандартом в этом отношении являются общие

положения о требованиях и порядке отбора членов органов управления [22, гл. 7]. Соответственно, включение представителей государства в органы управления государственной компании оправдано только в том случае, если компания выполняет важные задачи в общественных интересах [23, с. 28].

4.5 Прозрачность.

Независимо от того, государственная это компания или частная, прозрачность компании является одной из характеристик хорошего корпоративного управления [4, гл. VI]. Поэтому целью государственных компаний должно стать приведение их правил бухгалтерского учета и отчетности в соответствие с теми, которые применяются к компаниям, разместившим свои акции на рынке капитала [2, гл. VI; 23, с. 35]. Это касается как содержания публикуемой информации, включая консолидированную отчетность в случае групп компаний, так и вопроса проверки внешними аудиторами. Кроме того, существует необходимость в общей отчетности, которая выходит за рамки финансовой отчетности [23, с. 38].

4.6 Критерии эффективности.

Одной из особых проблем государственных предприятий является измерение эффективности их деятельности. Прибыль как критерий здесь не подходит, так как государственное предприятие не может быть строго ориентировано на прибыль, учитывая его предназначение. Для преодоления этих трудностей частично прибегают к средствам согласования результатов, которые должны быть достигнуты между собственником и руководством [22, с. 33], а также к сравнению предприятий. Это требует подготовки данных о компании на стандартизированной основе, такой, как введена в Германии в 2017 году [22, с. 23].

4.7 Аудит и контроль.

В международном сравнении, тенденция заключается в том, чтобы подвергать государственные компании внешнему аудиту независимыми аудиторами так же, как и компании, зарегистрированные на бирже [23, с. 48]. Однако в некоторых странах ГП также подлежат контролю со стороны аудиторских бюро и парламентских комитетов [23, с. 58].

4.8 Конкуренция.

Создание и регулирование конкуренции между государственными и негосударственными предприятиями на основе нейтралитета остается одной из задач государственной экономической политики [27]. Хотя цель создания конкуренции признается, сложность правильного распределения затрат, связанных с предоставлением отдельных услуг, остается.

4.9 Борьба с коррупцией.

ОЭСР, в частности, обратила свое внимание именно на борьбу с коррупцией в ГП [28]. В нем рекомендуется организовать государственные предприятия таким образом, чтобы предотвращать, выявлять и наказывать коррупцию. В частности, он рекомендует компаниям разработать внутренние правила поведения для определенных ситуаций, включая порядок действий в случае конфликта интересов, процедуру приглашения к участию в тендерах, спонсорскую деятельность или проверку договорных партнеров. Они должны сопровождаться организационными мерами, такими как создание ответственного органа, который отвечает за получение информации и может проводить расследования.

Список использованных источников:

1. Карагусов Ф.С. О необходимости проведения реформы системы юридических лиц и восприятия концепции социальных предприятий в Республике Казахстан. https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=32474621#pos=6;-106
2. OECD (2015), OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, 2015 Edition, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264244160-en>.
3. EBRD Transition Report 2020-2021 Chapter 2 'State owned enterprises'; 36 (40); <https://2020.tr-ebd.com>
4. OECD (2015), G20/OECD Principles of Corporate Governance, OECD Publishing, Paris. - <http://dx.doi.org/10.1787/9789264236882-en>
5. Recommendation of the Council on Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises OECD/LEGAL/0414; <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0414>
6. Principles of Good Corporate Governance and Active Management of Federal Holdings https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/EN/Standardartikel/Press_Room/Publications/Brochures/principles-good-corporate-governance.pdf
7. Типовой кодекс корпоративного управления в контролируемых государством акционерных обществах, за исключением Фонда национального благосостояния Утвержден приказом Министра национальной экономики Республики Казахстан от 5 октября 2018 года № 21.
8. Kraakman et al. The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach, 3rd ed., 2017, § 2 Agency problems and legal strategies.
9. Gordon/ Ringe (ed.). The Oxford Handbook of Corporate law and Governance (2018).
10. Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право "Статут", 2014.
11. Шиткина И.С. (ред.). Корпоративное право. Учебник. Том 1, (2019).
12. Gesetz über das föderale Budget.
13. Gesetz über das staatliche Vermögen der Republik Kasachstan.
14. IMF Working Paper WP/20/130. *Alves et al.* Public Sector Balance Sheet Database: Overview (2020), p. 32.
15. Vgl. OECD (2014), Financing State-Owned Enterprises: An Overview of National Practices, OECD Publishing; p. 40 ss.
16. IMF Working Paper WP/20/213 *Baum et al.* Managing fiscal risks from state owned enterprises (2020).
17. 'International Public sector Accounting', <https://www.ipsas.org> und European public sector accounting standards. <https://ec.europa.eu/eurostat/web/epsas>.
18. Kurt. Privatisierung/Deregulierung/Marktverfassung: Die Sicht der Regulierungsbehörde, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 2003 4(3): 341–358.
19. Parker. Privatization in the European Union, in: *Parker/ Saal International Handbook on Privatization*, Edward Elgar 2003, p. 105 (119).
20. OECD Competitive Neutrality: Maintaining a level playing field between public and private business (2012).
21. IMF Working Paper WP/19/253 *Baum et al.* Governance and state owned enterprises: how costly is corruption?
22. OECD (2020), Implementing the OECD Guidelines on Corporate Governance of State-owned enterprises: Review of recent developments, OECD publishing; <https://doi.org/10.1787/4caa0c3b-en>.
23. Worldbank: Corporate Governance of State-owned enterprises in Europe and Central Asia (2020).
24. European Commission, State-owned enterprises in the EU: lessons learnt and ways forward in a post-crisis context (2016).

25. OECD (2016), Risk Management by State-Owned Enterprises and their Ownership, OECD Publishing; <http://dx.doi.org/10.1787/9789264262249-en> .
26. Gesetz über den Sovereign Wealth Fund vom 1.2.2012. // <https://www.sk.kz>.
27. OECD (2018), Ownership and Governance of State-Owned Enterprises: A Compendium of National Practices, chapter 2.
28. OECD (2018) State owned enterprises and corruption: What are the risks and what can be done? OECD publishing; <https://doi.org/10.1787/9789264303058-en> .
29. Smith A. An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations (1776).
30. Hayek K. Verfassung der Freiheit (1960).

Е.В. Кохановская

ПРАВО НА ИНФОРМАЦИЮ В КОРПОРАТИВНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЯХ В АСПЕКТЕ РЕФОРМИРОВАНИЯ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА УКРАИНЫ

В Книге второй Гражданского кодекса Украины (далее - ГК Украины) [1] право на информацию является одним из личных неимущественных прав среди значительного перечня других личных неимущественных прав, закрепленных в Книге второй, и которому не лишним будет посвятить еще не один десяток публикаций. Среди классических природных прав физического лица – права на жизнь, права на личную неприкосновенность, на свободу и т.п., все чаще встречается - отдельно или как дополнение к основному - право на информацию, без которого современный человек оказывается беззащитным и не имеет возможности выбора, свободы, реализации. В этом – причина того, что право на информацию еще в прошлом столетии заняло главенствующее место в жизни каждого человека и вместе с правом на жизнь, здоровье и свободу стало наиболее востребованным сегодня.

Неимущественные и имущественные права корпоративного вида возникают после создания соответствующего юридического лица, между тем, первое, что следует отметить – это то, что в законодательстве Украины до сих пор отсутствует четкое определение корпорации, при этом ГК Украины вообще не оперирует таким понятием, поэтому пустующую нишу заполняет определение корпорации в Хозяйственном кодексе (далее - ХК Украины) [2] - как договорного объединения, созданного на основе производственных, научных и коммерческих интересов предприятий, которые объединились с делегированием ими отдельных полномочий для централизованного регулирования деятельности каждого из участников органов управления корпорации (ч. 3 ст. 120 ХК Украины), причем характерно, что в данном случае подразумевается гражданско – правовой договор как основание возникновения именно хозяйственного объединения, а не корпоративных прав.

По мнению отечественных цивилистов, «сложилась парадоксальная ситуация, когда в законодательстве используются термины «корпоративные права» и «корпоративные отношения», но нет нормативного определения «корпорации» или «юридического лица корпоративного типа». В результате такого положения правового регулирования осуществление корпоративных прав упирается в сложности, которые не удастся преодолеть при рассмотрении корпоративных споров и... объяснить корпоративные правоотношения и корпорации [3, с. 39]. Таким образом, само понятие корпорации остается дискуссионным в доктрине как корпоративного права, так и гражданского. Можно согласиться с тем, что «неразрешенность этого вопроса предопределяет существование разных точек зрения относительно предмета регулирования корпоративного права – это общественные отношения, которые возникают в связи с созданием, деятельностью и ликвидацией любых юридических лиц независимо от организационно – правовой формы или только определенных организационно – правовых форм юридических лиц» [4, с. 203].

Если вести речь о праве на информацию в корпоративных правоотношениях, то следует отметить, прежде всего, что сами корпоративные права можно рассматривать как целый комплекс – не только личных неимущественных, имущественных и управленческих, но и информационных прав во всей их полноте, а это в значительной степени влияет на корпоративные отношения в целом, на их регулирование, на охрану, формы и способы защиты соответствующих прав в случае их нарушения. Причем охрана последних осуществляется по определенной схеме: получение лицом информации о соответствующем корпоративном образовании и его основателях; всесторонний анализ полученной информации, принятие решения о вступлении в такое образование, выбор форм и способов, времени для надлежащей охраны своих прав и, в случае необходимости, обращение за защитой.

В свою очередь, реализация предоставленных участникам информационных полномочий должна рассматриваться не только с точки зрения исключительно личных интересов, но и интересов корпоративного образования в целом, что находит свое объяснение в доктрине и практике как соблюдение обязанности действовать добросовестно по отношению к юридическому лицу. Именно добросовестность как принцип и механизм реализации информационных прав будет также играть роль побудительного момента в том, чтобы принимать участие в общих собраниях, истребовать только необходимые документы, не разглашать их содержание и прочее. Об эффективности такой практики свидетельствует зарубежный опыт, в частности так называемая «обязанность лояльности», известная законодательству большинства европейских государств. Так, например, согласно § 8 (1) Закона Австрийской Республики «О товариществах с ограниченной ответственностью» в уставе могут быть предусмотрены неимущественные обязанности участников с определением объемов их исполнения и условиями компенсации за невыполнение [5].

Ст. 15 ГК Украины предоставляет каждому лицу право на защиту своего гражданского права и интереса в случае его нарушения, непризнания или оспаривания. При этом нарушения гражданских прав проявляются, прежде всего, в неисполнении юридической обязанности, которая предусмотрена законом, договором или требованиями, которые обычно предъявляются. Таким образом, сама возможность использования предусмотренных законом способов охраны и защиты субъективных прав является составляющей его содержания.

Важно отметить, что для уполномоченного лица право на охрану и защиту проявляется двояко – не только как собственно право, но и как гарантия, которая является мерой и видом возможного поведения уполномоченного лица, которое уже приобрело или имеет намерение приобрести корпоративные права, в том числе – действовать соответствующим образом в случае его нарушения или угрозы нарушения. Право на охрану корпоративного права в широком смысле реализуется лицом, например, при вступлении в корпорацию – когда речь идет о законном требовании этого лица ознакомиться с программными и прочими документами организации, о получении информации об основателях, в том числе бенефициарных. А поскольку в корпоративных правоотношениях находят проявление диспозитивные основы гражданского права, лицо, чьи права нарушаются, может использовать соответствующие способы защиты или отказаться от защиты своих прав, сославшись на ст. 20 ГК Украины, в соответствии с которой право на защиту лицо осуществляет по собственному усмотрению, а неосуществление лицом права на защиту не является основанием для прекращения нарушенного гражданского права, кроме установленных законом случаев.

В судебной практике украинских судов можно найти немало примеров дел, связанных с неисполнением корпорацией своей обязанности предоставить участнику по его требованию информации о деятельности корпорации или непредоставлением доступа к ней.

Так, в постановлении Кассационного хозяйственного суда по делу № 904/3679/17 от 26 июня 2018 г. [6], в котором участник общества с ограниченной ответственностью с долей в уставном капитале в размере 3,5%, что в сумме составляет 700 грн. (далее – Участник или Истец), обратился в хозяйственный суд с иском к обществу с ограниченной ответственностью «Холдинг компания «Интернет» (далее в этой статье – Общество или Ответчик) о предоставлении Истцу надлежащим образом заверенные копии годовых отчетов Общества,

заверенные копии отчетов о финансово – хозяйственной деятельности Общества, заверенные копии протоколов общих собраний участников Общества и засвидетельствованные копии протоколов общих собраний участников Общества, засвидетельствованные выписки из книги протоколов за 2011 – 2016 года. Истец ссылался на статьи 82, 87, 88, 116, 143 ГК Украины, статьи 4 и 10 Закона Украины «О хозяйственных обществах» [7] и пункт 4.1 Устава Общества, согласно которого для участников Общества предусмотрено право получать информацию о деятельности Общества, а Общество на требование участника обязано предоставить ему для ознакомления годовые балансы, отчеты о финансово – хозяйственной деятельности товарищества и протоколы собраний органов управления товарищества и т.д.

В подтверждение своих доводов, Истец предоставил следующие аргументы: поскольку Общество не отчитывается перед ним более 5 лет, Участнику ничего не известно о его финансово – имущественном положении, о принятии руководящими органами каких – либо решений; на обращения Истца непосредственно к Обществу за получением соответствующей информации Общество никак не реагировало и информацию не предоставляло.

Решением Хозяйственного суда Днепропетровской области от 08.06.2017 г., которое было оставлено без изменений постановлением Днепропетровского апелляционного хозяйственного суда от 26.09.2017 г., в иске было отказано.

Однако, Верховный Суд не согласился с позицией судов нижестоящих инстанций и отметил следующее. Общество не исполнило свою обязанность по предоставлению информации о деятельности Общества на требования Истца, что является основанием для защиты права Истца на получение информации о деятельности Товарищества; положения действующего законодательства и Устава Товарищества не регламентируют процедуру, а также форму получения участником Товарищества информации относительно деятельности Товарищества. По мнению Верховного Суда, отсутствие определенного способа предоставления информации не может служить достаточным основанием для отказа Товарищества предоставить его участнику информацию о своей деятельности способом, о котором просит участник, поскольку такой отказ по своей сути является бесновательным ограничением права лица в избрании формы получения информации, что противоречит требованиям ст. 34 Конституции Украины, ст. 7 Закона Украины «Об информации» [8].

В результате рассмотрения дела Верховным Судом решения судов нижестоящих инстанций были отменены, иск Участника удовлетворен и сформирована следующая правовая позиция. Прежде всего, право участника хозяйственного общества получать информацию о деятельности общества в порядке, установленном учредительными документами, закреплено в ч. 1 ст. 116 ГК Украины, ч. 1 ст. 88 ГК Украины и ч. 1 ст. 10 Закона Украины «О хозяйственных обществах». В соответствии с указанными нормами общество обязано предоставить участнику по его требованию для ознакомления годовые балансы, отчеты о финансово-хозяйственной деятельности общества, протоколы ревизионной комиссии, протоколы собраний органов управления обществом и прочее. Приведенный перечень может быть расширен в уставе общества. Таким образом, праву участника на получение информации корреспондирует обязанность общества предоставить участнику соответствующую информацию по его требованию, при этом получение участником указанной информации от общества необходимо для реализации им своих корпоративных прав, в частности правомочий на участие в управлении хозяйственной организацией. Из этого следует, что в результате невыполнения обществом своей обязанности по предоставлению участнику общества по его требованию для ознакомления документов, предусмотренных положениями закона и устава, могут быть признаны нарушенными как право участника общества на информацию, так и его корпоративные права. В соответствии с положениями ст. ст. 15, 16 ГК Украины указанные права участника подлежат защите путем побуждения общества к выполнению его обязанности - предоставить соответствующую информацию.

Комментируя приведенное выше решение Верховного Суда, можно отметить, что в нем не были использованы статьи ГК Украины, в которых упоминается право на информацию как личное неимущественное право любого лица, а именно ст. 302 Книги второй, которая

относится как к физическим, так и к юридическим лицам, а также ст. ст. 277, 278 Общих положений Книги второй ГК Украины. В частности, в ряду с Конституцией Украины [9] и названными законами, нормы Книги второй ГК Украины об информации и праве на информацию могут не только добавить убедительности аргументации в решении, но и вместе с соответствующими положениями международных актов и разъяснениями доктрины усилить позицию как самого истца, который может привести необходимые доводы в своем иске, но и судов в вопросах защиты права на информацию как личного неимущественного права любого лица в любых гражданских правоотношениях.

Обратимся к еще одному показательному примеру в вопросе о предоставлении информации участнику общества, а именно к постановлению Кассационного хозяйственного суда по делу № 921/213/18 от 4 сентября 2019 г. [10]. Фабула дела состоит в следующем: в июне 2018 года акционер частного акционерного общества, которому принадлежат 634 простых акций общества (далее – Акционер, Истец), считая незаконными отказы общества в предоставлении ему информации о хозяйственной деятельности акционерного общества и утверждая о нарушении его права на получение такой информации, предусмотренного Законом Украины «Об акционерных обществах», обратился в Хозяйственный суд Тернопольской области с иском к Частному акционерному обществу «Тернопольский комбинат по производству дорожно-строительных материалов» (далее - Общество, Ответчик), в котором просил признать незаконным отказ Общества о предоставлении истцу запрошенных им заверенных копий документов об обществе; обязать Общество предоставить Истцу информацию о деятельности Общества путем направления истцу по его месту жительства заверенных копий следующих документов: 1) материалы, с которыми акционеры имели возможность ознакомиться во время подготовки к общему собранию акционеров Общества, проведенному 07.03.2018 года; 2) протоколы заседаний наблюдательного совета Общества за период с 01.01.2018 по 23.03.2018 года (включительно); 3) приказы и распоряжения руководителя исполнительного органа Общества с 01.01.2018 по 23.03.2018 (включительно); 4) документы отчетности, которые подавались Обществом с 01.01.2018 по 23.03.2018 (включительно); 5) перечень аффилированных лиц общества с указанием количества, типа и / или класса принадлежащих им акций по состоянию на 23.03.2018 г.; 6) особую информацию об обществе, подаваемую с 01.01.2018 по 23.03.2018 (включительно).

Общество, в свою очередь, возражая против иска, указывало, что у него есть обязанность предоставлять по требованию участника (акционера) только документы отчетного характера (годовые балансы, отчеты о финансово-хозяйственной деятельности общества, протоколы ревизионной комиссии, протоколы собраний органов управления общества), а также информацию, содержащуюся в учредительных документах общества, а не любую информацию о хозяйственной деятельности общества. Кроме того, участник (акционер) общества может требовать предоставление информации о деятельности общества с даты, когда он получил статус участника (акционера). Обязанность акционерного общества предоставлять акционеру копии документов в письменном виде действующим законодательством не предусмотрена, по мнению Ответчика, он обязан предоставлять информацию, определенную законом, из которой уже сам участник имеет право делать выписки, фотографии и копии. Ответчик выполнил требование закона, предложив истцу в направленном на его адрес письме явиться для ознакомления с востребованными документами по адресу Общества. Решением Хозяйственного суда Тернопольской области от 14 ноября 2018 г., оставленным без изменений постановлением Западного апелляционного хозяйственного суда от 24 апреля 2019 г., иск был удовлетворен.

Верховный Суд согласился с выводами судов нижестоящих инстанций, отметив, что согласно п. 6.2 Устава Общества каждая простая акция предоставляет акционеру - ее владельцу одинаковую совокупность прав, включая право на получение информации о хозяйственной деятельности общества, между тем, порядок получения такой информации уставом ответчика не установлен. При этом Верховный Суд исходил из того, что право участника акционерного общества получать информацию о деятельности общества в порядке,

установленном учредительным документом, закреплено в ч. 1 ст. 116 ГК Украины, ч. 1 ст. 10 Закона Украины «О хозяйственных обществах», ч. 1 ст. 25, ст. ст. 77, 78 Закона Украины «Об акционерных обществах» [11]. Согласно предписаниям приведенных правовых норм, праву участника на получение информации корреспондирует обязанность общества предоставить акционеру по его требованию заверенные подписью уполномоченного лица общества копии соответствующих документов. Получение участником указанной информации от общества необходимо для реализации им своих корпоративных прав, в частности правомочий на участие в управлении обществом. Следовательно, в результате невыполнения обществом своей обязанности по предоставлению участнику общества по его требованию для ознакомления документов, предусмотренных положениями закона и устава, могут быть признаны нарушенными как право участника общества на информацию, так и его корпоративные права.

С правовыми выводами, аналогичными вышеописанным, которые касаются обязательств общества оказывать информационное содействие участнику общества и предоставлять ему для ознакомления документы, предусмотренные положениями закона и устава по его требованию, можно ознакомиться также в решении Хозяйственного суда Одесской области по делу № 916/413/19 от 22 апреля 2019 г. [12]; в решении Хозяйственного суда Винницкой области по делу № 902/505/18 от 11 декабря 2018 г. [13] и в ряде других.

Учитывая объем статьи, мы не имеем возможности привести текстуально примеры решения украинскими судами еще одной важной проблемы, которая связана с правом на управление обществом, которое может быть реализовано в полной мере только при условии получения соответствующей информации о деятельности общества – в идеале полной, достоверной и объективной, своевременной и актуальной (по нашему мнению, ограничения в этом общем подходе могут быть установлены только в законе при наличии соответствующей аргументации законодателя). Дело в том, что игнорировать объективную взаимосвязь между правом акционера на инициирование и проведение аудиторской проверки деятельности общества и правом на информацию невозможно в современных реалиях. Поэтому уклонение общества от предоставления документов, необходимых для проведения аудиторской проверки, информации о дате начала аудиторской проверки, которые часто инициируют акционеры, противоречит ч. 6 ст. 75 Закона Украины «Об акционерных обществах», фактически нарушает реализацию акционером его корпоративного права на управление обществом и одновременно - право акционера на информацию о деятельности общества.

Таким образом, право участника общества закономерно подлежит защите в судебном порядке. В то же время следует отметить, что не во всех судебных решениях Верховного Суда поддерживается позиция относительно связи между правом на управление обществом и правом на информацию. Примером могут служить постановление Кассационного хозяйственного суда по делу № 910/8705/18 от 20 февраля 2019 г. [14]; постановление Кассационного хозяйственного суда по делу № 910/3794/19 от 13 февраля 2020 г. [15] и ряд других. Правовая позиция, высказываемая сегодня как теоретиками, так и практиками, согласно которой участник может принимать решения относительно собственного голосования, полноценно реализуя право на управление компанией, только имея доступ к информации о деятельности компании, можно считать правильной, несмотря на то что в практике Верховного Суда встречаются и практически противоположные решения. В любом случае, аргументы в пользу позиции о том, что главной предпосылкой эффективной реализации права на управление корпорацией является право на информацию, звучат все более убедительно.

Обратим внимание также на нередко встречающиеся нарушения прав должника в корпоративных правоотношениях при замене кредитора. Поскольку такие нарушения могут происходить в случае замены первичного кредитора без предупреждения (фактически речь идет о не предоставлении информации кредитором о такой замене должника) в процессе уступки на платной основе своего права требования третьему лицу, кредитор фактически допускает отступление от принципа равенства сторон в договорном правоотношении. А

поскольку отечественные ученые считают, что обязать законодательно кредитора «получить согласие от должника на уступку своего права – это смешно», - имеет смысл определить процедуру уступки права требования с предварительным предоставлением преимущественного права исполнения обязательства основным должником с определением срока на его исполнение, тогда после пропуска окончательного срока кредитор будет иметь право на уступку права требования любому другому лицу [16, с. 159]. При этом ряд авторов упоминают «информационную обязанность» как такой организационный элемент, который превращает простое договорное правоотношение в сложное и небезосновательно считают, что именно информационной обязанности не хватает в действиях кредитора, который хочет уступить свое право требования иному лицу [17, с. 194 - 197].

Ряд вопросов как на доктринальном, так и на практическом уровне остаются актуальными сегодня в разрезе проблемы злоупотребления правом на информацию в корпоративных правоотношениях, обсуждается и его связь с гринмейлом (greenmail).

Как известно, наука гражданского права не выработала однозначных подходов к понятию и правовой природе злоупотребления правом, утверждается лишь, что злоупотребление правом является не только непонятым, но и противоречивым, поскольку любое осуществление субъективного гражданского права не может быть противоправным. Если же оно является противоправным, то речь идет не о злоупотреблении правом, а о гражданском правонарушении в связи с нарушением пределов осуществления субъективного гражданского права. В этом случае правомерность осуществления субъективного гражданского права в объективном смысле ставится под сомнение, в частности в связи с несоответствием действий участника правоотношения принципу справедливости и добросовестности [18, с. 16-18].

Дискуссия во все времена высвечивала различные представления ученых в их предпочтениях в этом вопросе между духом и буквой закона. Кроме того, цивилисты советского периода развивали мысль о том, что злоупотребление правом по своей природе является специфическим видом гражданского правонарушения, которое имеет место в случаях осуществления уполномоченным лицом своего субъективного гражданского права с использованием недозволенных способов или форм, однако, в пределах общей модели поведения такого лица, дозволенной законодательством. Таким образом, злоупотребление правом имело место, по их мнению, при осуществлении субъективного гражданского права с помощью тех возможностей, которые выходят за пределы дозволенных в соответствии с содержанием конкретного субъективного права [19, с. 46].

В свое время подходы в квалификации злоупотребления правом как специфического вида правонарушения были позитивно восприняты и отечественной судебной практикой. Одновременно с этим, можно вспомнить также объяснение этой категории через понятие интереса. Согласно исследованиям И.А. Покровского, на признак злоупотребления правом как отсутствие правомерного интереса уполномоченного лица, обращали внимание еще римские юристы. При этом автором особо отмечалось, что злоупотребление правом является таким видом поведения лица, которое, будучи волевым, не может быть определено ни разумным, ни добросовестным в связи с наличием в действиях лица интереса причинить вред участникам гражданских правоотношений [20, с. 119]. Корифеями цивилистической мысли также высказывалось мнение, что злоупотребление правом может быть объяснено с позиции осуществления права вопреки цели правового регулирования и социальному предназначению правовой нормы, которая закрепляет соответствующее субъективное гражданское право лица [21, с. 312].

Следует также отметить, что в ГК Украинской ССР 1963 года осуществлению гражданских прав и исполнению гражданских обязанностей посвящалась ст.5, из которой, в частности, следовало, что гражданские права охраняются законом, за исключением случаев, когда они осуществляются в противоречии с предназначением этих прав [22]. Таким образом, в советский период законодатель не называл такой термин как злоупотребление правом, но описывал это явление, когда речь шла об осуществлении гражданских прав вразрез с их предназначением – и такие гражданские права не охранялись законом.

Зарубежные современные авторы предлагают свое видение проблемы, в частности, они считают, что особенности правовой природы злоупотребления правом дают основания квалифицировать любые действия относительно осуществления субъективного гражданского права, осуществленные с нарушением общих принципов гражданского права, целями правового регулирования, причинением вреда правам и охраняемым законом интересам других лиц как злоупотребление правом. Одновременно они отрицают понимание злоупотребления правом как осуществление субъективного гражданского права вопреки его назначению, поскольку в актах гражданского законодательства субъективные гражданские права закреплены с учетом их единого предназначения – предоставления возможности субъекту права удовлетворить свои интересы в личных неимущественных или имущественных благах [23, с. 9].

В действующем ГК Украины предусмотрена специальная ст. 13, в которой говорится, что гражданские права лицо осуществляет в пределах, предоставляемых ему договором или актами гражданского законодательства. Причем при осуществлении своих прав лицо должно избегать действий, которые могли бы нарушить права других лиц, причинить вред окружающей среде или культурному наследию. Не допускаются и действия лица, которые осуществляются с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотребление правом в иных формах. При осуществлении гражданских прав лицо должно соблюдать моральные основы общества. Использование гражданских прав с целью ограничения конкуренции неправомерно, так же, как и злоупотребления монопольным положением на рынке и недобросовестная конкуренция. В случае несоблюдения лицом при осуществлении своих прав требований, которые установлены ч. 2 – 5 ст. 13 ГК Украины, суд может обязать его прекратить злоупотребление правами и применить иные последствия, установленные законом (ч. 1 – 5 ст. 13 ГК Украины). Одновременно с этим, в ч. 5 ст. 12 ГК Украины закреплена презумпция добросовестного осуществления гражданских прав, поэтому если законом установлены правовые последствия недобросовестного или неразумного осуществления лицом своего права, считается, что поведение лица является добросовестным и разумным, если иное не устновлено судом. Неправомерной может быть также цель действий лица в процессе осуществления своего субъективного гражданского права.

Таким образом, в современной интерпретации злоупотребление правом – это осуществление субъективного гражданского права с нарушением пределов его осуществления и вопреки цели, для достижения которой субъекту это право предоставлено.

Правом на информацию в корпоративных правоотношениях злоупотребляют, как правило, миноритарные акционеры и учасники, размер доли которых в уставном капитале товарищества является незначительным, - считают украинские ученые, - и относят к случаям злоупотребления правом на информацию следующее: использование процесса получения информации о деятельности корпорации как способа, который требует вовлечения работников и финансовых ресурсов корпорации; предъявление к корпорации требования о предоставлении конфиденциальной информации и коммерческой тайны с намерением ее неправомерно распространения; использование информации о корпорации с целью причинения вреда ее деловой репутации и дальнейшего создания негативных имущественных последствий для деятельности корпорации; многочисленные запросы относительно получения уже опубликованной информации и прочее [24, с. 207].

Кроме подобных «простых» форм злоупотребления корпоративными правами на информацию, получили распространение также более сложные, в частности, так называемый гринмейл (greenmail), который определяется в словарях как процедура, содержание которой состоит в получении значительного пакета акций компании с целью создания угрозы недружественного поглощения и дальнейшей перепродажей акций по завышенной цене самой компании [25, с. 708]. Фактически акционер в таком случае ведет себя крайне недобросовестно по отношению к акционерному обществу, злоупотребляет своими корпоративными правами.

В содержании понятия гринмейла можно выделить ряд важных для нашего анализа характеристик. Возьмем для примера гринмейл в акционерном обществе. Первая и самая

важная характеристика – это то, что гринмейл может быть реализован только в случае наличия информации о деятельности корпорации. Поскольку гринмейл направлен на наступление негативных неимущественных и/или имущественных последствий для акционерного общества и/или для акционеров общества, его целью как правило является получение выгоды за совершение (либо не совершение) определенных действий. Кроме того, явление, о котором идет речь, может быть результатом активных либо пассивных действий акционера или группы акционеров, а поскольку сам процесс направлен на наступление негативных последствий (в первую очередь, финансовых) в деятельности общества, то такие действия, на первый взгляд, выглядят законными и при этом преследуют противоправную цель и ведут к злоупотреблению корпоративными правами.

Специфика гринмейла, превращающая законный доступ к информации о деятельности корпорации в форму злоупотребления корпоративными правами, очевидна: получив информацию из устава общества или положений об общем собрании, наблюдательном совете, исполнительном органе, ревизионной комиссии, других внутренних положений общества, которые регулируют его деятельность, или о содержании годовой финансовой отчетности общества, приказов и распоряжений председателя коллегиального, единоличного исполнительного органа, протоколов общего собрания, наблюдательного совета, коллегиального исполнительного органа, протоколов заседаний ревизионной комиссии, решений ревизора общества, выводах ревизионной комиссии (ревизора) и аудитора (аудиторской фирмы) общества и прочих документов, акционер может совершить ряд действий, которые характерны для процедуры гринмейла, например: обжаловать решения общего собрания по различным основаниям; потребовать провести аудиторскую проверку деятельности акционерного общества; инициировать созыв внеочередного общего собрания и так далее. Внешне законный характер деятельности такого акционера, казалось бы, не должен вызывать подозрений – он реализует свои законные корпоративные права (право на управление, право на информацию), между тем, в результате можно убедиться в грубом нарушении им основных принципов справедливости, добросовестности и разумности, что свидетельствует о том, что это лицо на самом деле не преследовало законных целей. Безусловно, такое злоупотребление правом на информацию должно быть наказуемо, поскольку компрометирует право на информацию как одно из важнейших в перечне не только корпоративных прав, но и личных неимущественных прав лица.

Подводя итоги, отметим следующее. В Украине на сегодня не ставится под сомнение значение права на информацию как одного из важнейших корпоративных прав, так же, как и личного неимущественного права физического и юридического лица, между тем, продолжают дискуссии по ряду вопросов, связанных с осуществлением, реализацией и защитой этого права. Об интересе к этим проблемам свидетельствует и практика отечественных судов. Поэтому перспективными можно назвать: дальнейшее изучение проблематики самой сущности понятия «корпорации» и «корпоративных прав» в гражданском праве; четкое определение содержания права на информацию и информационных прав в корпоративных правоотношениях; использование в полной мере всех возможностей действующих норм ГК Украины и Закона Украины «Об информации», а также норм, которые появятся в результате рекодификации (обновления) ГК Украины, связанных с правом на информацию; изучение всех последствий неисполнения корпорацией обязанности предоставить участнику на его требование информацию о деятельности корпорации или доступ к ней; анализ случаев злоупотребления правом на информацию в корпоративных правоотношениях и последствий гринмейл для эффективного их предотвращения в корпоративных правоотношениях; анализ причин не одинакового применения судами правовых норм для определения взаимосвязи между реализацией прав на информацию и другими корпоративными правами, такими как право на управление, а также другие, не менее актуальные задачи.

Список использованных источников:

1. Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 року № 435-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2003. № 40-44. Ст. 356.
2. Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 року № 436 – ІУ // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2003, № 18, № 19-20, № 21-22, Ст. 144.
3. Спасибо – Фатєєва І.В. Корпоративні правовідносини в Україні і модель Хіршмана / І.В. Спасибо – Фатєєва // Восьмі юридичні диспути з актуальних проблем приватного права, присвячені пам'яті Є.В. Васьковського: матеріали Міжнародної науково -практичної конференції (м. Одеса, 18 травня 2018 р.) / упоряд. і відповід. ред. І.С. Кантафарова; Одес. нац. ун-т ім. І. І. Мечникова; економ.-прав. ф-т. - Одеса: Астропринт, 2018. — 324 с. – С.39.
4. Сосула О.О. Поняття корпорації як суб'єкта цивільних відносин / О.О. Сосула // Правовий захист корпоративних прав за законодавством України та країн Європейського Союзу [текст]: Збірник наукових праць за матеріалами ХУІІ Міжнародної науково – практичної конференції (27 – 28 вересня 2019 року, м. Івано – Франківськ) / НДІ приватного права і підприємництва імені акад. Ф.Г.Бурчака НАПрН України; за ред. д-р юрид. наук, акад. НАПрН України В.В. Луця. – Івано – Франківськ, 2019. – 293 с. - С.203.
5. Закон Австрійської Республіки про товариства з обмеженою відповідальністю URL: /Gesetz uber Gesellschaften mit beschränkter Haftung від 06.03.1906 року: [http://www.jusline.at/GmbH-Gesetz\(GmbHHG\)Html](http://www.jusline.at/GmbH-Gesetz(GmbHHG)Html) (дата звернення: 16.06.2021).
6. Постанова Касаційного господарського суду у справі № 904/3679/17 від 26 червня 2018 року. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75024622> (дата звернення: 15.06.2021).
7. Про господарські товариства: Закон України від 19.09.1991 року № 1576 – XII // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1991, № 49, ст.682.
8. Про інформацію Закон України від 02.10.1992 року № 2657 - XII // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1992, № 48, ст.650.
9. Конституція України: Закон України від 26.06.1996 року № 254к – 96 - ВР // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 30, ст. 141.
10. Постанова Касаційного господарського суду у справі № 921/213/18 від 04 вересня 2019 року. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/84063787> (дата звернення: 15.06.2021).
11. Про акціонерні товариства Закон України від 17.09.2008 року № 514 – УІ // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2008, № 50-51, ст.384.
12. Рішення Господарського суду Одеської області у справі № 916/413/19 від 22 квітня 2019 року. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81480571> (дата звернення: 15.06.2021).
13. Рішення Господарського суду Вінницької області у справі № 902/505/18 від 11 грудня 2018 року. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79111291> (дата звернення: 16.06.2021).
14. Постанова Касаційного господарського суду у справі № 910/8705/18 від 20 лютого 2019 року. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/80108943> (дата звернення: 16.06.2021).
15. Постанова Касаційного господарського суду у справі № 910/3794/19 від 13 лютого 2020 року. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87711901> (дата звернення: 16.06.2021).
16. Надьон В.В. Окремі аспекти захисту прав боржника у цивільних правовідносинах./ В.В. Надьон // Правовий захист корпоративних прав за законодавством України та країн Європейського Союзу [текст]: Збірник наукових праць за матеріалами ХУІІ Міжнародної науково – практичної конференції (27 – 28 вересня 2019 року, м. Івано – Франківськ) / НДІ приватного права і підприємництва імені акад. Ф.Г. Бурчака НАПрН України; за ред. д-ра юрид. наук, акад. НАПрН України В.В. Луця. – Івано – Франківськ, 2019. – 293 с. - С.159.
17. Музика Т.О. Інформування контрагента як складова договірної зобов'язання. / Т.О. Музика // Дев'ять юридичних диспутів з актуальних проблем приватного права, присвяч. пам'яті Є.В. Васьковського: матеріали Міжнар. наук – практ. конф. (17 травня 2019 р., м. Одеса), Одеса. – 2019. – С.194 – 198.
18. Маленина М.Н. Содержание и осуществление личных неимущественных прав граждан: проблемы теории и законодательства. // Государство и право. - 2000. - № 2. С. 16-21.

19. Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав/ В.П. Грибанов, Москва: Рос. Право, 1992. – 207 с. - С. 46, 63.

20. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права / И.А. Покровский; МГУ им. М.В. Ломоносова. – М. : Статут, 1998. - 353с. - (Классика российской цивилистики). – С.119.

21. Иоффе О.С. Советское гражданское право. / О.С.Иоффе, Москва: Юридическая литература, 1967. – 494 с. - С. 312.

22. Цивільний кодекс Української РСР від 18 липня 1963 року № 1540-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1540-06> (дата звернення: 16.06.2021).

23. Избрехт П.А. Злоупотребление гражданскими правами в сфере предпринимательской деятельности: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Екатеринбург, 2005. - С. 9. Источник: <https://www.dissercat.com/content/zloupotreblenie-grazhdanskimi-pravami-v-sfere-predprinimatelskoi-deyatelnosti> (дата звернення - 15.06.2021).

24. Кучмієнко О.В. Зловживання правом у корпоративних правовідносинах: зарубіжний досвід в українських реаліях. //Часопис Київського університету права, 2015.- № 3. - С. 207.

25. Blask's Law Dictionary. London: West Group, 1999. P. 708. Источник: <https://www.worldcat.org/title/blacks-law-dictionary/oclc/44045815> (дата звернення: 16.06.2021).

Е.А. Салей

К ВОПРОСУ О КОРПОРАТИВНОМ ПРАВЕ И СИСТЕМЕ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ В КОНТЕКСТЕ ОБНОВЛЕНИЯ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА БЕЛАРУСИ

Объективные предпосылки постановки вопроса о состоянии корпоративного права Беларуси и реформировании системы юридических лиц связаны с процессами обновления базовых нормативных правовых актов, определяющих правовое положение национальных юридических лиц, в том числе организаций корпоративного типа.

5 января 2021 года принят закон Республики Беларусь «Об изменении законов по вопросам хозяйственных обществ» (далее – Закон об изменениях по вопросам ХО) [1], привнесший новеллы, касающиеся всех видов хозяйственных обществ (ХО), корпоративного управления, снявший ключевые разграничения между закрытыми и открытыми акционерными обществами, подтвердивший актуальность вопроса об оценке целесообразности сохранения обществ с дополнительной ответственностью как вида хозяйственных обществ.

С 2018 года в режиме комплексного пересмотра находится Гражданский кодекс Республики Беларусь (далее – ГК, ГК Беларуси), закрепляющий системообразующие основы правового регулирования юридических лиц. Обращает на себя внимание то, что одной из официально поставленных задач перед Рабочей группой по внесению изменений в ГК определена задача по унификации гражданского законодательства с законодательством государств-членов Евразийского экономического союза (далее – ЕАЭС) [2]. В июне 2021 года министр юстиции анонсировал изменения в ГК, определив их как наиболее масштабные с момента принятия ГК [3]. При этом общая оценка проекта изменений в ГК, вынесенного на публичное обсуждение [4], позволяет говорить о том, что существенных изменений материального регулирования юридических лиц на уровне ГК ожидать не приходится, закрепленная с момента принятия ГК в 1998 году система юридических лиц остается неизменной. Вместе с тем предложенный в проекте изменений перечень организационно-правовых форм юридических лиц не лишен неожиданностей.

Помимо этого, в конце 2019 года на публичное обсуждение представлен проект Закона о государственной регистрации и ликвидации (прекращении деятельности) субъектов хозяйствования [5], который является преемником действующего в настоящее время

законодательного акта с одноименным названием, утвержденного Декретом Президента Республики Беларусь, а соответственно, имеющим более высокую юридическую силу, чем предлагаемый Закон. Заметим, что на пространстве ЕАЭС только в Республике Беларусь нет закона, регламентирующего государственную регистрацию юридических лиц, принятие которого было рекомендовано в рамках работы Межпарламентской Ассамблеи ЕврАзЭС еще в 2013 году [6]. Поддерживая в целом целесообразность оформления правового регулирования государственной регистрации юридических лиц в форме закона, под сомнение может быть поставлена целесообразность отступления от базовой системной классификации юридических лиц на коммерческие и некоммерческие, закрепленной в ГК, и объединение в одном законе вопросов государственной регистрации и прекращения деятельности юридических лиц [7].

На этом фоне мы и говорим о состоянии и перспективах корпоративного права Беларуси, что конечно же связано с оценкой системы юридических лиц в целом.

Обратим внимание на то, что развитие корпоративных отношений и совершенствование законодательства о юридических лицах происходят в Беларуси на фоне отсутствия в действующем национальном законодательстве специальной терминологии корпоративного права. В ГК Беларуси не легализованы такие понятия как «корпорация», «корпоративное отношение», «корпоративные права», «корпоративное управление». Как следствие отсутствия специального категориального аппарата корпоративного права на данном этапе не поднимается вопрос о легализации видовой классификации юридических лиц по способу управления на корпоративные (учредители которых обладают правом участия (членства) в них и формируют их высший орган) и унитарные (учредители которых не становятся их участниками и не приобретают в них прав членства). Это связано не только с дискусионностью самих понятий в доктрине, весьма различающимися подходами в континентальной и англо-американской системах права, но, по нашему мнению, и неготовностью национального законодателя к комплексному реформированию системы юридических лиц, сопряженной с введением классификации по данному основанию.

В качестве системообразующей на уровне ГК сохраняется предложенная Модельным гражданским кодексом для государств-участников Содружества Независимых Государств и не характерная для дальнего зарубежья классификация юридических лиц на коммерческие и некоммерческие, которая конкурирует с классификацией юридических лиц (ЮЛ) на субъекты хозяйствования и иные юридические лица, востребованной в настоящее время преимущественно на уровне актов Президента.

Представленный на общественное обсуждение проект изменений в ГК предлагает исчерпывающий перечень организационно-правовых форм юридических лиц: 5 форм коммерческих организаций и 18 форм некоммерческих организаций. Очевидно, что предложенный в проекте изменений в ГК перечень возможных форм функционирования юридических лиц основан не на сущностной оценке, а на выборке действующего законодательства и закреплении в ГК тех форм, которые уже закреплены в законодательстве на уровне специальных законов и иных нормативных правовых актов. В связи с чем хочется процитировать Н. С. Кузнецову, которая четко и лаконично определяет, что разные виды юридических лиц частного права могут существовать в рамках лишь двух форм – обществ и учреждений, иных форм в правовой реальности быть не должно [8, с. 348].

Опираясь на наиболее распространенную позицию о том, что корпорации являются коммерческими организациями [9; 10], сконцентрируем внимание на формах коммерческих организаций, которые в проекте изменений в ГК «оптимизированы» за счет отказа от одной из форм организаций корпоративного типа, а именно, хозяйственных товариществ. При этом целесообразность сохранения таких организационно-правовых форм коммерческих организаций как унитарные предприятия и государственные объединения и сопровождающие их институты ограниченных вещных прав под сомнение не ставится. В Беларуси функционируют частные унитарные предприятия, обладающие имуществом на праве хозяйственного ведения, и государственные унитарные предприятия, обладающие имуществом на праве хозяйственного ведения или оперативного управления (ст. 113 ГК); а

также государственные объединения, которые могут обладать имуществом как на праве хозяйственного ведения, так и оперативного управления, что определяется государственным органом принявшим решение о создании государственного объединения (ст. 123-3 ГК). Причем унитарные предприятия оказываются не просто жизнеспособными, а в определенных ситуациях даже более конкурентными по сравнению с иными формами коммерческих организаций [см. подробнее 11]. Они составляют 31,5 % от всех коммерческих организаций, что является второй по востребованности формой после хозяйственных обществ. Сохраняется как самостоятельная и такая не характерная для зарубежных правовых порядков форма как крестьянское (фермерское) хозяйство.

Исключение возможности создания коммерческой организации в форме хозяйственного товарищества (полного или командитного) официально обосновано невостребованностью практикой: в Республике Беларусь за время действия ГК было создано всего три хозяйственных товарищества, а именно, одно полное товарищество и два командитных товарищества [12]. С нашей точки зрения, упразднение хозяйственных товариществ как невостребованной практикой организационной формы организации корпоративного типа является ошибочным. Формальность подхода не позволяет оценить значение сферы применения (преимущественно малый бизнес), существенные характеристики данной организационно-правовой формы (простота создания и функционирования, доверительный характер отношений между участниками), степень узнаваемости и признания в зарубежных государствах.

Доктрина утверждает, практика подтверждает, что доминирующей является такая форма корпоративных организаций как хозяйственные общества. Согласно статистическим данным 2021 в Беларуси хозяйственные общества составляют 65,3 % (в абсолютной цифре 75 502 ХО) от всех зарегистрированных коммерческих организаций (всего 115 586) [13]. Видовая классификация хозяйственных обществ в Беларуси является устоявшейся, не изменяемой с момента первоначальной «современной» легализации в начале 90 - х годов прошлого века, и включает акционерное общество (АО), общество с ограниченной ответственностью (ООО) и общество с дополнительной ответственностью (ОДО).

Наиболее популярным видом ХО, с учетом очевидных преимуществ такой корпоративной организации, являются ООО. Из 75 502 зарегистрированных хозяйственных обществ 67 733 (то есть 89,7% от всех ХО) действуют в форме ООО. Более того, ООО – это единственный вид хозяйственных обществ, число которых в течение последних пяти лет растет [13].

Весьма схожими по правовому режиму с ООО являются общества с дополнительной ответственностью. Существенное и в то же время единственное отличие от ООО, выражающееся в несении участниками субсидиарной ответственности по обязательствам общества, формализовано. Законодательно установленный минимальный размер такой ответственности весьма условен. Согласно действующему законодательству [14, п. 21] он составляет сумму, эквивалентную 50 базовым величинам (то есть около 480 евро). Вместе с тем презюмируемый субсидиарный характер ответственности учредителей (участников) по обязательствам общества объясняет низкую степень востребованности ОДО на практике (4 349 ОДО или 5,8 % от всех ХО). Тем не менее, законодатель не последовал, в частности, примеру РФ, где аналогичная разновидность хозяйственных обществ была упразднена в рамках реформы 2014 года.

Что касается АО, то их число в общем количестве ХО, составляет 3 420, то есть всего 4,5 % от всех ХО (в абсолютных цифрах: ОАО – 2 034, ЗАО – 1 386). Функционирование коммерческой организации в форме АО во многих случаях связано с реорганизацией в процессе приватизации государственных унитарных предприятий либо создание в данной форме предопределено сферой деятельности, где такая форма предопределена законодательно (банковская, страховая). Проект закона о внесении изменений в ГК сохраняет традиционное для Беларуси разграничение акционерных обществ на открытые (ОАО) и закрытые (ЗАО) в зависимости от порядка размещения и обращения акций. При этом следует заметить, что с принятием Закона о внесении изменений по вопросам ХО, вступившим в силу 28 апреля

2021 г., видовые отличительные особенности АО подверглись существенному пересмотру. Снято одно из основных разграничений между закрытым и открытым акционерными обществами: в качестве общего правила закреплена допустимость свободного отчуждения акций ЗАО. Преимущественное право покупки акций ЗАО его акционерами может быть предусмотрено уставом соответствующего общества в индивидуальном порядке (новые редакции ст. 97 ГК и ст. 73 Закона о хозяйственных обществах). В соответствии с последними изменениями не требуется согласия ЗАО на переход акций по наследству. Отменено императивное количественное ограничение участников ЗАО, число которых ранее не могло превышать 50. В настоящее время ограничения по количеству участников могут быть установлены уставом конкретного ЗАО. Хочется думать, что указанные изменения являются шагом законодателя к отказу от деления акционерных обществ на закрытые и открытые в пользу соответствующей общим тенденциям в развитии корпоративного права систематики деления на публичные и непубличные общества в зависимости от порядка размещения акций.

Изложенное с очевидностью демонстрирует специфику системы юридических лиц Республики Беларусь и многочисленные национальные отличия, в том числе по формам корпоративных организаций, от подходов иных государств-членов ЕАЭС. Поставленная перед законодателем Беларуси задача по унификации гражданского законодательства в рамках ЕАЭС, которая была продекларирована при включении ГК в план законопроектной деятельности, имеет инициативный характер, поскольку не основана на разработанной концепции или общем плане действий всех государств-членов ЕАЭС по гармонизации национального корпоративного права. Вместе с тем это не может и не должно препятствовать успешному эволюционированию интеграционных процессов. Ф. С. Карагусов в одной из своих последних научных публикаций, опубликованных по итогам 10 международного цивилистического форума, прошедшего в мае 2021 г. в Украине, привел слова Маргарет Тетчер: «Мы должны жить каждый самостоятельно, но взаимодействовать друг с другом». Жизнь показала ее правоту [15, с. 83]. Каковы направления и степень глубины такого взаимодействия в сфере гармонизации корпоративного права – вопросы насущные, вместе с тем не требующие поспешных решений.

Список использованных источников:

1. Об изменении законов по вопросам хозяйственных обществ: Закон Республики Беларусь от 5 января 2021 г. № 95-3 [Электронный ресурс] // URL: <https://pravo.by/document/?guid=12551&p0=H12100095&p1=1> (дата обращения: 20.06.2021).
2. Об утверждении плана подготовки законопроектов на 2018 год: Указ Президента Республики Беларусь от 10 января 2018 г. № 9 [Электронный ресурс] // URL: <https://pravo.by/document/?guid=12551&p0=P31800009&p1> (дата обращения: 20.06.2021).
3. Министр юстиции рассказал о некоторых потенциальных новшествах Гражданского кодекса: Беларусь сегодня [Электронный ресурс] // URL: <https://www.sb.by/articles/ministryustitsii-rasskazal-o-nekotorykh-potentsialnykh-novshestvakh-grazhdanskogo-kodeksa.html> (дата обращения: 20.06.2021).
4. О внесении изменений в некоторые кодексы Республики Беларусь: проект Закона Республики Беларусь (2018) [Электронный ресурс] // URL: http://forumpravo.by/files/nczpi_zakon_projekt_izmeneniya_v_kodeksi.pdf (дата обращения: 20.06.2021).
5. О государственной регистрации и ликвидации (прекращении деятельности) субъектов хозяйствования: проект Закона Республики Беларусь (2019) [Электронный ресурс] // URL: https://forumpravo.by/files/Projekt_Zakon_Gosregistracija_i_likvidacija.pdf (дата обращения: 20.06.2021).
6. Рекомендации по гармонизации законодательства государств - членов ЕвразЭС в сфере государственной регистрации и ликвидации (прекращении деятельности) юридических лиц и индивидуальных предпринимателей: приложение 3 к постановлению МПА ЕвразЭС, 11

апреля 2013 г., № 15-9 [Электронный ресурс] // URL: <http://www.fhp.bsu.by/files/098.pdf> (дата обращения: 20.06.2021).

7. Салей Е.А. Правовое регулирование государственной регистрации юридических лиц: концепция совершенствования // Право. Экономика. Социальное партнерство: сб. докл. Междунар. науч.-практ. конф., посвященной 90-летию Учреждения образования Федерации профсоюзов Беларуси «Международный университет «МИТСО», Минск, 26 марта 2020 г.: в 2 ч. / Междунар. ун-т «МИТСО»; редкол.: В. В. Лосев (гл. ред.) [и др.]. – Минск: МИТСО, 2020. – Ч. 1. – 668 с. – С. 629-634.

8. Кузнецова Н.С. Поняття і класифікація юридичних осіб у цивільному праві України: теорія і практика. Вибрані праці. – К.: ПрАТ «Юридична практика»; 2014. – С. 335-354.

9. Карагусов Ф.С. Основы корпоративного законодательства Республики Казахстан: Учебное пособие. – Алматы: Каспийский общественный университет, 2018. – 234 с.

10. Карагусов Ф.С. О понятиях корпоративного управления и корпоративной структуры в праве Республики Казахстан // URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/o-ponyatiyah-korporativnogo-upravleniya-i-korporativnoy-struktury-v-prave-respubliki-kazahstan/viewer> (дата обращения: 20.06.2021).

11. Салей А., Шуба Ю. Организуем бизнес одним лицом: практические аспекты выбора // Юрист (Беларусь). – 2019. – № 1. – С. 15-20.

12. Обоснование необходимости принятия Закона Республики Беларусь «О внесении изменений в некоторые кодексы Республики Беларусь» [Электронный ресурс] // URL: https://forumpravo.by/files/nczpi_zakon_proekt_izmeneniya_v_kodeksi_obosnovanie.pdf (дата обращения: 20.06.2021).

13. Беларусь в цифрах: Статистический справочник 2021 [Электронный ресурс] / Национальный статистический комитет Республики Беларусь, 2021. С. 34 // URL: <https://www.belstat.gov.by/upload/iblock/3ea/3ea6979cf337350c836d0392847ccd3c.pdf> (дата обращения: 20.06.2021).

14. Положение о государственной регистрации субъектов хозяйствования, утв. Декретом Президента Республики Беларусь от 16.01.2009 г. № 1 (в ред. Декрета от 24.01.2013 г. № 2) [Электронный ресурс] // URL: <https://pravo.by/document/?guid=3871&p0=pd0900001> (дата обращения: 20.06.2021).

15. Карагусов Ф.С. О перспективах сохранения денег в качестве одного из основных видов объектов гражданских прав и их замещения электронными деньгами и криптовалютой // Рекодифікація (оновлення) цивільного законодавства України: концепція, напрями, перспективи: збірник статей і тез: Х Міжнародні цивілістичні форум. – Київ, 2020. – 210 с. – С. 72-87.

Ф.С. Карагусов

РАЗВИТИЕ ПРАВОВОЙ ОСНОВЫ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ И СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ИНСТРУМЕНТОВ УПРАВЛЕНИЯ СЕМЕЙНЫМ БИЗНЕСОМ: ПОНЯТИЕ СЕМЕЙНОЙ КОНСТИТУЦИИ

1. Тема конференции, посвященная реформе системы юридических лиц, является очень актуальной [1].

Необходимость проведения такой реформы в праве Республики Казахстана не вызывает сомнений. Предложения о том, какими могут стать компоненты такой реформы и концептуальные подходы по каждому такому компоненту, обобщены в недавней публикации [2].

В числе компонентов реформы системы юридических лиц, упомянутых в указанной публикации [2], видится не только совершенствование корпоративного законодательства и законодательства о некоммерческих организациях, но также эффективное восприятие

правового института юридических лиц публичного права и внедрение концепции социальных предприятий.

При этом, такая реформа предполагает, что учреждение юридического лица представляет собой основной способ ведения предпринимательской деятельности (особенно, когда это делается на основе объединения имущества и усилий несколькими лицами), и что преобладающей формой юридических лиц в сфере предпринимательства остается корпорация, то есть организация, созданная на основе членства в ее уставном капитале, чья деятельность управляется, и чьи дела ведутся, в соответствии с принципами и механизмами корпоративного управления.

Нет особых оснований оспаривать позицию о том, что развитие корпоративного управления является следствием капиталистического способа производства. Однако не обосновательными представляются два обстоятельства: (1) то, что государство все активнее старается уменьшить бремя ответственности за регулирование общественных отношений и контроль уровня социальных издержек, все больше перекладывая это бремя на своих граждан и частных предпринимателей (правда, этот процесс не может длиться бесконечно, имея объективные пределы), и (2) то, что широкое распространение приобретает позиция о завершающейся эпохе капитализма и необходимости построения в глобальном масштабе социальной и/или солидарной экономики.

Вместе с тем, эти обстоятельства не приведут к упразднению концепции корпоративного управления. Наоборот, с учетом этих обстоятельств развитие корпоративного управления получает новый импульс и позволяет решить многие проблемы, являющиеся неблагоприятным следствием капиталистической экономики, поскольку именно корпоративное управление является тем инструментом, который позволяет достичь согласования воли всех участников корпоративных отношений (то есть общественных отношений, возникающих в связи с созданием и деятельностью соответствующего юридического лица, участием в его капитале и/или управлении) и всех заинтересованных сторон.

При этом одним из актуальных направлений развития корпоративного управления является соотнесение его целей с особенностями взаимоотношений, оказывающих непосредственное влияние на сферу корпоративного управления. Одним из примеров таких взаимоотношений, не всегда носящих юридический характер, являются отношения между членами одной семьи, когда такая семья имеет контрольные полномочия в отношении юридического лица, осуществляющего экономическую деятельность. От того, как развиваются и урегулированы взаимоотношения членов семьи по поводу владения и управления семейным бизнесом, зависит устойчивое развитие такого бизнеса, стабильность деловых связей принадлежащей семье компании, соблюдение прав заинтересованных сторон.

Передовая практика корпоративного управления предлагает рассматривать возможность урегулирования таких внутрисемейных отношений по поводу семейного бизнеса посредством разработки и принятия Семейной конституции. Такая Семейная конституция рассматривается как инструмент семейного управления бизнесом, имеющего, однако, непосредственное значение для корпоративного управления на уровне принадлежащей семье компании.

Рассмотрению наиболее значимых особенностей Семейной конституции посвящен настоящий доклад.

2. Семейная конституция — это инструмент управления отношениями.

Понятие «Семейная конституция» не является легальным термином.

Семейная конституция является инструментом семейного управления бизнесом (предпринимательским делом). В качестве такового она рекомендуется передовой практикой корпоративного управления [3, с. 21 - 28].

В качестве такого инструмента Семейная конституция может стать важным элементом управления (внутри-)семейными отношениями по поводу владения принадлежащей семье компанией, ведения и развития семейного бизнеса.

В тех случаях, когда семейный бизнес организован в корпоративной форме, Семейная конституция может стать (и как правило, становится) элементом уже корпоративного управления в семейном бизнесе.

Семейная конституция – ключевой и «верхнеуровневый» документ управления семейными отношениями по поводу семейного бизнеса; она служит «зонтиком» для разработки и принятия на основании и/или во исполнение ее положений других документов семейного управления бизнесом (таких, как, например, регламент семейного совета, политика вовлечения членов семьи в семейный бизнес и другие документы регулирующего характера).

3. Существование семейного бизнеса – условие принятия Семейной конституции.

Бизнес является семейным, когда управление бизнесом и ведение связанных с ним дел осуществляется или контролируется одним физическим лицом или одной семьей.

Семейный бизнес может быть организован в различных формах. Например, это могут быть не являющиеся юридическими лицами фермерские и крестьянские хозяйства, ведение хозяйственной деятельности с использованием общего имущества семьи в качестве индивидуального предпринимателя.

Однако наиболее распространенным является существование семейного бизнеса в форме так называемой «семейной компании».

Компания признается семейной, когда ее учредитель (являющийся физическим лицом) или семья учредителя имеют либо полный, либо иной эффективный контроль над компанией и, как правило, играет (-ют) значительную роль в управлении компанией.

В случае, когда семейный бизнес организован в форме хозяйственного общества / компании (АО или ООО) понятия «семейный бизнес» и «семейная компания» могут рассматриваться как взаимозаменяемые термины [3, с. 12].

Хотя существование Семейной конституции не требуется законодательством и не регулируется им, понятия «семья» и «контроль», однако, являются юридическими терминами (имеющими легальные дефиниции), на которые следует опираться для идентификации того, является ли данный бизнес / компания семейным бизнесом / компанией.

Юридическое значение этих легальных терминов должно учитываться при разработке Семейной конституции.

4. Принятие Семейной конституции – воля членов семьи и интерес семьи.

Решение о принятии Семейной конституции и определяемое в ней содержание семейной политики обуславливаются исключительно волей членов семьи, и во многом (но не исключительно) зависят от размера бизнеса, стадии развития семьи и бизнеса, количества членов семьи и степени участия членов семьи в жизни семьи и/или в семейном бизнесе.

Побуждения к принятию Семейной конституции зависят от обстоятельств каждой отдельной семьи и ее семейного бизнеса: например, кто-то доволен своими достижениями и хочет сохранения позитивного развития для своих будущих поколений, а кто-то испытывает тяжелые времена и хочет, прежде всего, защитить свою собственность [4].

В то же время целью принятия Семейной конституции всегда является сохранение контроля семьи в отношении семейного бизнеса / семейной компании в долгосрочной перспективе, как правило, в качестве источника благосостояния.

5. У Семейной конституции – особый объект регулирования.

Как у любого инструмента регулирования, объектом регулирования у любой Семейной конституции являются отношения. Но это – не корпоративные отношения.

Это – отношения между членами семьи, и они не всегда могут быть правовыми отношениями.

Но они всегда есть взаимоотношения членов семьи по поводу семейного бизнеса, владения акциями / долями участия в семейной компании и осуществления прав ее акционера / участника.

Это – не отношения между семьей и компанией, поскольку таковые, если основаны на участии семьи в уставном капитале компании, по своей природе могут быть корпоративными отношениями либо иными правоотношениями (например, договорными или деликтными).

Семейная конституция не является корпоративным договором и не является соглашением акционеров / участников компании.

Соблюдение Семейной конституции не может обеспечиваться нормами корпоративного законодательства. В зависимости от того, как структурирована Семейная конституция, и как определено ее содержание, ее принудительное исполнение может быть вообще невозможным.

6. Обстоятельства обуславливают содержание Семейной конституции и подход к ее разработке.

От конкретных обстоятельств, в которых находится семья и/или семейная компания, зависит содержание Семейной конституции. Ее разработчики могут попытаться создать более формализованную основу для взаимоотношений семьи по поводу семейного бизнеса с целью обеспечения его устойчивого развития.

Либо: обстоятельства могут заставить членов семьи объединиться особые усилия для защиты общего интереса в отношении семейного бизнеса в случае проявления агрессивного отношения со стороны третьих лиц, свидетельствующего о намерении овладеть семейным бизнесом вопреки воле семьи.

Могут различаться и подходы к разработке Семейной конституции. В частности, Семейная конституция может формироваться как набор принципов и/или как документ, определяющий границы допустимого поведения принявших ее лиц, нередко – даже без регулирования процедур. В этом случае проявляется *principle-based approach*.

Другим подходом может быть установление правил поведения с регламентацией соответствующих обеспечительных механизмов (*rule-based approach*). В этом случае проявляется стремление найти возможности для принудительного исполнения Семейной конституции подобно тому, как такое принуждение допускается в сфере правоотношений.

И именно в этом случае следует учитывать, что обеспечение соблюдения Семейной конституции не всегда может быть результативным. Разработчикам Семейной конституции необходимо определиться, будут ли они рассчитывать на добрую волю, добросовестность и разумность членов семьи. Если они посчитают этого недостаточным, им потребуется решить весьма сложную задачу - предусмотреть возможность принуждения к исполнению в соответствии с законодательством.

При этом, чем с более агрессивной внешней средой приходится сталкиваться семье, тем меньше она нуждается в поиске механизмов принуждения к соблюдению Семейной конституции. Любая внешняя угроза семейному бизнесу служит мощным фактором объединения членов семьи, а для соблюдения Семейной конституции вполне достаточным будет лишь наличия воли членов семьи.

7. Обстоятельства служат условиями эффективности разработки Семейной конституции и факторы, подлежащие учету.

Нормальным является, когда основатель семейного бизнеса (патриарх, глава семьи) инициирует разработку Семейной конституции, устанавливает задачи ее принятия и определяет ее содержание; при этом все остальные члены семьи исполняют эту волю патриарха.

Идеальным является, когда у всех членов семьи сформировано одно видение и понимание того, чего они все хотят достичь (что получить, какие задачи решить) в связи с разработкой и принятием Семейной конституции.

Процесс усложняется, когда видение и понимание различается у членов семьи, и они не могут достичь согласия. В этом случае следует задуматься о целесообразности разработки и принятия Семейной конституции (учитывая риски незавершенности процесса, существенного

несовершенства документа, несоблюдения Семейной конституции и другие негативные последствия, отражающиеся как на семейных отношениях, так и на семейном бизнесе).

Важным фактором успеха в разработке и соблюдении Семейной конституции является всесторонний учёт таких факторов, как: (а) жизненные обстоятельства и особенности каждого члена семьи с правом участия, (б) социально-культурный контекст и национальные традиции в данном сообществе людей, (в) применимое законодательство (включая иностранное право, если семья расширяется за счет принятия в семейный круг граждан или подданных иных государств, либо за счет создания членами семьи союзов в иных формах, которые не являются браком и не предусматриваются национальным законодательством, но которые имеют правовой режим в иностранной юрисдикции и должны признаваться национальным правопорядком, как например, *civil partnership*, сожительство или иное совместное ведение домашнего хозяйства, порождающее юридически значимые последствия).

8. Содержание Семейной конституции определяет ее структуру.

Если Семейная конституция принимается с приоритетной задачей, заключающейся в создании условий для выработки общей воли семьи как контролирующего акционера (участника) семейной компании, ее доведения до компании и обеспечения ее исполнения в рамках закона, то в таком случае достаточным является определение условий и порядка для совместных обсуждений членов семьи относительно их семейного бизнеса, принятия решений и их доведения до семейной компании в рамках предусмотренных законом форм (то есть - решением общего собрания / единственного акционера (участника) либо через представителей семьи в органах компании).

Если же главная задача принятия Семейной конституции заключается в обеспечении условий для устойчивого развития семейного бизнеса на поколения, то есть в формировании основы для преемственности прав в отношении семейного бизнеса, то в таком случае следует принимать во внимание подходы передовой практики корпоративного управления, основанные на том, что преемственность затрагивает вопросы контроля, власти и те значимые аспекты, которые некоторые могут счесть слишком деликатными для рассмотрения.

В частности, следует помнить, что обстоятельства, которые требуют преемства, могут также говорить о выходе владельцев на пенсию или об их собственной смертности, что опять же может подтолкнуть их (владельцев семейного бизнеса) к отсрочке вступления в процесс разработки и принятия Семейной конституции.

И важно понимать, что правопреемство не ограничивается передачей капитала / стоимости, акций и долей участия в компании. По сути, это - передача власти и, в конечном итоге, легитимности ведения бизнеса. Это будет иметь прямые последствия для управления компанией, поэтому очень важно принять дополнительные меры для эффективного принятия соответствующих решений акционерами. Такой мерой и может служить разработка Семейной конституции, когда одной из главных задач становится решение то, кто, в каких ситуациях и как возьмет на себя роль держателя акций семейной компании.

Передовая практика также свидетельствует, что эта задача сопряжена с психологическими и эмоциональными проблемами, поэтому надо быть готовым к тому, что разработка и принятие Семейной конституции может стать непростым процессом.

9. Если Семейная конституция разрабатывается для того, чтобы создать действенную систему выработки и передачи согласованной воли семье как акционера / участника, то в ее содержании целесообразно регламентировать ряд важных механизмов.

В качестве важнейшего из таких механизмов передовая практика корпоративного управления и семейного управления бизнесом называет формирование и деятельность семейного совета. Для этого потребуются в содержании Семейной конституции определение компетенции семейного совета, порядка его формирования, критериев и условий членства в совете, возможности участия внешнего лица в качестве члена совета (и определение

требований к нему), условий и порядка деятельности совета, оформление его решений и обеспечение их исполнения.

Важным может стать признание и регулирование особого статуса главы семьи (патриарха). Потребуется идентифицировать личность главы семьи, закрепить его/ее особые права и полномочия, определить условия и порядок замещения главы семьи.

Если семья многочисленна, и особенно, когда не все члены семьи имеют непосредственное отношение к ведению семейного бизнеса и управлению им, может потребоваться признание специального статуса за семейным собранием. В любом случае потребуется решить, будет ли такое собрание признано как специальный орган семьи, или оно будет рассматриваться лишь как форма информирования о ситуации в семейном бизнесе тех членов семьи, кто не участвует семейном бизнесе, но имеет имущественный интерес в семейной компании. То есть предметом обсуждения должен стать вопрос о том, для каких целей в Семейной конституции должно содержаться специальное регулирование семейного собрания.

Передовая практика говорит о целесообразности формирования совета консультантов (advisory council) из числа внешних экспертов. В этом случае потребуется регулирование статуса такого совета и его взаимоотношений с семьей, и во внимание нужно будет принять необходимость в придании Семейной конституции (и/или принятым на ее основе / во исполнение ее положений других документов семейного управления) юридической силы и ее принудительного исполнения в отношении внешних лиц.

Особое значение может приобрести личность и статус семейного секретаря, его/ее взаимоотношения с членами семьи, семейного совета и внешними сторонами (включая семейную компанию). Особенно важным является ответ на вопрос о том, должен ли семейным секретарём быть член семьи (владеющий или не владеющий акциями семейной компании) или иной родственник, либо вообще им может быть третье лицо (не являющееся членом семьи или иным родственником).

Семье также нужно будет определиться в том, допускать ли изменения и дополнения в Семейную конституцию. В этом вопросе стремление сохранить стабильность содержания Семейной конституции является правильным. Но следует прояснить, как часто и при каких условиях могут быть осуществлены изменения или дополнения в Семейную конституцию, поскольку сохранять ее нетронутой на протяжении длительного периода может стать практически неосуществимой задачей.

10. Структура Семейной конституции как инструмента обеспечения устойчивого развития семейного бизнеса.

Постановка задачи обеспечения устойчивого развития семейного бизнеса с высокой вероятностью может привести к пониманию того, что определения принципов ведения семейного бизнеса и регламентации системы принятия решений на уровне семьи в этом случае недостаточно.

В такой ситуации важными компонентами Семейной конституции должно стать также следующее:

- преемственность в отношении акций / долей участия в семейной компании (определение круга уполномоченных на владение лиц; передача, переход прав на них; учет законодательных требований);
- управление активами (дивидендная политика; продажа семейного бизнеса и приобретение новых активов в состав семейного бизнеса; семейный офис; условия использования бизнес-активов для целей, не связанных с ведением семейного бизнеса);
- вовлечение членов семьи в управление семейной компанией (квалификационные требования, условия занятия должностей, продвижения и замещения; планирование преемственности и подготовка кадрового резерва из числа членов семьи);
- формирование и ведение семейного архива (определение ответственного лица, процедуры, обеспечение сохранности, использование данных архива, ответственность);

- управление конфликтами;
- контроль конфликта интересов;
- другие аспекты.

11. При принятии решения о разработке Семейной конституции необходимо оценить и ряд других факторов, имеющих существенное значение.

Членам семьи потребуется решить, должна ли их Семейная конституция быть набором правил, обеспечиваемых мерами воздействия и ответственности, или достаточно регламентировать принципы и процедуры, определить лишь какие-то пределы допустимого поведения.

Также важно определиться с тем, насколько доступной для третьих лиц может быть информация о существовании Семейной конституции, а также ее содержание. Если еще допускается, чтобы третьим лицам было известно о существовании Семейной конституции, то собственно содержание Семейной конституции должно сохраняться членами семьи в строгой тайне, и оно не должно быть известно никому за пределами семьи.

Кроме того, понимая, что основной целью принятия Семейной конституции всегда является регулирование взаимоотношений членов семьи по поводу ведения семейного бизнеса и управления семейными компаниями, рекомендуется оценить важность также и такой цели, как необходимость создания и поддержания условий, стимулирующих заинтересованность членов семьи участвовать в делах семьи, их вовлеченность в семейный бизнес и принятие решений относительно семейной компании, ее деятельности и имущества. Специальное выделение такой цели заметно повлияет как на выбор подхода к разработке Семейной конституции, так и на определение ее структуры и содержание.

Целесообразным является решение вопроса о том, следует ли целью Семейной конституции определить предотвращение и урегулирование конфликтов. Указание такой цели также существенно повлияет на структуру и содержание Семейной конституции. В данном случае необходимо помнить о принципиальном отличии друг от друга понятий «конфликт» и «конфликт интересов». И если регулирование конфликта интересов является одним из основных фокусов Семейной конституции, то достижение цели регулировать конфликты между членами семьи положениями Семейной конституции может стать неосуществимым.

Не менее принципиальными моментами являются то, какими для членов семьи видятся последствия несоблюдения Семейной конституции кем-то из членов семьи, владеющих акциями / долями участия семейной компании, а также несоблюдение каких положений Семейной конституции может привести к таким последствиям.

12. Семейная конституция – особый элемент корпоративного управления в семейном бизнесе.

Следует помнить, что в случае инкорпорированного семейного бизнеса, корпоративное управление в семейных компаниях основано на нормах законодательства, регулирующих корпоративное управление.

Воля семьи, сформированная на основе положений Семейной конституции – это воля акционера (участника) семейной компании. Проявление такой воли семьи в отношении компании должно: (а) соответствовать законодательству по форме и содержанию, (б) ограничиваться самостоятельной правосубъектностью самой компании и (в) учитывать и соблюдать права и интересы не только семьи и самой семейной компании, но и других заинтересованных сторон (от миноритарных акционеров / участников семейной компании, ее работников до интересов местного сообщества, деловых партнеров и потребителей).

В свою очередь, исполнение надлежащим образом выраженной воли семьи в отношении компании должно осуществляться также с соблюдением требований законодательства относительно корпоративного управления. Произвольное вмешательство в управление компанией не допустимо.

Чем в большей степени проявляется rule-based approach, тем большее юридическое значение приобретает Семейная конституция, и тем в большей степени потребуется учет законодательства (включая иностранное) при ее разработке и применении ее положений после принятия. В такой ситуации разработка, принятие и соблюдение Семейной конституции по всем применимым аспектам должны соответствовать императивным требованиям закона и не могут приводить к нарушению законодательства.

13. Принятие Семейной конституции – это рекомендация передовой практики корпоративного управления.

Эта рекомендация обусловлена теми особенностями (и сложностями) взаимоотношений семьи и контролируемой ею компании, которые не проявляются в управлении другими категориями компаний [5].

В ряду таких особенностей передовая практика перечисляет:

- вопросы планирования замещения должностей в компании членами семьи;
- особенности найма и продвижения членов семья по сравнению с лицами, не относящимися к семье;
- обеспечение справедливого отношения к акционерам, не являющимся членами семьи;
- определение роли семейных собраний по сравнению с деятельностью органов управления семейной компании и собранием ее акционеров / участников.

14. Передовая практика корпоративного управления предлагает рекомендации относительно содержания Семейной конституции.

В частности, рекомендуется, чтобы Семейная конституция определяла ценности и убеждения семьи (заявление о миссии), а также принципы или политику семейного бизнеса, включая следующее (но не ограничиваясь этим):

- семейная политика владения акциями, которая устанавливает правила владения акциями и их передачи, чтобы гарантировать, что акции будут храниться в семье по желанию (например, фонд погашения акций);
- политика в области семейного найма, которая содержит рекомендации о том, как члены семьи могут получить работу в компании (например, она может устанавливать критерии, касающиеся образования и профессионального опыта);
- семейная дивидендная политика, которая устанавливает руководящие принципы выплаты семейных дивидендов, чтобы помочь удовлетворить различные потребности семьи в денежных средствах;
- политика назначения членов семьи на должность директора, которая содержит инструкции по избранию членов семьи в совет директоров компании;
- политика разрешения конфликтов, в которой описываются меры, помогающие разрешать конфликты между членами семьи в рамках определенных вопросов.

15. Передовая практика также содержит рекомендации о том, когда целесообразно принять Семейную конституцию [6].

Например, рекомендуется ее разработка уже на начальном этапе семейного бизнеса, когда предполагается (а) наличие в семейной компании таких базовых формальностей, как четкая идентификация акционеров (участников) компании, иных владельцев акций / долей участия компании, а также (б) проведение ежегодных собраний акционеров компании. Хотя в данном случае со стороны семьи достаточно понимания того, что закон должен соблюдаться.

Более целесообразным считается принятие Семейной конституции на этапе роста семейной компании, когда рекомендуется принятие в компании прописанных политик по ключевым аспектам семейного управления компанией – планирование преемственности должностей в компании, наем членов семьи в компанию, избрание в органы компании лиц, не являющихся членами семьи, обращение к независимым экспертам по вопросам

корпоративного управления (создание advisory board) и осуществление прав акционеров / участников компании со стороны членов семьи.

В этом случае особое значение приобретает разделение общего собрания акционеров / участников компании и соблюдение прав акционеров, с одной стороны, и периодических семейных собраний для информирования членов семьи и обсуждения с ними вопросов семейного бизнеса, с другой стороны. Принятие Семейной конституции из целесообразности начинает превращаться в необходимость.

И, наконец, крайне целесообразным (необходимым) рассматривается принятие Семейной конституции на этапе, когда компания достигает устойчивости в развитии и становится привлекательной для инвесторов, а контролирующая его семья становится многочисленной (особенно когда большая часть семьи не работает в компании). В этом случае создание семейного совета становится важной рекомендацией для соответствия хорошей практике корпоративного управления, а принятие Семейной конституции и предусмотренных в ней правил о взаимоотношениях членов семьи по вопросам управления бизнесом становится необходимым.

Завершая свой доклад, выражаю глубокую благодарность моим учителям, друзьям, коллегам, всем участникам этой конференции за то, что вы искренне поддержали идею ее проведения, тематику и формат проведения конференции и, несмотря ни на какие сложности текущего момента, приняли в ней активное и заинтересованное участие!

Ваши доклады имеют несомненно важное значение для развития теории права (и гражданского права – в первую очередь), улучшения деловой практики и, в целом, взаимоотношений между участниками гражданского оборота, а также для совершенствования гражданского законодательства, взаимодействия и международного сотрудничества в области права.

Я очень тронут теплотой и искренностью ваших поздравлений и пожеланий!

Отдельно выражаю глубокую признательность руководству и сотрудникам Каспийского университета и Высшей школы права «Әділет» за организацию и проведение этой конференции на столь высоком репрезентативном и организационном уровне!

Со своей стороны я желаю всем вам и вашим родным крепкого здоровья, счастья и благополучия! И я с нетерпением жду наступления того прекрасного времени, когда мы снова сможем встречаться на научных мероприятиях, в рамках любого профессионального или иного межличностного взаимодействия и наслаждаться «роскошью человеческого общения»!

Список использованных источников:

1. Высшая школа права «Әділет» Каспийского общественного университета: Международная научно-практическая конференция «Субъекты гражданского права и реформа системы юридических лиц» (г. Алматы, 28 июня 2021 г.). – Интернет-ресурс: <https://cu.edu.kz/news/международная-научно-практическая-к-3/>

2. Карагусов Ф. Восприятие концепции социального предприятия – еще один компонент предлагаемой реформы правовой основы юридических лиц в Республике Казахстан. - Интернет-ресурс: https://katpartners.kz/Articles/Soc_pred.pdf

3. IFC: Family Business Governance Handbook. 4th edition.. – Интернет-ресурс: https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/topics_ext_content/ifc_external_corporate_site/ifc+cg/resour ces/guidelines_reviews+and+case+studies/ifc+family+business+governance+handbook

4. Morgan Stanley: Family Constitution and Family By-laws. – Интернет-ресурс: https://advisor.morganstanley.com/michelle.ward/documents/field/w/wa/ward-sofia-michelle/Family_Constitution_and_Family_By_Laws.pdf

5. IFC: Corporate Governance Assessment – Progression Matrix for Family or Founder-Owned Unlisted Companies. Instruction Sheet. – Интернет-ресурс: <https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/89932818-2075-4025-991e->

6. IFC: Corporate Governance Progression Matrix for Family or Founder-Owned Unlisted Companies (Integrating Environmental, Social and Governance Issues). – Интернет-ресурсы: https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/45f2c52b-4fb5-4921-8398-02f22c1a5122/CG_Progression_Matrix_Family_Owned_050119.pdf?MOD=AJPERES&CVID=mGbcQcs

**С.Т. Тыныбеков,
Г.Б. Мұқалдиева**

ҚАЗАҚСТАН РЕСПУБЛИКАСЫДА МҮЛІК ИЕЛЕРІ БІРЛЕСТІКТЕРІНІҢ (МИБ) ҚЫЗМЕТІН ҚҰҚЫҚТЫҚ РЕТТЕУ МӘСЕЛЕЛЕРІ

Қазақстан Республикасының тұрғын үй қатынастары саласындағы заңнамасы ең қажетті, сонымен бірге қоғамдық қатынастардың ең күрделі және өзекті бағыттарының бірі болып саналады. Елдің тұрғын үй қорын басқару және күтіп-ұстау саласын құқықтық реттеу маңызды және күрделі, өйткені көппәтерлі тұрғын үйлерге және оларға қызмет көрсетуге байланысты қызмет адамдардың жеке кеңістігіне – олардың тұрғын үйлеріне, сондай-ақ үйдегі ортақ мүлікке – қасбеттерге, кіреберістерге, вестибюльдерге, холлдарға, дәліздерге, баспалдақтар мен баспалдақ алаңдарына, лифтілерге, төберлерге, шатырларға, техникалық кабаттарға, жер төселерге, үйге ортақ инженерлік жүйелер мен жабдықтарға, абоненттік пошта жәшіктеріне, көппәтерлі тұрғын үйдің астындағы жер учаскесіне және (немесе) үй маңындағы жер учаскесіне, абаттандыру элементтеріне және басқа да жалпы пайдалану мүліктеріне әсер етеді, бір сөзбен айтқанда кондоминиум объектілерін басқару мәселесі тұрғын үй қатынастарын реттейтін заңнаманың енгізілген жаңа өзгерістерге байланысты жаңаша ұғымдар қалыптастырып, құқықтық реттелу қажет ететін мәселелер туғызып отыр.

Қазақстан Республикасы тұрғын үй қатынастарын реттеу туралы заң 1997 жылы қабылданған, бүгінгі күнге дейін 24 жылға жуық уақыт өтіп, осы заңға 60 жуық өзгерістер мен толықтырулар енгізілді. Осы заңда айқындалғандай кондоминиум объектілерін пәтер иелерінің кооперативтеріне басқаруға берілді. Олар басында бір үйден бастап жүздеген үйлерді басқаруға көшті. Нәтижесінде көптеген сапасыз қызметтер көрсетіліп, кеңес өкіметі тұсынан бері жөндеу көрмеген көптеген үйлердің жер төселерін су басып, жылу, электр желілері тозығы жетіп апатты жағдайға жетті, көптеген үйлердің коммерцияға жарамды тұрғын емес алаңдары бей берекет сатқан кооператив басшыларының заңсыз әрекеттері көбейді, тұрғын үйдің қажеттілігі үшін жиналған қаражаттарға тұрғындар бақылау қоя алмау салдарынан, бұл қаражаттар тиісті максаттарына жұмсалмады, бұдан тұрғындардың меншік құқығы қатар, түнгі тыныштығы мен қалыпты жағдайлары бұзылды, наразылықтар күшейді. Осыған байланысты әрине, мемлекет қоғамның негізгі саяси ұйымы ретінде адамның өмір сүруі үшін тұрғын үйлерге қойылатын оңтайлы талаптарды белгілеу, тұрғын үй қорларының сақталуы мен жөндеуді қамтамасыз ету, сондай-ақ мемлекеттік органдардың азаматтардың тұрғын үй саласындағы құқықтарының сақталуына және тұрғын үй қорын пайдалануға құзыретін белгілеу жөнінде шаралар қабылдауына тура келді.

Алайда, әлі де болса тұрғын үй қатынастары субъектілерінің (пәтерлердің, тұрғын емес үйжайлардың меншік иелері, мүлік меншік иелері бірлестіктері төрағаларының, жай серіктестіктің сенімді тұлғаларының, көп пәтерлі тұрғын үйді басқарушылардың, басқарушы компаниялардың, сервистік қызмет субъектілерінің, тұрғын үй инспекцияларының және осы саладағы өзге де мемлекеттік органдардың, басқа да ұйымдардың және т.б.) жоғарыда көрсетілген қызметі заңнамалық реттеуді талап етеді.

Бұл міндет Қазақстан Республикасының тұрғын үй қатынастары саласындағы қолданыстағы заңнамасына жүктелген. Ол реттейтін мәселелер өзекті, олардың бірі көппәтерлі тұрғын үйлерді басқарудың оңтайлы нысаны болып табылады.

2020 жылғы 1 қаңтардан бастап күшіне енген "Қазақстан Республикасының кейбір заңнамалық актілеріне тұрғын үй-коммуналдық шаруашылық мәселелері бойынша өзгерістер мен толықтырулар енгізу туралы" ҚР Заңында кондоминиум объектісін басқарудың жаңа нысандарын – мүлік иелерінің бірлестігі (мүлік иелері бірлестігі) және жай серіктестік (ЖМ) құру көзделген [1]. Бұндағы басты мақсат, әрбір көп пәтерлі тұрғын үйде кәсіби білімі мен дағдысының тиісті деңгейі бар кәсіби басқарушы болуы қажет деп жоспарлануда.

Жоғарыда көрсетілген міндеттерді ескере отырып, Индустрия және инфрақұрылымдық даму министрлігі мүдделі органдармен, қоғамдық ұйымдармен және бірлестіктермен бірлесіп, тұрғындарға өз үйін дербес не шарт негізінде басқарушы компанияларды немесе КПТҮ басқарушысын тарта отырып басқаруға мүмкіндік беретін кондоминиум объектісін басқарудың тәсілдері мен нысандарын әзірледі, бұл "тұрғын үй қатынастары туралы" Заңға енгізілген өзгерістерде көрініс тапты.

Бірінші әдіс – пәтерлер мен тұрғын емес үй-жайлардың меншік иелерінің бірлестігі және жай серіктестік нысанында дербес басқару. Ең алдымен жиналыста меншік иелері: кондоминиум объектісінің ортақ мүлкін басқару және күтіп-ұстау мәселелері бойынша өз мүдделерін білдіретін үй кеңесінің мүшелерін; кондоминиум объектісін басқару нысанын таңдауға не үй Кеңесіне басқару нысанын таңдау туралы өкілеттік беруге тиіс. Бұл жағдайда жиналыста пәтерлердің, тұрғын емес үй-жайлардың меншік иелері басқарудың екі нысанының бірін таңдауға міндетті: не мүлік иелерінің бірлестігі – пәтерлер мен тұрғын емес үй-жайлардың меншік иелері құрған заңды тұлға; не жай серіктестік – пәтерлер мен тұрғын емес үй-жайлардың барлық меншік иелерінің заңды тұлға құрмай тікелей бірлескен басқаруы. Бұл ретте басқарудың екі нысаны да "бір үй – бір бірлестік немесе жай серіктестік – бір шот" қағидаты бойынша жұмыс істейтін болады. Сонымен, заңға енгізілген өзгерістер бойынша: кондоминиум объектілері: 1. Мүлік иелерінің бірлестігі болып табылатын-коммерциялық емес заңды тұлға болып құрылуы керек МИБ. 2. Бірлескен қызмет туралы шарт негізінде құрылатын, заңды тұлға болып табылмайтын-жай серіктестік.

Оған қоса, көппәтерлі тұрғын үй кеңесі (бұдан әрі – үй кеңесі) – пәтерлердің, тұрғын емес үй-жайлардың меншік иелері қатарынан сайланатын кондоминиум объектісін басқару органы деген ұғым қосылды, яғни МИБ басқару органдары. Атқару органы төраға, ревизиялық тексеру комиссиясы құрылуы мүмкін. Жалпы, көппәтерлі тұрғын үй кондоминиумы–Қазақстан Республикасының заңнамасында айқындалған тәртіппен тіркелген меншік нысаны, бұл ретте пәтерлер, тұрғын емес үй-жайлар дара (бөлек) меншікте болады, ал дара (бөлек) меншікте емес бөліктер пәтерлердің, тұрғын емес үй-жайлардың меншік иелеріне көппәтерлі тұрғын үй тұрған біртұтас бөлінбейтін жер учаскесін және (немесе) үй жанындағы жер учаскесін қоса алғанда, ортақ үлестік меншік құқығымен тиесілі болатынын айқындайды [2].

Жалпы ҚР коммерциялық емес ұйымдар туралы заңында, тек қоғамдық бірестіктер туралы көрсеткен. Онда: Қазақстан Республикасының заңдарына қайшы келмейтін ортақ мақсаттарға жету үшін азаматтардың ерікті бірігуі нәтижесінде құрылған ұйым, егер заңдарда өзгеше белгіленбесе қоғамдық бірлестік болып табылады деп атап көрсетеді [3]. Оған қоса, осы заңның 6 бабында: коммерциялық емес ұйымдар мекеме, қоғамдық бірлестік, акционерлік қоғам, тұтыну кооперативі, қор, діни бірлестік, қауымдастық (одақ) нысанындағы заңды тұлғалардың бірлестігі нысанында және заң актілерінде көзделген өзге де нысанда құрылуы мүмкіндігін айқындайды. Ендеше көпәтерлі тұрғын үй мүлкінің меншік иелері бірлестігі жаңа қоғамдық бірлестіктің бір түрі болып танылатын коммерциялық емес заңды тұлға. ҚР тұрғын үй қатынастары туралы заңның 1 бабында: көппәтерлі тұрғын үй мүлкінің меншік иелері бірлестігі– коммерциялық емес ұйым болып табылатын, бір көпәтерлі тұрғын үй пәтерлерінің, тұрғын емес үй-жайларының меншік иелері құрған, кондоминиум объектісін басқаруды жүзеге асыратын, оны күтіп-ұстауды қаржыландыратын және оның сақталуын қамтамасыз ететін заңды тұлға деп атап көрсетеді [2].

Жиналыста: МИБ төрағасы немесе қарапайым серіктестіктегі сенімді тұлға, тексеру комиссиясы (ревизор) сайланады. МИБ төрағасы (немесе жай серіктестіктің сенімді тұлғасы) пәтерлердің, КПТУ-нің тұрғын емес үй-жайларының меншік иелері арасынан сайланады және басқару функцияларын жүзеге асырады, сервистік қызмет субъектілерімен қызмет көрсетуге дербес шарттар жасасады.

МИБ төрағасына қойылатын ерекше талап, тек жеке тұлға ғана емес, тұрғын үй саласында көп пәтерлі үйлерді басқаруда біліктілігі мен тәжірибесі бар заңды тұлғада тартылады. Жеке тұлғаға қойылатын талап ол сол тұрғын үйдің тұрғын емес үй жайлардың меншік иесі немесе сол үйдің пәтер иелерінің бірі болуы керек және ол меншік иесі екендігін растайтын құжаты болуы тиіс. Ал екінші жағдайда пәтер иелерінің келісімімен тұрғын жайларды басқаруды жүзеге асыратын мамандандырылған компанияны немесе басқарушы менеджерді жалдауға болады немесе сервистік компанияға ауысуы керек. Бұл сервистік қызмет субъектісі – жасалған шарт негізінде кондоминиум объектісінің ортақ мүлкін күтіп-ұстау жөніндегі қызметтерді көрсететін жеке немесе заңды тұлға.

Заң нормаларына сәйкес әрбір үйде МИБ-ті құру ПИК-ті автоматты түрде таратуға әкеп соқпайды, өйткені өтпелі ережелерде оны 2022 жылғы 1 шілдеге дейін өзгеру мерзімі көзделеді. Бұл тиімді жұмыс істейтін кооперативтерге басқарушы/сервистік компаниялар болып қайта ұйымдастырылуға және жаңа мәртебеде үйлерге қызмет көрсету бойынша өз қызметін жалғастыруға мүмкіндік береді, бірақ егер олар МИБ немесе қарапайым серіктестік таңдаған жағдайда және жасалған шарт негізінде ғана жүзеге асуы мүмкін [4, 2 б.].

Жалпы ПИК жұмыстарын жаңа заңнама сәйкес ауыстыруға 2022 жылдың 1 шілдесіне дейін уақыт беріліп отыр, осы өтпелі кезеңде тұрғын үйдегі пәтер иелері өздеріне қызмет көрсетіп отырған ПИК қызметтеріне көңілдері толып отырса, онда бұндай кооперативтер өз нысандарын сервистік қызмет көрсетуші басқарушы компанияларға ауыстыруы керек.

ПИК-ті тез арада МИБ ауыстыру үшін мемлекет 20 жуық нормативтік құжаттар қабылдады. Бүгінде үш ҚР Үкіметінің қаулысы және 17 жуық тиісті министрліктердің бұйрықтары қабылданды. Олардың бірқатарын атап өтер болсақ:

«Кондоминиум объектісін басқару және кондоминиум объектісінің ортақ мүлкін күтіп-ұстау жөніндегі шешімдерді қабылдау қағидаларын, сондай-ақ жиналыс хаттамаларының үлгілік нысандарын бекіту туралы» Қазақстан Республикасы Индустрия және инфрақұрылымдық даму министрінің м.а. 2020 жылғы 30 наурыздағы № 163 бұйрығы.

«Кондоминиум объектісін басқару және кондоминиум объектісінің ортақ мүлкін күтіп-ұстау жөніндегі қызметтер көрсету туралы шарттың үлгілік нысанын, кондоминиум объектісін басқару, сондай-ақ кондоминиум объектісінің ортақ мүлкін күтіп-ұстау жөніндегі ай сайынғы және жылдық есептердің нысандарын бекіту туралы» Қазақстан Республикасы Индустрия және инфрақұрылымдық даму министрінің м.а. 2020 жылғы 30 наурыздағы № 164 бұйрығы.

«Ақпаратты электрондық нысанда қалыптастыру, өңдеу, сондай-ақ орталықтандырылған түрде жинау және сақтау, оның ішінде тұрғын үй қатынастары және тұрғын үй-коммуналдық шаруашылық саласындағы ақпараттандыру объектілерінің жұмыс істеу қағидаларын бекіту туралы» Қазақстан Республикасы Индустрия және инфрақұрылымдық даму министрінің м.а. 2020 жылғы 31 наурыздағы № 172 бұйрығы.

2020 жылғы 30 наурыздағы «КПТУ басқарушысымен немесе басқарушы компаниямен немесе сервистік қызмет субъектілерімен МИБ немесе жай серіктестік арасындағы шарттардың үлгілік нысандары»;

«Көппәтерлі тұрғын үйді басқарушыға қойылатын біліктілік талаптарын бекіту туралы» Қазақстан Республикасы Индустрия және инфрақұрылымдық даму министрінің м.а. 2020 жылғы 30 наурыздағы № 169 бұйрығы.

Мәселен, 2020 жылғы 30 наурызда қабылданған «Көппәтерлі тұрғын үйді басқарушыға қойылатын біліктілік талаптарын бекіту туралы» бұйрық білім, жұмыс тәжірибесі, білімі мен дағдылары, кондоминиум объектісін басқару жөніндегі функцияларды жүзеге асыруға оның біліктілігін растайтын құжаттың болуы туралы ақпаратты қамтиды.

Атап айтқанда, 1-тармаққа білімге қойылатын мынадай талаптар қамтылады: жоғары немесе жоғары оқу орнынан кейінгі білім: құқық (құқықтану, халықаралық құқық) немесе әлеуметтік ғылымдар, экономика және бизнес (әлеуметтану, саясаттану, экономика, менеджмент, есеп және аудит, қаржы, мемлекеттік және жергілікті басқару) немесе гуманитарлық ғылымдар (халықаралық қатынастар, тарих, мәдениеттану, филология) немесе техникалық ғылымдар және технологиялар мамандықтары бойынша бакалавр және магистр дипломының болуын болжайды.

Бұл талап КПТУ басқару жүйесін қалыптастырудың бастапқы кезеңінде тым жоғары болып табылады, өйткені мол тәжірибесі мен білімі бар, бірақ жоғары емес, орта арнаулы білімі бар мамандар КПТУ басқара алмайды.

5-тармақ мынадай сертификаттың болуын талап етеді: «оқудан немесе өзіндік даярлықтан өткен және сәйкестікті бағалау саласындағы аккредиттелген ұйым немесе мамандардың біліктілігін тәуелсіз сертификаттауды жүзеге асыратын орталықтарда берген кондоминиум объектісін басқару жөніндегі функцияларды жүзеге асыру біліктілігін растайтын құжатты алған жағдайларда жүргізіледі»

Бұдан басқа, ұйымда басшылық лауазымдарда кемінде бес жыл жұмыс өтілі немесе кондоминиум объектілеріне қызмет көрсету саласында не тұрғын үй-коммуналдық салада кемінде үш жыл жұмыс тәжірибесі болуы тиіс деген талапты жоғары деп санаймыз.

Сонымен жоғарыдағыларды айта келе, мынандай құқықтық реттеуде туындайтын мәселелер туындайды

1) Он мындаған басқарушы ұйымдарда (ПИК және тұтыну кооперативтері) заңды тұлғаның нысанын өзгерту қажеттілігі. ПИК заңды тұлға нысаны ретінде өтпелі кезең аяқталғаннан кейін-2022 жылғы 1 шілдеде жойылады және өз жұмысын қандай да бір сапада жалғастыра алмайды. ПИК бір үйден МИБ-ке түрлендіру түрінде қайта құра алады. Бірнеше үйдің ПИК-і тарату рәсімінен өтіп, МИБ-терді тіркеуі немесе әрбір үйде жай серіктестік құруы тиіс.

2) Меншік иелері негізгі шешімдер қабылдаған кезде дауыс берудің жоғары кедергісі. Негізгі шешімдерді қабылдау үшін (жарна мөлшері, күрделі жөндеу туралы шешім, жинақтарды жұмсау туралы шешім) меншік иелерінің кемінде 2/3 қатысуы қажет және шешім үйдегі меншік иелерінің жалпы санының 2/3 көпшілігімен қабылданады.

3) Төраға болғысы келетін меншік иелері болмаған кезде МИБ-ті тіркеудегі проблемалар. Уәкілетті органның ресми жауабына сәйкес – МИБ-ті тіркеу үшін төраға болуы қажет. Сыртқы менеджерге үйде осы терді тіркеуге және оны банктік шоттармен басқаруға мүмкіндік беретін норма енгізу қажет.

4) Меншік иелерінің үй кеңесіне сайлануға және шешім қабылдауға қатысқысы келмеуі.

5) Қарапайым серіктестікте меншік иелері шешімдер қабылдаған кезде консенсусты қамтамасыз етудің мүмкін еместігі.

6) Апат кезінде бос пәтерге кіруді реттейтін норманың болмауы.

7) Қарызды нотариалдық жазба арқылы өндіріп алудың қиындығы.

8) Ортақ аула аумағын күтіп ұстау және пайдалану кезінде бірнеше кондоминиум объектілерінің ортақ мүлік мәртебесі жоқ.

9) Бірнеше үйден ПИК-ті жою рәсімінің күрделілігі. Тарату Азаматтық кодекстің барлық заңды тұлғаларға ортақ рәсімі бойынша жүргізіледі. Кворумының болмауы себебінен өтпеді деп танылған жалпы жиналыс өткізіледі. Заңды тұлғаны тарату комиссиясын құру мәселелері бойынша меншік иелерінің 2/3-іне жазбаша сауалнама жүргізіледі. Тарату комиссиясы ПИК-ті тарату туралы ақпаратты жариялайды және кредиторларға тарату туралы хабарлама жариялайды. ПИК-ке талап қою мерзімі аяқталғаннан кейін аралық тарату балансын жасайды. Бұдан әрі кредиторлардың талаптары аралық тарату балансы негізінде өтеледі және түпкілікті тарату балансы жасалады. Қалған мүлік пен ақша қаражаты ПИК Жарғысында көрсетілген максаттарға беріледі. ХҚКО арқылы әділет органдарына келесі құжаттар тапсырылады: өтініш, дауыс беру парақтары бар ПИК - ті тарату туралы жиналыстың хаттамасы, ресми баспа

басылымдарында тарату туралы жарияланымды растайтын құжаттар, мөрдi жою туралы құжат, тiркеу алымын төлеу туралы түбiртек-1 АЕК, ПИК-тiң барлық құрылтай құжаттары.

10) Тұрғын үй басқарушыларының бiлiктiлiгiн растау орталықтарының болмауы, мiне аталған мәселелердi құқықтық тұрғыдан шешу аса қажет және маңызды.

МИБ қызметтерiн мемлекеттiк реттеудегi тағы бiр маңызды мәселе, бұл ендi техникалық қызметкерлердi ұстаудың қажетi жоқ, жөндеу бойынша барлық қажеттi қызметтерге бiр рет тапсырыс берiлiп, iс жүзiнде төленедi. Яғни, жұмыс аутсорсинг қағидаты бойынша жүргiзiледi. Егер үй тұрғындарының ешқайсысы МИБ төрағасы болуға келiспесе және жұмысты өз мойнына алмаса, менеджердi қалалық тұрғын үй қатынастары бөлiмi (тұрғын үй қорын басқару саласында мемлекеттiк бақылауды жүзеге асыратын мемлекеттiк орган) тағайындайды.

"Тұрғын үй қатынастары бөлiмi" мемлекеттiк мекемесi туралы ереже жергiлiктi атқарушы органдарға осындай функцияны бередi. Тарифтi қалалық мәслихаттар (Қазақстан Республикасындағы жергiлiктi өкiлдi орган) белгiлейтiн болады, ал бұрын мөлшердi тұрғындардың өздерi анықтаған. Әрбiр МИБ ағымдағы және жинақ шотын ашуы керек. Екiншiсi күрделi жөндеуге орталықтандырылған қаражат жинау үшін қажет.

Бүгiнгi күнде Қазақстан Республикасында 78 мың тұрғын үй жалпы тұрғын үй қорының 28 % авариялық апатты жағдайға жеткен [5, 1 б.]. ҚР Индустрия және инфрақұрылымдық даму министрлiгiнiң ҚР Индустрия және инфрақұрылымдық даму министрлiгiнiң вице-министрi Қайырбек Өскенбаев айтқан ақпаратқа сәйкес, бастапқыда күрделi жөндеуге ай сайын шаршы метрден (\$0,13) 51 теңгеден жинау ұсынылды, бiрақ жоба бойынша жұмыс барысында оның мөлшерi 12 теңгеге (\$0,031) дейiн төмендедi. Жөндеуге ақша тұрғын үй құрылыс жинақ банкіндегi (мемлекеттiк банк) шоттарда жинақталуы тиiс. Егер сегiз жыл iшiнде тұрғындар үйлерiн жөндеуге қажеттi соманың кемiнде жартысын жинаса, қалған 50% - ын банк 3-4% - бен несиеге бередi

Өтпелi кезеңге – МИБ пен ПИК-тiң қатар өмiр сүруiне заң шығарушылар үш жыл-2022 жылдың 1 шiлдесiне дейiн уақыт бөледi. Бұл ретте кооперативтер ресми түрде кооперативтер болып қала берсе де, iс жүзiнде тек басқарушылар, сервистiк компаниялар функцияларын орындайтын болады [5, 2 б.].

Тұрғын үй-коммуналдық шаруашылықты басқаруды реформалаудағы шетелдiк тәжiрибеге сүйенсек, бұл тұрғын үй-коммуналдық шаруашылықты мемлекеттiк және жеке секторларда ұйымдастырудағы дамыған елдердiң нарықтық экономикасы бар тәжiрибелерiн зерттеу тұрғын үй-коммуналдық шаруашылықты одан әрi реформалау үшін негiз болып табылады.

Көп пәтерлi үйлердi басқаруда Шығыс Еуропа елдерiнiң тәжiрибесi қызықты. Көптеген еуропалық елдерде пәтер иелерi үй иелерiнiң бiрлестiктерiне (ХҚКО - Қазақстандық ПИК-тердiң аналогы (ҚКК)) бiрiктiрiлген және тұрғын үй қорын ұстауға және пайдалануға байланысты жұмыстар мен қызметтердiң барлық түрлерiн кәсiби түрде жүзеге асыратын сервистiк компанияны таңдап алады [6, 45 б.].

Үй иелерiнiң ассоциациясы тек атқарылатын жұмыстың нәтижесiн бақылайды. Егер БАҚ жарнамаланатын қызметтердiң сапасына қанағаттанбаса, онда басқа сервистiк компанияны тарту мәселесi қарастырылуда. Айта кету керек, коммуналдық саланы мемлекеттiң дамыған елдерде тұрғын үй-коммуналдық шаруашылықтың осы немесе басқа саласына ерекше қажеттiлiктерi әсерiнен реттеуi өзгердi.

Осы елдерде мемлекет көп пәтерлi үйлердiң иелерiн көп пәтерлi үйлердi жаңғыртуға және жұмысқа қабылдау кезiнде берiлген қалалық тұрғын үй қорын ұлғайту үшін қарыздар мен субсидиялар беретiн мамандандырылған қаржы институттарын құру арқылы кондоминиум объектiлерiнiң ортақ мүлкiн күрделi жөндеу және жаңғырту бойынша бiрқатар шараларды жүзеге асырды. Жергiлiктi билiк органдарының, меншiк иелерi мен тұрғын үйлерiн тарту арқылы осы елдерде мемлекет қабылдаған бағдарламалар тұрғын үй қорының энергия тиiмдiлiгiн арттыруға бағытталған.

Қорыта келгенде, Қазақстан Республикасы тұрғын үй қатынастарын реттеуге арналған реформалар әлі де болса толықтыруларды қажет етеді және реформалардың тиісті нәтижесіне жету үшін нормативтік базаны жоғарыда көрсетілген ұсыныстар бойынша толықтыруды қажет етеді, сонда аталған мәселелердің оң нәтижемен шешілері сөзсіз.

Пайдаланылған қайнар көздерінің тізімі:

1. Қазақстан Республикасының кейбір заңнамалық актілеріне тұрғын үй-коммуналдық шаруашылық мәселелері бойынша өзгерістер мен толықтырулар енгізу туралы Қазақстан Республикасының 2019 жылғы 26 желтоқсандағы №284-VI ҚРЗ // <https://adilet.zan.kz/kaz/docs/Z1900000284> (жүгіну мерзімі: 20.06.2021).
2. ҚР тұрғын үй қатынастары туралы заңы 1997 16 сәуір №94 // <https://adilet.zan.kz/kaz/docs/Z970000094> (жүгіну мерзімі: 20.06.2021).
3. ҚР коммерциялық емес ұйымдар туралы заңы 2001 жыл 16 қаңтар // https://adilet.zan.kz/kaz/docs/Z010000142_ (жүгіну мерзімі: 20.06.2021).
4. Идея создания ОСИ - дать собственникам самим управлять своим домом - интервью с М. Абдыкаримовым // <https://www.primeminister.kz/ru/news/interviews/ideya-sozdaniya-osi-dat-sobstvennikam-samim-upravlyat-svoim-domom-intervyu-s-m-abdykarimovym> (дата обращения: 20.06.2021).
5. Реформа кооперативов собственников квартир в Казахстане: станет ли лучше? // <https://gkhsp.kz/reforma-kooperativov-sobstvennikov-kvartir-v-kazahstane-stanet-li-luchshe/> (дата обращения: 20.06.2021).
6. Назикова Ж.А., Сулейменова И.К., Жоланова Г.Е. Тұрғын үй шаруашылықтарды басқару механизмін жетілдіру: аймақтық аспект. Монография. Тараз университеті: 2018 // http://lib.tarsu.kz/rus/all.doc/Elektron_res/PPS/Nazikova_Turgin_yi.pdf (жүгіну мерзімі: 20.06.2021).

А.В. Гайдаш

НАСЛЕДОВАНИЕ ПРАВ УЧАСТИЯ В ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦАХ: НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ»

Прежде чем говорить о наследовании прав участия в юридических лицах, следует напомнить читателю некоторые основополагающие аспекты создания и функционирования юридических лиц в Казахстане. В частности, такие, как относящиеся к государственной регистрации и перерегистрации хозяйственных товариществ.

Для того, чтобы рассмотреть перерегистрацию хозяйственного товарищества в качестве юридического факта, который влечет за собою возникновение у субъектов гражданского правоотношений определенных прав и обязанностей, необходимо установить отличия перерегистрации юридического лица от регистрации, поскольку в этом отличии и содержится одна из проблем защиты права.

Согласно статье 42 Гражданского кодекса Республики Казахстан (ГК РК) юридическое лицо подлежит государственной регистрации в органах юстиции. Порядок государственной регистрации определяется законодательством. Нарушение установленного законом порядка образования юридического лица или несоответствие его учредительных документов закону влечет за собой отказ в государственной регистрации юридического лица. Отказ в регистрации по мотивам нецелесообразности образования юридического лица не допускается. Отказ в государственной регистрации, а также уклонение от такой регистрации могут быть обжалованы в суд.

В соответствии со статьей 42 ГК РК государственная регистрация юридического лица независимо от его вида является обязательной, ибо до регистрации юридическое лицо просто

не существует; момент его возникновения, приобретения им право- и дееспособности совпадает с моментом его государственной регистрации. Данные государственной регистрации, в том числе для любой коммерческой организации – его фирменное наименование, включаются в единый государственный реестр юридических лиц (реестр бизнес-идентификационных номеров). Значение регистрации заключается в том, что она:

- а) подтверждает факт возникновения юридического лица;
- б) позволяет вести государственный учет всех юридических лиц страны, ибо они через регистрацию вносятся в единый государственный реестр;
- в) обеспечивает возможность государственного контроля за деятельностью юридического лица;
- г) создает условия гласности, так как через регистрирующие органы всякое заинтересованное лицо вправе ознакомиться со всеми материалами, характеризующими каждое юридическое лицо, кроме, разумеется, тех, что являются конфиденциальными или составляют коммерческую тайну.

От регистрации юридического лица следует отличать его перерегистрацию, которая осуществляется тем же органом, что и первоначальная регистрация, но в отличие от нее перерегистрация не имеет конститутивного значения ни для возникновения юридического лица, ни для его прекращения. Задача перерегистрации - государственный учет и включение в объем информации, которая может быть запрошена заинтересованными лицами, изменений, внесенных в правовой статус уже зарегистрированного юридического лица. Перерегистрация необходима, в том числе, в случаях изменения состава участников в хозяйственных товариществах (за исключением случаев, предусмотренных пунктом 6 статьи 24 ГК РК). Изменения, внесенные в учредительные документы по указанным основаниям без перерегистрации юридического лица, являются недействительными [1].

Таким образом, отличие регистрации и перерегистрации юридического лица заключается в различии задач (юридической значимости) каждого из этих двух процессов и юридических фактов.

При этом необходимо отметить, что сегодня, помимо объема задач, описанных Ю.Г. Басиным [2], задачей перерегистрации хозяйственного товарищества является констатация факта возникновения прав на долю у лиц, которую ее приобрели (тем самым обусловив определенные изменения в составе участников юридического лица или размерах принадлежащих этим участникам долей участия в уставном капитале юридического лица).

Здесь же необходимо обратить внимание, что согласно части 1 статьи 6 ГК РК, нормы гражданского законодательства должны толковаться в соответствии с буквальным значением их словесного выражения.

При этом буквальное толкование статьи 42 ГК РК позволяет нам говорить о том, что обжаловать в судебном порядке можно уклонение от государственной регистрации, но не уклонение от государственной перерегистрации юридического лица. Отсутствие нормы права, закрепляющей прямой механизм защиты нарушенных прав субъектов, пагубно влияет на участников гражданских правоотношений, что подтверждается практическими примерами, приведенными ниже.

Однако, необходимо остановиться на том, что сегодня, как и ранее, изменение состава участников хозяйственного товарищества, в том числе в связи с переходом доли уставного капитала к третьим лицам, является отдельным основанием для перерегистрации юридического лица, установленным гражданским законодательством.

Как уже отмечалось, императивной нормой материального права закреплено, что изменения состава участников в хозяйственных товариществах (за исключением установленным ГК РК) без перерегистрации юридического лица, являются недействительными.

Несмотря на то, что доля участника в уставном капитале хозяйственного товарищества носит обязательственный характер, а не вещный (что, прямо указано в действующей редакции пункте 3 нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 10 июля

2008 года № 2 «О некоторых вопросах применения законодательства о товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» [3]), момент возникновения прав на долю у третьего лица, к которому доля переходит уже после создания хозяйственного товарищества, неразрывно связан с процессом перерегистрации юридического лица в уполномоченной государством организации по основанию изменения состава участников хозяйственного товарищества.

При этом действующее законодательство не содержит отдельной процедуры регистрации прав на долю как отдельный объект гражданских право. Для отдельных видов хозяйственных товариществ картина все же ясна. К примеру, для товариществ с ограниченной ответственностью установлено, что в случае получения права на долю в имуществе товарищества с ограниченной ответственностью после его создания лицо становится участником товарищества с момента внесения изменений в учредительные документы и перерегистрации товарищества в связи с изменением состава его участников, а в товариществах, в которых ведется реестр участников - с момента внесения соответствующих изменений в такой реестр.

Данная норма права, связывающая момент возникновения абсолютно всех прав на долю в уставном капитале товарищества (комплекса взаимосвязанных правомочий) с моментом перерегистрации этого товарищества в связи с изменением состава участников, возникла сравнительно недавно. Это произошло после того как Законом Республики Казахстан от 21 января 2019 года [4], были внесены изменения в Закон Республики Казахстан «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» [5]: в частности, появилась статья 37-1, регламентирующая вышеописанный момент возникновения прав на долю в уставном капитале товарищества с ограниченной ответственностью.

Кроме того, 29 июня 2018 года Верховный Суд Республики Казахстан внес изменения в вышеупомянутое нормативное постановление, в том числе и в пункт 6. В новой редакции пункта 6 этого нормативного постановления теперь указано, что прием нового участника и изменения в составе участников без внесения записи в реестр участника товарищества, ведение которого осуществляется регистратором, либо, соответственно, без перерегистрации юридического лица, являются недействительными. В этой связи право приобретателя на долю переходит к нему с момента перерегистрации товарищества либо внесения записи в реестр участников товарищества (в зависимости от обстоятельств).

Анализ законодательства, действовавшего до вышеуказанных поправок, позволяет сделать вывод о том, что ранее перерегистрация юридического лица в связи с изменением состава участников была неразрывно связана с моментом возникновения права распоряжения долей в уставном капитале. При этом связь возникновения других прав на долю, в том числе вытекающих из нее с моментом перерегистрации юридического лица, не была буквально закреплена в законодательстве, что и вызывало описанные ранее автором дискуссии между исследователями о моменте возникновения прав на долю в уставном капитале хозяйственного товарищества.

Анализируя ранее действовавшую редакцию законодательства с позиции защиты прав лиц, в число которых входят приобретатели долей участия по сделкам, а также наследники, можно отметить, что старая редакция позволяла защитить права указанных лиц. К примеру, лицо к которому доля в уставном капитале товарищества перешла в порядке наследования, становилось участником товарищества с момента принятия наследства в установленном порядке (в соответствии с пунктом 4 статьи 1072 ГК РК) [6]. При этом право распоряжения долей могло возникнуть у участника лишь после перерегистрации юридического лица. До этого момента лицо не могло быть полноценным участником, поскольку отсутствовало право распоряжения долей.

Несмотря на то, что термин «полноценный участник» может вызвать некоторое несогласие в научных кругах, такой подход позволял участвовать в делах товарищества, голосовать по вопросам хозяйственной деятельности, получать доступ к бухгалтерской

документации и осуществлять иную деятельность, не связанную с распоряжением долей в уставном капитале.

Эта позиция нашла свое подтверждение 17 апреля 2018 года в решении специализированного межрайонного экономического суда Алматинской области №1912-18-00-2/928, которое после проверки вышестоящих судебных инстанций в установленном процессуальном порядке, было оставлено без изменений.

В указанном решении сказано: «при этом судом не могут быть приняты во внимание доводы стороны ответчика ... о том, что понуждение ее доверителей на прием новых участников товарищества и проведение перерегистрации в связи с изменением состава участников не допускается, поскольку данный доводы не соответствует требованиям п/п. 3) п.6 ст. 42 ГК РК, где указано, что юридическое лицо подлежит перерегистрации в случае изменения состава участников в хозяйственных товариществах.

Помимо того, суд также находит голословными позицию представителя ответчиков о том, что наследники-истцы приобрели только право на долю, потому как данная позиция ответчиков не соответствует действительности и обстоятельствам дела, так как в суде установлено, что наследники на основании свидетельств о праве на наследство по закону получили доли в уставном капитале ТОО...»

После того, как в Законе Республики Казахстан «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» появилась статья 37-1, закрепляющая момент возникновения прав на долю в уставном капитале товарищества с ограниченной ответственностью, практика изменилась.

Поправки в законодательство урегулировали момент одновременного возникновения всех прав, вытекающих из долей участия в товариществах с ограниченной ответственностью, и связали его с моментом перерегистрации товарищества.

Однако, такой подход позволил участникам товарищества злоупотреблять своими правами, так как лицо, к которому доля перешла по основаниям, предусмотренным законодательством, теперь не имеет права участвовать в делах товарищества вообще до того момента, как товарищество будет перерегистрировано. При этом перерегистрация товарищества зависит от остальных участников, от того, как они проголосовали (и голосовали ли вообще).

Таким образом, права лица, к которому доля перешла, к примеру, на основании гражданско-правовой сделки, не защищены с момента заключения этой сделки и до момента перерегистрации товарищества в связи с изменением состава участников. В результате участники товарищества в указанный период могут злоупотреблять своими правами, в том числе в ущерб интересам лица, к которому доля переходит в установленном гражданским законодательством порядке (в том числе в порядке наследования).

Необходимо отметить, что законодательством Республики Казахстан предусмотрена административная ответственность за осуществление деятельности без перерегистрации юридического лица.

Так, «осуществление деятельности без перерегистрации юридического лица, его филиалов и представительств в случаях, предусмотренных законодательством, влечет предупреждение или штраф на должностных лиц, субъектов малого предпринимательства или некоммерческие организации в размере десяти, на субъектов среднего предпринимательства - в размере двадцати, на субъектов крупного предпринимательства - в размере сорока месячных расчетных показателей» [7].

Механизм защиты прав третьих лиц, к которым доля в уставном капитале переходит по основаниям, предусмотренным гражданским законодательством, от злоупотребления правами остальных участников не является результативным, поскольку предусмотренная административная ответственность не соизмерима с ущербом, который может быть причинен приобретателям доли в результате таких злоупотреблений. Более того, привлечение виновных лиц к административной ответственности за несоблюдение требования о перерегистрации

юридического лица не гарантирует дальнейшего исполнения обязанности по перерегистрации товарищества с ограниченной ответственностью.

Статья 42 ГК РК не действует напрямую, так как сам процесс перерегистрации юридических лиц, в том числе в связи с изменением состава участников, регламентирован двумя нормативными правовыми актами. Ими являются: Закон Республики Казахстан «О государственной регистрации юридических лиц и учетной регистрации филиалов и представительств» и Стандарт государственной услуги «Государственная перерегистрация юридических лиц, учетная перерегистрация их филиалов и представительств», утвержденный Приказом Министра юстиции Республики Казахстан от 26 июня 2019 года № 349.

Исчерпывающий перечень документов, которые должны быть предоставлены хозяйствующим товариществом в уполномоченную организацию для перерегистрации в случае изменения состава участников, закреплён в вышеуказанном Стандарте государственной услуги № 349. В перечень таких документов включены следующие:

- заявление по форме;
- решение либо выписка из решения уполномоченного органа юридического лица о государственной (учетной) перерегистрации, предусматривающие внесение изменений и дополнений в учредительные документы юридического лица, положение о филиале (представительстве), скрепленные печатью юридического лица (за исключением субъектов частного предпринимательства);
- три экземпляра учредительных документов (положений) с внесенными изменениями и дополнениями для юридического лица, не относящегося к субъекту частного предпринимательства, а также акционерного общества, их филиалов (представительств);
- подлинники прежних учредительных документов юридического лица, не относящегося к субъекту частного предпринимательства, а также акционерного общества, положений об их филиалах (представительствах);
- квитанция или иной документ, подтверждающий уплату в бюджет сбора за государственную перерегистрацию юридических лиц, относящихся к некоммерческим организациям и учетную перерегистрацию их филиалов и представительств или документ, подтверждающий оплату в Государственную корпорацию «Правительство для граждан».

Для государственной перерегистрации хозяйственных товариществ по основанию изменения состава участников, за исключением товариществ с ограниченной ответственностью, в которых ведение реестра участников товарищества осуществляется центральным депозитарием, представляется документ, подтверждающий отчуждение (уступку) права выбывающего участника хозяйственного товарищества на долю в имуществе (уставном капитале) товарищества или ее части в соответствии с законодательными актами Республики Казахстан и учредительными документами. Договор отчуждения (уступки) права выбывающего участника хозяйственного товарищества на долю в имуществе (уставном капитале) товарищества или ее части, стороной которого является физическое лицо, подлежит нотариальному удостоверению.

Казалось бы, перечисленные нормы права последовательно позволяют осуществить перерегистрацию юридического лица при том, что законодатель устанавливает ответственность виновных лиц в случае неперерегистрации юридического лица в установленных законодательством случаях.

Однако практические аспекты перерегистрации долей уставного капитала хозяйственного товарищества наполнены определенной проблематикой, связанной с злоупотреблением гражданскими правами некоторых субъектов и игнорированием обязанностей, установленных нормами права.

Так, для перерегистрации юридического лица, в том числе по основанию изменения состава участников, требуется предоставление в уполномоченную организацию решения либо выписки из решения уполномоченного органа юридического лица о государственной (учетной) перерегистрации, предусматривающие внесение изменений и дополнений в

учредительные документы юридического лица, положение о филиале (представительстве), скрепленные печатью юридического лица (за исключением субъектов частного предпринимательства).

На практике формулировка нормы упомянутого Стандарта № 349, позволяет участникам товарищества злоупотреблять нормой права.

Участники могут проголосовать против такой перерегистрации, ссылаясь на их право голосовать «за» или «против», либо вовсе игнорировать такие собрания, и в результате лицо, к которому доля переходит в порядке наследования или по гражданской правовой сделке, не может стать полноценным участником хозяйственного товарищества, пока товарищество не будет перерегистрировано.

При этом перерегистрация хозяйственного товарищества в случае изменения состава участников является обязанностью, а не правом, наличие указанного документа в обязательном перечне вынуждает третьих лиц, к которым переходит доля уставного капитала, зависеть от голосов участников товарищества, которые они отдают на собрании по вопросу о перерегистрации товарищества, а также от исполнительного органа товарищества, который уполномочен предоставить документы на перерегистрацию юридического лица.

Судебная практика по рассмотрению споров об обязывании юридических лиц или их участников осуществлять государственную перерегистрацию в связи с изменением состава участников весьма неоднозначна.

Некоторые суды игнорируют тот факт, что перерегистрации хозяйственного товарищества в связи с изменением состава участников - это обязанность, а не право, и в связи с этим склоняются к тому, что участники товарищества вправе голосовать на общем собрании как они считают нужными. Но тогда такие судебные акты приводят к правовому тупику: лицо имеет документ как основание перехода доли уставного капитала (договор, свидетельство о наследстве), но не может стать полноценным участником товарищества, поскольку у него нет протокола общего собрания участников с результатами положительного голосования о перерегистрации юридического лица. Участники могут пользоваться сложившимся правовым пробелом, бездействовать и самостоятельно осуществлять хозяйственную деятельность, бесконтрольно распределять дивиденды, продолжать вести себя подобным образом, но не перерегистрировать юридическое лицо.

При этом, Конституцией Республики Казахстан предусмотрено, что собственность, в том числе право наследования, гарантируется законом. Но фактически своими выводами суды подтверждают, что права наследования не гарантируются законом, поскольку, по мнению судов, вопрос о перерегистрации хозяйственного товарищества при любых условиях должен решаться на общем собрании участников товарищества. Но ведь таким образом, конституционная гарантия наследственных прав не работает, поскольку вопрос перерегистрации зависит от остальных участников и их голосов. А если вопрос перерегистрации зависит от остальных участников, то и момент возникновения прав на долю у наследника зависит от остальных участников, и нет никаких гарантий, что на общем собрании будет принято положительное решение о перерегистрации товарищества, а его участники в очередной раз в своих или чужих интересах не уклонятся от ее проведения.

Поскольку имеются судебные споры, очевидным становится тот факт, что практическая сложность заключается в осуществлении перерегистрации юридического лица не только для приобретателя доли в уставном капитале хозяйственного товарищества, но, как показывает практика и для лиц, которые отчуждают такую долю.

В настоящее время процедура перерегистрации хозяйственного товарищества по основанию изменения состава участников весьма проблематична, если другие участники не содействуют этому процессу.

Для перерегистрации законодатель требует решение уполномоченного органа (в данном случае - общего собрания участников), в связи с чем наследники должны инициировать проведение внеочередного общего собрания по вопросу перерегистрации товарищества, при том, что правом данной инициативы наделен исполнительный орган товарищества.

До момента перерегистрации товарищества приобретатели не имеют прав на долю исходя из законодательства, действующего сегодня, а, следовательно, не обладают правами даже на созыв такого собрания. Далее приобретатели могут столкнуться с рядом неблагоприятно развивающихся событий, к примеру:

- исполнительный орган не созывает общее собрание;
- участники игнорируют созванное общее собрание;
- участники отказываются голосовать за перерегистрацию товарищества и др.

В результате, действующая редакция законодательства, регламентирующая перечень документов, необходимых для перерегистрации товарищества, оставляет не защищенными интересы большого круга субъектов гражданских правоотношений, в числе которых наследники лица, участники товарищества, которые произвели отчуждение доли в его уставном капитале, лица, которые приобрели такие доли, кредиторы товарищества и другие субъекты.

Избежать нарушения прав лиц, к которым доля в уставном капитале хозяйственных товариществ переходит в установленных законодательством случаях, (или лиц, которые произвели ее отчуждение) можно путем совершенствования законодательства таким образом, чтобы нормы права не только закрепляли основы перехода доли, но и исключали погрешности юридической техники при исполнении данных норм.

Полагаем, что выходом из создавшейся ситуации будет либо признание за лицами, «имеющими» незарегистрированную долю участия в юридических лицах (неполноценными участниками) комплекса прав, которыми они могут пользоваться и без регистрации юридического лица, независимо от воли участников или общего собрания, либо позволяли (в некоторых случаях) производить государственную перерегистрацию товарищества без возмездья высшего органа юридического лица.

Список использованной литературы:

1. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть) от 27 декабря 1994 года № 268-ХІІІ // https://adilet.zan.kz/rus/docs/K940001000_#z255 (по состоянию на 02.06.2021 г.)
2. Басин Ю.Г. Избранные труды по гражданскому праву. Предисловие Сулейменов М.К., Ихсанов Е.У. Сост. Сулейменов М.К.- Алматы: АЮ-ВШП «Әділет», НИИ частного права КазГЮУ, 2003. -734 с.
3. Нормативное постановление Верховного суда Республики Казахстан от 10 июля 2008 года № 2 «О некоторых вопросах применения законодательства о товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» // <https://adilet.zan.kz/rus/docs/P08000002S> (по состоянию на 02.06.2021 г.)
4. Закон Республики Казахстан от 21 января 2019 года № 217-VІ «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам усиления защиты права собственности, арбитража, оптимизации судебной нагрузки и дальнейшей гуманизации уголовного законодательства». // <https://adilet.zan.kz/rus/docs/Z1900000217> (по состоянию на 02.06.2021 г.)
5. Закон Республики Казахстан от 22 апреля 1998 года № 220-І «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью». // https://adilet.zan.kz/rus/docs/Z980000220_ (по состоянию на 02.06.2021 г.)
6. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть) от 1 июля 1999 года № 409 // https://adilet.zan.kz/rus/docs/K990000409_ (по состоянию на 02.06.2021 г.)
7. Кодекс Республики Казахстан от 5 июля 2014 года № 235-V «Об административных правонарушениях». // <https://adilet.zan.kz/rus/docs/K1400000235> (по состоянию на 02.06.2021 г.)

ГЛАВА 4. АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА И МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

А.С. Довгерт

ВОПРОС О РЕКОДИФИКАЦИИ НОРМ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА В УКРАИНЕ

Вступление

Сейчас в Украине живо обсуждается проект Концепции рекодификации Гражданского кодекса Украины (Концепция). В обновленном кодексе предполагается восстановление книги о международном частном праве (МЧП). Такой шаг, по мнению авторов Концепции будет отвечать не только распространенной в мире кодификационной практике, но и правовой традиции Украины. Безусловно, основная цель модернизации системы коллизионных норм в сфере частноправовых отношений заключается не в перемещении положений МЧП в ГК Украины. Системное обновление (рекодификация) украинского коллизионного права продиктовано ныне активизацией международного общения лиц в самых различных сферах, европейскими устремлениями страны, развитием рыночного законодательства, новейшим опытом кодификации МЧП на национальном, региональном и универсальном уровнях. Стоит напомнить, что прошло уже почти 30 лет с начала подготовки действующей сегодня кодификации МЧП (Закон Украины «О международном частном праве» 2005 г. - далее «Закон»). За тридцатилетний период наука и практика МЧП в мире накопили новый материал. В XXI веке современные идеи регулирования воплощены в многочисленных новых кодификациях МЧП как в рамках гражданских кодексов (Аргентина, Литва, Молдова, Нидерланды, Румыния), так и в отдельных законах Эстонии (2002), Бельгии (2004), Болгарии (2005), Японии (2007), Турции (2007), Польши (2011), Чехии (2012), Монако (2017), Венгрии (2017) и некоторых других стран. Прогрессивные идеи коллизионного права и международного гражданского процесса нашли отражение также в многочисленных регламентах ЕС и документах Гаагской конференции по международному частному праву.

Все вышесказанное вместе и толкает нас на путь совершенствования правовых инструментов взаимодействия украинской правовой системы с соответствующими системами зарубежных стран.

Цель рекодификации МЧП

Основная цель рекодификации МЧП в Украине заключается в законодательном расширении и углублении базовых идей современного коллизионного учения, которые в свое время были заложены в фундамент украинской кодификации. В частности, это касается укрепления частноправовых начал коллизионного права, расширения диспозитивности МЧП, повышения регулятивных возможностей коллизионных норм, предоставления последним большей гибкости с одновременным сохранением их определенности, материализации выбора права и т.п.

Однако не надо недооценивать и такое направление обновления, как переформатирование текста Закона в завершающую книгу модифицированного ГК Украины. В условиях украинских правовых реалий такое переформатирование не выглядит чисто техническим. Здесь стоит напомнить, что проект ГК Украины состоял из восьми книг, среди которых была книга «Международное частное право». Впоследствии, уже перед третьим чтением проекта кодекса в Верховной Раде Украины (2001), различные антирыночные силы нанесли множество ударов по его форме и содержанию. Не останавливаясь на деталях этой законодательной трагедии и объяснений-оправданий ее заводил, отметим только, что в результате таких атак

эффективность принятого и ныне действующего ГК Украины была значительно подорвана. Особенно тяжелые последствия (значительные потери в законотворчестве, правоприменении, обучении юристов и т.д.) произошли вследствие двух предательских ударов: принятия антагонистического частного праву Хозяйственного кодекса Украины и отсоединения от кодификации двух книг («Семейное право» и «Международное частное право»).

Сегодня в процессе обновления ГК Украины снова встает вопрос о его оптимальной структуре, в частности в аспекте дополнения книгой о МЧП. Вопрос о месте коллизионных норм в гражданской кодификации стоял перед законодателями всех стран всегда, в том числе уже в XXI веке. Сейчас мы видим, что современные частноправовые кодификации зачастую продолжают ранее существующую практику включения в структуры кодексов отдельных книг (частей) о МЧП. Так, например, новейшие ГК Аргентины (2014), Литвы (2000), Молдовы (2002), Нидерландов (2011), Румынии (2011) и др. содержат развитые массивы положений коллизионного права. Иногда эти массивы наряду с коллизионными нормами охватывают также нормы международного процессуального права. Интересную арифметику касательно формы коллизионных кодификаций приводит в недавно опубликованной работе известный американский коллизионист Симеон Симеонидес. Ученый исследовал 94 известных кодификаций МЧП (вместе с 4 завершенными на то время проектами) за 50-летний период (1962—2012) в 86 странах Африки, Азии, Европы и Америки. Результаты оказались следующими: в 13 странах из 86 состоялась фрагментарная кодификация коллизионных норм в актах узкой сферы действия (например, в законах о вступлении в силу нормативных актов и т.п.); 4 страны (Бельгия, Болгария, Тунис и Турция) назвали свои автономные кодификации кодексами, а 27 стран — назвали их законами о МЧП; большинство же стран (42) поместили кодификации МЧП в гражданские кодексы.

При обновлении ГК Украины предлагается возврат к первоначальной структуре проекта, то есть включение в действующий Кодекс книги о МЧП, содержание которой составят перенесённые и модернизированные положения Закона. Восстановление такой книги в обновленном ГК Украины будет отвечать не только распространенной в мире кодификационной практике, но и в какой-то мере правовой традиции Украины (в ГК 1963 года содержалась подобная часть под названием «Применение иностранного права и международных договоров, правоспособность и дееспособность иностранных граждан»). Прежде всего, речь идет о практической пользе такого решения. Во-первых, книга о МЧП усилит роль ГК Украины в регулировании частных отношений, а также вес самих правил МЧП. Во-вторых, ГК получит законченный вид: если положения предыдущих книг регулируют внутренние гражданско-правовые отношения, то книга о МЧП — предлагает специальные механизмы регулирования в случае перевода таких отношений в международную плоскость. В-третьих, предложенное единство материальных и коллизионных норм в одном документе предоставляет последнему новую логичность и удобство в пользовании. В-четвертых, и это самое важное: студенты (и все другие пользователи), держа в руках такой кодекс, сразу получают сигнал о возможном взаимодействии с иностранным правом в процессе международного общения.

Основные достижения действующего Закона

Прежде чем говорить о способах устранения недостатков Закона Украины «О международном частном праве», хотелось бы сказать несколько добрых слов в адрес действующего Закона, в подготовке которого в свое время мне довелось участвовать. По многим параметрам отечественная кодификация коллизионного права вместе с предписаниями международного гражданского процесса (так называемая широкая кодификация) стала одной из самых масштабных в мире. Например, по количеству статей она вошла в число 15 крупнейших из около 100 кодификаций МЧП, произошедших на всех континентах в течение последних 50 лет (большее количество статей, чем наш Закон (82), имеют, в частности, кодификации Швейцарии — 200, Нидерландов — 165, Бельгии — 140,

Болгарии — 124, Чехии — 124, Македонии — 124, Словении — 119, Хорватии — 108, Квебека — 93, Албании — 89). Украинский кодификационный опыт вызвал мировую заинтересованность ученых и законодателей. За рубежом вышло немало научных работ, в которых анализировались достижения коллизιονистов Украины.

Закон буквально перевернул всю коллизιονную теорию и законодательную практику, которые существовали до него в Украине и бывшем СССР. В отличие от предыдущего законодательства, им не просто устанавливалось более полное коллизιονное регулирование международных частнопровых отношений. Закон переводил всю систему коллизιονного права на рельсы новых, широко признанных в мире подходов и принципов, таких как «автономия воли» для сторон правоотношения; применение к правоотношениям права страны, имеющей с ними тесную связь; введение значительного судебного усмотрения при выборе применимого права; точное и полное применение иностранного права; максимальный учет интересов физического лица относительно его личного и семейного статуса и т.п.

Несмотря на высокую общую оценку, Закон содержал досадные неточности и недостатки, часть которых возникла из-за «невнимательности» законодателя при трансформации положений книги 8 «Международное частное право» проекта ГК Украины в отдельный закон. Спектр недостатков был разнообразным: от неправильных названий разделов (например, раздел VI назывался «Коллизιονные нормы обязательственного права», хотя в нем содержались нормы только договорного права) до потери полноты регулирования в сфере международного гражданского процесса (последний оказался разорванным между тремя актами: Законом, Гражданским процессуальным кодексом и Хозяйственным процессуальным кодексом Украины).

Со временем часть этих недостатков удалось устранить. Однако существенных улучшений в Законе (кроме некоторых терминологических уточнений) за годы его действия и применения не произошло. Неотложной задачей осталось согласование с нормами Закона положений других актов коллизιονного права. Не удалось также сконцентрировать предписания международного гражданского процесса в одном документе. Но главное заключается в том, что в XXI веке человечество выработало новые подходы по улучшению взаимодействия правовых систем стран мира. И эти подходы нам надо перенять. Таким образом, задача рекодификаторов заключается в европеизации отечественного коллизιονного права.

Основные направления рекодификации МЧП

Обновление всех частей и институтов действующей кодификации МЧП предусматривает увеличение числа коллизιονных правил и усложнение юридической техники, детализацию юридических предписаний, замену ряда устаревших норм более модернизированными предписаниями с учетом существенных изменений в международных частнопровых отношениях и необходимости нормирования новых правовых институтов. Можно предположить, что в перспективе отечественное коллизιονное право будет развиваться по следующим основным направлениям:

1. Дальнейшую модернизацию получит институт *lex voluntatis* («автономия воли») как в части общих правил, так и в части его специфических проявлений в отдельных видах правоотношений (договорных, недоговорных, трудовых и т.д.).

Сегодня к усовершенствованию многих аспектов института *lex voluntatis* побуждают недавно принятые (2015) Гаагской конференцией по международному частному праву Принципы выбора права в международных коммерческих договорах. В частности, эти Принципы предлагают предоставлять сторонам договора возможность выбирать не только право определенного государства, но и право негосударственного происхождения в форме сводов, принципов, конвенций, *lex mercatoria* (например, Принципы международных коммерческих договоров Международного института по унификации частного права (УНИДРУА). На законодательное улучшение института «автономии воли» в Украине

нацеливают также положения регламентов ЕС, в частности Регламент (ЕС) № 593/2008 Европейского парламента и Совета ЕС «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам («Рим I»)» и Регламент (ЕС) № 864/2007 Европейского парламента и Совета ЕС «О праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам («Рим II»)».

2. Учитывая, что регулятивная функция коллизионных норм полнее всего раскрывается через инструменты наиболее тесной связи (привязку, принцип, защитную оговорку), важным направлением обновления кодификации является модернизация данных инструментов, в частности раскрытие содержания наиболее тесной связи.

Сегодня в европейской доктрине и судебной практике преобладает территориальный подход к этому вопросу, согласно которому наиболее тесная связь видится в степени интенсивности территориальных контактов правоотношений с определенной страной. Однако, на наш взгляд, в современных условиях лучше отдавать предпочтение не столько «географическому», сколько материально-правовому подходу к содержанию наиболее тесной связи. Европейская наука все больше склоняется к необходимости учитывать при определении наиболее тесной связи не только географические контакты (*conflict justice*), но и факторы, лежащие в плоскости материального права и материального результата (*material justice*). Такой подход, по мнению его сторонников, позволяет сделать коллизионный массив более гибким, а суд — вооружить всеми теми возможностями при определении права, которые имеет законодатель при моделировании конкретной привязки коллизионной нормы. Нам стоит определиться с тем, на основании каких материальных факторов (помимо чисто коллизионных) суды будут определять наиболее тесную связь для всех или отдельных сфер правоотношений.

3. В обновляемой кодификации продолжится, бесспорно, линия материализации коллизионного права за счет более широкого использования множественности коллизионных привязок. В одних случаях это будет делаться за счет расширения перечня альтернативных привязок для признания действительности/недействительности актов. В других — будет предоставляться повышенная защита отдельным субъектам, например, работникам в трудовых договорах. В некоторых случаях стоит подумать о перенесении бремени выбора лучшего права с суда на участника, как это сделано в статье 50 Закона, в которой пострадавшему вследствие недостатков товаров (услуг) предоставляется широкий выбор из множества применимых правопроярков.

4. Важное направление усовершенствования связывается с так называемым одновекторным (*unilateral*) подходом к решению коллизионного вопроса. Такой подход, в отличие от многовекторного (*multilateral*), не требует наличия системы коллизионных правил. Он характеризуется тем, что выбор права происходит исходя из анализа действия самих материальных норм в пространстве и в отношении лиц, а не из анализа частноправовых отношений. Такой прием, казалось бы, канул в Лету вместе со средневековой теорией статутов. Однако он оказался востребованным сейчас, в период развития национальных и глобальной экономики, который характеризуется государственным вмешательством в экономические процессы, в частности путем законодательного установления всевозможных запретов и других императивных норм, традиционно относящихся к сфере публичного права. От концепции публичного порядка такие нормы (названные «императивными») отличаются тем, что публичный порядок имеет отношение не к конкретным нормам законодательства страны, а к основным принципам ее правовой системы.

Практика доктринального толкования и судебного применения института императивных норм в Украине свидетельствует о необходимости внесения в него некоторых уточнений. Во-первых, следует изменить название этих норм. В доктрине и кодификациях МЧП многих стран нормы, о которых говорится в статье 14 Закона, принято называть надимперативными. Такое название точнее передает характер данных норм и устраняет их отождествления с императивными нормами внутреннего частного права. В МЧП речь идет не об обычных императивных нормах гражданского права, а об особой императивной норме как следствии важнейшего значения для государства или общества определенных правоотношений, и

поэтому законодатель ни в коем случае не считает возможным допустить подчинение таких правоотношений иностранному праву. Во-вторых, практика показывает, что зачисление отдельных норм к разряду надимперативных является достаточно сложной задачей как для ученых, так и для судей. В тексте статьи 14 Закона отсутствуют какие-либо ориентиры для этого. А в доктрине приводятся или слишком широкие общие признаки надимперативных норм, или несовпадающие сферы их нахождения. К категории таких норм к тому же относят нормы как частноправового, так и публично-правового характера.

Представляется, что в рамках одновекторного подхода к надимперативным нормам относятся только те, которые имеют публично-правовой характер и направлены на (1) защиту интересов государства по поддержанию платежной системы и платежного баланса (нормы валютного регулирования и т.п.); (2) защиту фискальных интересов (таможенное регулирование и т.д.); (3) защиту экономических интересов отечественных производителей (лицензирование и квотирование экспорта-импорта и т.п.); (4) защиту местных финансовых рынков (ограничения на рынке ценных бумаг и т.п.); (5) реализацию политических и военных интересов государства (эмбарго и т.п.); (6) защиту окружающей среды и животного мира (запрет на оборот определенных видов растений, животных и т.п.); (7) защиту конкуренции и функционирования товарных и финансовых рынков (нормы антимонопольного законодательства и т.п.).

А.Г. Диденко

О ТОЛКОВАНИИ ПРАВОВЫХ НОРМ (текст выступления)

Недавно мне позвонила К.В. Мукашева, чтобы разобраться с одной проблемой. Состоялся интересный диалог, в котором она полчаса эмоционально излагала вопрос, а мое положение свелось к роли героя из Гоголевского «Ревизора», который появлялся несколько раз и его речь сводилась к возгласу «Ийи». Я спросил, в чем мое значение. Она ответила, что ей нужно было высказаться, озвучить свои мысли.

Такая потребность существует у многих авторов.

Я также хочу высказаться перед таким цивилистическим ареопагом.

Я подготовил наброски по толкованию норм о юридических лицах. Но потом понял, что они не будут ясны без предварительных замечаний о толковании правовых норм.

Сразу скажу о несовместимости толкования права и правовых норм. Правовые тексты многозначны, как многозначно Священное писание, которое нельзя читать как беллетристику или «Божественную комедию», где у Данте в каждом слове и образе 4 смысла: прямой, аллегорический, моральный и возвышенный.

Право в целом тоже многозначно. Право - своеобразная «Божественная комедия», созданная человечеством. В силу объективных и субъективных причин наша теория права не дошла до такого раскрытия многозначности толкования. Возьмём, к примеру, советское право. Оно многозначно. С одной стороны, гарантировало гражданам такие ценности, как право на бесплатную медицину, бесплатное образование и другие, с другой, устанавливало унизительные запреты и ограничения.

Но мы сегодня говорим о толковании нормы-клеточки права, которое, разумеется, несёт на себе печать непознанного общего, но имеет свою специфику, которую мы, цивилисты, изучаем.

В казахстанской литературе по вопросам толкования я бы отметил труды М. Сулейменова и Ж. Елюбаева. В их работах дана хорошая основа для применения гегелевского закона отрицания отрицания, а именно, переход к другому уровню проблемы, а не к так именуемому «зряшному отрицанию».

Казалось бы, что можно сказать нового о толковании после тех же древних римлян, более эрудированных, искушенных в логике Платона и Аристотеля? В книге выдающегося современного философа Умберто Эко «Имя розы» описано много искусных средневековых богословских и правовых дискуссий. Например, обстоятельно описан спор о том, имел ли Христос и апостолы что-либо в собственности и владении, включая их одежды и другое используемое имущество. Дискуссия интересная, как и ее концовка: побежденного в дискуссии отправили на костер. Но что это я о прошлом, когда в 30-е годы советского периода не согласных с марксистской идеологией теоретиков права отправляли пусть и не на костер, а в тюремные застенки.

В учебном процессе можно и нужно повторять мысли Модестина, Папиниана. Это относится почти ко всем классическим институтам: виндикация и сервитуты, владение, трансмиссия и т.д.

Но каковы перспективы **научных** поисков? Путь один: точный показ устаревшего и того, что появилось такое, что предшественники не могли видеть и, следовательно, обсуждать. В этом плане очень хорошо обозначена программа следующего юбилея: гражданское право в эпоху трансформации общественных отношений.

Что же важно нового привнесло последнее столетие в процесс толкования норм права?

Вначале семь десятилетий были социалистическая законность, борьба с нетрудовыми доходами, абсолютная подчиненность договора плану, преимущественная защита государственной собственности и т.д. При осуществлении прав и исполнении обязанностей требовалось соблюдать моральные принципы общества, строящего коммунизм.

Последние три десятилетия, не говоря уже о фундаментальных принципах гражданского законодательства, таких как равенство всех форм собственности, свобода договора, практически все институты наполнены новым содержанием: справедливость, оценочные понятия, новые формы юридических лиц, изменилась теория обязательств, международная кооперация способствовала проникновению рыночных идей. Следовательно, все это требует новых способов толкования.

Я остановлюсь только на двух моментах.

Первый момент. Что можно толковать?

Толковать можно только существующий текст. Заполнение в тексте различных пробелов это **результат** толкования, а не толкование. К нему неприменимы приемы толкования. Иногда слово «толкование» используется к явлениям, которые таковыми не являются. Новой проблемой является возможность заполнения пробелов в договоре по усмотрению судьи. Некоторые авторы рассматривают эту проблему под углом толкования. Я полагаю, что это не толкование, точно также как не является толкованием заполнение пробелов в праве путем аналогии права и закона. На заполнение пробелов договора по усмотрению судьи я бы спроецировал мысль Иеринга, когда он говорит об аналогии закона и права и о применении здесь высшей критики. Юриспруденция не затрагивает в этом случае прав законодателя, она не создает, а лишь применяет высшую критику и интерпретацию – не слов, но мысли законодателя. Этот прием требует большей искусности в абстрагировании и более тонкой способности к разграничению, нежели обыкновенная интерпретация. Юриспруденции необходимо привыкать в течение продолжительного времени к новым мыслям, пока она не убедится в необходимости большей области применения, чем та, в которой они впервые появились. Аналогия – это плод медленного созревания мысли. Эту мысль можно отнести и к заполнению пробелов договора. Суд не создает новых прав контрагентов, а лишь применяет высшую критику и интерпретацию – не слов, но мыслей контрагентов.

Я думаю, что заполнение пробелов договора - это не обособленная воля судьи, а лишь интерпретация воли контрагентов. Этот прием требует большей искусности в абстрагировании и более тонкой способности к разграничению, нежели обыкновенная интерпретация.

Некоторые авторы выступают против судейского усмотрения при заполнении пробелов в договоре, считая, что такой прием способствует коррупции со стороны судей. На основе этого аргумента следовало бы отказаться от многочисленных оценочных понятий, дающих простор судейскому усмотрению. В субъективном усмотрении лица, применяющего те же оценочные понятия, должно присутствовать нечто всеобщее, выше которого непозволительно возвышаться собственной индивидуальности судьи. Это всеобщее, являющееся квинтэссенцией правовой определенности, содержится в понимании действующего права, в содержании разумности, добросовестности, очевидности, существенности и пр., сформированном столетиями применения, истолкования, уяснения, оно зиждется на авторитете бесконечного повторения сходных убеждений индивидов, авторитете государства. Конечно, нельзя обойти вниманием тот факт, что заполнение пробелов в праве, в договоре по воле судьи, создает правомерное основание для судейского усмотрения, а расширение сферы их применения раздвигает границы судейского усмотрения. Но усмотрение судьи — это не то же самое, что произвол судьи. Названное обстоятельство вызывает двойственное отношение к судебному усмотрению. С одной стороны, оно может способствовать коррупции, ибо под формальным законным прикрытием дают суду возможность выносить нужное решение. При бесчестности и неграмотности судей они содействуют подрыву веры в справедливость у участников гражданского оборота. С другой стороны, судейское усмотрение способно выполнять целый ряд позитивных функций. Оно может улучшать судебную практику, ибо индивидуальная природа казуса предполагает необходимость в обобщении практики, достижения единообразия в однотипных случаях. Оно может содействовать утверждению принципов справедливости, поскольку позволяет при решении спора учитывать тонкости этического порядка и пр. Так что плюсы судебного усмотрения перевешивают возможные минусы.

Второй аспект. Нужна ли в Гражданском кодексе статья 6? Иностранцев гостей я информирую, что это статья о толковании норм права. Вы не найдете на нее ссылок в судебных решениях, в решениях Конституционного Совета.

В каких-то системах есть норма о толковании, в других нет. У римлян не было, в России нет - и обходятся. В Эстонии, Израиле есть. Однако подобные ссылки не имеют доказательственного значения. Доказывает лишь эффективность нормы, а не её текст.

В статью 6 ГК в усеченном виде перенесена научная доктрина толкования правовых норм. Перенос доктрины в текст закона возможен, но в данном случае он неудачен.

Итак, статья 6 ГК ориентирует толкователя на следующие приемы уяснения содержания правовой нормы:

1. Буквальное значение.
2. Соответствие Конституции.
3. Соответствие основным принципам гражданского законодательства.
4. Учет исторических условий введения нормы в действие.
5. Истолкование в судебной практике.

Все это неполно, и весьма эфемерно. Например, что означает использование при истолковании судебной практики, методика использования которой отсутствует?

Дефект ст. 6 ГК в том, что она начинается с буквального толкования. Это широко называемый в литературе приём. Но в нем следует усомниться. Юристы, философы, религиозные деятели в силу своей профессии склонны к определенному буквоедству. Главное, чтобы при этом не впадать в крайность, именуемую талмудизмом и начетничеством, проще схоластикой, когда буква довлеет над смыслом. В самом деле, есть ли малейшее значение порой в многостраничных рассуждениях о различии понятий «толкование», «интерпретация», «уяснение» и «разъяснение» правовой нормы? Это может представлять интерес для филологов. Именно здесь кроется первый недостаток ст. 6 ГК, где основной упор сделан на букву. Надо основываться на смысле нормы, а потом на букве, как на инструмент поиска смысла.

Но как же быть с тем, что традиционное толкование договора все-таки ставит на первое место буквальное толкование (ст. 392 ГК)? Дело здесь совсем не в том, что, как говорит большинство авторов, по-разному понимаются слова, а в отличиях обыденного и юридического мышления, приводящему к разности понимания слов и мыслей.

В буквальном толковании не следует смешивать цель и средства ее достижения. Если в договоре целью текста является адекватное отражение воли контрагентов, а средством надлежащее закрепление этой воли в тексте, то цель и средство здесь очень тесно смыкаются, и через текст (букву) нетрудно прийти к смыслу текста, тогда как цель и средство толкования правовой нормы значительно отдалены друг от друга. Цель правовой нормы - урегулировать определённые отношения. Средством являются правила законодательной техники, исторические закономерности, целесообразность. И только через них можно привлекать букву. И если уж включать в закон норму о правилах толкования, то правы те законодатели, которые указывают, что положения закона должны истолковываться в контексте с другими положениями, исходя из формулировок, смысла и цели закона. Буквальное толкование нормы носит вторичный характер.

Вот такова канва моих взглядов на толкование норм права.

А.А. Ком

ГРАЖДАНСКИЙ КОДЕКС УКРАИНЫ: ОСНОВНЫЕ НАПРАВЛЕНИЯ РЕКОДИФИКАЦИИ

Обновление Гражданского кодекса Украины (далее – ГК или ГК Украины) [1] в качестве одной из основных предпосылок предусматривает обновление законодательных подходов к предмету правового регулирования ГК Украины.

Дублирование регулирования общих положений частного права в связи с наличием в Хозяйственном кодексе Украины (далее ХК или ХК Украины) [2] положений, которые отнесены к его общей части, создает серьезные препятствия для развития частного права в Украине в соответствии с принципами европейского частного права.

ГК Украины, перенасыщенный разнообразными атавизмами советских времен, *de jure* с легкой руки законодателя стал регулятором предпринимательских отношений. По своей природе предпринимательские отношения – это отношения, в которые государство *apriori* должно вмешиваться только в исключительных случаях (в частности, когда этого требуют публичные интересы или же, к примеру, с целью защиты прав и законных интересов потребителей). В то же время положения ГК Украины, в котором закреплены основные принципы частного права (недопустимость лишения права собственности, свобода договора, свобода предпринимательской деятельности, не запрещенной законом, судебная защита гражданских прав и интересов, принципы справедливости, добросовестности и разумности) в силу законодательных предписаний сегодня должны применяться к предпринимательским отношениям лишь субсидиарно.

Именно поэтому обновление гражданского законодательства Украины в качестве объективной предпосылки предусматривает отмену (а точнее - признание утратившим силу) Хозяйственного кодекса Украины. Соответствующий тезис, а точнее предусловие закреплено и в п. 1.1. Концепции обновления Гражданского кодекса Украины [3].

Как уже неоднократно отмечалось в многочисленных выступлениях, публикациях, интервью членов рабочей группы, процесс рекодификации не предусматривает глобальных изменений в структуре Гражданского кодекса Украины.

Основной фокус в процессе рекодификации будет сделан именно на обновление гражданского законодательства с учетом более чем пятнадцатилетнего опыта применения ГК Украины.

Очевидно, в процессе обновления необходимо пересмотреть все «искусственные наросты» на теле многострадального ГК: это, прежде всего, изменения к первоначальному тексту ГК, внесенные до его вступления в силу (в своем большинстве они были связаны с параллельным принятием вместе с ГК Украины и Хозяйственного кодекса).

С другой стороны, за годы действия ГК Украины в его текст были внесены десятки, или даже сотни бессистемных и откровенно вредных изменений, обусловленных конъюнктурными пожеланиями отдельных народных избранников и финансирующих их олигархических групп.

Все эти изменения должны быть тщательно пересмотрены на предмет их целесообразности и соответствия требованиям времени, законодательной техники и главное – цели гражданско-правового регулирования.

В процессе рекодификации основные институты гражданского права будут актуализированы и с учетом требований сегодняшнего времени. Высокая эффективность гражданско-правового регулирования, обеспечиваемая сегодня положениями действующего ГК Украины, бурное развитие общественных отношений, в том числе предпринимательских, корпоративных, информационных отношений, появление ряда совершенно новых объектов гражданских прав, а также другие факторы, влияющие на развитие европейского частного права, с неизбежностью требуют обновления положений Гражданского кодекса Украины.

Скорее всего, такое обновление (или актуализация правового регулирования) будет касаться не только предмета гражданско-правового регулирования, но и объектов гражданских прав, сделок и др.

Идеология изменений, касающихся правового регулирования юридических лиц, заключается в следующем. ГК Украины как основополагающий акт частного права, регулирующий в том числе и общие положения о юридических лицах как субъектах гражданского права, должен установить исчерпывающий перечень их организационно-правовых форм с одновременным отказом от конструкций юридических лиц, присущих советскому праву.

В контексте юридических лиц рабочая группа считает целесообразным в целом вернуться к концепции, предложенной разработчиками ГК Украины еще во время подготовки его первоначального проекта, который был принят Верховной Радой Украины в первом чтении в 1996 году.

Конструкция юридического лица обеспечивает обособленность имущества, которое может происходить как вместе с объединением лиц, так и без него. На наш взгляд, целесообразно сохранить подходы к дифференциации организационно-правовых форм, закрепленных в ст. 83 ГК Украины:

- если имущество отделяется вместе с объединением лиц – это общества;

- если имущество отделяется без объединения лиц – это учреждения, а, следовательно, их учредители не принимают участия в управлении этими учреждениями (ст. 83 ГК Украины).

В свою очередь, предпринимательские общества могут быть созданы как хозяйственные общества (акционерные общества; общества с ограниченной или дополнительной ответственностью; полные общества; коммандитные общества) или как производственные кооперативы (ст. 84 ГК Украины).

Открытым остается вопрос относительно предпринимательских обществ. Ст. 85 действующего ГК Украины предусматривает возможность существования и непредпринимательских обществ, впрочем, целесообразность сохранения этой разновидности вызывает определенные сомнения.

ГК Украины в первоначально подготовленном разработчиками проекте не предусматривал возможности существования иных организационно-правовых форм. Впрочем, с учетом одновременного принятия в 2003 году ГК Украины и ХК Украины, в ст. 83 ГК Украины перечень организационно-правовых форм юридических лиц был определен как открытый. Представляется, что ГК должен содержать исчерпывающий перечень организационно-правовых форм юридических лиц, который будет способствовать большей

правовой определенности и формированию единой практики применения положений гражданского законодательства в этом аспекте.

Относительно юридических лиц, зарегистрированных в организационно-правовых формах, не предусмотренных ГК, рабочая группа считает, что таким юридическим лицам должно быть предоставлено время для приведения своей организационно-правовой формы в соответствие с положениями ГК, в частности, в течение срока, который будет установлен законом (т.н. «переходный период»).

Управление любым юридическим лицом осуществляется в соответствии с правилами, установленными статьями 97-103 ГК Украины. Такая прозрачность по управлению юридическим лицом, по мнению разработчиков проекта ГК Украины, является одной из основных гарантий защиты прав всех субъектов экономического оборота.

Относительно предпринимательских обществ, в частности хозяйственных обществ, считаем нужным вместе со специальными законами - «Об акционерных обществах», «Об обществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» - восстановить в ГК соответствующие статьи, в которых будут закреплены общие положения относительно таких видов хозяйственных обществ, и отдельно отметить о наличии специального регулирования в указанных специальных законах с тем, чтобы ГК содержал основные положения относительно всех закрепленных форм юридических лиц.

Учитывая реалии нашего времени, следует отметить, что украинская экономика в соответствии с принятыми нашим государством обязательствами перед международным сообществом объективно должна соответствовать устоявшимся мировым подходам не только к организационно-правовым формам юридических лиц, но и к отношениям собственности.

Положения ГК Украины не только подробно регламентируют право собственности (закрепляют понятие, гарантии, основания приобретения, перехода, прекращения и т.д.), но и устанавливают общие подходы относительно использования чужого имущества - речь идет прежде всего об аренде и доверительном управлении. Следует подчеркнуть, что институт управления имуществом, ставший одной из новелл ГК Украины, является абсолютно понятным для стран с развитой экономикой и может полноценно выполнять функции инструмента по передаче имущества собственником (в частности, и государством) юридическим лицам публичного права для выполнения ими соответствующих функций.

Иными словами – институт управления имуществом с учетом определенных корректив способен, на наш взгляд, полностью заменить давно устаревшие коммунистические институты «права хозяйственного ведения» и «права оперативного управления». Отдельно следует подчеркнуть, что предпринимательским обществам, прежде всего, акционерным обществам и обществам с ограниченной ответственностью, акции и корпоративные права которых принадлежат государству, имущество должно принадлежать на понятном для всех участников торгового оборота титуле - на праве частной собственности с соответствующими правовыми последствиями.

Список использованных источников:

1. Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 05.05.2021)
2. Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text> (дата звернення: 05.05.2021)
3. Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ: Видавничий дім «Артек», 2020. – 128 с. URL: <http://bit.ly/3rXx3a4>

LEGAL SCIENCE IN THE DIGITAL AGE

As regards the substantive potential benefits, it is somewhat surprising that science is not more frequently discussed when it comes to the progress that digitalization can bring. In contrast, in the LegalTech context there seems to be a tendency for inventors and investors to address the most complex of processes first. As science, for good reasons, concentrates on such complex issues and in particular, as demonstrated by the theme of this seminar, abstract terms, it seems that with scientific topics the advantage of digitalization could well be highlighted.

On the other hand, as typically public bodies and conservative institutions are in responsible for developing science, it is not surprising that there is little related discussion, and resources for related investment are likely to be difficult to obtain.

Given that, accordingly, practical examples of how digitalization in science could look like are unlikely to emerge soon, I think it is timely to, through examples, theoretically conceptualize what digitalization could achieve if it were applied to legal issues detached from individual cases in the manner that is typical for science and should also be a focus of discussions before legislation or court precedents are adopted. I in particular find this approach pertinent in a seminar that deals with general issues of legal entities, and takes place in the tradition of civil law seminars in Almaty.

This article will first explain how legal tech could work in the M&A context (see below no. 1), then apply a similar concept to subsidiary liability in Russia (see below no. 2.1.) as well as to the legal issues arising in the context of the downfall of the German company Wirecard (see below no. 2.2.). In a final, more speculative part, conclusions about the manner in which legal science would develop under the auspices of digitalization will be drawn (see below no. 3).

1. Example Automating Due Diligence Processes

The below flowchart, exemplifying how the due diligence processes can be rationalized through IT systems, can serve as a model for how the procedure would look like in which scientific issues could be discussed:



The step referred to as “classification of documents” above will predetermine the result that will emerge from the Report Builder. For instance, change of control clauses in contracts at large, bonus clauses in labor contracts and the size of the charter capital of companies (with a view to determine undercapitalization, which can trigger a prohibition to pay dividends and mandatory liquidation) can

be targeted for them to be detected by a system that partially automates due diligence processes (the “System”), and on the basis of the findings in the documents the System can propose standard language warning from the effects of these clauses which can be adapted by the user according to the user’s preferences.

It is easy to imagine how a similar system can be applied to the management of lease agreements of retailers by retailers with a focus on their performance and termination for instance. Through those and similar examples a substantial part of routine work could well soon be automated, and it seems that related obstacles are more a matter of potential users understanding how the processes could be and designing their policies for the purchase of IT accordingly than on technical abilities.

It also seems obvious to me that none of those systems will simply be there to stay and dominate the market without having to be adapted and expanded. The most illustrative example of all this is to imagine that potential targets in M&A processes obtain an understanding of the types of clauses the System picks up sufficient to be able to circumvent the System. Accordingly, over time, a war of systems could start, which will, for instance, reward the tactics with which systems are used and the approach to and the extent of the review is designed.

2. Potential Application to Managers and Vicarious Liability

Obviously, limitation of liability for corporations is a key element of every economy (limited liability is generally traced back to the 15th century, that is, to a then novel, non-feudal economy [see for England for instance: 1] and legal discussion on corporate law. At the same time, the risk of losses to third parties by inappropriate actions of those using the corporation increases with every increase of limitation of liability. All jurisdictions therefore will, on a more or less permanent basis, review the criteria for the responsibility for action that involves corporations so as to take emerging practices and dangers into account, and also to accommodate dangers that may change from time to time with the environment changing.

To the contrary to the need to adapt, related phenomena referred to in corporate law are typically understood as being static. In Germany, for instance, it is characteristic that the changes in approach by courts are not seen as a consequence of practical developments [2; 3], but simply as facts. Titles like “Meyerhof Salama, O Firm da Responsabilidade Limitada no Brasil (my translation: The End of the Limited Responsibility in Brazil)” seem an exception and the very text of this work not really fulfilling the promise of the title to give typology of limitations of the limitations of liability. The need for reform however is stressed in documents [such as: 4] but appears to have had little practical effect.

Examples are reviewed in the following taking the development of subsidiary liability in Russia and perceptions about the current status of the Wirecard-matter and options for organizing knowledge through digitalization into account:

2.1. “Subsidiary Liability” in Russia

Protection of corporate assets seems a particularly thorny issue where those assets are non-physical and where the state ultimately bears liability such as in the case of deposit insurance (whilst the Russian state, according to my own perceptions, in fact provided for deposit insurance in particular after the 1998 crisis, the relevant more formal legislation that had been demanded by international agencies came into force only in 2003 [5]).

Indeed, despite government, organizationally, typically, having influence on the prosecution of economic crimes, it in fact apparently continues to have more difficulties to protect its interest than privates, not only in Russia, but also in other countries of what could be referred to as the CIS region [see, for instance: 6]. In the following, one reaction, namely court precedent based on the so called subsidiary liability in Russia, are further examined:

2.1.1. The Reason for Concern

Because of the continuously high demands on state money to fund deposit insurance claims in banks that have lost their licenses, The Russian regulator seems to have tested quite some regulatory reactions (I have discussed potential reactions in: [7, p. 17; 8]), and the question on how successful the Russian regulator was and why the Russian regulator chose the options that were chosen, is of course one of scientific relevance. A clear set of rules that prevent asset stripping and, at the same time, give certainty as to investors as to their ultimate risk of course is important to the economy too. Here, an element of all this will be further examined, namely that the relevant Russian state bodies have regularly filed claims for reimbursement against persons involved with the banks before the withdrawal of the licenses [an overview of outstanding claims in: 9]. Whilst, initially, a saying of the then head of the Russian Central Bank that the flight of bankers to London was the Central Banks “biggest headache” [10] characterized the main difficulty of prosecution well, in the meantime the ability to foreclose outside Russia appears to have substantially increased [see key decision:11].

In addition to the challenge in defining appropriate substantive rules, there appears to be a formal issue: in their published decisions about the liability of natural persons for actions of companies, Russian courts focus on fact patterns in a manner that makes the application to other situations a particular challenge. Illustrative of this challenge is a brief decision of the Highest Court of the end of 2019 [12], its decision that confirmed decisions of the lower instance [13], taking an approach that also was seen earlier [14 and 15]. In essence those decisions established liability of all those that participated in the violation of prudential rules for banks related to the assessment of the credit worthiness of borrowers [13, sentence 49]. Liability of persons participating in those lending processes was assumed because of their membership in credit committees [13, sentence 74], and decisions having been taken on the basis of documentation being wrong [13, sentence 90]. Because Russian court decisions traditionally do not make clear which of the arguments they mention is decisive, the broader the scope for examination in the first instance is, the more it is likely that, whilst many reasons are given for a decision, only a part of them is relevant for the decision, and it remains unclear which part that is. For instance, if the court of first instance came to the conclusion that a person is liable, it may take the persons involvement into breaching prudential rules and the persons link to counterparties of the company that has become bankrupt into account, and it will remain unclear which of the two circumstances has which relevance for the decision. Accordingly, the formation of rules will likely be delayed until court decisions without a multitude of bases for a result emerge. Similarly, the decisions will also not discuss reasons for exoneration from liability that the defending party may feel are relevant, and will not give guidance on such rules for further cases.

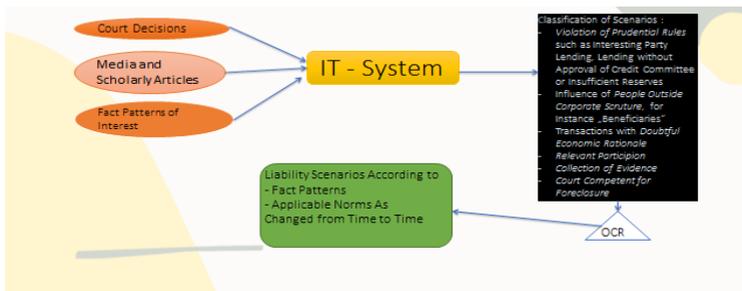
The Highest Court also confirmed that the amount of damage is to be established in a procedure that is to follow the one about the liability for damages as a whole. Decisions on the amount of damage are likely to be quite voluminous and to be published only some time after the decisions confirming liability.

This approach limits the likelihood that rules applicable to cases other than those being examined by the court are formed. Also, it spreads out the arguments that have become a basis for decisions to many decisions, and the arguments that are not sufficient for asserting liability may not even be contained in the decisions.

Accordingly, assembling and systematizing the mentioned detailed rules could provide a benefit, and digitalization could help to do so. A random search for “субсидиарная ответственность” (subsidiary liability) in the important business newspaper and site Kommersant.ru for a one-year period ending with the 16.07.2021 gave 430 results, among them advice by lawyers from major law firms about how to avoid liability [such as: 16] suggesting lack of clarity of issues.

2.1.2. Digitalization

The following is to illustrate how the issues involved could be treated with digital means:



Very similar to what is the case for the M&A procedure mentioned under No. 1 in this article, a key element of using systems for the understanding of the issues of importance is what is set out under classification above, and the terms, rules and circumstances tentatively suggested in the graph, whilst they could be of use, are only tentative. Interestingly, the terms and circumstances mentioned are similar to what is commonly known and discussed in the scientific corporate law discussions, and, the following, are expanded a bit upon, taking the scenario and grounds for the decisions as per the court decisions as a basis:

- Instances of *Violation of Prudential or Other Rules Relevant to a Company* such as Interesting Party Lending, Lending without Approval of Credit Committee or Insufficient Reserves, in other words, rules that determine the activity of a company and may or may not be a basis for liability for debts of this company (in Germany, rules that can be a basis for liability of a company are referred to as “Schutzgesetz” (protecting legislation) under § 823 Section 2 German Civil Code, and there is a body of related jurisprudence), Manners by which influence of *People Outside the Corporate Structure* leads to liability of such people. For instance, could corporates better be insulated from risks that creditors of the companies should not bear by strengthening whistleblower procedures, and exemption from liability by those who uncover risks in time?
- Defining signs of transactions with *Doubtful Economic Rationale*, for instance, indications that there never has been an expectation that loans are paid back or affiliation among acting parties as opposed to economic interests having been causal for the transactions,
- *Relevant Participation* of individuals, namely the question to what degree activity contributing to a result and knowledge of the risk by a person needs to be in evidence and to what degree the pure fact that nobody had ultimate responsibility is enough for asserting damage claims against all involved (further on referred to as “Liability by Omission”),
- Manner of *Collection of Evidence*, in particular, whether the court is likely to have taken into account all circumstances of a case and included them into the decision,
- *Court Competent for Foreclosure and its Requirements*, and related circumstances, for instance, whether a certain depth or stile with which examinations are made in Russia influences the recognition of court decisions outside of Russia.

Including articles and theoretical considerations into the summary as well as systematizing the material, with the criteria mentioned above in mind, would allow science to work out more detailed and encompassing general rules for how to act (including what is needed to circumvent such rules) that, depending on the case, could be taken over in by court practice and legislation.

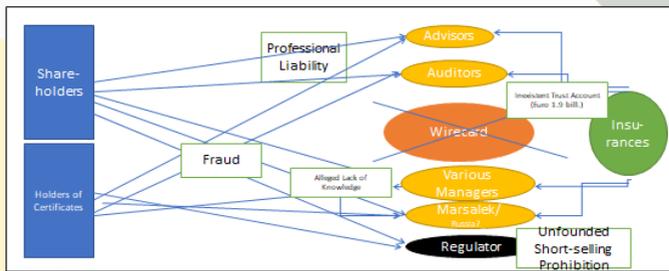
2.2. Wirecard Case as Example of Problems in Application of Rules in Germany

A recent, still very much developing German case allows to compare results, evaluate their adequacy, as well as benchmark requirements as to liability in an increasingly complex regulatory environment:

2.2.1. - Summary of Facts

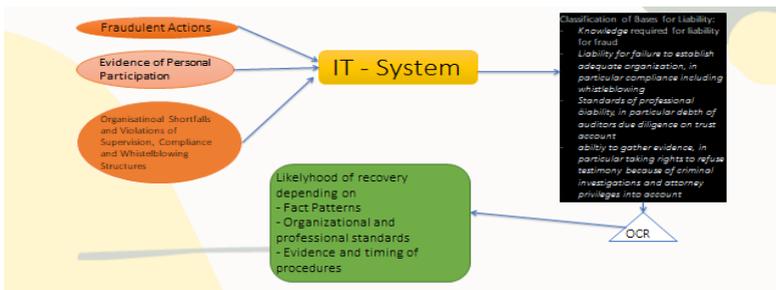
Briefly summarized for what is relevant here, after bankruptcy of Wirecard AG, a company that for quite some time had been believed to be an important player in the context of digitalization for Germany, damages to investors is likely to be claimed by various investors. Related claims are likely based on, according to publicly available, seemingly reliable information [unless noted specifically, the following is summarized from information such as: 17 and 18], the downfall having been preceded by fraud and this fraud having influence corporate and audited accounts (Euro 1.8 billion missing in trust account [18, the summary of facts in pages 76]). The fraud apparently was artfully initiated by a group of managers at Wirecard. Also, there are indications that, if people with knowledge of facts or related suspicions, had taken action earlier substantial damage could have been avoided, and that the accountants testifying the accounts have violated rules for professional behavior. Furthermore, there have been credible allegations of violation of rules against other advisors to Wirecard. Many of the advisors, the auditors and the managers potentially liable are likely to have insurance, which may increase coverage for the relevant claimants. Finally, the suspicion of fraud that had been raised in the press triggered the competent authorities to issue a short selling ban in order to protect Wirecard from related suspicions, which some allege was illegal.

The elements of this are visualized in:



2.2.2. - Digital Summary

Even more so than in the previous examples in this article, the usefulness of any summary of issues will depend on their classification, and the criteria for classification are first visualized and then on the basis of some of the facts established discussed in more detail below:



Given the situation and the answers German law gives to the legal questions arising from it, one can assume that results can be reached using rules that already exist. Whilst this is bound facilitate

the summary, the graph alongside with the brief description of facts above indicates the size of the challenge to summarize results that have relevance to assess and to potentially improve the results of actions for recovery, and improve applicable rules with a view to maximize return and avoid similar problems from occurring. The challenge in particular becomes visible taking the most likely goal into account, namely to restore investor confidence after what has been seen as the biggest scandal in German capital markets [19].

Indeed, adequacy of existing and design of new rules can be facilitated by comparing outcomes of different claims being raised. Such comparison will require to consider material and formal legal pre-conditions, including prescription periods, sequence of procedures (for instance whether a civil law procedure is viable before the results of a criminal procedure are known) and the time required to understand the material relevant for decisions is relevant.

[One of ongoing issues the Wirecard Committee of Inquiry (Untersuchungsausschuß) of the Bundestag had raised was that it received big volumes of documents late. For instance, the Finance Ministry handed 107 file folders over the day before a session [20], the Committees report contains 2026 pages [18].

It seems that in relatively many criminal cases in Germany involving economic crimes end without condemnation through payments of those incriminated or a decision to their favor because the procedure takes too long and because there is too much material [for instance: 21, 22 and 23]].

Some of the specifics of the legal issues already mentioned in the chart above are detailed below:

2.2.2.1. Standards for knowledge, at least potential knowledge, of the risk, that damage is caused.

It seems that the members of the Wirecard management team that have been heard throughout the legal procedures related, will excuse themselves with the argument of not having had knowledge and not being responsible for the facts that lead to the Wirecard insolvency and that delayed the Wirecard insolvency. In particular, it is likely they will put the blame on a member of the management team that has disappeared after having flown to Minsk (namely Mr. Marsalek [24]), and is unlikely to be reachable throughout the legal procedures. Accordingly, all aspects of Liability for Omission and its implementation are likely to play a key role for the result of the procedures.

Indeed, even from the outside it seemed that the business in which the fraud occurred and for which the member of the management board now unavailable had responsibility was separate from the other parts of the business [18, p.185 (Mr. Siegert)]. Accordingly, it will be interesting to see whether such separation and limitation of management responsibility will be deemed to lead to liability of the part of management that seem to have closed their eyes consciously. Similarly, responsibility for accounting on purpose seems to have assigned to a relatively narrow-minded person below board level [18, p.320 (reference is made to Mr. Eichelmanns, the board of directors' member competent, assessment of Mr. van Erff, the man in charge of accounting)], and accounting seems to have been in bad shape [18, p. 238 (Mr. Steinhoff)], potentially was predominantly staffed by junior and inexperienced staff [18, p.172 (Mr. Borgwerth)]. Generally, the CEO seemed to have been staying in his office and have not searched for information on his own (CEO, Mr. Braun, practically did not leave office and received information indirectly) [18, p. 246 (Mrs. Schuster)], and, whilst, different from other management staff, the head of compliance seems to not have incriminated, this head seems to have had little insight into ongoing procedures [18, p. 231 (Mr. Steinhoff)]. Responsibility for matters within the corporate hierarchy seems to have been blurred by excessive use of consultants [18, p. 247 (Mr. Schuster)] and former employees [18, p. 148 (Mr. Earl)]. A, special investigation on relevant matters, responsibility for which seems to have artfully delegated to the member of the management team that had was responsible for the fraud [18 (Mr. Muth)], seems to have been stopped

because the result was not as desired (the very same auditing company had come results different from auditing when doing consulting work [18, p. 411 (Mr. Muth)]).

Whilst there seems to have been surprisingly high remuneration for the members of the board of directors, and the remuneration was linked to performance of the company [18, p. 197 (Mrs. Köhler)] weakening the interest of members of the board of directors in control, it seems that it was possible to understand whom of the members of the board of directors had knowledge of the business at large [18, h. 172 (Mr. Borgwerth)], and, indeed, once professionalism had prevailed at the level of the board of directors, the fraud was uncovered without much delay (about the special investigation by KPMG was commissioned: [18, p. 290 (Mr. Eichelmann)]).

As a result of this all, application of Liability for Omission seems to be reasonable for what can be referred to as obvious inadequacy of allocation of management responsibility that all members of the management team should have been aware of, and it will be further discussed to whom Liability for Omission should apply.

2.2.2.2. Standards for professional liability, including professional liability, in particular depth of auditors due diligence required taking the trust account of Wirecard which allegedly, and also general review of counterparties.

Many of the dealings of Wirecard, its advisors and counterparties show similar traces, which lead to some overwhelming legal issues and questions.

2.2.2.2.1. Accountants

A key role in the wrong assessment of the standing of Wirecard seemed to have been the wrong assessment of the economical ownership of Euro 1.9 Billion places on a trust account, where the simple assessment should have been sufficient that if no clear information from third sources is available one has to assume that the money is not available to the company (as argued by Mr. Borgwerth: [18, p. 174]). Whilst it seems likely that the positioning of E&Y towards the fraud will play a major role in the future legal procedures and the Wirecard Committee of Inquiry (Untersuchungsausschuß) of the Bundestag generally is critical towards E&Y [18, pp. 1593 (general assessment)], it does also seem that there are many further reasons for E&Ys Liability for Omission. For instance, whilst the E&Y audit partner was involved into the forensic investigation by E&Y that Wirecard requested and that would have come to a result that was unfavorable to Wirecard had it been finalized [18, p. 404 (Mr. Muth)], it seems that no action was taken and the interruption of the investigation has not been considered during the audit. Also, there are indications that E&Y wanted a forensic investigation [18, p. 227 (Mr. Von Erffa)], but it seems unclear how E&Y could have prompted such investigation. Furthermore, it seems very likely that the circumstances mentioned above in no. 2.2.1. have come to E&Ys knowledge, but E&Y has not taken any action, and there seem to not be any adequate reaction to this omission. Whilst E&Y mentioned it had undertaken an internal review in light of outside findings and although a retraction of earlier audits has been considered in 2020 [18, p. 427 (Mr. Barth)], there is no evidence on the findings of the review having been made public [18, p. 175 (Mr. Borgwerth)], as if there had been no public related interest.

When there are differences of views on whether advisory activity of auditor has influence on the quality of accounts [18, p. 136 (Mr. McCrunn)], there seems to be little discussion on how its content, if it were shared internally with the audit team, could help, and on whether compliance procedures designed for the longer term could help to increase the quality of audits.

Similarly, whilst the existing limitation of liability of accountants is being discussed in the context of change of behavior of auditors (18, p. 204 (skeptical Mrs. Köhler)), it is not being discussed with a view to increase return for investors.

2.2.2.2.2. Lawyers

Also, Wirecard seems to have been successful in delaying the discovery of the fraud by initiating criminal procedures against critical reports. In this context it seems to have asked or at least encouraged law firms to collect information from prosecutors hiding the fact the law firm was also representing Wirecard [25] and untruthfully or at least without confirmation alleging those reporting had a criminal background and payed high fees to law firms for forwarding wrongful witness statements, and the number of law firms used seems to have consciously been high so as to avoid any of the firms from understanding the background [18, p. 985 (Mr. Enderle)].

2.2.2.2.3 Interlink to Payment Services Industry

There are strong indications that part of the Wirecard business was based on creating the ability to circumvent limitations created for credit card business, and, whilst major credit card companies have made business with them and circumvention of requirements seems obvious were Wirecard was offering prepaid cards with a higher limit than typically acceptable for credit card companies, namely USD 100.000,- [18, p.154 (Mr.Quadir)] and license requirements seem to have been circumvented [18, p. 175 (namely Visa and MasterCard, Mr.Borgwerth)], so that rumors of a payment to a credit card employee [18, p.156 (Mr.Quadir)] are not surprising.

It seems very likely that appropriate due diligence by the credit card companies could have avoided the mentioned circumvention from taking place.

2.2.2.2.4 Insurance Coverage and Its Benefits

Obviously, the more pressure there is on implementation of rules, the more likely it is that their violation will be deemed to have been involved conditional intent. At least for D&O insurances, the insurer mainly not be responsible for conditional intent of the insured (see for the lawyers cost of the ex-CEO of Wirecard: [26]). This would in turn limit the likelihood investors receive returns and should therefore be revisited.

2.2.2.2.5. General Conclusions for Rules on Behavior

On all the mentioned actions or omissions, it will, in legal proceedings, remain unclear whether a causal link to damage can be established. Partially, for instance, regarding the actions of legal firms in the context of legal procedures, it is even unclear whether proceedings will take place that allow to discuss adequate reactions as the violation, if taken out of the context of the Wirecard case and not linked to the damage causes, can be assessed as being minor, or, such as the use of wrongful witness statements without disclosing limited knowledge about them, not even existing. At the same time, considering that liability could be deemed to exist or more clear rules on responsibility be in place, in particular given the capital markets context obvious here, could improve results.

In sum, it is argued here that enhanced and more granular sanctions for violating of rules for behavior are worth considering, with this applying both to special professions such as lawyers or accountants, and to general review of counterparties, and further on, this requirement being in the following referred to as More Encompassing Cautionary Requirements.

2.2.2.3. Liability for breach of requirement to establish adequate controls for company, including requirement of professional behavior and failure to establish an adequate organization at the company involved, the advisors and the government bodies, in adequate double checks and best practice relating to whistleblowing procedures, and undue influence of advisors

As more in detail discussed above in no. 2.2.2.1, there are indications that management processes were unduly concentrated in the hands of one or a few persons. Accordingly, to confirm the reliability

of management processes attention to the results of controls procedures and outside views would have been particularly important. Furthermore, there were a number of extraordinary circumstances which, as is argued here, should have led to a special review within various participants in the facts surrounding the Wirecard scandal.

In addition, there was a multitude of suspicious occurrences or signs in the Wirecard context, for which internal or external independent review at all the entities involved would have been helpful.

The business model of companies appears to have consciously been formulated in a manner that was difficult to understand in Wirecard's annual reports [18, pp. 167 (Mr. Borgwerth) and 189 (Mrs. Köhler)]. Figures on sectoral and regional results [18, p. 167 (Mr. Borgwerth)], the mentioned trust account [18, p. 168 (Mr. Borgwerth)], the amount on it [18, p. 182 (Mr. Siegert)] and the manner of its confirmation [18, p. 295 (Mr. Eichelmann)], seem to have lacked plausibility, and reports on it appear to have been incomplete and misleading [18, pp. 171 (seen from outside, Mr. Borgwerth) and 335 (seen from inside, Mr. Geschonnek)].

There seem to have been personal threats [18, p. 145 (Mr. Earl)] or attacks [18, p. 152 (Mr. Quadir)] that seemed to have been linked to publication of information on Wirecard.

An assessment on the situation by BAFIN appears to have been influenced by prejudice (reference to "hedge funds and US and Israeli nationals" in official paper [18, p. 160]).

On the short selling ban, the German Finance Ministry appears clear on the absence of its own oversight competencies, but not on whether such oversight competencies would have been useful and whether they exist with another body [18, p. 1386 (Mr. Kukies)].

All of those events or circumstances appear to be significant enough to afford an independent review. Also, it is hard to believe that no further people in the one or other manner close to Wirecard existed and that could have provided for information earlier. Accordingly, thought should be given to encourage those that believed that something was wrong to report their impressions (the CEO's, personal assistant, Mrs. Schuster, says she would have left had she had any responsibility at Wirecard [18, p. 244]) and/or to act on specific information that suggests wrongful activity (McCunn believes it would have been possible to uncover fraud in 2016) [18, pp. 139 and 144].

In fact, however, also further of early warning signs, such as allegations of wrongdoings and reasons given for the withdrawal from corporate positions of Wirecard, including from inside Wirecard, (see the reasons given for the withdrawal from the advisory board after a tenure of one year, and the inappropriate reaction from the CEO by Mrs. Kleingarn [18, pp. 268 – 275] which apparently have for instance not been brought to the attention of her successor [27]) to media and to government bodies (see reference to the Whistleblowers line at BAF in not having an English speaker and not encouraging feedback, lack of interest in meeting short sellers [18, pp. 147 and 158] seem to not have led to the earlier discovery that would have been possible, and internal checks seem to have failed.

Based on all those considerations, it is most likely worthwhile assembling angles to control and whistleblowers regulations, so as to redefine liability for the violation of compliance and whistleblower procedures, as well as compensation for whistleblowers. Those angles should allow a further comparison of efficiency of a review that is based on encouraging individual actions against a systemic review with appropriate attention to individual being more likely to be flexible and have effect in case of a change of circumstances. The suggestion a review of the compliance system by an auditor could provide for remedy should be considered in this context [28].

Related requirements (further also referred to as Extended Compliance Requirements) could potentially also be subject to the Liability for Omission and the More Encompassing Cautionary Requirements, so that related responsibility is broadened.

2.2.2.4. Ability to gather evidence, in particular taking rights to refuse testimony because of criminal investigations and attorney privileges into account

Given the complexity of matters and in particular of criminal proceedings, it seems obvious that criminal procedures will take time, and therefore that the privilege for those accused (about potential witnesses using the privilege: [18, p. 328]) will limit the information available.

Options to be considered in this context are reducing the privilege insofar as civil procedures are concerned, increasing the speed of criminal procedures by appropriate staffing, but also dealing with the Liability for Omission, the More Encompassing Cautionary Requirements and Extended Compliance Requirements separately from the civil law perspective insofar as they are not subject to criminal law sanctions.

3. Parameters of Digital Classification

How could science profit from the specific abilities that IT provides in a context like the one mentioned:

3.1. Intuitive Abstraction when Classifying

The procedure mentioned in the graphs above, the determination of issues referred to as classification in the graphs above, is likely to be well known to those who have been using IT for compliance investigations. In this context, terms like “bonus”, “additional payment” and “agent” have for some time helped to detect suspicious transactions, and they have been terms relevant before IT systems were used. Similarly, when working on and with a system, such as and OCR helping on M&A or document management, a first approach is likely to render results even if it only intuitively adapts what has been done before to IT: A professional user knows what he finally wants to see in the report, and will design the system accordingly. However, if, in the cases discussed under no. 2 above the focus were more general than what is typically discussed in a corporate law context, if it for instance were driven by relevant results, namely “recovery”, “limitation of corporate liability”, “protection of shareholders or beneficiaries assets”, “Liability for Omission”, “More Encompassing Cautionary Requirements” and “Extended Compliance Requirements”, some of the doubtful regulatory tendencies alluded to above could be more easily put in context than without an IT system.

Whilst the mentioned terms are abstract, at least partially seemingly have a more practical than theoretical significance and are comparatively vague, when implemented, filled with additional detail for application they can give the certainty necessary to obtain comprehensive knowledge

Indeed, in from a more reflected standpoint, by summarizing detail in clarifying the relationship of the detail to more abstract terms, guidance for different scenarios can emerge. To make a test, the System should provide functionality for key participants to work with it. Through the appropriate classification of realistic legal outcomes, results can become more easily available, reduce problems caused by the volume of material insofar as results are involved, and allow for flexible timing. Accordingly, digitalization would seem to further abstraction in science, in particular in the so multifaceted corporate law. Indeed, as compared to the review of subsidiary liability, the suggested parameters for the classification of the bases for the assessment of the Wirecard case seem to be of a level of abstraction higher with the view to be more comprehensive and better summarize the material that is relevant.

3.2 Issues with Abstraction in Law

As discussed above in no. 3.1, abstraction is of practical advantage. Indeed, we use to think of knowledge as something objective, and maybe in exact sciences indeed there is objective knowledge.

Expansion of natural science throughout the 20th century seems to have prompted a body of thought on the advantage of the exact nature of natural philosophy, most notably Popper. At the same time, the thinking about how schools emerge and maybe also what is required for such truths to emerge has casts doubt on the general notion of exact sciences providing for truth which seem not to have found a solution [for an eloquent description: 29].

In human science and in particular in philosophy, a focus has rather been in understanding the limits of objective knowledge (this, admittedly very short, is a summary of the thinking of Descartes and Kant, for instance, proposed here). However, apparently abstractness of terms and knowledge does seem to constitute a substantial attraction, so that it is taken as convincing sign of quality and importance of abstract knowledge when, for instance, in Hegel's *Phenomenology of Spirit*, absolute knowledge is discussed last [30, p. 575]. However, whilst Hegel's philosophy frequently is understood as completion (see the references to completion of logos and philosophy in: [31]), I would put the accent on this philosophy also encompassing dynamics, as for instance highlighted in the end of the following summary: "For if knowledge is the instrument to capture the absolute essence, he has to mind that the application of an instrument to a thing does not leave as it is for itself, but introduces in her transformation and alteration" (mentioned, for instance, as key element of the *Phenomenology of the Spirit*, in: [32]).

Similarly, whilst Marxist theory doubtless had a focus on change, it seems to have given importance to when terms change by focusing on the differences between quality and quantity and that the quality has relevance for quantity. At the same time, Marxist theory does not seem to have given much detail on when exactly changes in quality lead to changes in quantity, and not been clear on how the transition from quality into quantity fits into the changes in history Marxist theory intends [33, p. 318], and Marxist theory did not contain much on how change could be brought about (criticism as to ability to consider reality in Marxist philosophy is voiced in: [34, p. 234ss]).

Legal theory, in turn, seems to focus on terms and their abstractness. Giving preference to abstractness of terms, it seems, can be counterproductive in that rules or terms seem similarly or even more abstract than results in spite of results having more practical relevance. Also, special rules tend to be superseded by the perceived need for even more specific ones, for instance those that determine the detail of contractual liability (an example of the tendency to be ever more specific is the difficulty with which provisions on liability in M&A contracts are being understood in German law: [35, p. 172ff]).

In tort law, the attempt to limit the right to damages made by § 823 Section 1 German Civil Code to infringement of a limited number legal goods such as property or health and the more general definition of liability as in Art. 1064 Russian Civil Code seem to divert from real issue, namely the benefit or rationality of allocation of responsibility (which, in Germany, is also referred to as *Zurechnungszusammenhang*, but seems to cause more controversies than to give answers [36, p. 341ss]), which accordingly in Russia seems to be dealt with by a large number of special laws, in Germany by a large number of rules that allow to claim damages under § 823 Section 2 German Civil Code. For the confusion caused by terms apparently having a bigger relevance than practice (a study in related theoretical problems also had its origin in an Almaty civil law seminar: [37]), it is characteristic that compliance in the sense described above in Section 2.2.2.4 being seen as novel, whilst similar structures have been in place for decades [38, § 91, 29], although similar departments were good practice in the 70-ies, and their problems in escalating issues perceptible (see for lacks in organizations at large: [39, § 31, 7; 40, p. 87]). It seems like a reflection of the dominance of terms, but also their inadequacy, that when it comes to solutions that modern legal methodology has a focus on cases [41, p. 7; 42, p. 11].

3.3. Conceptualizing Improvements in Legal Science

I believe that digitalization of science could help to bridge the gap between concrete and abstract that was mentioned above, include both, could help better understand the theme of this seminar, namely Subjects of Civil Law and the Reform of the System of Legal Entities (my translation of «Субъекты гражданского права и реформа системы юридических лиц») in context and even revive a discussion that was relevant more than a century ago, namely the dispute between Gierke and Savigny about the nature of a legal entity (Ho-Young Song sees the dispute as being relevant in the absence of legislation [43, p. 198]; in my opinion, there is also relevance for stability).

It seems characteristic for modern, global capital markets that the material that would allow to more easily assess the benefits various regulations or proposed regulations such as the one for regular exchange of auditors against the chance that well designed whistleblower systems at audit companies having a bigger effect when they are implemented over longer periods (also see above no. 2.2.2.1.) tying the allocation of damage to investors influenced by wrongful information could be viewed as unfair towards earlier investors which in similar manner face the dangers of the organization (I did expand a bit more on this thought in: [44]). As additional broader example than the one alluded to above in no 2.2.2.4 and for the not very frequently alluded to thought that the benefit of insurance of liability ultimately could be to increase the return for investors and the resilience of company, through the assembly of cases facilitated by IT, the potential benefit could more easily become plausible. By determining what type of damage is not covered by professional liability and/or insurance, for instance because it is based on willful violation of rules, it would also be possible to better design systems to avoid such willful violations, for instance, increase whistleblower compensation and strengthen other compliance procedures.

3.4 Benchmarks – a Well Designed System?

All in all, the key precondition for success would be to comprehensively systematize, for which systems offer themselves because of their ability to consolidate knowledge. Whilst the ability of systems to put material into an order may, depending on the current status of science, it will make it much more easy to put knowledge into a context like the one already existing for German commentaries [45], and has a potential to provide for overviews and systematize multifaceted fact patterns in a manner to substantially enhance transparency. In other words, a digital summary could confirm that we could have been much more successful if we had balanced theory and practical issues.

List of references:

1. Limited Liability // https://en.wikipedia.org/wiki/Limited_liability, visited 10.07.2021
2. Müller in Spindler / Stilz, 2. Edition.
3. AktG, vor § 311, 22ff.
4. The expert opinion of the Scientific Counsel at the German Ministry for Economy 3/10, Gutachten Nr. 03/10, “Reform von Bankenregulierung und Bankenaufsicht nach der Finanzkrise”, page 29 // <https://rsw.beck.de/docs/librariesprovider5/rsw-dokumente/Gutachten-Wissenschaftlicher-Beirat>, visited on 4.7.2021
5. Modibo K. Camara and Fernando Montes-Negret. Deposit Insurance and Banking Reform in Russia. // <https://documents1.worldbank.org/curated/en/655751468096004418/pdf/wps4056.pdf> , visited on 16.07.2021
6. Billions In Bailouts Still Can't Heal Kazakhstan's 'Sick' Banks // <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-02-17/billions-in-bailouts-still-can-t-heal-kazakhstan-s-sick-banks>, visited on 10.07.2021
7. Max Gutbrod. About Russian Regulatory Reaction to State Spending on Deposit Insurance. Financial Regulation International, February 2016, Issue 19.1.
8. Max Gutbrod. About Russian Regulatory Reaction to State Spending on Deposit Insurance | Max Gutbrod - Academia.edu, visited on 10.07.2021
9. АСВ получило 33 заявки от "охотников" за активами банков-банкротов. // <https://fedresurs.ru/news/0706ea66-91e4-4977-91a8-1aa85cf56542?attempt=1>, visited on 10.07.2021
10. (99+) (PDF) Remedies Against Clans Around Those Formerly in Power | Max Gutbrod - Academia.edu
11. Sham - To Be or Not to Be? A summary of the MezhrProm Bank v Pugachev decision - Lexology

12. Decision of the Highest Court of the Russian Federation dated 06.12.2019 N 305-ЭС16-4982(9-13) on matter no. А40-131002/2014 (Определение Верховного Суда РФ от 06 декабря 2019 года № 305-ЭС16-4982(9-13) по делу № А40-131002/2014) // <https://legalacts.ru/sud/opredelenie-verkhovnogo-suda-rf-ot-06122019-n-305-es16-49829-13-podelu-n-a40-1310022014/> , visited on 30.08.2021

13. Определение Верховного Суда Российской Федерации от 30 сентября 2019 года № 305-ЭС16-18600 (5-8) по делу № А40-51687/2012 // http://vsrf.ru/stor_pdf_ec.php?id=1815572 , visited on 30.08.2021

14. Praxis der Gerichte zur Haftung der Geschäftsführer. // https://www.ostinstitut.de/de/news/aktuelles/news_ansicht/d/praxis_der_gerichte_zur_haftung_der_geschaeftsfuehrer

15. Factum. Piercing the Corporate Veil as a Factual Matter (Gesellschafterhaftung als Tatsachenfrage) // https://www.academia.edu/24712770/Piercing_the_Corporate_Veil_as_a_Factual_Matter, visited on 10.07.2021

16. Под прицелом субсидиарной ответственности: Как не допустить возложения долгов компании на себя и своих близких. // <https://www.kommersant.ru/doc/4595986?query=%D1%81%D1%83%D0%B1%D1%81%D0%B8%D0%B4%D0%B8%D0%B0%D1%80%D0%BD%D0%B0%D1%8F%20%D0%BE%D1%82%D0%B2%D0%B5%D1%82%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%B5%D0%BD%D0%BD%D0%BE%D1%81%D1%82%D1%8C>, visited on 16.07.2021.

17. Wirecard scandal - Wikipedia, visited on 27.06.2021.

18. Wirecard Committee of Inquiry (Untersuchungsausschuß) of the Bundestag // <https://dserver.bundestag.de/btd/19/309/1930900.pdf>, visited 18.07.2021, pages 75ss.

19. The summary assessment in the conclusion by FDP, Greens and the Left at the Wirecard Committee of Inquiry (Untersuchungsausschuß) of the Bundestag // <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw25-pa-3ua-uebergabe-bericht-849006>, visited 18.07.2021

20. Handelsblatt web-site // <https://www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/banken/finanzskandal-eklat-im-wirecard-ausschuss-opposition-wirft-finanzministerium-verschleppung-vor/27040474.html?ticket=ST-10634677-xVxJ0uzpGYfZK00JX4g7-ap5>, visited 18.07.2021

21. Berliner Bankenskandal (The Berlin banking scandal) – Wikipedia, visited 18.07.2021.

22. Mannesmann-Prozess (the procedure surrounding the takeover of Mannesmann by Vodafone) – Wikipedia, visited 18.07.2021.

23. Dirk Jens Nonnenmacher (the NordLB) // https://de.wikipedia.org/wiki/Dirk_Jens_Nonnenmacher#Prozess_wegen_%E2%80%9EOmega_55_%E2%80%9C, visited 18.07.2021

24. Jan Marsalek // https://de.wikipedia.org/wiki/Jan_Marsalek, visited 18.07.2021.

25. Wirecard: a record of deception, disarray and mismanagement | Financial Times (ft.com), visited 18.07.2021.

26. Wirecard: Clyde-Mandantin Chubb muss die Anwälte von Ex-CEO Braun bezahlen. // <https://www.juve.de/nachrichten/verfahren/2021/05/wirecard-clyde-mandantin-chubb-muss-die-anwaelte-von-ex-ceo-braun-bezahlen>, visited 19.07.2021.

27. Wirecard: Ex-Aufsichtsrätin packt aus - und entlastet Aufsichtsräte // FOCUS Online, visited 19.07.2021.

28. Winkeljohann, in FAZ of 12.07.2021, page 16 // <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/im-gespraech-norbert-winkeljohann-wechsel-fuehrt-zu-wissensverlust-11371475.html> , visited 30.08.2021

29. Stegmüller, Hauptströmungen der Gegenwarts-Philosophie, Band II, pages 726ss.

30. Hegel. Phänomenologie des Geistes, - Frankfurt, 1970 (namely the last chapter no. VII).

31. Phenomenology of Spirit by Hegel (Summary) - Philosophers (the-philosophy.com), visited on 27.06.2021.
32. Georg Wilhelm Friedrich Hegel. // https://en.wikipedia.org/wiki/Georg_Wilhelm_Friedrich_Hegel, visited 06.07.2021.
33. Kolakowski, Main Currents of Marxism, 2005.
34. Wetter. Sowjetideologie Heute, - Frankfurt und Hamburg, 1962.
35. Döser. Vertragsgestaltung im internationalen Wirtschaftsrecht.
36. Gernhuber, Bürgerliches Rechts, 2nd Edition.
37. Max Gutbrod, A Study on the Term Legal Facts, A study about the use of the term "legal facts" | Gutbrod | Russian Law Journal, visited on 21.07.2021.
38. Fleischer in Spindler/Stilz, 2nd Edition.
39. Heinrichs in Palandt. 65th edition (2006!).
40. Erinnerungen Karl und Marianne Gutbrod (a private memoire of Karl Gutbrod, a person responsible for charge of in the 90-ies and being examined by such departments in the 70-ies).
41. Max Gutbrod. // https://www.academia.edu/44787680/Eulogy_for_Prof_Alexander_Makovsky_German, visited 21.07.2021 (soon to be published in Russian).
42. Max Gutbrod. (13) (PDF) Review Essay About the Relevance of German Civil Law Science of the 20th Century for the CEE and CIS A review of Stefan Grundmann, Karl Riesenhuber, Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler | Max Gutbrod - Academia.edu, visited 21.07.2021.
43. Ho-Young Song. Die Verselbständigung der juristischen Person im deutschen und koreanischen Recht. // https://repositorium.ub.uni-osnabrueck.de/bitstream/urn:nbn:de:gbv:700-201001304613/1/ELibD64_song.pdf, visited 21.07.2021
44. (13) (PDF) Autonomy of Will in Times of Artificial Intelligence, Blockchain and ICO's (German) | Max Gutbrod - Academia.edu, visited on 21.07.2021.
45. К истории и теории немецкого юридического комментария (рецензия на книгу Давида Кэстле-Лампартера «Welt Der Kommentare: Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart») | Andrey Shirvindt - Academia.edu, visited on 21.07.2021.

С.А. Погребной

ВЛИЯНИЕ ЦИВИЛИСТИЧЕСКОЙ ДОКТРИНЫ НА ПРАКТИКУ ВЕРХОВНОГО СУДА УКРАИНЫ

Вопросы правовой доктрины, ее понятия, содержания и применения в практике приобрело актуальность на протяжении прошедшего десятилетия. Такие тенденции необходимо связывать не только с выявлением до сего момента недостаточно изученного правового явления, а и прежде всего, с усовершенствованием правовой системы в Украине, ее европеизацией, отходом от сугубо позитивистского понимания права, господствовавшего ранее.

Значение цивилистической доктрины в развитии практики правоприменения кардинальным образом изменяется, практика все более нуждается в созидании и наработке идей и предложений для реального воплощения на практике. Граница между практическими соображениями и доктринальными положениями иногда становится достаточно условной, стирая условные границы. Как очевидный результат таких процессов в правовой науке появляются исследования проблем правоприменения, в которых обосновываются идеи признания за судами правотворческих функций [1; 2]. Цивилистическая доктрина и практика правоприменения перестали существовать в различных плоскостях, часто пересекаясь, взаимно обогащая одна другую.

Исследуя вопросы влияния правовой доктрины, в целом, и цивилистической доктрины, в частности и прежде всего, на судебную практику во время рассмотрения гражданских дел, необходимо остановиться на отдельных ее проявлениях, в зависимости от особенностей ее внедрения судами в собственной практике.

Вопросы применения устаревших правовых норм, которые не соответствуют реалиям современного мира

Каковы роль и достижения судов в развитии украинского государства и права за последние 30 лет?

Стремясь ответить на вызовы времени, суды всех инстанций откинули историческое толкование норм права, которые – при буквальном их понимании – утратили актуальность в новых условиях. Суды отказались от применения дискриминационных норм, которые предусматривали предоставление преимуществ одним формам собственности над иными; правила социалистического общежития, упоминаемые в текстах законов, стали пониматься как общепризнанные правила общественных отношений; соответствие законов цели «построения коммунизма и развитого социализма» фактически претерпели молчаливую отмену. Правила, которые содержались в законах, которые законодатель не успевал изменять согласно новым условиям и вызовам времени, претерпевали изменений по своему содержательному наполнению, происходили трансформация смысла и назначения абстрактных правил поведения в соответствии с новыми условиями существования государства и общества. Таким образом, суды, отбросив историческое толкование созданных в иных социально-экономических условиях норм права, приспособили их к политическим, экономическим, социальным условиям, которые коренным образом изменились в независимой Украине.

Указанное иллюстрирует, что судебная система на протяжении прошедших 30 лет является заложником несовершенного законодательства, которое постоянно трансформируется, при этом такие процессы зачастую не обозначали как «развитие», а зачастую соответствовали состоянию «революция». Несмотря на такие изменения, десятилетиями остаются неразрешенными основополагающие для права вопросы, как-от о его системе и внутренней структуре, суды выполняют возложенную на них государством функцию и назначение.

Соответственно, суды приспособили к новым условиям несовершенное законодательство, изыскивая в каждом конкретном деле законодательное основание для правомерного и справедливого разрешения многочисленных споров, которые возникают в большом количестве в практике правоприменения.

На этом этапе войдя в научный оборот поначалу в доктринальных работах, принцип верховенства права начал применяться и судами в практике правосудия, став не только «модным трендом», а и реальным инструментом преодоления многочисленных несогласованностей и пробелов действующего законодательства, средством его усовершенствования на практике и гуманизации гражданского права в целом.

Отход от сугубо позитивистского подхода в правоприменении в практике Верховного Суда

Относительно новейшего законодательства независимой Украины, требующего своего легального толкования, то Верховный Суд считает возможным отойти от буквального толкования его правовых норм и осуществить их системный анализ для уяснения действительной воли законодателя, смысла и цели правового регулирования.

В одном из постановлений Верховный Суд сделал вывод, что буквальное толкование отдельных положений ГК Украины не соответствовало бы принципу справедливости и приводило бы к нарушению баланса интересов иных участников гражданских отношений [3].

Восполнение Верховным Судом пробелов в праве

Верховный Суд достаточно аккуратно констатирует наличие пробелов в гражданском праве Украины.

Безусловно, первоочередным инструментом Верховного Суда восполнения пробелов в праве являются аналогия права и аналогия закона.

Без разрешения законодателем вопроса о системе украинского законодательства, судебная практика фактически признала идею дихотомии права с делением права на публичное и частное.

В сфере регулирования сугубо частноправовых отношений Верховный Суд восполняет пробелы в праве, будучи настроенным достаточно решительно. Однако, в отношениях с публично-правовым элементом Верховный Суд преимущественно отказывается от заполнения выявленных пробелов, ссылаясь на законодательную неурегулированность тех или иных отношений. В частности, это касается разрешения правового вопроса о наличии правовых оснований для возмещения государством ущерба, причиненного частным лицам в зоне проведения антитеррористической операции на востоке Украины [4], а также относительно применения статьи 1177 ГК Украины (относительно возмещения государством ущерба потерпевшему в результате уголовного правонарушения).

Приведенный подход представляется абсолютно логичным, поскольку в регулировании публичных отношений применяется иная парадигма, чем в регулировании гражданских отношений: дозволено лишь то, что урегулировано законом. Поэтому, например, отношения, которые не укладываются в конструкцию гражданско-правового деликта, не могут быть урегулированы по аналогии права или закону, а также на основании общих начал и смысла гражданского законодательства. Такой подход, как представляется, является абсолютно оправданным, указанные вопросы являются политическими, и их разрешение является прерогативой Верховной Рады Украины, которая и должна заполнить этот пробел.

Довольно распространенным становится применение Верховным Судом общих основ регулирования гражданских отношений. Необходимо учитывать, что предусмотренные статьей 3 ГК Украины общие основы гражданского законодательства в действительности имеют значительно большее значение и касаются не только случаев регулирования государством указанных отношений, но и саморегулирования таких отношений их участниками.

Эти общие основы, очевидно, являются принципами гражданского права, и необходимо признавать ведущую роль именно цивилистической доктрины в определении их содержания.

Введение в практический юридический оборот норм-принципов

Отдельно необходимо отметить такое явление в практике правоприменения Верховного Суда, как использование общеизвестных в цивилистической доктрине норм-принципов. Использование правовых принципов в текстах судебных решений ранее не было свойственно практике ранее действовавшего Верховного Суда Украины.

Ныне действующий Верховный Суд достаточно часто в своих судебных решениях руководствуется общеизвестными для европейской правовой традиции нормами-принципами, что позволило обогатить содержание судебных актов, увеличив категориальный аппарат и т.д. В качестве примера следует назвать такие нормы-принципы, как *contra preferentum*, *non concedit venire contra factum proprium*, *pacta sunt servanda*, *superficies solo cedit*, *jura novit curia*, *ex officio*, *res judicata* и иные. Их использование подчеркивает роль римского права и его рецепцию в современной правовой науке и юридической практике.

Отход от нормотворчества к введению квазипреcedентного права

Кардинальное изменение роли наивысшей судебной инстанции произошло во время последней трансформации отраслей процессуального права и реформы (реновации) национального суда последней судебной инстанции, в связи с этим изменилась парадигма в правоприменении, в том числе изменилась сама роль правовых позиций Верховного Суда.

Новый Верховный Суд не имеет полномочий по фактическому нормотворчеству в форме, свойственной ранее существовавшим Верховному Суду Украины и Высшему специализированному суду Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел, и реализует идею о признании за собой права на чисто судебное правотворчество. Украинский Верховный Суд реализует те же задачи, однако постановляя окончательные судебные решения, формулируя правовые выводы относительно определенных конкретных обстоятельств существующего спора между его участниками.

Это путь от «потребителя» научной доктрины к статусу ее сотворца. Такому должен содействовать тот факт, что законодатель сохранил право на кассационный пересмотр исключительно в тех судебных делах, в которых, по его определению, разрешаются наиболее значимые правовые проблемы, которые являются чрезвычайно важными для правоприменения либо являются исключительно важными для правовой системы в целом.

За последние десятилетия чрезвычайно усложнился гражданский оборот, что привело к возникновению ранее неизвестных нашему правопорядку гражданских споров. Чрезвычайно усложнилась практика правоприменения в целом, и в суде кассационной инстанции в частности. Соответственно, Верховный Суд, давая ответы на наиболее важные правовые вопросы, тем самым влияет и на правовую доктрину.

Если поставить вопрос, является ли практика Верховного Суда источником права и таким образом влияет на правовую доктрину, то нужно отметить, что с формальной точки зрения не является.

Однако, как иллюстрирует практика, в своих решениях суды первой и второй инстанций не только излагают соответствующее толкование норм права, то есть приводят аргументацию, сформулированную в решении Верховного Суда в конкретном деле, но и в целом идентифицируют определенное решение Верховного Суда, которое применено ими. Как следствие, сила и обязательность изложенной правовой позиции подкрепляется не только психологическими аргументами, связанными с предосторожностью судей судов первой и апелляционной инстанций, что обусловлено не лишь соображениями избежать возможную отмену постановленного судебного решения, но и непосредственными требованиями процессуального закона.

Таким образом, правовые позиции Верховного Суда – в силу своей фактической обязательности в правоприменении и ввиду формулирования, что часто имеет место, абстрактных правил поведения в развитие или для усовершенствования положений действующего законодательства – начали выполнять функцию регулятора общественных отношений, соответственно стали в определенном смысле квазиисточниками права.

Общие выводы

Правовая цивилистическая доктрина является элементом правовой системы Украины, ее органической та неотъемлемой частью.

Действующий украинский Верховный Суд осознанно или неосознанно, явно или неявно применяет в своей практике положения цивилистической доктрины, использует ее идеи и достояние, постепенно – с усложнением правовых проблем, которые разрешаются этим судом, – стирает границы между доктриной и практикой, состояние которых должно быть гармонизировано между собою. Практика должна обогащать доктрину, служить испытательной площадкой проверки действительности и эффективности теоретически разработанных идей и предложений. С другой стороны, правоприменительная практика

Верховного Суда способна обогатить научную доктрину, предложив собственные идеи разрешения актуальных правовых проблем.

Характеризуя состояние правовой доктрины в Украине, нужно отметить, что она не остается неизменной и устоявшейся, многие из правовых тем, идей сохраняют статус дискуссионных и не считаются общепризнанными. Испытывая влияние правовых дискуссий, которые ведутся среди ученых, Верховный Суд находится в поиске формирования судебной практики, которая в наибольшей мере соответствовала бы сегодняшним вызовам и предлагала бы общепризнанные варианты разрешения наиболее актуальных правовых проблем наиболее справедливым и разумным образом (способом).

Согласившись с тем, что действующее законодательство не является всеохватывающими и беспробельным, Верховный Суд, используя различные достижения и инструменты, созданные правовой доктриной, толкует действующее законодательство с целью заполнения существующих пробелов в праве, с целью осовременивания устаревших правовых норм и их приспособления к новым условиям и вызовам, которые возникают перед государством и обществом на сегодняшнем этапе их развития, тем самым прибегая к судебному правотворчеству.

Список использованных источников:

1. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. – К.: Реферат, 2007. – 640 с.

2. Карапетов А.Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. – М.: Статут, 2011. – 308 с.

3. Постанова Верховного Суду в складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 21 жовтня 2020 року в справі № 662/541/15-ц (провадження № 61-44995св18) // Електронний ресурс. – Режим доступу: <http://reestr.court.gov.ua/Review/93053286>.

4. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 04 вересня 2019 року у справі № 265/6582/16-ц (провадження №14-17цс19) // Електронний ресурс. – Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86310215>.

Р.А. Подопригора

НОВЫЙ КОДЕКС В АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВОЙ СФЕРЕ. РАЗМЫШЛЕНИЯ

Административный процедурно-процессуальный кодекс (АППК) спустя год после его принятия введен в действие (введен в действие 1 июля 2021 года). Кодекс имеет огромное значение для административного права, сравнимое с тем, какое имеет Гражданский кодекс для права гражданского.

Следует заметить, что Кодекс важен не только для публично-правовой сферы. Учитывая то, насколько публично-правовые институты влияют на частноправовые отношения, он, несомненно, будет сказываться и на отраслях частного права. Уже сегодня возникает много вопросов о публично или частноправовой природе тех или иных отношений или споров с государственными органами. Актами, действиями и бездействием государственных органов могут нарушаться не только права, но и причиняться убытки, вопросы возмещения которых, попадают в орбиту АППК. Кстати, помимо многих других новелл, в АППК появляются и новые субъекты административного права: административные органы, заинтересованные лица и т.д. В одних случаях они корреспондируют с субъектами гражданского права, в других – нет.

Я специально не писал об АППК, за исключением пары статей научного характера [3, с. 17-25; 4, с. 137-146] и нескольких постов в социальных сетях, в большей степени

информационного-популяризаторского характера. Хотелось посмотреть, как будет развиваться ситуация, будут ли выполнены все обещания в связи с ним, развеются ли сомнения и тревоги.

Сразу хочется оговориться, что идеи и многие правовые институты АППК нельзя не приветствовать. Они проверены временем и опытом других стран и действительно делают административное право защитником граждан.

Но чтобы эти институты работали, недостаточно просто принять акт, тем более в таких сложных сферах, как государственное управление и судопроизводство. Должны произойти глубинные сдвиги в правовой системе, включая правовую культуру и правосознание. Насколько мы готовы к такому акту? Как он войдет в нашу правовую действительность? На эти непростые вопросы надо давать честные ответы.

По моим наблюдениям, с самого начала, рассуждения об АППК нередко сопровождались самообманом. Вот несколько примеров.

1. АППК готовился два десятка лет.

Действительно, были разные проекты. Но собственно АППК готовился года три-четыре. Много это или мало? Если говорить только о самом кодексе – может и достаточно. Но если говорить о перестройке системы – мало.

2. АППК получил высокую оценку зарубежных организаций, в частности, Венецианской комиссии за демократию через право.

Верно, Венецианская комиссия одобрила проект, но она также дала и очень серьезные замечания, часть из которых так и не была выполнена.

3. АППК лучший из подобных актов на постсоветском пространстве.

Приятно, конечно, это слышать. Но в плену таких оценок можно не заметить, что в АППК просто отсутствуют целые разделы или отдельные институты, характерные для таких актов (как, например, исполнение административных актов). Или, что кодификация произведена очень странно.

4. В странах, где приняты подобные акты, качественно улучшилось государственное управление, а суды не стали бояться выносить решения против государства.

Смотря где. В Прибалтике улучшилось, в Центральной Азии – нет.

Почему, кстати в Прибалтике так, а в нашем регионе иначе? Потому что прогрессивные институты не будут или будут по-другому работать в консервативных и недостаточно развитых политико-правовых системах. К примеру, у нас очевидна избыточность регистрационной-разрешительной-контрольной деятельности. Поэтому, при всей важности административных процедур, не менее серьезным является вопрос, а нужна ли конкретная административная процедура? Ну да, может быть гражданам будет легче зарегистрировать клуб любителей административного права, но вопрос надо ставить по-другому: а зачем их заставлять это делать, может вообще от обязательной регистрации общественных объединений отказаться? Или, если при проведении митинга цель полицейских не охрана общественного порядка, а недопущение митинга как такового - тогда никакой принцип соразмерности не поможет. Наконец, если акты отменяются по указанию высших должностных лиц государства (и что примечательно, иногда справедливо), можно ли говорить о жизнестойкости принципа охраны права на доверие.

Да что там Центральная Азия. Очевидно, что для эффективности правозащитных административно-правовых институтов в любой стране, нужны соответствующие политико-правовые условия. Не исключая те страны, из которых мы заимствуем опыт. В их истории тоже всякое было. К примеру, как признают немецкие ученые, в печально известном третьем рейхе и процедуры, и административное судопроизводство как инструменты защиты субъективных прав граждан практически не работали [1, с. 6; 2, с. 29, 5, с.11].

Раз уже упомянули немецких ученых, то нельзя не отметить, что огромное влияние на принятие АППК оказало Германское общество по международному сотрудничеству. Оно свою «миссионерскую работу» выполнило очень хорошо. И не его задачей была адаптация немецкой правовой материи к нашим условиям. Можно и нужно было изучать зарубежный

опыт, ездить в другие страны, участвовать в конференциях. Но не менее важным было провести кропотливую работу по гармонизации новых и действующих правовых норм. Пусть в ущерб срокам. Ничего страшного. Лучше медленнее, да лучше. Но у нас получилось, как в недавние времена: «не подведем руководство, выполним задание в сжатые сроки».

А если бы не торопились, то обратили бы внимание, что АППК предполагает переосмысление и изменения в других публичных правовых институтах.

Например, направляется обсуждение с разных позиций, включая публично-правовые, конструкции юридического лица публичного права, которая непосредственно связана и с административными процедурами, и с административным процессом (исследования казахстанских и зарубежных цивилистов об этом: [7, с. 291-296; 8, с. 296-321]). В нашей бюрократической системе надо попотеть, чтобы выяснить, с кем разбираться: с юридическим лицом или с госорганом, или понять, где нижестоящий, а где вышестоящий орган. Но гражданин – в конце концов – имеет дело с государством, а не с административным органом. Допустим, что это очень глубокий и комплексный вопрос и вряд ли он быстро решится.

Но есть и другие, может быть не такие фундаментальные, вопросы, которые заслуживали внимания. Так, если бы не торопились, то обратили бы внимание на то, что в период правового романтизма и борьбы с «плохой» государственной администрацией, отдельные полномочия последней были переданы судам. В то время как в странах классического административного права, многое из того, чем у нас занимаются суды, входит в компетенцию административных органов (яркий пример - выдворение иностранца). А суды контролируют законность административных актов. В итоге у нас получилось так, что целый ряд административных производств, там, где инициатором разбирательства является государство, остались в Гражданском процессуальном кодексе.

Если бы не торопились, то обнаружили бы, что большое количество исков публично-правового характера против граждан и организаций подаётся государственными органами, например, в налоговой, экологической, земельной сферах и т.д. И все они не охватываются АППК. Выходит, что когда государство хочет забрать у гражданина земельный участок, замечательные принципы АППК не действуют? Только потому, что это производство осталось в ГПК. И после этого мы говорим, что у нас превосходный акт?

Если бы не торопились, то поняли бы, что у нас очень высокая степень зарегулированности. И многие институты типа административного усмотрения, административного акта с условием не будут также работать как в других правовых порядках.

Перечень «местных» проблем можно продолжать: много непонятого с применением АППК к государственной службе, где часть чиновников действует на основе трудовых договоров или к контрольно-надзорной деятельности с ее специфической организацией и т.д.

Соотношение АППК с другими актам это ещё одна серьезная проблема. По сути, АППК действует по остаточному принципу и в случае с процедурами, и в случае с процессом. Все представления о кодифицированном акте, его природе и предназначении просто рушатся при таком подходе. Даже не хочется говорить про несогласованность АППК с другим процедурным законодательством, особенно в части оказания государственных услуг.

Была надежда, что в течение года, который был отведен для подготовки к введению кодекса в действие, какая-то ревизия в законодательстве будет сделана. Я специально мониторил законы, принятые после АППК, в которых имеется много процедур (например, Экологический кодекс или Закон о техническом регулировании). За редкими исключениями, в них нет даже намека на АППК. Более того, некоторые поздние принятые законы наносят удар по АППК, а подзаконные акты сужают сферу его действия.

Торопливость в принятии повлияла и на менее принципиальные проблемы, которые обнаруживаются только тогда, когда читаешь АППК «с карандашом»: очевидные ошибки, внутренняя несогласованность норм, непонятные формулировки и т.д.

Объективно, разработчикам было нелегко. Институты новые, не всегда понятные. Еще и некомфортные сроки. И экспертов, кто бы мог помочь, не так много. А те немногие, кто мог быть полезен, остались за бортом. Я не про зарубежных (их как раз достаточно), я про своих,

которые могли бы обратить внимание на особенности нашего административного законодательства. С удивлением смотрел на коллег, которые присутствовали во время презентаций или как-то участвовали в обсуждении. При всем уважении к ним и за некоторыми исключениями, никакого отношения к административному праву они не имели. Поэтому не стоит удивляться, что они не обратили внимание на изъяны и дефекты этого акта.

Есть такое мнение, что если много рассуждать, никогда Кодекс не принять. Давайте, мол, сначала примем, а потом подкорректируем. Вопрос: нам нужен кодекс как таковой, для отчета перед Президентом, международным сообществом, для форумов или нам нужен акт, который действительно будет работать и не будет вызывать столько вопросов, противоречий, сомнений? А что касается «потом разберёмся», то наш опыт показывает, что многое из того, что остаётся «на потом», часто забывается.

Формирование административных судов и соответствующих коллегий тоже шло негладко. Прозвучавшая была идея найти новых людей не реализовалась. Судей для новых судов набрали в основном из действующих судей, которые еще вчера «были за государство». Только 11 человек из 180 назначены на судейские должности впервые [6, с. 2]. Всю систему возглавил юрист, который большую часть своей профессиональной карьеры занимался защитой государственных интересов. Сможет ли он от них абстрагироваться? В Верховный суд, правда, пришли три человека «со стороны», на которых, видимо, возлагается миссия обеспечить нейтральность в рассмотрении публично-правовых споров.

Были, конечно, и позитивные моменты. Можно отметить мощную разъяснительную работу. Огромное количество мероприятий, особенно, для судей и государственных служащих. Хотя понятно, что за несколько часов или даже пару дней, такой трудный акт не осилить.

Обратной дороги нет. Кодекс введён в действие. Уже пошли сигналы о проблемах в правоприменении. Странно, если бы их не было. И в других странах, где вводились подобные акты, поначалу всё было не так гладко. Но есть принципиальные опасения: проникнут ли идеи АППК и его правозащитные институты по факту, а не по форме, в нашу правовую систему? Для того, чтобы не повторить опыт наших соседей, где есть законы, но институты не функционируют, надо понимать, что предстоит еще много работы: нормотворческой и правоприменительной, научной и преподавательской, кадровой и просветительской. Заклинания про то, какие мы молодцы, не сдвинут решение проблем с места. А очень хочется, чтобы АППК оправдал возложенные на него надежды.

Список использованных источников:

1. Крефт Г. История административной подсудности в Германии // Ежегодник публичного права 2015: Административный процесс. – М.: Инфотропик Медиа, 2015. – 464 с.
2. Леманн П. Общее административное право. – Мюнхен, Баварская школа управления. 2000. – 288 с.
3. Подопригора Р.А. О проблемах проекта Административного процедурно-процессуального кодекса Республики Казахстан // Научные труды «Әділет». 2019. № 4.
4. Подопригора Р. А. Развитие административного законодательства в Республике Казахстан: новый кодекс // Вестник Воронежского государственного университета. Серия. Право. 2021. № 1.
5. Пуделька Й. Административное право Германии. Том 1 Право административных процедур. Общее административное право. – М.: Инфотропик Медиа, 2021. – 416 с.
6. Сактаганова Л. К новому формату правосудия // Юридическая газета. 2021, 25 июня.
7. Сулейменов М.К. Карагусов Ф. С., Кот А.А., Дуйсенова А.Е., Скрыбин С.В. О юридических лицах публичного права (по результатам коллективного исследования) // Гражданское право в современном мире: влияние на развитие национального права: Материалы юбилейной междунар. научн.-практ. конф. (в рамках ежегодных цивилистических

чений) посвященной 20-летию цивилистических чтений (Алматы, 17-18 мая 2018 г.) /Отв.ред. Сулейменов М.К. – Алматы, 2019.

8. Сулейменов М.К. Карагузов Ф. С., Мукашева К.В., Дуйсенова А.Е. Рекомендации по развитию законодательства Республики Казахстан в целях восприятия правового института юридических лиц публичного права законодательством Республики Казахстан и инструкция по реализации рекомендаций // Гражданское право в современном мире: влияние на развитие национального права.

Д.Д. Ландо

ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ ПРАВ НА СЕКРЕТНЫЕ ИЗОБРЕТЕНИЯ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ

Согласно п. 7 ст. 1 Закона Республики Беларусь от 16 декабря 2002 года «О патентах на изобретения, полезные модели, промышленные образцы» [1] (далее – Закон) порядок предоставления правовой охраны изобретениям и полезным моделям, признанным в установленном порядке секретными, и порядок обращения с заявками на секретные изобретения и полезные модели устанавливаются Советом Министров Республики Беларусь. Постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 2 июля 2003 года № 900 утверждено Положение о секретных изобретениях и полезных моделях [2] (далее – Положение).

В силу п. 28 Положения государственным органом принимается решение об использовании или неиспользовании секретного изобретения, определяется юридическое лицо, которое будет использовать секретное изобретение, и сообщается об этом заявителю и автору секретного изобретения. На наш взгляд, представляет интерес вопрос, какова система контроля использования секретного объекта юридическим лицом, которое определяется государственным органом и отвечает за использование изобретения. В идеале в случае принятия государственным органом решения об использовании секретного изобретения установление факта такого использования не требуется. Вместе с тем, на практике порядок такого использования не всегда доводится до соответствующего юридического лица в полном объеме. Проблема может возникнуть в случае, если по тем или иным причинам появится необходимость подтверждения факта использования секретного изобретения. Нормы Закона неприменимы, специалисты в сфере патентования, имеющие допуск к государственным секретам, не определены.

Еще одним проблемным моментом является поиск основания для использования секретного изобретения. В отличие от Российской Федерации, где ст. 1402 Гражданского кодекса [3] установлена процедура государственной регистрации секретного изобретения и выдачи патента на него, в Республике Беларусь выдача патента на секретное изобретение приостанавливается. На наш взгляд, это однозначно свидетельствует о невозможности определения государственным органом условий использования секретного изобретения в лицензионном договоре.

При выборе юридического лица, которое будет использовать секретное изобретение, особое значение приобретает объем компетенции государственного органа, который делает такой выбор. Любое делегирование полномочий на определение соответствующего юридического лица иным лицам должно быть оформлено надлежащим образом.

Следующим немаловажным аспектом использования секретных изобретений является обеспечение реализации прав заявителя и автора изобретения. Как было указано выше, государственный орган может принять решение о неиспользовании изобретения. Однако право на компенсацию за убытки, возникшие в связи с установлением ограничений на распространение и (или) предоставление сведений, содержащихся в заявке на секретное изобретение, сохраняется за заявителем и в случае неиспользования секретного изобретения.

Согласно п. 31 Положения компенсация за убытки выплачивается государственным органом, установившим ограничения на распространение и (или) предоставление сведений, содержащихся в заявке на секретное изобретение, из средств республиканского и местных бюджетов, а также иных источников, не запрещенных актами законодательства Республики Беларусь, с учетом срока ограничений на распространение и (или) предоставление таких сведений.

Еще одним правом заявителя либо его правопреемников в силу п. 29 Положения является право на вознаграждение за использование секретного изобретения. В соответствии с пунктом 32 Положения о секретных изобретениях вознаграждение за использование секретного изобретения выплачивается за каждый год использования секретного изобретения юридическим лицом, использующим секретное изобретение. Право на вознаграждение за использование секретного изобретения возникает с даты начала его использования. Приведенные нормы прямо указывают на возмездность использования секретного изобретения.

Еще один субъект, чьи интересы затрагиваются при признании изобретения секретным, является автор. При определении прав автора секретного изобретения важным является анализ законодательства, действовавшего до и после 7 июля 2018 года.

До 7 июля 2018 года применялись следующие правила поощрения авторов секретных изобретений. В силу п. 9 Положения в случае принятия решения о выдаче патента по заявке на секретное изобретение автору изобретения выдавалось удостоверение автора, на основании которого он имел право на компенсацию за убытки, возникшие в связи с установлением ограничений на распространение и (или) предоставление сведений, содержащихся в заявке на секретное изобретение, и право на вознаграждение за использование секретного изобретения. Выплаты осуществлялись не автоматически, а только на основании ходатайства о выплате компенсации и вознаграждения, которое подавалось в уполномоченный орган, принявший решение о таких ограничениях, и (или) уполномоченный орган, использовавший секретное изобретение. Компенсация и вознаграждение выплачивались в течение трех месяцев с даты подачи ходатайства в соответствующий уполномоченный орган (п. 11 Положения). Если в действующем законодательстве нагрузка по выплате вознаграждения за использование секретного изобретения возложена именно на юридическое лицо, которое определяется государственным органом, то до 7 июля 2018 года эту функцию должен был выполнять уполномоченный орган, использующий секретное изобретение, который согласно ч. 1 п. 13 Положения мог уполномочить определенное юридическое лицо на выплату вознаграждения из средств соответствующего бюджета либо за счет доходов, полученных от основной деятельности, связанной с использованием данного секретного изобретения, за каждый год использования. Право на вознаграждение за использование секретного изобретения возникало с даты начала использования данного секретного изобретения.

К сожалению, неработающей оказалась норма о том, что размер вознаграждения за использование секретного изобретения исчисляется в установленном порядке. Порядок не был определен в нормативных правовых актах. Попытки обосновать возможность определить размер и порядок исчисления вознаграждения за использование секретного изобретения авторам секретного изобретения на основании норм Положения о порядке и условиях государственного стимулирования создания и использования объектов права промышленной собственности, утвержденного постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 6 марта 1998 года № 368 [4] не основаны на нормах законодательства, поскольку, как мы указывали выше, для такого применения требуется прямое указание.

Согласно п. 14 предыдущей редакции Положения автору секретного изобретения, передавшему свое право на получение патента по заявке на изобретение по договору или в связи с созданием служебного изобретения, компенсация за убытки и вознаграждение за использование секретного изобретения выплачиваются заявителем в соответствии с заключенным между ними договором. Кроме того, исходя из содержания нормы п. 11

предыдущей редакции Положения о секретных изобретениях автор секретного изобретения либо его правопреемники, выдача патента которым приостановлена, имели право на компенсацию за убытки и на вознаграждение за использование секретного изобретения.

Размер компенсации и вознаграждения за использование секретного изобретения определялся договором между автором и заявителем (п. 14 предыдущей редакции Положения о секретных изобретениях).

С 7 июля 2018 года порядок выплаты вознаграждения автору секретных изобретений кардинально изменился. Фактически Положение предусматривает поощрение только авторов служебного секретного изобретения. В соответствии с п. 33 Положения такие авторы либо их правопреемники имеют право на компенсацию за убытки, возникшие в связи с установлением ограничений на распространение и (или) предоставление сведений, содержащихся в заявке на секретное изобретение, а также на вознаграждение за создание и использование секретного изобретения или компенсацию в случае, если наниматель не получит патент по поданной им заявке на секретное изобретение по зависящим от него причинам.

Анализируемая норма о выплатах авторам критиковалась в специальной литературе [5], поскольку наниматель не имеет возможности получить патент на секретное изобретение (выдача приостанавливается).

Вместе с тем, в ряде случаев со ссылкой на п. 38 Положения обосновывается возможность такого получения. В силу указанной нормы после снятия ограничений на распространение и (или) предоставление сведений, содержащихся в заявке на секретное изобретение, патентный орган регистрирует изобретение в соответствующем государственном реестре и выдает заявителю патент на такое изобретение при условии уплаты патентной пошлины в установленном размере. Если заявитель не выполнит вышеперечисленные условия, то он не получит патент на изобретение по зависящим от него причинам. В рассматриваемой нами ситуации если наниматель не получит патент по поданной им заявке на секретное изобретение по зависящим от него причинам, выплаты автору служебного изобретения могут быть взысканы в судебном порядке.

Полагаем, что в большинстве случаев в Республике Беларусь не происходит досрочного снятия ограничений на распространение и (или) предоставление сведений, содержащихся в заявке на секретное изобретение, поэтому вряд ли при принятии Положения ставилась задача защитить права авторов служебного секретного изобретения после указанного снятия.

Однако принимая во внимание существование альтернативной точки зрения, рассмотрим ситуацию, когда служебность изобретения применительно к конкретному автору требует обоснования. Представим, что заявителями по заявке на выдачу патентов на секретные изобретения являются несколько лиц. Очевидно, что получателем компенсаций и вознаграждения за создание секретного изобретения в этом случае является автор секретного изобретения, которое является служебным. Следовательно, авторы, которые не являлись работниками ни одного из заявителей по заявке на дату ее подачи, подлежат исключению из состава получателей компенсаций и вознаграждения. Плательщиком вознаграждения и компенсаций, предусмотренных п. 33 Положения, может являться только заявитель, являющийся нанимателем конкретного автора секретного служебного изобретения (при условии установления всех признаков служебности).

В законодательстве об интеллектуальной собственности Республики Беларусь содержится минимальное количество переходных положений. На наш взгляд, выработка таких положений позволяет оценить степень изменения правового положения конкретного субъекта (в анализируемой ситуации автора секретного изобретения).

В соответствии с п. 34 Положения компенсации и вознаграждение, указанные в п. 33 указанного Положения, выплачиваются в размере и на условиях, определяемых соглашением между автором и нанимателем.

Анализ норм Положения и практики его применения позволяет сформулировать следующие выводы. При принятии решения об использовании секретного изобретения государственный орган должен обеспечить юридическое лицо, ответственное за

использование изобретения, всеми необходимыми материалами, позволяющими определить объем использования. Юридическому лицу, определяемому государственным органом, целесообразно проверить компетенцию государственного органа на принятие такого решения в свете необходимости осуществлять последующие выплаты в адрес заявителя. Заявители, желающие получить компенсацию либо вознаграждение, должны оформить соответствующее ходатайство в адрес определенных законодательством субъектов. Пассивное поведение в данном случае повлечет неосуществление прав на секретное изобретение. Авторы изобретений при подаче заявки должны учитывать степень вероятности признания изобретения секретным изобретением и оценивать риски неполучения предусмотренных законодательством выплат в случае, если объект не будет признан служебным.

Список использованных источников:

1. О патентах на изобретения, полезные модели, промышленные образцы [Электронный ресурс]: Закон Респ. Беларусь, 16 декабр. 2002 г., № 160-3 // ЭТАЛОН. Законодательство Республики Беларусь / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2021.

2. Положение о секретных изобретениях и полезных моделях [Электронный ресурс]: утв. пост. Совета Министров Республики Беларусь, 2 июля 2003 г., № 900 // ЭТАЛОН. Законодательство Республики Беларусь / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2021.

3. Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть четвертая [Электронный ресурс]: Федеральный закон, 18 декабря 2006 г., № 230-ФЗ // КонсультантПлюс. Россия / ЗАО «Консультант Плюс». – М., 2021.

4. Положение о порядке и условиях государственного стимулирования создания и использования объектов права промышленной собственности [Электронный ресурс]: утв. пост. Совета Министров Республики Беларусь, 6 марта 1998 г., № 368 // ЭТАЛОН. Законодательство Республики Беларусь / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2021.

5. Лосев С.С. Комментарий «Положение о секретных изобретениях и полезных моделях (комментарий к постановлению Совета Министров Республики Беларусь от 28.06.2018 № 509)» (по состоянию на 02.08.2018) / С.С. Лосев // КонсультантПлюс: Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2021.

Е. Курзински-Сингер

ПРЕДДОГОВОРНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ПО ГРАЖДАНСКОМУ ПРАВУ ГЕРМАНИИ

Причины возникновения и цели данного института

Институт преддоговорной ответственности (*culpa in contrahendo*) является результатом судебской правотворческой деятельности, который нашел отражение в Гражданском Уложении Германии (ГГУ) в результате реформы обязательственного права 2001 года [1].

Причиной возникновения этого института принято считать в первую очередь недостатки деликтного права Германии. Оно, во-первых, предоставляет защиту, как правило, только в случае причинения вреда относительно перечисленных в § 823 ГГУ прав, в число которых входит собственность, но не имущество в целом (хотя стоит отметить и многочисленные исключения, которые были выработаны в судебной практике). Во-вторых, оно предусматривает возможность исключить ответственность за действия исполнителя. Согласно § 831 ГГУ обязанность возмещения вреда, возникшего в результате действий исполнителя, не возникает, если тот, кто привлек другое лицо, проявил надлежащую заботливость.

При договорной ответственности данные ограничения не действуют. Согласно § 278 ГГУ должник отвечает за вину своего законного представителя, а также лиц, которых он привлек к исполнению обязательства, в том же объеме, что и за свою вину, за исключением правила § 276 Абз. 3 ГГУ, согласно которому должник не может быть заранее освобожден от ответственности за умысел. Согласно § 280 ГГУ должник, нарушивший свою обязанность, обязан возместить причиненный ущерб, если он не докажет, что он не отвечает за нарушение. Ограничения, присущие деликтной ответственности относительно нарушенных прав, в данной норме отсутствуют. Таким образом возмещение вреда может включать в себя также, например, упущенную выгоду и другие убытки, компенсация которых при применении деликтной ответственности может оказаться невозможной.

Таким образом, институт преддоговорной ответственности в первую очередь расширяет возможности пострадавшей стороны требовать возмещение ущерба по сравнению с деликтным правом.

Кроме того, институт преддоговорной ответственности позволяет учесть особенности отношения сторон, которые вступили в деловой контакт. Эти отношения отличаются от отношений сторон, регулируемых деликтным правом, тем, что в данном случае в результате делового контакта стороны получают фактическую возможность влиять на права, интересы и правовые блага друг друга, что может привести к обязанности, эти права, интересы и правовые блага учитывать.

Законодательное регулирование и предпосылки применения

Институт преддоговорной ответственности урегулирован в § 311 ГГУ.

Согласно данному положению, для установления обязательства посредством сделки требуется заключение договора между участниками, если законом не предусмотрено иное (Абз.1).

Абз. 2 § 311 ГГУ устанавливает, что обязательство, содержащее обязанности согласно § 241 Абз. 2 (то есть обязанность учитывать права, интересы и правовые блага другой стороны, см. подробнее ниже), возникает также посредством:

- 1) вступления в переговоры о заключении договора;
- 2) подготовки договора, по которому одна сторона, в расчете на соответствующие правоотношения по сделке, предоставляет другой стороне возможность влиять на свои права, интересы и правовые блага либо доверяет ей их;
- 3) деловых контактов.

Собственно, данная норма сформулирована так, что практически любой контакт в контексте деловых отношений ведет к применению института преддоговорной ответственности. Так, например, даже исполнительное производство может породить отношения преддоговорной ответственности как между должником и кредитором, так и в отношении третьей стороны, которая заявляет свои права на предмет, на которое обращено взыскание, согласно § 771 ГПК [2, § 311 Rn. 49].

Тем не менее, такие широкие возможности применения, конечно, не ведут к обязанности возместить любые убытки другой стороны, так как рамки ответственности определяются, по сути, наличием обязанности учитывать права, правовые блага и интересы другой стороны, которая возникает только при определенных условиях.

Возможная обязанность учитывать права, интересы и правовые блага другой стороны

Согласно § 241 Абз. 2 ГГУ, к которому отсылает § 311 Абз. 2 ГГУ, в соответствии с содержанием обязательства каждая из сторон **может** быть обязана учитывать права, правовые блага и интересы другой стороны.

По сути, эта норма конкретизирует § 242 ГГУ, согласно которому должник обязан осуществлять исполнение добросовестно, как этого требуют обычаи делового оборота.

Рамки такого добросовестного поведения определяются судом в соответствии с методикой применения права для каждого конкретного случая.

Как было указано выше, § 311 Абз. 2 ГГУ является результатом судебного правотворчества, который был закреплён законодательно относительно недавно. Стоит отметить, что, закрепляя этот институт в ГГУ, законодатель не ставил своей целью менять устоявшуюся практику применения. Соответственно, для института преддоговорной ответственности существует очень обширная казуистика, которая продолжает развиваться дальше.

Сформулировать какие-то общие критерии для установления обязанности учитывать права, интересы и правовые блага другой стороны достаточно сложно, особенно учитывая, что такая обязанность может проявляться в очень разных формах. Диапазон распространяется от обязанности содержать точку розничной торговли в безопасном состоянии (пример ответственности: потенциальный покупатель подскользнулся в магазине и сломал ногу) до обязанности указать потенциальному контрагенту на определенные риски (пример: при продаже недвижимости продавец обязан указать, что была произведена реконструкция здания без соответствующего разрешения). В качестве общего правила можно, пожалуй, отметить только то, что преддоговорная ответственность санкционирует недобросовестное поведение. Иными словами, чтобы избежать ответственности, сторона обязана вести себя добросовестно в соответствии с разумными ожиданиями делового оборота. Такие ожидания варьируются в зависимости от ситуации.

Например, для случая когда ответственность определяется нарушением обязанности в виде умолчания об обстоятельствах, которые в силу характера договора должны быть доведены до сведения другой стороны, необходимо учитывать, что сторона не может быть обязана сообщить другой стороне абсолютно все сведения, которые являются для этой другой стороны важными. Например, в случае, если стороны находятся в равных условиях и имеют противоположные интересы, как в классическом случае купли-продажи, деловой оборот исходит из того, что каждая сторона самостоятельно позаботится о необходимой информации относительно рыночной стоимости предмета договора. В случае же, когда одна сторона имеет перед другой стороной значительные преимущества, например, банк предлагает потребителю инвестиционный продукт, оценка ситуации радикально меняется. В таком случае предполагается обязанность банка проинформировать клиента о возможных рисках, связанных с конкретным продуктом. В целом, в развитии казуистики можно отметить тренд в направлении усиления защиты прав потребителя путем установления обязанности другого контрагента проинформировать потребителя о возможных рисках.

Также учитывается, например, длительность делового контакта. В случае, если стороны планируют совместную деятельность, обязанности по отношению к другой стороне будут шире, чем если речь идет о единичном контакте с предоставлением и встречным предоставлением.

В качестве примера преддоговорной ответственности можно также привести предоставление неверных заверений на стадии переговоров. Применение института преддоговорной ответственности в таком случае возможно, даже если поведение другой стороны подпадает под действие § 123 ГГУ (оспоримость волеизъявления вследствие обмана и угрозы). Согласно правоприменительной практике Федерального суда (Bundesgerichtshof (BGH)), являющегося германским верховным судом общей юрисдикции, применение института преддоговорной ответственности, однако, возможно только в том случае, если потерпевшая сторона понесла конкретные материальные убытки [2, § 311 Rn. 90].

Правовые последствия

Возмещение убытков подразумевает восстановление ситуации в том виде, в котором она бы была, если бы нарушение обязанности не произошло. То есть необходимо представить, что бы произошло, если бы преддоговорное обязательство было бы исполнено добросовестно.

В случае преддоговорной ответственности, эта ситуация не отражает результат исполнения договора, а определяется так называемым негативным интересом. Возможным примером в данном случае являются расходы, понесенные другой стороной в связи с ведением переговоров о заключении договора, если, например, другая сторона недобросовестно вступила в переговоры, заранее зная, что договор заключен не будет. Возможно также возмещение убытков в связи с утратой возможности заключить договор с третьим лицом. Но возможны и другие убытки. Например, в случае, когда банк, предлагая потребителю инвестиционный продукт не проинформировал его о возможных рисках и потребитель потерял часть стоимости своей инвестиции, возмещение вреда включит в себя соответствующую компенсацию, но не обещанные выгоды.

Преддоговорные соглашения

Соглашения о порядке ведения переговоров так же, как и другие формы преддоговорных соглашений в немецком праве никак не урегулированы. Они тем не менее возможны в соответствии с принципом автономии воли.

Одна из возможных форм – Letter of intent (на примере договора коммерческой аренды [3]), в котором стороны могут зафиксировать уже достигнутые договоренности, определить порядок дальнейших переговоров, установить обязательства сторон о неразглашении определенной информации итд.

Также на практике встречаются случаи, когда потенциальный заказчик/покупатель, прежде чем послать потенциальному контрагенту запрос относительно услуги/продукции, пересылает ему условия для возможных деловых отношений, в которые может входить, например, требование конфиденциальности.

В соответствии с принципом автономии воли такие договоренности являются действительными (за исключением применения общих положений о недействительности договоров, как например противоречие добрым нравам (§ 138 ГГУ)). В случае, если обязанности прописаны недостаточно четко, договор станет предметом толкования. В таком случае суд будет исходить, как правило, из гипотетической воли сторон (то есть из предположения, как бы добросовестные стороны урегулировали конфликт, если бы они о нем подумали).

Вероятно, в подобном соглашении можно прописать и ограничение преддоговорной ответственности. Как уже упоминалось выше, нельзя исключить ответственность только за умысел. Хотя, в конкретном случае ограничение может и не сработать, если суд придет к иному толкованию, относительно вопроса, ответственность за какие именно обязательства была исключена.

Список использованных источников:

1. Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (BGBl. I Seite 3138).
2. Münchener Kommentar zum BGB.
3. Lindner-Figura, NZM 2000, 1193 (beck online).

НЕКОТОРЫЕ ОСОБЕННОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ НОРМ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА К ГРАЖДАНСКИМ ОТНОШЕНИЯМ ПО РЕГУЛИРОВАНИЮ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ, ВОЗНИКАЮЩИХ ВСЛЕДСТВИЕ ПРИЧИНЕНИЯ ВРЕДА

Цель Республики Узбекистан – построить открытое демократическое правовое государство с устойчиво развивающейся экономикой. В правовом демократическом государстве высшей ценностью является человек, его интересы, его права и свободы. В Стратегии действий по пяти приоритетным направлениям развития Республики Узбекистан в 2017–2021 годах предусмотрено обеспечение верховенства закона, а так же проведение и в дальнейшем реформы судебно-правовой системы, которая направлена на обеспечение гарантий надежной защиты прав и свобод граждан, совершенствование, в том числе, и гражданского законодательства [1]. Практика показывает, что развитие современных информационных и коммуникационных технологий, международных автомобильных, железнодорожных и воздушных перевозок как пассажиров, так и багажа, средств массовой информации, развитие и рост как внутреннего, так и зарубежного туризма увеличили возникновение определенных ситуаций, которые связаны с возникновением обязательств, возникающих вследствие причинения вреда, а так же коллизией правопорядков. По этим причинам рассмотрение определенных вопросов правового регулирования обязательств, которые возникают вследствие причинения вреда, и которые осложнены участием иностранного элемента, становятся объектом как нормативного регулирования, так и толкования со стороны правоприменительной практики, а так же изучения и исследования.

При регулировании вопросов, связанных с причинением вреда, которое осложняется иностранным элементом, возникают многочисленные сложности коллизионного порядка. Они возникают в результате определенных действий - трансграничное причинения вреда чести, достоинству физическому лицу, репутации юридического лица, а также вредных последствий, вызванных ввозом недоброкачественной продукции из других государств и другие подобные ситуации. В таких ситуациях выбор применимого права бывает осложнен тем обстоятельством, что большинство правопорядков различных государств ограничивают или даже отрицают допустимость в сфере правоотношений причинения вреда института, широко используемого при регулировании договорных отношений. Это институт автономии воли сторон при выборе применимого права.

В Гражданском Кодексе Республики Узбекистан содержится раздел, посвященный международному частному праву (раздел VI, глава 71), [2] в который включены определенные новеллы в области коллизионного регулирования гражданско-правовых отношений, которые осложнены иностранным элементом в сфере деликтов – это статья 1194 «Обязательства вследствие причинения вреда». Но нормы Гражданского Кодекса Республики Узбекистан содержат только общие нормы, которые регулируют обязательства, которые возникают вследствие причинения вреда. Не урегулированные коллизионные вопросы находят дальнейшее толкование как со стороны доктрины, так и правоприменительной практики. Поэтому изучая законодательный материал, а также правоприменительную практику, необходимо учитывать, что Республика Узбекистан не ратифицировала две конвенции, в которых содержатся коллизионные нормы в области регулирования деликтных отношений - это Гагская Конвенция о праве, применимом к автотранспортным происшествиям, принятая в 1971 году, и Гагская Конвенция о праве, применимом к ответственности изготовителя, принятая в 1973 году.

Постоянно развивающееся международное разделение всех форм труда, появление и развитие новых форм предпринимательства усложняют локализацию гражданских правоотношений с применением традиционных формул прикрепления. Альтернативой таким «жестким» принципам определения применимого права является отсылка к праву страны, с которой правоотношение связано наиболее тесным образом. Менее распространенным

является принцип применения права «наиболее благоприятного» для одной из сторон. Это может быть такой принцип как *favor laesi*, применяемый для пострадавшего в деликтном правоотношении.

Но новые коллизионные вопросы возникают и в связи с расширением сферы гражданской ответственности без вины, а также применением страхования гражданской ответственности, «усилением влияния коллизионного начала «автономия воли сторон» [3, с.85-86]. Эти тенденции нашли отражение в развитии законодательства ряда стран, а также в международной договорной практике. Более того, в исследованиях указывается на такие изменения, как «расширение числа «гибких» коллизионных норм, распространение автономии воли сторон в сфере деликтов».

В настоящее время большое внимание как в доктрине, так и в судебной практике уделено не вопросам выбора применимого права, а проблемам, связанным с определением подсудности. Актуальными являются и вопросы дальнейшего исполнения судебного решения.

Отмечаются и новые тенденции развития международного частного права, которые наряду с проводимой реформой международного частного права в Республике Узбекистан делают актуальным вопрос о необходимости выбора и выработки четких перспектив и ориентиров для национальной правоприменительной практики. Это очень важно особенно в сфере регулирования обязательств, которые возникают из причинения вреда, то есть деликтных обязательств), которые осложнены иностранным элементом.

В настоящее время в данной сфере наблюдается определенный феномен - происходит определенная «политизация» нормотворчества, связанная с деятельностью некоторых международных организаций - таких как Гагская Конференция, Совет Европы, ЮНСИТРАЛ или ЮНИДРУА. Также прослеживается тенденция усиления влияния международного права на внутригосударственные правовые институты. При этом, как отмечают некоторые авторы [4, с. 504], усиливается давление, оказываемое при обсуждении тех вопросов, которые связаны с проблемами международного частного права в общеевропейских структурах, со стороны «групп давления», как общества защиты потребителей, страховые компании, представители транснациональных корпораций. Возможность самостоятельного волеизъявления представителей тех или иных стран также существенно снижается, и это объясняется тем обстоятельством, что многие проблемы международного частного права не находят рассмотрения на внутригосударственном уровне как жизненно важные. Это приводит к игнорированию возможности «права вето», когда речь идёт о принятии того или иного документа, который направлен на дальнейшую унификацию и гармонизацию международного частного права, в том числе и при регулировании деликтных обязательств. Становление общего рынка в мире привело к созданию системы единообразного регулирования выбора права в сфере договорных обязательств. Большая работа проводится по гармонизации коллизионного регулирования в сфере обязательств, возникающих из причинения вреда, то есть деликтных обязательств.

Это объясняется тем, что для развития экономических отношений, в том числе для успешного развития коммерческого оборота, урегулирование условий, которые определяют договорные обязательства, достаточно важно, а также тем, что деликтные правоотношения, в первую очередь, чаще затрагивают интересы наименее экономически защищенных субъектов права, которыми являются физические лица. Поэтому рассмотрение проблем регулирования деликтных отношений в условиях рыночных отношений приобретает социальную значимость. Во-вторых, в современный период стремительно повышается и экономическая составляющая проблемы деликтных отношений, которые осложнены иностранным элементом. Поэтому вследствие развития международной торговли, а также трансграничного оказания услуг возникают случаи трансграничного причинения вреда вследствие недостатков товара, работы или услуг. Третьим моментом является то, что в современный период развития мир столкнулся с техногенными катастрофами невиданного ранее масштаба, экономические и социальные последствия которых в международном масштабе могут быть беспрецедентны. Это обстоятельство также оказывает определенное влияние на востребованность исследования

вопросов, которые связаны с регулированием обязательств, возникающим из причинения вреда, который осложнен иностранным элементом.

Сходство коллизионного регулирования обязательств, возникающих из причинения вреда, большинства стран Содружества Независимых Государств объясняется тем, что многие из них пошли по пути использования раздела VII «Международное частное право» Модельного Гражданского кодекса для государств – участников СНГ как рекомендательного акта для стран СНГ, принятого 17 февраля 1996 года Межпарламентской Ассамблеей государств – участников СНГ [5, с. 1175]. Тем не менее, коллизионному регулированию деликтных обязательств в некоторых странах СНГ присущ ряд особенностей. В Республике Узбекистан общие положения о причинении вреда урегулированы нормами главы 57 Гражданского Кодекса, содержащей понятия о вреде, причиненном жизни и здоровью гражданина, о вреде вследствие недостатков товаров, работ и услуг, а также о компенсации морального вреда.

Обязательства вследствие причинения вреда с участием иностранного элемента урегулированы нормами Гражданского Кодекса Республики Узбекистан -главой 71 «Коллизионные нормы» § 6 «Внедоговорные обязательства». Но непосредственно положения, касающиеся регулированию деликтных отношений, определены в статье 1194 Гражданского Кодекса Республики Узбекистан «Обязательства вследствие причинения вреда», в которой закреплено, что права и обязанности по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, определяются по праву страны, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда [2].

Данные положения статьи 1194 ГК, сформулированные в виде общей коллизионной нормы о выборе права, которое находит применение к деликтным обязательствам, которые осложнены иностранным элементом, и которому соответствует известному и широко применяемому коллизионному началу *lex loci delicti commissi* – отсылке к праву места совершения деликта. В соответствии с законодательством, местом совершения деликта считается место совершения вредоносного действия причинителем вреда. Под местом действия или иного обстоятельства, послужившего основанием для требования о возмещении вреда, в зависимости от конкретных обстоятельств дела, понимается место нахождения потерпевшего лица в момент наступления вреда, если вред причинен личности потерпевшего, либо места нахождения его имущества в момент причинения вреда, если вред причинен имуществу.

Положения статьи 1194 Гражданского Кодекса Республики Узбекистан распространяются и на определение права, которое регулирует возмещение не только имущественного вреда, причиненного лицу, но и морального вреда. По смыслу данная статья охватывает случаи возмещения причинного вреда не только самим причинителем вреда, но и некоторыми другими лицами. То есть возникновение обязательства вследствие причинения вреда не всегда обусловлено совершением правонарушения должником. В качестве примера одного из возможных исключений можно привести статью 988 Гражданского Кодекса Республики Узбекистан, которая позволяет суду возложить обязанность по возмещению вреда, причиненного в состоянии крайней необходимости, на лицо, в интересах которого действовал причинитель вреда.

В соответствие с положениями гражданского законодательства Республики Узбекистан деликтные обязательства регулируются коллизионной привязкой *lege lex loci delicti commissi*, то есть законом страны, где имело место действие или иной факт, послуживший основанием для требования о возмещении вреда. Права и обязанности по обязательствам, которые возникают вследствие причинения вреда за границей, если стороны являются гражданами или юридическими лицами одного и того же государства, определяются по праву этого государства. Данное положение исходит из принципа сочетания интересов причинителя вреда и потерпевшего. Данное исключение из общего правила части 1 статьи 1194 Гражданского Кодекса Республики Узбекистан установлено для случаев, когда и потерпевший, и причинитель вреда являются лицами одной и той же страны либо имеют место жительства в

одной и той же стране. В таком случае деликтное обязательство подчиняется действию закона этой страны [2]. Иностранное право не применяется, если действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда, по законодательству Республики Узбекистан не является противоправным.

Вопросы, возникающие из обязательств из деликта, отражены в международных договорах, к которым присоединилась Республика Узбекистан. Так, в Соглашении о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, (Киев, 20 марта 1992 года) в статье 4 определено, что компетентный суд государства-участника СНГ вправе рассматривать упомянутые в статье 1 настоящего Соглашения споры, если на территории данного государства-участника СНГ имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда [6].

Аналогичные положения предусмотрены и в Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Минск, 20 января 1993 года) [7], в статье 42 которой предусмотрены следующие нормы о возмещении вреда:

1) обязательства о возмещении вреда, кроме вытекающих из договоров и других правомерных действий, определяются по законодательству Договаривающейся Стороны, на территории которой имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда;

2) если причинитель вреда и потерпевший являются гражданами одной Договаривающейся Страны, применяется законодательство этой Договаривающейся Страны;

3) по делам, упомянутым в пунктах 1 и 2 указанной статьи 42, компетентен суд Договаривающейся Страны, на территории которой имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда. Потерпевший может так же предъявить иск также в суд Договаривающейся Страны, на территории которой имеет место жительства ответчик.

Рассмотрев правовое регулирование обязательств, которые возникают вследствие причинения вреда за границей, нормами гражданского законодательства Республики Узбекистан, можно констатировать, что на законодательном уровне в Гражданском Кодексе Республики Узбекистан учтены основные международные тенденции развития и конструкции современного коллизионного права, которое регулирует деликтные обязательства с участием иностранного элемента. Правовое регулирование обязательств, возникающих из причинения вреда, которые осложнены иностранным элементом, в законодательстве стран СНГ основывается на национальном законодательстве и использовании коллизионных привязок, регулирующих деликтные отношения. Хотя национальным законодательством внедоговорные обязательства, связанные с причинением вреда, урегулированы, но хотелось бы высказать и некоторые предложения по совершенствованию законодательства в области регулирования обязательств, которые возникли вследствие причинения вреда, осложненного иностранным элементом.

Во-первых, в связи с тем, что значительная доля вопросов, возникающих в связи с определением статуса деликтного обязательства, подлежит определенному толкованию, а также внесению изменений в действующее национальное законодательство, то существенную помощь в этом может оказать учет Регламента Европейского Союза о праве, применимом к внедоговорным обязательствам. В частности, представляется целесообразным принять основную привязку к праву места наступления вредоносного результата, а также то, что использование автономии воли сторон при выборе статуса деликтного обязательства соответствует современному развитию международного частного права.

Во-вторых, наряду с этим представляется целесообразным и своевременным расширить свободу воли сторон в сфере деликтных обязательств путём предоставления выбора сторонами не только права суда, но и иного права, связанного с правоотношением. В некоторых случаях представляется возможным предоставить сторонам свободу выбора права до фактического причинения вреда. Коллизионные нормы в исследуемой области, предусмотренные действующими международными договорами с участием Республики

Узбекистан, в том числе нормы Киевского Соглашения государств-участников СНГ 1992 года, не соответствуют современному этапу развития международного частного права. Нормы национального законодательства Республики Узбекистан и других стран - членов СНГ более современны, а также в большей степени отражают прогрессивные тенденции развития международного частного права. Поэтому внесение изменений в вышеупомянутые договоры с учётом тенденций реформирования международного частного права Республики Узбекистан и других стран СНГ представляется актуальным.

В-третьих, определение места совершения деликта напрямую влияет не только на вопрос установления статута деликтного обязательства, но и на возможность обращения потерпевшего в суд той или иной страны. Законодательством многих стран, а также некоторыми международными договорами предусмотрена как альтернативная, так и исключительная территориальная подсудность для исков из деликтов. Это обстоятельство исторически обусловлено принципом процессуальной экономии - иск из деликта зачастую может быть предъявлен в суд по месту совершения деликта, так как тем самым создаются условия для получения более надёжных доказательств с наименьшими затратами. Последние тенденции развития законодательства в исследуемой области указывают на то, что всё большую роль начинает играть тенденция признания местом, которое играет решающую роль для определения применимого права, именно место наступления вредоносных последствий. Эти моменты должны быть учтены и в национальном законодательстве Республики Узбекистан.

В-четвертых, применительно к случаям, когда потерпевший и причинитель вреда состоят в договорных отношениях, и вред причинен в связи с договором, целесообразно установить в статье 1194 Гражданского Кодекса Республики Узбекистан возможность применения к обязательству из причинения вреда права, применимого к такому договору.

Список использованных источников:

1. Приложение № 1 к Указу Президента Республики Узбекистан от 7 февраля 2017 года № УП-4947 «Стратегия действий по пяти приоритетным направлениям развития Республики Узбекистан в 2017 — 2021 годах». Собрание законодательства Республики Узбекистан, 2017 г., № 6, ст. 70, № 20, ст. 354, № 23, ст. 448, № 29, ст. 683, ст. 685, № 34, ст. 874, № 37, ст. 982; Национальная база данных законодательства, 16.10.2017 г., № 06/17/5204/0114, 31.07.2018 г., № 06/18/5483/1594; 11.12.2019 г., № 06/19/5892/4134; 17.03.2021 г., № 06/21/6188/0216, 01.05.2021 г., № 06/21/6217/0409.

2. Гражданский кодекс Республики Узбекистан от 21 декабря 1995 г. № 163-1 [Электронный ресурс]: – в ред. от 24.05.2019 г. № 03/19/542/317/ Национальная база данных законодательства Республики Узбекистан (www.lex.uz). – Режим доступа: <http://www.lex.uz/acts/111181> (дата доступа: 15.05.2021 г.) № 03/20/602/0052.

3. Халкаро хусусий ҳуқуқ. Раҳмонкулов Ҳ.Р. ва бошқ. –Т., Иқтисод ва ҳуқуқ дунёси. 2002.

4. Peter North, Private International Law: Change or Decay? - Oxford University Press. International and Comparative Law Quarterly. Volume 50, part 3, July 2011.

5. Модельный Гражданский Кодекс для государств – участников Содружества Независимых Государств. - Киев, 1996.

6. Соглашение «О порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности» (Киев, 20 марта 1992 г.) // Интернет-ресурс: <https://www.lex.uz> (дата доступа: 15.05.2021 г.).

7. Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Минск, 20 января 1993 года). // Интернет-ресурс: <https://www.lex.uz> (дата доступа: 15.05.2021 г.).

ПРЕДПОСЫЛКИ ФОРМИРОВАНИЯ СОВРЕМЕННОЙ КОНЦЕПЦИИ ПОРУЧИТЕЛЬСТВА В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ ЧЕШСКОЙ РЕСПУБЛИКИ

Поручительство является одним из наиболее часто используемых обеспечительных институтов в различных странах мира. Поручительство прошло долгую историю развития. Как указывает Милан Киндал, «поручительство - один из институтов, который на протяжении многих веков действительно служил снижению рисков, связанных с возникновением обязательственных отношений» [1, с. 302]. Данное исследование будет посвящено предпосылкам формирования современной концепции поручительства в Чешской Республике (далее – Чехии, ЧР).

На современную концепцию поручительства (*ručení*) в чешском гражданском праве оказали влияние несколько факторов: рецепция римского права в области личных гарантий исполнения обязательства, чешское обычное право, кодификации гражданского законодательства, начиная с 1811 года, а также современные общеевропейские разработки в области личных обеспечений. Рассмотрим влияние данных факторов на правовое регулирование поручительства в чешском законодательстве.

Рецепция отдельных положений поручительства из римского права

Рецепция римского права в средневековой Европе оказала большое влияние не только на формирование средневекового права, но и на современную континентальную правовую систему в целом (более подробно об истории развития поручительства в римском праве см.: например, [19]).

Factum notorium общая концепция поручительства также уходит своими корнями в римское право. В Риме существовало первоначально несколько обеспечительных инструментов подобных поручительству. Гай в Институциях рассматривал правовое положение не только поручителя (*fidejussora*), но и похожих на поручителей спонсоров (*sponsoris*) и фидеипромиссоров (*fidepromissoris*) [2, с. 219-220]. Поручительство обозначалось термином *fideiussio*. Характерной чертой поручительства, как обеспечительного инструмента, было то, что обеспечение предоставлялось не должником, а третьим лицом.

Однако именно поручительство получило большее развитие со временем. Как указывал римский юрист Ульпиан, «*Omni obligationi fideiussor accedere potest*» – «Поручитель может присоединиться к любому обязательству» (D.46.I.1).

В доюстиниановом праве поручительство могло быть как солидарным, так и субсидарным. В Новеллах Юстиниана (*Novellae Institutiones Iustiniani*) была урегулирована ответственность поручителя [поручительство также подробно рассматривалось в Дигестах Юстиниана; различные аспекты поручительство рассматриваются практически во всех книгах Дигест Юстиниана (например, в книгах 3, 4, 18, 21, 26, 27, 35, 36, 42), а книга 46 была полностью посвящена поручителям и доверителям, где поручители обозначались термином *fideiussor*]. Савиньи писал, что до указанных изменений, введённых новеллой императора Юстиниана, в римском праве поручительство имело преимущественно солидарный характер. После введения изменений, поручительство стало носить субсидиарный характер.

Примечательно, что данные положения Новелл Юстиниана являлись предметом ожесточённого спора между учёными в средние века. Как указывал Савиньи, «со времени глоссаторов ни один закон Юстиниана не пробуждал в нашей юридической литературе таких споров, как новелла 99-ая [...]». Юстиниан обнародовал вкратце закон о различных видах поручительства, и закон этот требует дополнения, которое и находится в новелле. Все писатели согласны в том, что это есть указание на новеллу 4-ую (так наз. *Beneficium excussionis*)» [20, с. 299].

Кроме того, была введена возможность подачи иска против поручителя, если первоначальный иск был против должника [3, с. 193], что раньше, при солидарной ответственности, не допускалось. Необходимо отметить, что практически все авторы, изучающие поручительство в наши дни, указывают латинскую цитату: *“benefictum ordinis seu excussionis”*. Данная цитата подразумевает, что требование сначала должно быть обращено на основного должника, а затем на дополнительного [1, с. 299].

Во время рецензии римского права в области поручительства была заимствована, во-первых, сама возможность обеспечить исполнение требования кредитора третьим лицом (поручителем). Во-вторых, сохранилась субсидиарная ответственность поручителя перед кредитором. В-третьих, вплоть до наших дней, для обозначения поручительства в теории гражданского права используется латинский термин *fideiussio*.

Указанные заимствования оказали влияние на современное законодательное регулирование поручительства в странах континентального права, в том числе и на чешское законодательство.

Термин *fideiussio* будет использован в данной статье как синоним поручительства.

Применение поручительства на территории Чехии в средние века

В чешском обычном праве применение института, подобного поручительству, существовало с давних времён. Однако в чешском обычном праве существовали способы обеспечения исполнения обязательства, предшествующие поручительству. Как указывают авторы, в 13-ом столетии в связи с продажей недвижимости появляется обеспечительный институт, называемый *správa (disbrigatio)*, его целью была охрана покупателя перед возможными пороками права [4, с. 168].

Хотелось бы отметить, что обеспечительных инструментов, подобных поручительству, в средневековом чешском праве было много. Чешские авторы рассматривают много различных способов личных обеспечений, известных старому чешскому праву, при этом указывают, что часто обеспечение было связано с поручительством личной свободой [4, с. 168]. Что было характерно в средние века для большинства европейских стран.

Помимо перечисленных выше обеспечительных инструментов в средневековом чешском праве также выделяют *«ležení» (obstagium)*, поручительство «честью и верой» (*«ručení ctí a vírou»*) и такую разновидность поручительства, как *«rukojemství»*. Именно такой обеспечительный инструмент как *«rukojemství»* имеет большое сходство с современным поручительством и указывается как аналог римского *fideiussio*. Основная черта *«rukojemství»* заключалась в обеспечении обязательства третьим лицом. При этом первоначально поручитель становился солидарным должником, а уже в дальнейшем регулировании данного обеспечения кредитор мог первоначально обращать взыскание только на основного должника, а затем на поручителя [4, с. 169]. То есть ответственность поручителя становится субсидиарной.

Как указывалось выше, именно термин *fideiussio* обозначает поручительство в том его значении, которое используется в современном гражданском праве.

Важным аспектом является тот факт, что с развитием данного института закреплялось право поручителя потребовать назад уплаченное за должника [4, с. 169].

Таким образом, личные обеспечения, подобные поручительству, активно использовались и развивались в средние века на территории Чехии. Их целью было обеспечение исполнения обязательства должника третьим лицом. Одним из таких обеспечительных инструментов было *«rukojemství»*, который имел общие черты с римским *fideiussio*. Данный тип обеспечений получил более широкое распространение и явился базой для дальнейшего развития института поручительства.

Концепция поручительства в чешских гражданских кодексах различного времени

Дальнейшее развитие института поручительства на территории Чехии связано с проведением кодификации гражданского законодательства. На территории современной Чехии было принято и действовало с 1811 года несколько гражданских кодексов. Наибольшее влияние было оказано следующими из них:

- 1) Всеобщее гражданское уложение Австрийской Империи 1811 г. (далее – ABGB),
- 2) Гражданский кодекс Чехословакии 1964 года,
- 3) Торговый кодекс Чехословакии 1991 года.

Сейчас в стране действует новый Гражданский кодекс Чехии 2012 года (Občanský zákoník - zákon č. 89/2012 Sb., далее – ГК ЧР).

Начиная со Всеобщего гражданского уложения Австрийской Империи (сейчас Австрийской Республики) 1811 года (в Чехии указывается как Zákon č. 946/1811 Sb) обеспечительный инструмент подобный поручительству присутствует во всех гражданских кодексах, которые действовали на территории Чехии.

В ABGB [5] *fideiussio* обозначалось термином «*rukojmí*». Основной принцип поручительства (*rukojmí*) был сформулирован в § 1346 ABGB, в соответствии с которым «кто обязуется удовлетворить требование кредитора в том случае, если должник не исполнит обязательство, называется поручителем...». Договор возникал между кредитором и третьим лицом, не являющимся должником по основному договору.

В соответствии с частью второй § 1346 ABGB было необходимо соблюдение письменной формы для так называемого «*rukojmího prohlášení*» или публичного заявления поручителя [6, с. 295-300]. При этом в соответствии с § 1346 ABGB устанавливалась субсидиарная ответственность поручителя, закреплялось, что основной должник всегда рассматривается, как главный.

На основании «*rukojmí*» возникала «*smlouva rukojemská*» (договор о поручительстве). Что касается «*rukojmí*», нужно отметить, что речь шла об обеспечении именно обязательства, а не долга, или права требования. Более поздние кодексы будут содержать другие концепции в данной области.

При смене кодексов иногда менялся термин, обозначающий правоотношения, подобные поручительству. В цивилистике всегда при этом использовался термин «*fideiussio*», смысл которого всегда заключался в предоставлении обеспечения по обязательству должника перед кредитором третьим лицом. В некоторых кодексах допускалось установление поручительства как в субсидиарном, так и в солидарном виде.

Термин «*rukojmí*», «*rukojemství*» использовался также в законопроекте Гражданского кодекса Чехословакии 1937 [6], который из-за начавшейся в 1938 году оккупации Чехословакии не был принят.

В свою очередь, в Гражданском кодексе 1950 года (zákon č. 141/1950 Sb.) применялся термин «*rukojemství*». Данный кодекс был последним, в котором применялся термин «*rukojemství*».

На протяжении различных периодов времени данные термины сменяли друг друга. Однако под ними подразумевались аналогичные правоотношения.

В Гражданском кодексе 1964 года (Zákon č. 40/1964 Sb. – ГК ЧР 1964 года) для поручительства стал использоваться термин «*ručení*». Данный термин был использован и в торговом кодексе 1990 года (Zákon č. 513/1991 Sb.), а также в новом Гражданском кодексе 2012 года (Zákon č. 89/2012 Sb. - ObčZ z roku 2012).

В Гражданском кодексе Чехии 1964 г. (Zákon č. 40/1964 Sb.) поручительство («*ručení*») регулировалось в §§546-550.

Несмотря на применение в кодексе термина «*ručení*», в теории гражданского права рассматривалось употреблялся также термин «*rukojemství*» [7, с. 135].

Необходимо отметить, что § 546 Гражданского кодекса Чехии 1964 года устанавливал возможность обеспечить *требование* поручительством. То есть обеспечивалось требование, а

не обязательство или долг. Поэтому можно сказать, что концепция была другой, чем в рассматриваемом выше регулировании в ABGB, который устанавливал обеспечение обязательства, и иной чем в действующем Гражданском кодексе Чехии.

Регулирование поручительства в Гражданском кодексе Чехии 1964 г. не было обширным. Были установлены «базовые» положения, которые, тем не менее, не давали исчерпывающего регулирования [8, с. 5]. Это было характерно и для других обеспечительных институтов.

Более подробное регулирование поручительство получило после 1991 г. с принятием и введением в действие Торгового кодекса (*zákona č. 513/1991 Sb.*). Необходимость его введения была вызвана сложившейся экономической ситуацией, развивающимися рыночными отношениями, для которых было необходимо развитие в том числе и обеспечительных институтов.

В Торговом кодексе Чехословакии 1991 года увеличилось как количество статей, регулирующих поручительство, так и их содержательная часть. Была установлена возможность обеспечения только действительного обязательства.

De iure был принят новый торговый кодекс. *De facto* сложилась ситуация, когда один и тот же обеспечительный институт регулируется двумя действующими кодексами. Для устранения этого дуализма было необходимо установление правила нормы какого из кодексов имеют приоритетное применение. Эта проблема была устранена следующим образом. Отношения, возникшие до принятия Торгового кодекса ЧР, регулировались Гражданским кодексом Чехословакии 1964 года, возникшие после принятия Торгового кодекса Чехословакии – регулировались последним.

Впервые в Торговом кодексе Чехословакии 1991 года в § 306 (1) устанавливался так называемый разумный срок для исполнения обязательства должником, после которого можно было обратиться взыскание на поручителя (§ 306 (1) Торгового кодекса Чехии 1991 года). Также регулировалась возможность установления нескольких поручителей одного обязательства. Данные поручители отвечали за весь долг каждый. Эта норма нашла свое отражение и в действующем ГК ЧР 2012 года. Также была возможность обеспечения части обязательства.

Регулирование поручительства в Торговом кодексе Чехословакии 1991 года было более полным, и стало основой действующего Гражданского кодекса Чехии 2012 года (*Občanský zákoník – zákon č. 89/2012 Sb.*, далее – ГК ЧР). Так Пояснительная записка к §§ 2018 - 2028 действующего Гражданского кодекса Чехии не содержит чётких замечаний об изменениях в концепции поручительства. Содержится лишь указание, что действующее регулирование заимствовано именно из Торгового кодекса 1991 года (§§ 303-312) с незначительными изменениями.

Поэтому при изучении поручительства в наши дни применяются активно в качестве иллюстрации и судебные решения, вынесенные в соответствии с Торговым кодексом Чехословакии 1991 года. Поэтому можно говорить о влиянии данного законодательного акта на современное правовое регулирование поручительства.

Европейские научные концепции в области личных обеспечений

Чехия является одной из стран Европейского союза (ЕС), поэтому находится под влиянием общих для европейских стран рекомендаций Европейской комиссии. В свою очередь, принятие отдельных общеевропейских научных концепций оказывает влияние на законодательство отдельных стран ЕС, в том числе на чешское право.

Одна из основных идей Европейского союза сводится к постепенной гармонизации законодательства стран - участников ЕС. Как указывает Ирэнэ Кулл (*Irene Kull*), «идея поиска общих правовых принципов к настоящему времени заменена поиском «лучших решений среди моделей национальных правовых систем» [9].

1. С точки зрения общеевропейской доктрины в области частного права все обеспечения делятся на две большие группы: личные обеспечения (*personal security*) и вещные обеспечения (*proprietary security*).

Критерии данного деления, с одной стороны, являются продолжением континентальной правовой системы, заимствованными в римском праве. С другой стороны, данное деление помогает избежать привязки к конкретным обеспечительным инструментам, которые различаются в зависимости от европейской страны. Конечно, существуют обеспечительные инструменты, общие для всех стран (например, залог, ипотека, поручительство и т.п.). Но даже их регулирование отличается в зависимости от законодательства конкретной страны.

Данное деление способов обеспечения на личные и имущественные (вещные) присутствует, например, в Принципах Европейского права в области личных обеспечений «*Personal Security (PEL Pers. Sec.) / Principles of European Law*» (далее – *PEL Pers. Sec.*). Данные принципы были также созданы рабочей группой по разработке европейского гражданского кодекса [10, с. 88]. Подобное деление присутствует и в Модельных правилах европейского частного права «*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*» (далее – *DCFR*), созданных рабочей группой по разработке европейского гражданского кодекса [11]. *PEL Pers. Sec.* является более ранней разработкой, которая частично легла в основу *DCFR*.

Указанные научные издания были осуществлены в рамках планов Комиссии ЕС по разработке единой основы для договорного права (“*uniform “framework of reference” for contract law*”), и являются, в большей степени, теоретическими исследованиями. Как указывают авторы *DCFR*, он закрепляет результаты европейской исследовательской программы и предназначен для оценки с этой точки зрения [11].

При этом широта научных изысканий наиболее ярко проявляется в полном издании, включающем в себя комментарии и очерки сравнительно-правового характера. Данное научное издание вызвало большой интерес и за пределами европейских стран. Концепция *DCFR* в области личных обеспечений, к которым относятся поручительство, были подробно изучены юристами по всему миру [12].

Личные обеспечения довольно подробно рассмотрены в части IV.G. *DCFR*, предусмотрены различные типы личных обеспечений. В зависимости от своей природы, личные обеспечения в соответствии с IV.G. - 1:101 делятся на две группы: зависимые (*dependent*) и независимые (*independent*) личные обеспечения. При этом, как указывают авторы *full edition DCFR*, корни личного зависимого обеспечения уходят римское *fideiussio* [13, с. 2486].

Fideiussio относится в этих источниках к так называемым «зависимым личным обеспечениям».

Необходимо отметить, что в *PEL Pers. Sec.*, как и в *DCFR*, указывается, что термин зависимое личное обеспечение (*dependent personal security*) не используется ни в одной национальной законодательной системе в Европе. Интерес вызывает тот факт, что в отличие от национальных систем, где поручитель рассматривается (в основном) как дополнительный должник, в *PEL Pers. Sec.* и *DCFR* презюмируется солидарная ответственность поручителя (предоставляющего обеспечение лица). В то время, как субсидиарная ответственность является предметом отдельного регулирования между сторонами. Так как в указанных документах присутствует возможность установления со-должника, который имеет солидарную ответственность.

При этом личное обеспечение, по мнению авторов, включает в себя все обеспеченные права, в которых лицо (будь то физическое или юридическое) несёт ответственность всем личным имуществом (*person's assets*) для того, чтобы обеспечить обязательство другого лица, главного должника [13, с. 2486].

В этой связи, можно сказать, что установлена одна историческая основа для правоотношений, подобных поручительству, в различных европейских странах. Однако, концепция личных зависимых обеспечений в *DCFR* является более широким понятием, чем поручительство. *DCFR* содержит несколько разновидностей личного зависимого обеспечения, каждый из которых наделён своей спецификой.

Положения PEL Pers. Sec. и DCFR не были прямо включены в Гражданский кодекс Чехии 2012 года, однако в качестве *soft law* оказывали влияние на доктрину частного права в Чехии. Тем не менее чешские законодатели сделали действующий Гражданский кодекс Чехии в области обеспечений более специфическим, ориентированным на национальное историческое регулирование. Таким образом, PEL Pers. Sec. и DCFR как источники *soft law* оказывают влияние прежде всего на научные доктрины, а не на законодательство.

2. Помимо теоретических исследований, существуют и проблемы практического характера в области поручительства, общие для многих стран Европейского союза. Одна из проблем стала объектом изучения специальной комиссии в рамках ЕС. Речь идет о Проекте по защите от недобросовестного поручительства в Европейском Союзе (*Protection from unfair suretyships in the European Union*) [14]. По результатам данного проекта были приняты рекомендации о применении поручительства в странах-участниках проекта. Данный Проект был реализован в период с 1 апреля 2004 года по 31 марта 2007 года [14].

Под «недобросовестным поручительством» в контексте данного проекта понимались случаи, когда «банки дают ссуды только при условии поручительства близких членов семьи основного должника» [15, с. 297]. При этом основной проблемой являлось то, что «если сумма гарантии непропорциональна финансовым возможностям члена семьи, несостоятельность основного должника неизбежно ведёт к его финансовому краху» [15, с. 297]. По мнению авторов, «они обречены оставаться в долгах до конца своей жизни» [15, с. 297]. Можно сказать, что поручитель является уязвимой стороной соглашения.

По результатам данного Проекта Европейской Комиссией было рекомендовано запретить «недобросовестное поручительство» на территории ЕС. Подобные рекомендации имеют обязательный характер для стран-участников ЕС и оказывают влияние на национальное законодательство и правоприменительную практику.

Регулирование поручительства в действующем Гражданском кодексе Чехии 2012 года

Последний этап развития поручительства связан с принятием нового ГК ЧР 2012 года. Рассмотрев факторы, повлиявшие на современную концепцию поручительства в чешском законодательстве, хотелось бы сделать краткий анализ поручительства в действующем ГК ЧР 2012 года.

Положения об обеспечении долга (чешское законодательство использует именно термин «обеспечение долга» – *zajištění dluhu* – Ю.Г.) в действующем Гражданском кодексе Чешской Республики начинаются с рассмотрения такого обеспечительного инструмента, как поручительство (*ručení*). Поручительство урегулировано в §§ 2018 - 2028 ГК ЧР 2012 года.

Согласно § 2018 ГК ЧР, кто провозгласит кредитору, что удовлетворит его требование, если должник не исполнит свой долг перед кредитором, становится поручителем должника.

После принятия ГК ЧР 2012 года было устранено двойное регулирование поручительства. В Пояснительной записке к ГК ЧР 2012 года [19] содержится указание, что действующее регулирование идёт именно из Торгового кодекса Чехии 1991 года (§§ 303-312) с незначительными изменениями.

При этом в качестве основного отличия в Пояснительной записке к ГК ЧР 2012 [16] года указывается договорный характер возникновения поручительства. Изменения касаются договорного характера поручительства, в том смысле, что, если кредитор откажется от предложенной личности поручителя, он лишается возможности обращения к данному лицу (не состоявшемуся поручителю) с требованием исполнения обязательства должника.

В этой связи отдельные авторы рассматривают так называемое «*ručitelské prohlášení*» (указание поручителя стать субсидиарным должником) как оферту. Например, М. Kindl указывает, что «*ručitelské prohlášení*» является предложением заключить договор (офертой) поэтому, если кредитор «поручителя примет», то принимает предложение [заключить договор], - Ю.Г.), акцентирует оферту» [1, с. 302].

Само «*ručitelské prohlášení*» в соответствии с §2018 ГК ЧР 2012 года, должно быть письменным, также как это было в ГК Чехословакии 1964 года (§546), и в Торговом кодексе Чехословакии (§303) 1991 года.

Для поручительства в ГК ЧР 2012 года также характерна акцессорность и субсидиарность, как и в предыдущих кодексах.

Таким образом, **подводя итоги** влиянию указанных факторов на формирование современной концепции поручительства в действующем законодательстве Чехии, необходимо отметить нижеследующее.

1. Процесс развития института поручительства на территории современной Чехии был долгим, проходил определенные этапы развития от обычного права, средневековых статутв (таких, например, как статут 12-го века *Iura Zanorum (Statuta Ducis Ottonis)*) [17], заимствований отдельных норм *fideiussio* в римском праве до современного регулирования.

2. Начиная с 1811 года поручительство присутствует во всех кодификациях гражданского законодательства на территории современной Чехии.

3. Современные европейские унифицированные издания, такие PEL Per. Sec. и DCFR оказывают влияние скорее на научную доктрину, чем на законодательство Чехии. Они не являются объектом имплементации чешского законодательства. В то время как рекомендации Европейской Комиссии в области «*недобросовестного поручительства*» могут оказывать непосредственное влияние на правоприменительную практику. У сторон правоотношения появляется возможность обращения в Европейский суд (*European Court of Justice*) с рассмотрением спора в соответствии с рекомендациями Европейской Комиссии. Хотелось бы отметить, что сама концепция добросовестности является одним из старейших правовых понятий. Еще со времен римского права договоры *bonae fidei* представляли сторонам договора возможность рассмотрения спора с учётом норм справедливости. Как указывает Д.В. Дождев, «противопоставление строгого права и справедливости, в римской литературе особенно ярко выраженное у Цицерона, нередко сопровождается рассуждениями и о доброй совести (*bona fides*) и злом умысле (*dolus malus*: Cic., de off., 3,13,54; 3,15,61)» [18].

4. В современном праве *добросовестность* является одним из основных правовых принципов, в том числе рассматриваемом и в PEL Per. Sec. и DCFR. Необходимо отметить, что бывают ситуации, когда недобросовестность возникает на стороне поручителя, или должника.

5. В наши дни есть свои проблемные вопросы, которые позволяют поручительству все ещё быть актуальным для правовых исследований. Также существует обширная судебная практика в данной области. Наличие судебной практики по вопросам, связанным с поручительством, характерно для различных стран, с различными правовыми системами.

Список использованных источников:

1. Kindal M. Zajištění a utvrzení dluhů. Praha: C.H. Beck, 2016. - 528 с.
2. Гай. Институции / Пер. с латинского Ф. Дадынского / Под ред. В.А. Савельева, Л.Л. Кофанова. – М.: Юристъ, 1999. – 368 с.
3. Савиньи Ф.К. Обязательственное право. – М.: Типография А.В. Кудрявцевой, 1876. – 579 с.
4. Vojaček L.; Schelle K.; Knoll V. České právní dějiny. 3.vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2016. - 966 с.
5. Obecný zákoník občanský. In: Lavický, P., Polišínská, P. Judikatura k rekodifikaci. Zajištění a utvrzení dluhů. Praha: Wolters Kluwer, a.s. 2015. S. 295-300.
6. Законопроект Гражданского кодекса Чехословакии 1937. Доступен на: <https://digi.law.muni.cz/handle/digilaw/7035>. [online]. [cit. 24.02.2021].
7. Knappová, Marta, Švestka, Jiří, Dvořák, Jan a kolektiv. Občanské právo hmotné. Díl třetí: závazkové právo. 4. Vydání aktualizované a doplněné. Praha: ASPI, 2005. - 612 с.

8. Holeyšovský, Milan. Zástavní právo, ručení, bankovní záruka a ostatní zajišťovací prostředky v podnikatelské, bankovní a právní praxi. Edice De Iure. Praha, 1994. - 123 с.

9. Kull, Irene. Unfair Contracts of Suretyship — a Question about the Horizontal Effect of Fundamental Rights or about the Application of Contract Law Principles? In: <https://www.juridicainternational.eu/>, ч. XII/2007. Доступно з: https://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2007_1_36.pdf. [online]. [cit. 19.02.2021]. Автор перевода – Галинская Ю.В.

10. Drobnig, Ulrich. Personal Security (PEL Pers. Sec.) / Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. 1st. pub. Oxford: Oxford University Press, 2007. XXXIV. - 567 s.

11. Bar, Christian von. A Common Frame of Reference for European Private Law - Academic Efforts and Political Realities. In: Electronic Journal of Comparative Law, vol. 12.1 (May 2008). Доступно з: <https://www.ejcl.org/121/abs121-16.html>. [online]. [cit. 19.02.2021]

12. Например: Зарин И.Д. Личные способы обеспечения исполнения обязательств в Модельных правилах европейского частного права. [online]. In: [http://www.fej.ru/rvv/id/0006d3de3/\\$file/105-117.pdf](http://www.fej.ru/rvv/id/0006d3de3/$file/105-117.pdf). [cit. 19.02.2021].

13. BAR, Von Ch., CLIVE, E. Study Group on a European Civil Code. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition. Volume 3. New York: OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2010. - 6521 s.

14. Итоговый отчёт о деятельности Проекта доступен на: <https://cordis.europa.eu/project/id/509803/reporting>. [online]. [cit. 19.02.2021].

15. Ciacchi, Aurelia Colombi. Non-Legislative Harmonisation of Private Law under the European Constitution: The Case of Unfair Suretyships. Доступно на: <https://research.rug.nl/en/publications/non-legislative-harmonisation-of-private-law-under-the-european-c>. [online]. [cit. 19.02.2021].

16. Пояснительная записка к ГК ЧР 2012 года. Доступна на: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Duvodova-zprava-NOZ-konsolidovana-verze.pdf>

17. *Iura Zupanorum (Statuta Ducis Ottonis)*. Доступно на: <http://www.dejepis.com/wp-content/uploads/2013/07/Konr%C3%A1dova-Statuta.pdf>. [online]. [cit. 17.05.2021].

18. Дождев, Д.В. Добросовестность (bona fides) как правовой принцип. Доступен на: http://www.igpran.ru/public/articles/Dojdev.Bona_fides.pdf. [online]. [cit. 7.03.2021].

19. Галинская Ю.В. Отдельные гарантии исполнения обязательства в римском праве. // Современные проблемы гражданского права: Материалы международной научно-практической конференции, посвящённой 70-летию юбилею к.ю.н. Мукашевой К.В. (25 января 2019 г.) / Отв. ред. Мороз С.П. – Алматы, 2019. – С. 144 – 156.

20. Савиньи Ф.К. Обязательственное право. – М.: Типография А.В. Кудрявцевой, 1876.

Е.В. Ельникова

ПРАВОВЫЕ МОДЕЛИ СЕЛЬСКОХОЗЯЙСТВЕННОГО СТРАХОВАНИЯ В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН И РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Для национальной экономики любой страны наличие собственного развитого аграрного сектора является важным фактором устойчивого социально-экономического развития, а также необходимым фундаментом обеспечения продовольственной безопасности государства, позволяющей осуществлять независимую политику как внутреннюю, так и внешнюю

В структуре отраслей экономик Республики Казахстан и Российской Федерации сельское хозяйство занимает одно из важных мест, что обусловлено наличием необходимых территориальных, природно-климатических, трудовых и иных ресурсов. Развитие сферы аграрного производства способствует поддержке традиционного уклада сельской жизни, а также обеспечению трудовой занятости сельского населения.

Вместе с тем сфера сельского хозяйства для осуществления предпринимательской деятельности не является столь популярной, как, например, торговля, аренда и прочее, поскольку сопровождается повышенными рисками в основном объективного характера, не связанными с поведением самого предпринимателя, обусловленными чрезвычайными природными явлениями, зачастую непредсказуемыми, внезапными, оказывающими разрушительное действие на сельскохозяйственное производство. Поэтому одним из факторов, способствующих увеличению привлекательности агробизнеса для предпринимателей, является формирование институциональной системы снижения предпринимательских рисков в этой сфере. В настоящее время одним из наиболее распространённых инструментов обеспечения сокращения убытков сельскохозяйственного производства является агрострахование. Несмотря на то, что в мировой практике в целом популярность этого инструмента растёт, эффективность его в разных странах неодинакова и во многом зависит от условий и порядка его использования.

В Республике Казахстан (далее – РК) с 2005 до начала 2020 года действовал Закон Республики Казахстан от 10 марта 2004 года № 533 «Об обязательном страховании в растениеводстве» [1]. Принятие этого закона стало отправной точкой для введения в сфере сельскохозяйственного производства обязательного страхования для такого важного его направления как растениеводство в целях минимизации возможных рисков фермеров. Однако практика применения указанного закона показала незаинтересованность страховых организаций в продвижении этого вида страхования, формальный подход и значительное число отказов в осуществлении страховых выплат. Для производителей сельскохозяйственных культур обязательное страхование не стало эффективным инструментом обеспечения их имущественных интересов, поскольку размер понесенных расходов значительно превышал уровень возмещенных при наступлении страховых случаев убытков. По сведениям специалистов Минсельхоза РК, в 2018 году действовавший механизм страхования покрывал только 43 % понесенных расходов [2]. Кроме того, действовавший механизм обязательного страхования не предусматривал дифференцированного подхода к страхованию возможных рисков. Несмотря на то, что в различных регионах страны с учётом их природно-климатических условий возможность наступления стихийных бедствий и иных событий, перечисленных в законе в качестве страховых рисков, была неодинакова, сельскохозяйственные товаропроизводители не имели возможности страхования только от части наиболее опасных для определенной местности рисков и были вынуждены страховать все возможные риски. Это требовало расходования значительных средств в наиболее сложный для агрохозяйств период весеннего сева, когда они в большей степени испытывали их дефицит.

Некоторые исследователи в качестве препятствия для развития рынка агрострахования рассматривают «способность некоторых видов рисков поражать огромные территории одновременно. ... Этот так называемый «системный риск» подрывает способность страховщика диверсифицировать риски среди страхователей и усложняет выполнение страховыми компаниями их наиболее важной функции по сокращению риска посредством объединения рисков страхуемых» [3]. Наличие указанного системного риска объективно предопределяет необходимость участия государства с его финансовым ресурсом в системе отношений по снижению издержек в результате утраты (гибели) сельскохозяйственной продукции, которое может иметь различные формы. В Республике Казахстан на первоначальном этапе развития сельскохозяйственного страхования государственная поддержка оказывалась в форме возмещения страховым организациям половины понесенных ими расходов на страховые выплаты по страховым случаям, наступившим в результате неблагоприятных природных явлений. Для управления бюджетными средствами, предоставляемым для господдержки обязательного страхования в растениеводстве, в качестве агента было образовано акционерное общество «Фонд финансовой поддержки сельского хозяйства» [4], с которым страховщик был обязан заключить договор о порядке, условиях и сроках частичного возмещения страховых выплат для получения возмещения части страховых

выплат по страховым случаям, возникшим в результате неблагоприятных природных явлений. С 2020 года государственная поддержка оказывается непосредственно сельскохозяйственным товаропроизводителям в форме предоставления субсидий на оплату до 50 процентов страховой премии, что позволяет существенно сократить расходы агрохозяйств.

Изменения законодательства Республики Казахстан в сфере правового регулирования сельскохозяйственного страхования предопределили новый этап развития этого института с начала 2020 года [5]. На смену обязательному страхованию рисков в растениеводстве пришло добровольное страхование имущественных рисков гибели урожая и сельскохозяйственных животных, произошел переход к индексному страхованию, внедрены цифровые технологии, оптимизированы процедуры заключения договора агрострахования и получения страховых выплат в результате использования онлайн-страхования через сервисную систему «Agroinsurance». В настоящий момент в северных и центральных областях Республики Казахстан создана возможность страхования зерновых (пшеница, ячмень, кукуруза, овёс) и масличных (подсолнечник, рапс, лён) сельскохозяйственных культур по индексу влаги в почве, также реализовано страхование сельскохозяйственных животных от болезней и других рисков, но «уже в следующем году на платформе qoldau.kz будет внедрено страхование и других индексов, для других регионов и других культур. К примеру, индекс дефицита урожая, погодные индексы и другие» [6].

Позитивные изменения, способствующие повышению эффективности агрострахования, произошли в отношении упрощения порядка определения наступления страхового случая, как необходимого условия выплаты страхового возмещения. Если раньше наступление страхового случая определяла специально создаваемая комиссия, что не исключало элемента субъективности, то ныне наличие этого юридического факта устанавливается по сведениям информационной системы, опирающейся на спутниковые данные, что обеспечивает прозрачность механизма страховых выплат. При фиксации системой дефицита или избытка влаги страхователю направляется уведомление, далее он может направить заявление на предоставление страховой выплаты, подписанное электронной подписью. Введение онлайн-страхования способствовало усилению защиты интересов страхователя, освободив его от сбора многочисленных документов для подтверждения наступления страхового случая, что повлекло уже в 2020 году увеличение страховых выплат фермерам до 535 млн тенге [7]. Рост популярности онлайн-страхования обусловлен также обеспечением надежных гарантий исполнения обязательств страховыми организациями через перестрахования ими своих рисков у крупнейших международных компаний Swiss Re, Munich Re и Hannover Re [7].

Таким образом, на современном этапе в Республике Казахстан сформирована отвечающая современным реалиям правовая модель института агрострахования, выступающего в качестве эффективного инструмента снижения рисков утраты сельскохозяйственной продукции вследствие природно-климатических условий или стихийных бедствий. Основными её характеристиками является добровольный характер страхования, вариативность в определении объектов страхования, страховых рисков, а также страховой организации, возможность получения поддержки от государства, применение индексного страхования, использование цифровых технологий, опосредующих взаимодействие между участниками страхового правоотношения, обеспечение гарантий получения страховых выплат.

В России, в отличие от Республики Казахстан, сельскохозяйственное страхование никогда не было обязательным и вплоть до настоящего времени осуществлялось на добровольных началах. Правовое обеспечение агрострахования сформировалось с вступлением в силу Федерального закона от 25 июля 2011 года № 260-ФЗ (далее - Закон № 260-ФЗ) «О государственной поддержке в сфере сельскохозяйственного страхования и о внесении изменений в Федеральный закон «О развитии сельского хозяйства» [8], а также принятых во исполнение названного закона подзаконных актов. Круг подлежащих страхованию имущественных рисков определен названным законом и включает в себя убытки, связанные с полной или частичной гибелью сельскохозяйственных растений и животных, а также аквакультуры (товарного рыбоводства). Как следует из Закона № 260-ФЗ, страхованию

подлежит более широкий по сравнению с законодательством Республики Казахстан круг объектов, как и перечень подлежащих страхованию рисков, подтверждающий мультирисковый характер агрострахования.

Вместе с тем страхователь лишен возможности страхования посевов сельскохозяйственных культур на части площади, что создает определенные неудобства и нуждается в дальнейшей корректировке. К ограничениям, установленным Законом № 260-ФЗ применительно к агрострахованию с государственной поддержкой, относится определение круга сторон договора сельскохозяйственного страхования. В качестве страхователя по указанному договору может выступать сельскохозяйственный товаропроизводитель, отвечающий критериям, установленным Федеральным законом от 29 декабря 2006 года № 264-ФЗ «О развитии сельского хозяйства» [9]. Страховщиком может быть лишь страховая организация, которая имеет необходимую лицензию и членство в объединении агростраховщиков. В настоящее время в России функционирует единое общероссийское объединение агростраховщиков Союз «Единое объединение страховщиков агропромышленного комплекса - Национальный союз агростраховщиков» (далее – НСА), в состав которого входит 18 страховых организаций, имеющих право заключать договоры сельскохозяйственного страхования с государственной поддержкой [10]. Кроме того, некоторые ограничения могут быть предусмотрены ежегодной утверждаемым Планом сельскохозяйственного страхования, который требуется обязательно учитывать при предоставлении государственной поддержки при заключении договора сельскохозяйственного страхования.

Сложившая в России модель господдержки агрострахования изначально была ориентирована на страхователя, предусматривая выделение бюджетных средств на оплату части страховой премии. Несмотря на то, что такая модель является наиболее предпочтительной для страхователя, определённые риски, связанные с её реализацией, сохраняются. В судебной практике рассмотрено немало дел об отказе в предоставлении как господдержки, так и страховых выплат, в последнем случае в основном из-за отсутствия доказательств наступления страхового случая, подтверждение которого при отсутствии индексного страхования в России требует проведения большой и сложной работы по сбору доказательств и их оцениванию.

Вместе с тем в российском законодательстве предпринимаются определённые шаги по расширению доступности и обеспечению эффективности страхования для сельскохозяйственных товаропроизводителей. С 1 июля 2021 года вступил в силу Федеральный закон от 11 июня 2021 года № 177-ФЗ [11], который дополнил систему государственной поддержки агрострахования, распространяя её также на случаи наступления чрезвычайной ситуации природного характера как самостоятельного риска. При этом увеличена доля господдержки с 50 до 80 % компенсации расходов на страховую премию для малых фермерских хозяйств, значительно упрощен механизм подтверждения страхового случая, снижена стоимость страхового полиса.

Сопоставляя правовые модели агрострахования Республики Казахстан и России, следует отметить, что в обоих государствах основной вектор его развития направлен на расширение доступности этого инструмента снижения риска для субъектов аграрного сектора экономики. Общим является добровольный характер агрострахования, а также участие государства посредством предоставления средств страхователю на оплату части страховой премии. В Российской Федерации наблюдается тенденция повышения уровня господдержки этого института, расширения перечней объектов агрострахования и страховых рисков. В Республике Казахстан успешное развитие этого института обусловлено переходом к индексному страхованию и онлайн-технологиям взаимодействия участников агрострахования. Использование передового опыта правового обеспечения агрострахования, накопленного обоими государствами, будет способствовать совершенствованию этого действенного инструмента и дальнейшему расширению сферы его применения.

Список использованных источников:

1. Закон Республики Казахстан от 10 марта 2004 года № 533 «Об обязательном страховании в растениеводстве» (утратил силу). // https://adilet.zan.kz/rus/docs/Z040000533_info (дата обращения: 04.07.2021).
2. В Казахстане агрострахование переходит от обязательного к добровольному. // <https://www.zol.ru/n/2fe81> (дата обращения: 04.07.2021).
3. Трухин А. Агрострахование в Казахстане и России: организация и условия систем защиты рисков существенно разнятся. // <https://kazakh-zerno.net/29287-agrostrakhovanie-v-kazahstane-i-rossii-organizatsiya-i-usloviya-sistem-zashchity-riskov-sushchestvenno-raznyatsya/> (дата обращения: 04.07.2021).
4. Постановление Правительства Республики Казахстан от 29 сентября 2004 года № 997 «Об определении агента для управления бюджетными средствами для поддержки обязательного страхования в растениеводстве (с изменениями от 29.11.2006 г.) (утратило силу в соответствии с постановлением Правительства РК от 17 мая 2010 года № 425. // https://online.zakon.kz/DOCUMENT/?doc_id=1050637 (дата обращения: 07.07.2021).
5. Закон Республики Казахстан от 28 октября 2019 года № 268-VI ЗРК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам регулирования агропромышленного комплекса». // <https://adilet.zan.kz/rus/docs/Z1900000268> (дата обращения: 04.07.2021).
6. В Казахстане внедрено агрострахование животных от болезней и других рисков, в частности племенного КРС. // <https://agbz.kz/v-kazahstane-vnedreno-agrostrakhovanie-zhivotnyh-ot-boleznej-i-drugih-riskov-v-chastnosti-plemennogo-krs/> (дата обращения: 04.07.2021).
7. На субсидирование агрострахования в 2021 году выделят около 3,3 млрд тенге. // https://www.inform.kz/ru/na-subsidirovanie-agrostrahovaniya-v-2021-godu-vydelyat-okolo-3-3-mlrd-tenge_a3753139 (дата обращения: 04.07.2021).
8. Федеральный закон от 25.07.2011 N 260-ФЗ (ред. от 01.05.2019) «О государственной поддержке в сфере сельскохозяйственного страхования и о внесении изменений в Федеральный закон «О развитии сельского хозяйства» // Собрание законодательства РФ, 01.08.2011 г., № 31, ст. 4700.
9. Федеральный закон от 29.12.2006 N 264-ФЗ (ред. от 15.10.2020) «О развитии сельского хозяйства» // Собрание законодательства РФ, 01.01.2007 г., № 1 (1 ч.), ст. 27.
10. Страховые организации, входящие в Союз «Единое объединение страховщиков агропромышленного комплекса - Национальный союз агростраховщиков». // <http://www.naai.ru/upload/iblock/a38/a38802fa843457f38fcef613b891a588.pdf> (дата обращения: 11.07.2021).
11. Федеральный закон от 11 июня 2021 года № 177-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О государственной поддержке сельскохозяйственного страхования и о внесении изменений в Федеральный закон «О развитии сельского хозяйства». - Российская газета, № 132, 17 июня. 2021 года.

А.Б. Омарова

НАСТОЯЩЕЕ И БУДУЩЕЕ ИСКУССТВЕННОГО ИНТЕЛЛЕКТА: КОМУ ДОЛЖНЫ ПРИНАДЛЕЖАТЬ ПРАВА НА РЕЗУЛЬТАТЫ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ИСКУССТВЕННОГО ИНТЕЛЛЕКТА

С началом пандемии коронавируса мы наблюдаем прогресс почти во всех сферах экономики Казахстана за счет использования прорывных цифровых технологий, в том числе искусственного интеллекта. В рамках реализации государственной программы «Цифровой Казахстан», принятой в 2018 году [1] планируется внедрить искусственный интеллект в

налоговую сферу, в сферу принятия правительственных решений, в национальную систему распределения лекарственных средств и многие другие сферы [2]. Есть первые проекты на основе искусственного интеллекта в сфере медицины, связи [3].

Использование искусственного интеллекта проникло и в сферу создания произведений литературы, науки и искусства. Например, сегодня искусственный интеллект используется при создании или обработке видео, фотографий, музыки и текстов различных произведений. Иными словами, искусственный интеллект «проник» в те сферы, которые раньше были доступны только человеку. При этом легальное определение термина «искусственный интеллект» отсутствует, хотя в науке и литературе он широко используется, преимущественно в естественно-научных отраслях науки.

Практически во всех описаниях понятия искусственного интеллекта подчеркивается его особенность, состоящая в том, что он сам создается человеком, условия для его функционирования создает человек, но финальный результат его работы может быть непредсказуем и оригинален: будь то программирование, сбор и систематизация данных для обучения системы, техническая поддержка. Вследствие чего и поднимается вопрос – кому должны принадлежать права на созданные искусственным интеллектом объекты и как следует подойти к решению возникающих вопросов об искусственном интеллекте с позиции действующего национального законодательства.

В международных документах термин «искусственный интеллект» используется достаточно давно, но не дает ответов на указанные вопросы. К примеру, в международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков (МКТУ) одним из видов товара являются «Роботы человекоподобные с искусственным интеллектом» (класс 09, базовый № 090778) [4].

В национальном законодательстве ряда зарубежных стран уже в конце 20 века появились нормы, определяющие правовой режим объектов интеллектуальной деятельности, созданных при помощи компьютера.

В странах системы общего права в случае возникновения споров об авторстве на результаты работы искусственного интеллекта до сегодняшнего времени применялась доктрина *sweat of the brow* (англ. – «в поте лица»), предполагающая, что при отсутствии оригинальности, но значительности затраченных усилий, создатель произведения имеет право на защиту.

Указанная концепция используется в законодательстве, например, Великобритании, Новой Зеландии, где на произведения, созданные компьютером, распространяется авторско-правовая охрана: автором признается лицо, создавшее необходимые условия для создания произведения, то есть, например, программист или пользователь.

Как правило, законы об авторском праве требуют наличия определенной степени творчества, созданного интеллектом человека результата. Согласно законодательству Великобритании об авторском праве, произведение должно быть результатом свободного и творческого выбора автора и отражать его личный подход. Этот подход применяется по аналогии к произведениям, созданным с помощью искусственного интеллекта. Поэтому в случае создания с помощью компьютера литературного, драматического, музыкального или художественного произведения, в Великобритании автором считается лицо, которое принимает меры, необходимые для создания произведения [5].

В казахстанских правовых актах нормы об искусственном интеллекте появились в 2020 году, когда статья 1 Закона РК от 24 ноября 2015 года «Об информатизации» была дополнена подпунктом 43-1) определяющим понятие «интеллектуальный робот», а также статьей 18-1 устанавливающей, что правоотношения между собственником и владельцем интеллектуального робота регулируются гражданским законодательством Республики Казахстан» [6].

Поскольку сам искусственный интеллект является результатом интеллектуальной творческой деятельности, поэтому, ясно, что с позиции действующего законодательства его

правовой режим следует определять согласно нормам классического института права интеллектуальной собственности.

Однако возникает вопрос о принадлежности прав на созданные искусственным интеллектом объекты, то есть, по сути, на объекты, созданные при опосредованном участии человека (автора искусственного интеллекта). В этой связи дискуссия о творческой деятельности человека и ее результатах приобрела новые аспекты.

Если человек принимает опосредованное участие в создании искусственным интеллектом результата, то можно ли такой результат признать результатом человеческого труда? Можно ли труд искусственного интеллекта признать интеллектуальным и творческим?

Таким образом, на сегодняшний день правовой режим объектов, создаваемых искусственным интеллектом не определен. Пока лишь идет профессиональное обсуждение этого вопроса с различных позиций и единое мнение отсутствует. Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС) даже создала специальную площадку для обсуждения государствами-членами ВОИС тематики искусственного интеллекта и политики в области интеллектуальной собственности.

Если решение вопроса начать с термина «интеллект», который, как известно, принято связывать только с человеком, как обозначающий способность человека мыслить, что является результатом работы мозга человека, то тогда мы должны отвергать возможность признания деятельности искусственного интеллекта интеллектуальной творческой деятельностью. Следовательно, законодательно не должен закрепляться порядок возникновения прав на результаты деятельности искусственного интеллекта, даже когда они очевидно являются творческим результатом. В таком случае, надо полагать, возникнут проблемы с введением таких результатов в гражданский оборот.

Безусловно не всегда и не всякий искусственный интеллект создает творческий результат. Творческий труд в литературе принято определять как созидание чего-то качественно нового, оригинального [7]. Законодательно такие требования не установлены. Значит, отсутствие в деятельности таких признаков не может свидетельствовать об отсутствии творческого характера такой деятельности. Поэтому можно предположить, что в отношении результатов деятельности искусственного интеллекта возможность создания творческого результата зависит от того насколько предсказуем результат деятельности искусственного интеллекта.

Наверное, только в тех случаях, когда результат работы искусственного интеллекта непредсказуем, можно говорить о творческом результате работы искусственного интеллекта. Поэтому, следует признать важность определения видов искусственного интеллекта в зависимости от уровня свободы искусственного разума в создании результата и степени предсказуемости результата деятельности искусственного интеллекта [8].

Вызывает больше всего трудностей определение правового режима именно такого искусственного интеллекта, который представляет собой самообучаемую систему, финальный результат деятельности которой не зависит от действий и интеллектуальной деятельности человека, непредсказуем и оригинален, соответственно имеет интеллектуальный творческий характер. Вместе с тем человек все же создал условия для функционирования такого искусственного интеллекта и отрицать труд человека бессмысленно.

В настоящее время вопрос об авторстве в отношении результата интеллектуальной творческой деятельности, согласно действующему законодательству Казахстана, решается согласно нормам Закона Республики Казахстан от 10 июня 1996 года № 6-І «Об авторском праве и смежных правах» (далее - Закон об авторском праве), прежде всего, в соответствии с презумпцией авторства (авторство предполагается по умолчанию).

Согласно статье 9 Закона «Об авторском праве», автором произведения признается лицо, указанное на оригинале или экземпляре такого произведения.

Из содержания норм статьи 971 Гражданского кодекса Республики Казахстан и статьи 6 Закона об авторском праве отсутствие новизны, уникальности и оригинальности результата произведения не может свидетельствовать о том, что такой результат создан не творческим трудом.

Как видим объектами авторских прав, являются произведения науки, литературы и искусства независимо от достоинств, назначения, а также способа выражения. Даже в случае невозможности признания искусственного интеллекта автором, созданные им результаты (изображения, музыка и другие) соответствуют установленным требованиям.

С позиции законодательства, нет такого вида творчества как творчество машин (роботов). А также по закону не существует творчества без фигуры автора.

Автором казахстанское законодательство признает только физическое лицо и признается принадлежность ему прав на возникающий результат его интеллектуальной творческой деятельности. В этой связи сегодня концепция о признании искусственного интеллекта субъектом права несостоятельна, но в науке она имеет место быть и обсуждается.

Итак, из вышеизложенного следует, что с позиции действующего казахстанского законодательства человек, по воле которого искусственный интеллект создал произведение, имеет возможность указать собственное авторство. В таком случае ему как автору произведения будут принадлежать все права интеллектуальной собственности, предусмотренные законодательством.

Следовательно, автором как искусственного интеллекта, так и результатов работы искусственного интеллекта, согласно действующему законодательству, можно указывать создателя искусственного интеллекта.

Возможен второй вариант, когда автором результатов работы искусственного интеллекта можно также указать лицо, являющееся пользователем искусственного интеллекта. В целом такое решение вопроса соответствует подходу, который применяется в странах общего права. Поскольку пользователь искусственного интеллекта может создавать условия для его функционирования и иметь, в связи с этим, значительные расходы.

Хотя если подойти формально к вопросу об авторстве на результаты деятельности искусственного интеллекта, то возможен и третий вариант решения вопроса об авторстве. В частности, так как согласно нормам действующего законодательства, искусственный интеллект не может быть автором, то в отсутствии автора не может быть результата интеллектуальной деятельности.

Соответственно, в результате деятельности искусственного интеллекта не возникает объект права интеллектуальной собственности, не возникают на него и исключительные права у лица, организовавшего создание такого результата. При таком подходе результаты деятельности искусственного интеллекта должны по факту их создания рассматриваться в качестве общественного достояния.

Таким образом, сегодня нет острой необходимости в создании с нуля законодательства, регламентирующего искусственный интеллект. Но работа по его совершенствованию началась. Мы же показали, какие сейчас и в перспективе возможны варианты законодательного решения лишь одного из множества, возникающих касательно искусственного интеллекта правовых вопросов.

Список использованных источников:

1. Государственная программа «Цифровой Казахстан», утвержденная Постановлением Правительства Республики Казахстан от 12 декабря 2017 года № 827. // [Электронный ресурс] URL: <https://adilet.zan.kz/rus/docs/P1700000827> (дата обращения: 20.06.2021).

2. Саренова М. Национальный кластер искусственного интеллекта появится в Казахстане. 05.02.2021 // [Электронный ресурс] URL: <https://kapital.kz/tehnology/93211/natsional-nyy-klaster-iskusstvennogo-intellekta-poyavit-sya-v-kazakhstane.html> (дата обращения: 20.06.2021).

3. Ларин Д. Как искусственный интеллект поможет казахстанскому ритейлу // [Электронный ресурс] URL: <https://inbusiness.kz/ru/author/news/kak-iskusstvennyj-intellekt-pomozhet-kazakhstanskomu-ritejlu> (дата обращения: 22.06.2021).

4. Ниццкое соглашение о международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков. Ницца, 15 июня 1957 года // [Электронный ресурс] URL: <https://lex.uz/docs/2119692> (дата обращения: 23.06.2021).

5. Шахназарова Э.А. Правовое регулирование отношений, возникающих по поводу объектов интеллектуальной собственности, созданных технологией искусственного интеллекта, на примере опыта Великобритании, США и ЕС* // [Электронный ресурс] URL: <http://ipcmagazine.ru/legal-issues/legal-regulation-of-relations-arising-intellectual-property-objects-created-by-artificial-intelligence-technology-on-the-example-uk-usa-and-eu> (дата обращения: 23.06.2021).

6. Закон Республики Казахстан от 25 июня 2020 года № 347-VI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам регулирования цифровых технологий» // [Электронный ресурс] URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=34230083 (дата обращения: 23.06.2021).

7. Алексейчук А. Квалификация произведений, созданных при опосредованном участии автора // Интеллектуальная собственность. – 2020. - №3. – С. 35-52

8. Авторские правки: кому принадлежат права на творчество ИИ // [Электронный ресурс] URL: <https://trends.rbc.ru/trends/industry/5e00b2ef9a794763f8a7b105> (дата обращения: 23.06.2021).

А.К. Кукеев

ЗАКОННЫЙ ИНТЕРЕС КАК ОЦЕНОЧНАЯ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВАЯ КАТЕГОРИЯ

Проблема интереса неоднократно исследовалась как в юридической литературе по общей теории права, так и в специальной литературе по гражданскому праву. Вместе с тем, несмотря на достаточно большое количество исследований, проблематика интереса в гражданском праве остается актуальной и требует новых, дополнительных научных исследований. Значение интереса для гражданского права весомое, поскольку он является предпосылкой возникновения, изменения и прекращения гражданских прав и обязанностей, потеря интереса влечет за собой изменение или прекращение гражданских правоотношений (например: п. 2 ст. 365 Гражданского кодекса Республики Казахстан (ГК РК) [1]).

Гражданское право можно рассматривать как систему урегулированных интересов различных субъектов, которыми в соответствии с п. 1 ст. 1 ГК РК являются физические и юридические лица, а также государство и административно-территориальные единицы. Объектом таких интересов являются личные неимущественные и имущественные отношения (гражданские отношения), основанные на юридическом равенстве, свободном волеизъявлении, имущественной самостоятельности их участников. Необходимо обратить внимание на то, что интерес в праве и его связь с субъективными гражданскими правами не ограничивается случаями, когда закон непосредственно упоминает о нем. Во всех случаях гражданское законодательство, не упоминая прямо интерес, предоставляет те или иные права гражданам и организациям, собственно, с учетом определенных интересов [2, с. 234].

Учёные, исследуя проблематику интереса в гражданском праве, обращают внимание на то, что изучение правовой природы интереса требует рассмотрения прежде всего вопроса о том, есть ли интерес категорией субъективной (внешняя психологическая направленность человека на определенный объект), или объективной (непосредственно сам объект, вещь, права), на которую направлено внимание человека. Так, по мнению В.М. Грибанова интерес представляет собой сочетание субъективных и объективных моментов. Такая позиция обосновывается тем, что всякий интерес — это интерес определенного субъекта, независимо от того, является ли этот субъект отдельным гражданином, группой лиц или общества. В то же время объективный характер интереса заключается в том, что он не только плод нашего

ума, не только результат человеческого сознания, а есть реально существующим в жизни явлением, которое необходимо учитывать [2, с. 236].

С.В. Михайлов считает, что интерес является категорией объективной, поскольку, признавая интерес объективно субъективной категорией, мы неизбежно приходим к выводу о том, что признаки интереса будут проявляться по-разному в зависимости от того, на какой аспект мы будем больше обращать внимание: на объективную или субъективную стороны интереса. При этом главное требование выяснения сущности научной категории заключается в том, что признаки не должны зависеть от аспекта его рассмотрения - они должны быть постоянными (постоянными). Интерес не порождается сознанием, а существует как форма связи субъекта с окружающими его условиями, эта связь проявляется в виде общественных отношений, содержанием которых являются потребности субъекта [3, с. 21].

Не отрицая того, что признаки научной категории не должны меняться в зависимости от аспекта его рассмотрения, на наш взгляд, все же правы те ученые, которые считают, что интерес есть одновременным сочетанием субъективных и объективных моментов. Следует согласиться с тем, что интерес - это объективная форма связи субъекта с окружающими его условиями, но внутренняя психологическая направленность субъекта является предпосылкой возникновения такой объективной связи, она является его первым и необходимым элементом. Чтобы потребности общественной жизни проявили свое действие, они должны прежде всего принять форму интереса, то есть пройти через сознание человека. Тяжело оспорить тот факт, что субъективная сторона интереса имеет определенную независимость и отделена от его объекта.

Вместе с тем, интерес не только отражается в сознании, но и существует как объект окружающей нас среды. Собственно, такой подход совпадает с этимологическим анализом термина «интерес», который происходит от латинского «interest» - «быть важным», «иметь важное значение», «неравнодушие какому-л вопросу» [4, с. 159]. При этом В.М. Грибанов и С.В. Михайлов считают, что содержанием интереса есть необходимость. В частности, условия общественной жизни постоянно порождают определенные потребности, последние, проходя через сознание людей, принимают ту или иную форму сознательных стремлений, определяющих волевой характер их деятельности. Указанное касается не только отдельных людей, но характерно и для общества [2, с. 239]. Соответственно, содержанием интереса является потребность, имеет социальный характер, что, собственно, и делает ее интересом [3, с. 23].

Следует учитывать, что потребность и интерес не являются одним и тем же явлением. Так, потребность в общем понимается как физическая зависимость человека от внешней среды. Такая зависимость в равной степени присуща как человеку, так и животному. Вместе с тем, только о человеке разумном можно говорить, что он имеет к чему-то интерес; животное — это создание безрассудное, а потому имеет лишь чувственные побуждения [5, с. 242]. Подытоживая вышесказанное, следует отметить, что интерес сочетает в себе субъективные и объективные моменты, его содержанием является потребность, которая формируется в зависимости от условий общественной жизни, которая порождает интерес и конкретизирует его через сознание и действия субъекта.

Как отмечалось выше, субъектами интереса в гражданском праве являются физические и юридические лица, а также общество и государство. Гипотетически все перечисленные субъекты могут иметь законные интересы, которые заключаются в реализации тех или иных норм гражданского права. Иначе говоря, объективная сторона интереса находит свое отражение в соответствующих гражданско-правовых нормах. С предписаний п. 1 ст. 1 ГК РК усматривается, что интерес в гражданском праве может быть в двух формах: имущественный и неимущественный. Соответственно, признание за субъектами гражданского права правоспособности (ст. 13 ГК РК) является признанием за ними возможности иметь законные интересы, конкретизация которых содержится в соответствующих гражданско-правовых нормах, которые, собственно, и формируют характер гражданских правоотношений.

В.М. Грибанов отмечал, что право, каким бы оно идеальным не было, не может обеспечить (предусмотреть) удовлетворение всех без исключения интересов вследствие их индивидуальности и постоянного возникновения в жизни новых потребностей и соответствующих этим потребностям интересов. Именно поэтому законодательство закрепляет только те субъективные права, направленные на удовлетворение основных, общих для всех членов общества типичных интересов. В случае возникновения интересов, не обеспеченных субъективным правом, закон предусматривает возможность их правовой защиты с помощью категории «законные интересы». По его мнению, интерес является предпосылкой не только приобретения, но и осуществления и защиты гражданских прав. Но это лишь одна сторона взаимосвязи, другая заключается в том, что удовлетворение интереса является целью любого субъективного права, выступает как правовое средство удовлетворения интересов [2, с. 242].

В свою очередь, С.В. Михайлов фокусирует внимание на то, что право является результатом волевой деятельности людей, то есть создается в результате сознательного урегулирования общественных отношений. Интерес также выступает как форма общественных отношений. Соответственно, право и интерес имеют одно поле взаимодействия - общественные отношения. При этом основной задачей права является упорядочение (разграничение) различных, противоречивых между собой интересов. Такое упорядочение осложняется тем, что право не может закрепить за каждым отдельным интересом регулирующую его правовую норму. Поэтому законодатель выделяет (регулирует) наиболее важные, актуальные и типичные общественные отношения, именно такие типичные интересы и являются основой для законодательного формирования норм права. При реализации указанного процесса законодатель должен ориентироваться на типичные интересы и оценивать их по степени важности [3, с. 26-34].

С.В. Михайлов, в зависимости от урегулирования интересов в праве, разделяет их на две группы. К первой группе он относит законные интересы, которые урегулированы нормами права. Реализация таких интересов происходит с помощью предусмотренных правом механизмов. В таком случае субъект социальных отношений для реализации своих интересов получает правовой механизм, а сами интересы получают «правовую оболочку». Ко второй группе относятся законные интересы, не опосредованные правовыми нормами. В частности, речь фактически идет об обычных социально-экономических интересах, которые еще не получили «правовой оболочки» в виде соответствующих норм права и возникающих на их основе субъективных прав и обязанностей. Судебная защита таких прямо неурегулированных в законе интересов происходит на основании общих принципов гражданского законодательства, то есть в таком случае судом может быть применена аналогия права. Механизм предоставления судебной защиты неурегулированным интересам предусматривает одновременное наличие двух предпосылок, во-первых, такой интерес не должен быть противоправным. Во-вторых, противоправной должна быть действие, которое направлено на возбуждение интереса. При этом С.В. Михайлов под законными интересами в широком смысле понимает две вышеупомянутые группы, а в узком смысле только интересы второй группы [3, с. 38-42].

Подытоживая вышесказанное, следует выделить несколько признаков присущих категории «законный интерес». В частности, это: (1) заинтересованность лица в получении определенного блага; (2) такое благо не может быть противоправным; (3) реализация такого блага происходит в пределах установленных нормами права или в соответствии с общими принципами права; (4) наличие такого блага автоматически обуславливает необходимость его судебной защиты. В вышеупомянутом контексте необходимо обратить внимание на то, что В.М. Грибанов исследовал интерес в гражданском праве (частный интерес). В то же время основное назначение категории «интересы государства и общества» - это защита публичных интересов. На наш взгляд, публичные интересы, в отличие от частных, не могут быть причиной возникновения правовых норм, поскольку публичные интересы (как правило) ограничивают права и свободы или устанавливают определенный порядок (процедуры)

действий. Соответственно, одним из основных признаков публичных интересов является их нормативная определенность.

Список использованных источников:

1. Кодекс Республики Казахстан от 27 декабря 1994 года № 268-ХІІІ «Гражданский кодекс Республики Казахстан» // ИПС «ӘДІЛЕТ». – URL: https://adilet.zan.kz/rus/docs/K940001000_#z767 (дата обращения: 01.06.2021).
2. Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. / Москва: Статут, 2001. - 411 с.
3. Михайлов С.В. Категория интереса в российском гражданском праве. / Москва: Статут, 2002. - 205 с.
4. Медведева А. Толковый словарь наиболее употребительных иностранных слов. / Москва: Центр-полиграф, 2009. - 525 с.
5. Кант И. Сочинения: В 8 т. Т. 4. - Москва, 1994. - 544 с.

*А.В. Часовских,
А.А. Рыбьянов*

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ СПЕЦИАЛЬНЫХ РЕЖИМОВ НАЛОГООБЛОЖЕНИЯ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЕЙ

Специальные режимы налогообложения (СРН) – льготные системы налогообложения, характеризующиеся особым порядком исчисления и уплаты налогов, установленные Налоговым кодексом Российской Федерации (НК РФ) и направленные на существенное снижение налоговой нагрузки, создание более благоприятных условий для ускорения развития бизнеса и, соответственно, сокращению субъектов МСП в «теневой» экономике [1, с. 27].

Введение законодателем СРН было направлено, в первую очередь, на облегчение налогового администрирования в части отсутствия необходимости для контроля за реальными доходами предпринимателя, вводя системы, не зависящую от денежных показателей деятельности и привязать к условному вмененному доходу. Переход на них является добровольным, что является продолжением принципа диспозитивности в налоговых правоотношениях, как и подчеркивал Конституционный Суд Российской Федерации [2].

Помимо этого, имеется возможность их совмещения при условии ведении раздельного учёта. Большинство предпринимателей (от 43% до 90% индивидуальных предпринимателей и от 33% до 51% юридических лиц) используют данную возможность в целях снижения своих расходов на исполнение налоговых обязанностей и поэтому исследование посвящено СРН.

Следует отметить, что антикризисные меры Правительства Российской Федерации и Государственной Думы Российской Федерации, предусмотренные в Основных направлениях налоговой политики Российской Федерации на 2016 год и плановый период 2017 и 2018 годов относительно СРН в части предоставления регионам большей свободы для снижения ставок, расширения перечней видов деятельности введены в федеральное законодательство.

Некоторые учёные высказываются в сторону необходимости сокращения видов деятельности, на которые распространяются СРН, так как необходимым представляется поддерживать инновационные сферы, промышленное производство [3, с. 118]. По нашему мнению, следование подобному подходу чревато негативными последствиями для большинства предпринимателей, так как далеко не все занимаются подобной деятельностью и даже теоретически в данной сфере не могут быть занято абсолютное число субъектов МСП. Кроме того, требуются большие финансовые вливания в данные проекты, квалифицированные кадры, чего у субъектов МСП, в особенности на начальном этапе становления бизнеса, не

имеется, как и сформированного соответствующего мышления у предпринимателей. Вышепредставленная точка зрения, действительно, заслуживает внимания, потому что поддержка высокотехнологичного производства, новшеств непременно должна иметь место в государственной налоговой политике, чего сейчас практически нет, и следует включить и подобные виды деятельности в упомянутый выше перечень либо повысить действующий порог доходности [4, с. 86].

В данном направлении ведётся работа Правительством Российской Федерации совместно с органами государственной власти субъектов Российской Федерации в соответствии с Указом Президента Российской Федерации от 7 мая 2018 года № 204 «О национальных целях и стратегических задачах развития Российской Федерации на период до 2024 года». Но полностью убирать «привычные» виды деятельности из поддержки, по крайней мере, на данном этапе было бы неправильным решением. В странах Европы специально для инновационных предприятий разработан отдельный налоговый режим, именуемый «патентным ящиком», со ставками налога от 5 до 15% [5, с. 75].

Уровень налоговой нагрузки на предпринимателей все еще остается высоким. По расчётам The Heritage Foundation, он составляет 29,2% от общего внутреннего дохода в отличие от Гонконга (13,9%), занимающего лидирующую позицию в силу того, что налоговая система проста для правоприменения и ставки процентов значительно ниже, чем в России. Но исследователями отмечается незначительная положительная динамика в снижении налогового бремени. В связи с этим о важности и существенности влияния изменений налогового законодательства на бизнес в России в условиях экономического кризиса говорят многие отечественные ученые [6, с. 20].

Действительно, нестабильность налогового законодательства, выражающаяся в постоянном изменении ставок налогов, их порядка применения, отрицательно влияет на развитие бизнеса [7, с. 110]. Постоянные изменения являются чрезмерными, что не оправдывает стратегические цели налоговой политики. Планирование налоговых расходов предпринимателя фактически невозможно, что может привести к неуплате налогов и при соблюдении ряда условий возможно банкротство предпринимателя.

Установление в ст. 3 НК РФ таких принципов налогового законодательства как учёт фактической способности к уплате, запрет введения налогов и сборов, нарушающих единое экономическое пространство России, не ориентирует законодателя оценивать воздействие нововведений на конъюнктуру предпринимательства, тем самым, не руководствуясь принципом рационального налогообложения и порождая правовой нигилизм [8, с. 116].

Для решения проблем налогообложения созданы различные профильные комитеты и комиссии в структуре государственных органов. В частности, в Государственной Думе Российской Федерации создан Комитет по бюджету и налогам, который достаточно часто с периодичностью примерно 3-8 раз в месяц проводит заседания. В Совете Федерации Российской Федерации создан Комитет по экономической политике. В Правительстве Российской Федерации создана Правительственная комиссия по вопросам конкуренции и развития малого и среднего предпринимательства, но работа практически не проводится и последние заседания датируются 2016 годом. Другая Правительственная комиссия - по цифровому развитию, использованию информационных технологий для улучшения качества жизни и условий ведения предпринимательской деятельности, также не отличается ведением активной работы, проводя заседания 5 раз в год. При Президенте Российской Федерации вообще не созданы ни комиссии, ни соответствующие профильные советы. Единственно, Распоряжением Президента Российской Федерации от 27 декабря 2018 года № 404-рп «О рабочих группах Государственного совета Российской Федерации» создана рабочая группа по направлению «Малое и среднее предпринимательство».

Подобная пассивность негативно влияет на совершенствование и разработку моделей разрешения трудностей ведения предпринимательской деятельности. По нашему мнению, необходимо закрепить обязанность проведения регулярных заседаний и обсуждений комитетами по вопросам налогообложения высших федеральных органов законодательной и

исполнительной власти с целью оперативного реагирования на динамичное изменение конъюнктуры рынка.

Организация налогообложения в России строится по этактистическому императиву, то есть без учета экономической природы налогов, что влечёт за собой снижение деловой активности. В приказе, утверждённом Министерством финансов Российской Федерации, «Основные направления бюджетной, налоговой и таможенно-тарифной политики на 2019 год и на плановый период 2020 и 2021 годов» указывается на ориентированность по повышению собираемости налогов и более детальному прослеживанию всех операций, проводимых предпринимателями. Повышение эффективности налогового контроля является более приоритетной задачей чем создание благоприятных условий для ведения бизнеса. Подобная точка зрения высказывается многими авторами [9, с. 57]. Также и на встрече Президента Российской Федерации с руководителем (ФНС РФ) акцентировалось внимание на показателях собираемости налогов. Критику данному подходу даёт Уполномоченный при Президенте Российской Федерации по защите прав предпринимателей.

Таким образом, действующая система налогообложения не обеспечивает должный уровень нагрузки на предпринимателей, вынуждая их скрывать свои доходы и уходить в теневую экономику. Необходимым представляется снижение налогов, изменение законодательства в части устранения коллизий, облегчения для предпринимателей порядка исполнения налоговых обязанностей.

Список использованных источников:

1. Рахматуллина, О.В. Упрощенная система налогообложения: финансово-правовое регулирование / О.В. Рахматуллина. – Оренбург: ООО ИПК «Университет», 2014. – 140 с.

2. По делу о проверке конституционности положений пунктов 6 и 7 статьи 168 и пункта 5 статьи 173 Налогового кодекса Российской Федерации в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью «Торговый дом Камснаб»: постановление Конституционного Суда РФ от 03 июня 2014 г. № 17-П // Вестник Конституционного Суда РФ, 2014, № 5.

3. Пансков, В.Г. Налогообложение малого предпринимательства: нужны кардинальные перемены / В. Г. Пансков // Экономика. Налоги. Право. – 2018. – № 1. – С. 112-119.

4. Дубина, И.Н., Оскорбин, Н.М. Модели стимулирования инновационной предпринимательской активности / И.Н. Дубина, Н.М. Оскорбин // Известия Алтайского государственного университета, 2011, №1-1. С. 86-93.

5. Никулина, О.В., Мануйлова, Е.С. Совершенствование налогового стимулирования малого инновационного предпринимательства в России и за рубежом / О. В. Никулина, Е. С. Майнулова // Вестник Волгоградского государственного университета. Серия 3: Экономика. Экология, 2016., № 2 (35). С. 71-82.

6. Боброва, А.В., Борзова, Н.А. Влияние изменений налогового законодательства Российской Федерации на современные бизнес-процессы / А.В. Боброва, Н.А. Борзова // Управление в современных системах, 2017, № 5 (16). С. 20-27.

7. Малышев, Е.А., Беляев, Д.А., Кашурникова, Т.И. Налоговое регулирование малого предпринимательства на муниципальном уровне / Е.А. Малышев, Д.А. Беляев, Т.И. Кашурникова // Вестник Забайкальского государственного университета, 2018, № 4. С. 108-118.

8. Абасова, Х.У. Налоговая система как регулятор экономики и предпринимательской активности / Х.У. Абасова // Региональные проблемы преобразования экономики, 2016, № 11 (73). С. 115-123.

9. Иманшапиева, М.М. Налоговое администрирование субъектов малого предпринимательства при применении специальных режимов налогообложения (по материалам Республики Дагестан) / М.М. Иманшапиева // Финансы и кредит, 2015, № 32 (656). С. 48-60.

ЛИЧНЫЕ НЕИМУЩЕСТВЕННЫЕ ОТНОШЕНИЯ КАК ЧАСТЬ ПРЕДМЕТА ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Одной из новелл действующего Гражданского кодекса Республики Казахстан (далее ГК РК) является регулирование правоотношений, связанных с личными нематериальными благами и правами. Новизна в данном случае заключается в том, что законодатель в алее ГК РК значительно расширил круг нематериальных благ граждан, которые вовлечены в правовое поле, и их защита обеспечена нормами гражданского законодательства. В части третьей ст. 115 ГК РК дается следующий неполный перечень личных нематериальных благ и прав: 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.

Необходимость гражданско-правовой защиты нематериальных благ граждан обусловлена прежде всего обязательствами, которые взял на себя Казахстан, подписав Всеобщую декларацию прав человека и гражданина, Международные пакты о правах человека, а также положениями Конституции Республики Казахстан 1995 гожа о правах граждан. Потребность отдельного правового регулирования нематериальных благ граждан также связана с тем, что личные нематериальные права возникают в отношении благ нематериального характера, следовательно, и защищаются они, в основном, способами, не направленными на восстановление нарушенной имущественной сферы граждан. Такими способами, согласно ст. 9 ГК РК, являются признание права; восстановление положения, существовавшего до нарушения права; пресечение действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения. Наряду с этим они защищаются и такими способами, предусмотренными в законодательстве параграфом 3 главы 3 ГК РК, как опровержение сведений, порочащих честь, достоинство и деловую репутацию граждан и юридических лиц. Также необходимо отметить, что некоторые личные нематериальные права, такие как право на имя, право на свободное передвижение и избрание места жительства, также регулируются нормами ГК РК.

Наряду с вышеизложенным следует отметить, что параграф 3 главы 3 ГК РК устанавливает только общие правила по их защите, не выделяя их особенности применительно к их отдельным видам. В ст.ст. 143-146 ГК РК предусмотрены способы защиты только некоторых видов личных нематериальных прав – защита чести, достоинства и деловой репутации; право на охрану тайны личной жизни; право на собственное изображение; право на неприкосновенность жилища, не указывая оснований такого подхода. Вместе с тем, с учетом того, что личные нематериальные права защищаются в достаточной мере определенными способами, при применении норм гражданско-процессуального законодательства используются его соответствующие положения.

Рассматривая проблему личных нематериальных благ, профессор Сулейменов М.К. включает их в группу абсолютных прав, отмечая при этом, что личные нематериальные блага ни на что не делятся, так как они всегда представляют свои блага. Профессор Сулейменов М.К. выделяет следующие признаки личных нематериальных прав: 1) они неразрывно связаны с управомоченным субъектом; 2) являются неотчуждаемыми; 3) носят абсолютный характер. При этом он отмечает, что личные нематериальные права всегда представляют собой свое благо, так как право на чужое благо в данном случае невозможно даже в принципе. Отсюда он делает вывод о том, что понятия «право» и «благо» практически совпадают друг с другом и могут называться или «правом», или «благом», потому что и в том, и в другом случае подразумевается благо, свое благо [1, с. 27].

Нематериальные блага и права представляют собой объекты, не имеющие экономического содержания. Данные объекты неотделимы от их носителя – гражданина или юридического лица, признаются действующим законодательством в качестве таковых. При

этом их можно дифференцировать, исходя из способа приобретения, на две группы: 1) нематериальные права и блага, приобретенные гражданами в силу их рождения, а юридическими лицами в силу их создания; 2) нематериальные права и блага приобретенные в силу закона. При этом в качестве нематериальных (нематериальных) благ выступают субъективные права их носителей.

Относительно определения соотношения нематериальных благ и нематериальных прав в теории выделяют блага и права первого уровня и блага и права второго уровня. При этом относительно благ первого уровня рассматривают непосредственно саму жизнь, здоровье и другие блага. Относительно прав второго уровня признают субъективные права на эти блага, которые человек реализует в правоотношении и обеспечивает свою защиту [2, с. 312-314].

В законодательстве Российской Федерации нематериальные блага и нематериальные права отождествляют между собой. В частности, «нематериальное благо» является собирательным понятием, относящимся как к самому благу, так и к личным нематериальным правам. Вместе с тем, такой подход не разделяют все российские авторы. Например, Малеина М.Н. считает, что некорректно объединять в одном понятии блага и права, несмотря на то что они тесно связаны, но не тождественны. В связи с этим она предлагает уточнить перечень нематериальных благ в п. 1 ст. 151 ГК РК и исключить из него нематериальные права [3, с. 9].

Аналогичная позиция была и у профессора Басина Ю.Г., который придерживался позиции о том, что содержание текста п.3 ст.115 ГК РК при определении круга объектов личных нематериальных благ не должно включать слово «право», так как право в данном случае обозначает другой элемент рассматриваемого правоотношения. Свою позицию профессор Басин Ю.Г. обосновывает положением о том, что право может быть объектом лишь в том случае, когда оно непередаваемо. Личное нематериальное благо может быть только приобретаемым, но не может быть передаваемым, что означает, что непередаваемым является и право на него. На основе данного положения он формулирует важный тезис о том, что право есть путь к достижению блага [4, с. 42].

Профессор Сулейменов М.К. не считает обязательным дифференцировать нематериальные блага на нематериальные блага и нематериальные права, о чем мы указывали выше. Исходя из данной позиции, он считает неправильным содержание ст. 2 ГК РФ, в которой сказано, что гражданское право только защищает данные правоотношения. По его мнению, гражданское право наряду с защитой нематериальных отношений осуществляет также и их регулирование. При этом он считает, что не играет никакой роли наличие или отсутствие связи данных отношений с имущественными отношениями [5, с. 5]. При этом он ссылается на мнение российских ученых, которые отмечают на недостаточно разработанный механизм регулирования данных отношений в гражданском законодательстве, например, на мнение профессора Суханова Е.А., который считает, что личные нематериальные отношения в рамках гражданского права защищаются гражданско-правовыми средствами. Вместе с тем он не придерживается той позиции, что имеет в данном случае место гражданско-правовое регулирование данных отношений, так как они носят только фактический характер, в связи с чем гражданское законодательство только обеспечивает их защиту от нарушений в соответствии с п. 2 ст. 2 и п. 2 ст. 150 ГК РФ. При этом Суханов Е.А. отмечает тот факт, что гражданское законодательство Российской Федерации не создало положения, устанавливающие гражданско-правовой режим рассматриваемых объектов [5, с. 5].

Рассматривая проблему гражданско-правового регулирования личных нематериальных отношений, необходимо учитывать и то, что данные отношения также являются предметом регулирования других отраслей права. Последнее можно проиллюстрировать выводами профессора Амирхановой И.В. в отношении правового регулирования фактов использования термина «фирменное наименование». В частности, она отмечает, что данный термин употребляется в различных значениях: для обозначения названия субъекта права, например, коммерческого юридического лица; для обозначения субъекта права, которым выступает физическое лицо, занимающегося предпринимательской деятельностью; для обозначения

объекта исключительных прав (права интеллектуальной собственности); для обозначения составной части имущественного комплекса – предприятия; для обозначения названия предпринимательской структуры – имущественного комплекса, используемого индивидуальным предпринимателем» [6, с. 38-39].

Разрабатывая различные аспекты указанной проблемы, ученые сформировали так называемую радикальную концепцию, в рамках которой правоотношения, связанные с регулированием благ, которые, в свою очередь, неразрывно связаны с личностью, регулируются наряду с гражданским правом и другими отраслями права и могут стать основой создания в перспективе новой отрасли законодательства и новой отрасли права [7, с. 23-24]. Почти о том же говорит и Амирханова И.В., указывая на настоятельную необходимость упорядочения употребления использования термина «фирменное наименование», которое возможно, по ее мнению, либо путем внесения изменений в действующее законодательство Республики Казахстан, либо с помощью принятия отдельного нормативного акта, регулирующего возникновение, изменение и прекращение прав на фирменное наименование [6, с. 39].

Резюмируя позиции различных авторов в отношении данной проблемы, профессор Сулейменов М.К. приходит к выводу о том, что имущественные и личные неимущественные отношения непосредственно не могут повлиять на определение предмета гражданского права. В данном случае определяющим является наличие в системе правоотношений публичных и частных начал регулирования общественных отношений. В зависимости от этого будут определяться методы правового регулирования. Например, метод юридического равенства в частном праве и метод власти-подчинения в публичном праве. Данные методы определяют деление права на публичное право и на частное право. В рамках частного права основной отраслью является гражданское право, в рамках публичного права – административное право [5, с. 19].

Для того, чтобы уяснить вышеизложенные положения и место норм, регулирующих личные неимущественные отношения, в системе гражданско-правовых норм и в системе права вообще, необходимо рассмотреть вопросы системы права, места гражданского права в рамках частного права. В частности, говоря о системе права, Карагусов Ф.С. приводит следующие признаки, которые, по его мнению, определяют однородность общественных отношений в казахстанской системе права, основные отрасли права и правовые институты: 1) определенность предмета правового регулирования; 2) правовой статус субъектов в рамках правоотношения, их взаимоотношения в рамках реализации своих прав и обязанностей в рамках правоприменительной практики; 3) определение методов правового воздействия на субъектов правоотношений для обеспечения их взаимодействия в рамках правового поля, обозначенного соответствующими правоотношениями [8, с. 13].

Но система права подвержена изменениям в силу различных социальных, экономических и политических причин. Последние приводят к тому, что появляются новые общественные отношения, которые не вписываются в существующую систему правоотношений и требуют создания правовой основы для того, чтобы легализовать их. Создаваемые нормы, объединенные уже на основе других признаков, пытаются на основе традиционного для нашей правовой системы предметно-системного подхода «втиснуть» в рамки той или иной отрасли права. Но данная совокупность правовых норм, созданная для реализации какой-то конкретной цели в рамках реформирования экономических и других отношений, либо политического решения и ориентированной на достижение максимальной функциональной эффективности, уже не вписывается в рамки гражданского права, так как наряду с методами регулирования частного права используется и методы регулирования публичного права. То есть существующие методы систематизации права в данном случае не срабатывают. Задачи правового воздействия на объекты правоотношений в настоящее время требуют достижения практического результата. Подобный подход – обеспечение правом высокой эффективности регулирования общественных отношений – характерен для западных стран. Так, Шраге Э. отмечает, что в основе классификации правовых концепций могут лежать различные

критерии, ключевым же является то, чтобы функциональное назначение таких классификаций имело необходимую теоретическую разработку оснований выделения классификационных групп, что позволит обеспечить их функциональную определенность и направленность на решение практических задач [9, с. 329].

В нашей же законодательной системе отмеченную выше задачу пытаются решать в рамках создания комплексных отраслей права. Данной проблеме посвящены исследования профессора Сулейменова М.К., который относит к ним предпринимательское право, социально-политическое право, экологическое право и его подотрасли, информационное право [10, с. 29]. Выделение этих отраслей он объясняет тем, что их нормами регулируются и публичные, и частные отношения, причем и методами равенства, и методами власти подчинения в различных сочетаниях [10, с. 29]. Однако, как отмечает Диденко А.Г., на настоящий момент не разработаны теоретические основы комплексных отраслей права, поэтому нельзя принять идею комплексных отраслей [11, с. 34].

На необходимость комплексных правовых исследований указывал и Иоффе О.С., отмечая, что фактором успеха комплексных разработок является правильное сочетание цивилистических и межотраслевых исследований, основанное на том, что «правовые отрасли, с одной стороны, самостоятельны, а с другой стороны, входят в единую систему права, точно также, как регулируемые ими общественные отношения не только дифференцированы, но и объединены с ними» [12, с. 30-31].

Рассматривая данную проблему, профессор Карагусов Ф.С. делает вывод о том, что разработка теоретических основ так называемых «комплексных отраслей права» в научных исследованиях права в Республике Казахстан коррелируется с общими тенденциями развития теории права в мире [8, с. 19]. Далее, развивая данное положение, профессор Карагусов Ф.С. отмечает, что формирование комплексных отраслей законодательства требует текущим этапом политического, социально-экономического развития общества и государства [8, с. 23]. Также он отмечает и такой момент, как функциональное назначение права. В частности, указывает, что «развитие цивилистической доктрины без учета практических нужд и результатов общественно-хозяйственной деятельности, без понимания действительных потребностей гражданского оборота наука гражданского права превратится в «вещь в себе», обреченную на существование безотносительно объективной действительности» [8, с. 23].

Таким образом, суммируя вышеизложенное, можно констатировать, что гражданское право на данном этапе в отношении объектов личных неимущественных отношений устанавливает (а можно сказать и обозначает) только общие положения, которые требуют своего дальнейшего развития. Представляется, что разработка в будущем теоретических положений правового регулирования личных неимущественных отношений позволит, создать необходимые предпосылки, то есть теоретические и правовые основания для трансформации нормативных положений, регулирующих личные неимущественные отношения, в самостоятельную отрасль права, которая должна носить комплексный, можно сказать даже интегративный, характер, так как затрагивает отношения частного-публичного характера. Последнее требует не только практической реализации в праве требований становления и развития общественных отношений в рамках строительства правового государства, но и более пристального внимания исследователей к разработке теоретических, правовых и практических основ неимущественных отношений в рамках становления и развития нового интегративного научного направления с самостоятельным предметом и методами исследования. Последнее очень важно для вхождения Республики Казахстан в общемировые процессы в условиях глобализации и сохранения своих приоритетных достижений в части правового регулирования гражданского оборота объектов личных неимущественных отношений.

Список использованных источников:

1. Сулейменов М.К. Объекты гражданских прав по законодательству Республики Казахстан. - В кн.: Мат. межд. науч.-прак. конф, Алматы: КазГЮУ, 2004, С.28-36.
2. Гражданское право: Учебник. Ч. 1. / Под редакцией Сергеева А.П., Толстого Ю.К. – М.: Проспект, 1998. – 632 с.
3. Малейна М.Н. Личные неимущественные права граждан (понятие, осуществление, защита). Автореф. дис. ... док. юрид. наук. М., 1997.
4. Басин Ю.Г. Блага и права как объекты гражданских правоотношений по казахстанскому законодательству. - В кн.: Мат. межд. науч.-прак. конф. «Объекты гражданских прав». Алматы: КазГЮУ, 2004, С. 39-46.
5. Сулейменов М.К. Предмет, метод и система гражданского права: проблемы теории и практики// Юрист, №6, 2010, С. 7-12.
6. Амирханова И.В. Проблемы определения фирменного наименования как средства индивидуализации субъектов в товарном обороте. - В кн.: Гражданско- правовое обеспечение экономических реформ: комментарий действующего законодательства Республики Казахстан. Алматы, 2001, С.30-41.
7. Малейна М.Н. Личные неимущественные права: понятие, осуществление, защита. – 2-е изд.- М.: МЗ Пресс, 2001. - 244с.
8. Карагузов Ф. С. Правовое положение коммерческих организаций по законодательству Республики Казахстан. - Алматы: Print-S,- 333 с.
9. Шраге Э. Дж. Х. Новый голландский гражданский кодекс: немного новый, немного старый. В изд. Голландская правовая культура. / Отв. ред. В.В. Бойцова и Л.В. Бойцова. - М.: Легат,1998. – 225 с.
10. Сулейменов М.К. Предмет, метод и система гражданского права: проблемы теории и практики. – В кн.: Мат. межд. науч.- прак. конф. «Цивилистические чтения, посвященные Году Германии в Казахстане, 2010». Алматы: НИИ частного права КазГЮУ, 2010, С. 23-31.
11. Диденко А.Г. Целевые ветви права. - Алматы, Юрист,2011, №7, С. 33-35.
12. Иоффе О.С. Развитие цивилистической мысли в СССР. - Ленинград: Изд. Ленинградского университета, 1975. Ч.1.- 367 с.

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ

- АЛИХАНОВА Гульнар
Алтынбековна** – академический профессор Высшей школы права «Әділет» Каспийского университета (г. Алматы, Республика Казахстан), доктор юридических наук
- БӘЕШУ Серджиу /
BĂIEȘU Sergiu** – директор департамента частного права юридического факультета Государственного университета Молдовы (г. Кишинев, Республика Молдова), доктор юридических наук, профессор
- БУРХАНОВА Лейла
Мариясовна** – доцент кафедры «Частно-правовых дисциплин» Специализированного филиала Ташкентского государственного юридического университета (г. Ташкент, Республика Узбекистан), кандидат юридических наук
- ГАЙДАШ Аркадий
Валерьевич** – сеньор-лектор, докторант Высшей школы права «Әділет» Каспийского университета (г. Алматы, Республика Казахстан), магистр юридических наук
- ГАЛИНСКАЯ Юлия
Валерьевна** – ассоциированный профессор Каспийского университета, докторантка кафедры гражданского права Карлова университета (г. Прага, Чешская Республика), кандидат юридических наук
- ГУТБРОД Макс /
GUTBROD Max** – предприниматель, лектор Потсдамского Университета (г. Потсдам, Федеративная Республика Германия), доктор права
- ДИДЕНКО Анатолий
Григорьевич** – профессор Высшей школы права «Әділет» Каспийского университета (г. Алматы, Республика Казахстан), доктор юридических наук, профессор
- ДОВГЕРТ Анатолий
Степанович** – профессор кафедры международного частного права Института международных отношений Киевского национального университета имени Тараса Шевченко (г. Киев, Украина), член-корреспондент Национальной академии правовых наук Украины, доктор юридических наук, профессор
- ДУЙСЕНОВА Асель
Ериковна** – ведущий научный сотрудник НИИ частного права, ассоциированный профессор Высшей школы права «Әділет» Каспийского университета (г. Алматы, Республика Казахстан), кандидат юридических наук
- ЕЛЬНИКОВА Елена
Васильевна** – доцент кафедры предпринимательского и корпоративного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) (г. Москва,

- Российская Федерация), кандидат юридических наук, доцент
- ЕРМУХАМЕТОВА Сауле Раймовна** – старший преподаватель кафедры гражданского права и гражданского процесса, трудового права юридического факультета Казахского национального университета имени аль-Фараби (г. Алматы, Республика Казахстан), кандидат юридических наук
- ЕФИМЦЕВА Татьяна Владимировна** – заведующая кафедрой предпринимательского и природоресурсного права Оренбургского института (филиала) ФГБОУ ВО «Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)» (г. Оренбург, Российская Федерация), старший научный сотрудник кафедры предпринимательского, конкурентного и экологического права ФГАОУ ВО «Южно-Уральский государственный университет» (национальный исследовательский университет), доктор юридических наук, доцент
- ЖАКУПОВ Руслан Любаевич** – старший менеджер по вопросам администрирования Офиса Провоста – научное администрирование автономной организации образования «Назарбаев Университет» (г. Нур-Султан, Республика Казахстан), советник директора НИИ трудового и корпоративного права, магистр юридических наук
- ЖОРНОКУЙ Юрий Михайлович** – заведующий кафедрой гражданского права и процесса Харьковского национального университета внутренних дел (г. Харьков, Украина), доктор юридических наук, профессор
- ИЛЬЯСОВА Куляш Муратовна** – главный научный сотрудник НИИ частного права, профессор Высшей школы права «Әділет» Каспийского университета (г. Алматы, Республика Казахстан), доктор юридических наук, профессор
- ИСАЕВА Фарида Аджимуратовна** – докторант Университета Хаджи Байрам Вели (г. Анкара, Турция)
- КАРАГУСОВ Фархад Сергеевич** – главный научный сотрудник НИИ частного права Каспийского университета (г. Алматы, Республика Казахстан), партнер ТОО «K&T Partners (Кей энд Ти Партнерс)», член Международной академии сравнительного правоведения (IACL), доктор юридических наук, профессор
- КЛИМКИН Сергей Иванович** – профессор НАО «Университет Нархоз» (г. Алматы, Республика Казахстан), кандидат юридических наук
- КОТ Алексей Александрович** – директор Киевского регионального центра Национальной академии правовых наук Украины (г. Киев, Украина),

член-корреспондент Национальной академии правовых наук Украины, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Украины

- КОХАНОВСКАЯ Елена Велеониновна** – профессор кафедры гражданского права Киевского национального университета имени Тараса Шевченко (г. Киев, Украина), академик Национальной академии правовых наук Украины, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки и техники Украины
- КУЗНЕЦОВА Наталья Семеновна** – вице-президент Национальной академии правовых наук Украины (г. Киев, Украина), академик Национальной академии правовых наук Украины, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки и техники Украины
- КУКЕЕВ Аскар Кульчимбаевич** – старший преподаватель кафедры «Теория государства и права» Южно-Казахстанского университета им. М. Ауэзова (г. Шымкент, Республика Казахстан)
- КУРЗИНСКИ-СИНГЕР Евгения / KURZYNSKY-SINGER Eugenia** – независимый эксперт, доктор права, приват-доцент, Гамбургский университет (г. Гамбург, Федеративная Республика Германия)
- КУСЯПОВА Надежда Валерьевна** – адвокат Алматинской городской коллегии адвокатов (г. Алматы, Республика Казахстан), кандидат юридических наук
- ЛАНДО Дарья Дмитриевна** – доцент кафедры гражданского права юридического факультета Белорусского государственного университета, (г. Минск, Республика Беларусь), кандидат юридических наук, доцент
- МОРОЗ Светлана Павловна** – декан Высшей школы права «Әділет» Каспийского университета (г. Алматы, Республика Казахстан), доктор юридических наук, профессор
- МУКАЛДИЕВА Гулия Бөкешқызы** – доцент кафедры гражданского права и гражданского процесса, трудового права юридического факультета Казахского национального университета имени аль-Фараби (г. Алматы, Республика Казахстан), кандидат юридических наук
- НИЯЗОВА Анара Натугевна** – заведующая кафедрой гражданского права и процесса Кыргызско-Российского Славянского университета имени Б.Н. Ельцина (г. Бишкек, Кыргызская Республика), доктор юридических наук, профессор
- НУСЕНОВ Жолдасбек Муслимович** – ректор Каспийского университета (г. Алматы, Республика Казахстан), доктор PhD, профессор, академик Казахстанской национальной академии естественных наук

- ОМАРОВА Айман Бекмуратовна** – доцент кафедры гражданского права и гражданского процесса, трудового права Казахского национального университета имени аль-Фараби (г. Алматы, Республика Казахстан), кандидат юридических наук
- ПОГРЕБНОЙ Сергей Алексеевич** – судья Верховного Суда, главный научный сотрудник Киевского регионального центра Национальной академии правовых наук Украины (г. Киев, Украина), член-корреспондент Национальной академии правовых наук Украины, доктор юридических наук, профессор
- ПОДОПРИГОРА Роман Анатольевич** – директор НИИ публичного права Каспийского университета (г. Алматы, Республика Казахстан), доктор юридических наук, профессор
- ПОРОХОВ Евгений Викторович** – директор НИИ финансового и налогового права, доктор юридических наук, профессор Высшей школы права «Эділет» Каспийского университета (г. Алматы, Республика Казахстан)
- РАСКАЗОВА Наталья Юрьевна** – заведующая кафедрой нотариата Санкт-Петербургского государственного университета (г. Санкт-Петербург, Российская Федерация), кандидат юридических наук
- РЫБЬЯНОВ Антон Алексеевич** – аспирант ФГБОУ ВО «Оренбургский государственный университет» (г. Оренбург, Российская Федерация)
- САЙМОНС Вильям / SIMONS William B.** – партнер юридической фирмы «Timmermans and Simons International Business Lawyers» (г. Лейден, Нидерланды), доктор права, заслуженный профессор права юридического факультета Лейденского университета
- САЛЕЙ Елена Анатольевна** – доцент кафедры гражданского права юридического факультета Белорусского государственного университета (г. Минск, Республика Беларусь), кандидат юридических наук, доцент
- СЛИПЧЕНКО Святослав Александрович** – профессор кафедры гражданско-правовых дисциплин Харьковского национального университета внутренних дел (г. Харьков, Украина), доктор юридических наук, профессор
- СУЛЕЙМЕНОВ Майдан Кунтуарович** – директор НИИ частного права Каспийского университета (г. Алматы, Республика Казахстан), академик Национальной академии наук Республики Казахстан, доктор юридических наук, профессор
- СУЛТОНОВА Тахмина Истамовна** – заведующая кафедрой предпринимательского права Российско-Таджикского (Славянского) университета (г. Душанбе, Республика Таджикистан), доктор юридических наук, доцент

- ТЫНЫБЕКОВ Серикали Тыныбекович** – заведующий кафедрой гражданского права и гражданского процесса, трудового права юридического факультета Казахского национального университета имени аль-Фараби (г. Алматы, Республика Казахстан), доктор юридических наук, профессор
- УСУБ Эльчин Ариф оглы** – управляющий бакинского офиса консалтинговой фирмы «Rödl & Partner», адвокат, член президиума коллегии адвокатов АР, медиатор (г. Баку, Азербайджанская Республика), кандидат юридических наук
- ШРАММ Ханс-Йоахим / SCHRAMM Hans-Joachim** – содиректор Института восточного права, Университет прикладных наук, технологий, бизнеса и дизайна (г. Висмар, Федеративная Республика Германия), доктор права, профессор
- ЧАНТУРИЯ Лад** – судья Европейского Суда по правам человека (г. Страсбург, Франция), доктор права, профессор Тбилисского государственного университета имени Ивана Джавахишвили (г. Тбилиси, Грузия)
- ЧАСОВСКИХ Анастасия Васильевна** – аспирант ФГБОУ ВО «Оренбургский государственный университет» (г. Оренбург, Российская Федерация)
- ЧЕРКАСОВ Станислав Андреевич** – директор ООО «ЮристПартнер», аспирант ФГБОУ ВО «Оренбургский государственный университет» (г. Оренбург, Российская Федерация), магистр права

СУБЪЕКТЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА И РЕФОРМА СИСТЕМЫ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ

*Материалы международной научно-практической конференции,
посвященной 50-летию юбилею доктора юридических наук, профессора
Карагузова Фархада Сергеевича*

Подписано в печать 01.09.2021. Формат 60x84 1/16. Бумага офсетная.
Объем 31,88 усл.п.л. Тираж 500 экз. Заказ № 2117

050010, город Алматы, ул. Масанчи 23
Отпечатано в «Центр оперативной полиграфии»