

О нормативной основе корпоративных отношений и корпоративного управления*

1. Нормативная основа любых общественных отношений – это всегда какие-то нормы поведения или ведения деятельности, которые необходимо или целесообразно соблюдать, чтобы соответствующее поведение и деятельность признавались нормальными в каком-то сообществе или на какой-то очерченной территории.

Нормативная основа формируется субъектами, заинтересованными в упорядочении сферы социально-экономических отношений, когда такие субъекты властны в силу статуса или иным образом уполномочены на регулирование этих общественных отношений.

Властные полномочия в сфере регулирования общественных отношений органически принадлежат государству или органам местного самоуправления. В частности, когда субъектом регулирования является государство, оно осуществляет соответствующее регулирование, прежде всего, посредством законодательства, реализуя именно властные законодательные полномочия. Таким образом формируется нормативная правовая основа общественных отношений. И, как правило, соблюдение законодательных норм как-то обеспечивается принудительными механизмами.

В сфере публично-правовых отношений соблюдение правовых предписаний всегда обеспечивается санкциями за нарушение законодательных запретов: публично-правовое регулирование всегда императивно и безапелляционно требует или запрещает конкретное поведение, конкретные действия или деятельность под страхом наказания.

В свою очередь, гражданско-правовое регулирование, позволяя гражданам и организациям во многих случаях выбирать и даже устанавливать для себя нормы поведения, способы и образ своих действий, не всегда обеспечивает правовыми последствиями нарушение даже императивных предписаний. Во многом это обстоятельство обусловлено закрепленной в п. 4 ст. 8 Гражданского кодекса Республики Казахстан (Общая часть) (далее – «ГК») презумпциями добросовестности, разумности и справедливости действий участников гражданских правоотношений.

При, определяя основные начала гражданского законодательства, ГК позволяет субъектам оборота самостоятельно регулировать свои взаимоотношения, поскольку они уполномочены создавать для себя самих правила и принимать обязательства, которые они будут и/или должны соблюдать. Предусмотренные в ГК свобода договора и субъектная автономия участников гражданских отношений позволяет контрактное регулирование и саморегулирование их собственного поведения. При этом право на саморегулирование может также возникать в силу делегирования государством правомочий на регулирование определенных общественных отношений.

Все три способа регулирования общественных отношений (правовое и договорное регулирование, а также саморегулирование) формируют нормативные рамки для области корпоративных отношений. При этом эти способы не являются взаимозаменяемыми.

* Данная статья подготовлена для опубликования в сборнике материалов Юбилейной 25-ой международной научно-практической конференции (в рамках ежегодных цивилистических чтений) на тему: «НОРМЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА», которая состоится в г. Алматы 10-11 октября 2024 г., а также в качестве основы для выступления в рамках указанной конференции.

Правовое регулирование обеспечивает определенность и порядок, а договорная свобода поддерживает инициативу и наиболее приемлемую для отдельного субъекта реализацию его частного интереса, в том числе в его взаимоотношениях с другими участниками корпоративных отношений. Кроме того свобода договора может также проявляться в тех случаях, когда она прямо допускается законом, и на условиях, установленных законом: в этом должно состоять отличие договорной свободы в сфере корпоративных отношений от свободы договора в других областях гражданско-правовых отношений, ибо реализация прав в корпоративном управлении касается не только правообладателей и их контрагентов, но и широкого круга третьих лиц – стейкхолдеров / заинтересованных сторон.

Что касается саморегулирования, то оно способствует созданию доверия на рынке и развитию, совершенствованию практик корпоративного управления. Чем больше доля и значимость саморегулирования в вопросах корпоративного управления, тем выше качество корпоративного управления в данной юрисдикции, тем более привлекательна она для инвесторов, тем она более эффективна в вопросах устойчивого развития.

2. Опуская уже малопродуктивный анализ правовой природы корпоративных отношений, далее содержащийся в данной статье анализ основан на том, что они являются исключительно частноправовыми отношениями, в рамках которых субъекты гражданского оборота объединяют усилия или имущественные вклады для ведения совместной хозяйственной деятельности, инвестируют собственное имущество в капитал хозяйственных обществ (компаний) в обмен на ожидание возврата этих инвестиций с приростом (*capital gain*) при продаже прав участия в капитале компании или в форме дивидендов, выплачиваемых компанией за счет полученного ею чистого дохода.

Если корпоративные отношения рассматривать достаточно широко, как их обоснованно определяет М.К. Сулейменов, то есть как гражданско-правовые отношения, «связанные с участием в корпоративных организациях или с управлением ими»,¹ то в качестве особой области таких правоотношений следует рассматривать так называемое корпоративное управление (*corporate governance*), которое представляет собой социально-правовой феномен, неизменно возникающий в случаях участия и управления юридическими лицами особой категории – хозяйственные общества или компании. Это такие корпоративные организации, которые создаются для ведения предпринимательской деятельности на основе разделения участия в капитале этих компаний от управления ими, которые имеют собственную гражданскую правосубъектность, отделенную от правосубъектности их участников, а в обороте представляются действиями своих органов, сформированных в соответствии с законом.

Наиболее распространенными организационно-правовыми формами таких обществ (компаний) являются акционерные общества, общества с ограниченной ответственностью, а также (признаваемые в других правовых порядках) товарищества на акциях.² Только в случае использования таких организационно-правовых форм

¹ См. Сулейменов М.К. Гражданское право и корпоративные отношения: проблемы теории и практики. Сборник материалов ежегодных цивилистических чтений, 13 – 14 мая 2013 г. - Алматы, 2013. С. 23 – 24.

² Например, во Франции акционерное командитное товарищество (Гл. VI Раздела IX Титула II Кн. II) (см. Коммерческий кодекс Франции / предисловие, перевод с французского, дополнение, словарь-справочник и комментарии В.Н. Захватаева. М.: Волтерс Клувер, 2008. - 1272 с.), или в Германии командитное товарищество на акциях (Кн. 2) (см. Закон об акционерных обществах Германии. Параллельные русский и немецкий тексты / предисл. В. Бергманн; науч. ред. и алф.-пр. ук. на рус. яз. Т.Ф. Яковлева; пер. с нем. и алф7_пр. ук. на нем. яз. Е.А. Дубовицкая. М.: Волтерс Клувер, 2009. – 440 с.).

корпораций в компаниях формируется структура корпоративного управления, даже когда речь заходит о компаниях с государственным участием в их капитале.¹

Как и любые другие области корпоративных отношений, корпоративное управление складывается, когда в нем участвуют лица с самостоятельной правосубъектностью – сама компания, ее должностные лица (директора и менеджеры), участники / акционеры, не являющиеся акционерами заинтересованные стороны / стейкхолдеры (кредиторы, работники и другие лица).²

Еще раз подчеркну, что именно то, что корпоративные отношения являются областью гражданско-правовых отношений, позволяет в рамках их осуществления проявляться договорной свободой, а также допускается саморегулирование относительно корпоративного управления. Однако основанием для проявлений такой договорной свободы и саморегулирования (а в каких-то ситуациях – даже рамками) является, конечно же, корпоративное законодательство.

3. С учетом такого понимания корпоративных отношений и корпоративного управления, их нормативная правовая основа определяется нормами ГК и корпоративного законодательства (прежде всего, законами об акционерных обществах и обществах / товариществах с ограниченной ответственностью).

Вместе с тем, соблюдение только норм корпоративного законодательства позволяет компании заниматься преимущественно операционной деятельностью и не особо способствует как устойчивости (*resilience*) и устойчивому развитию (*sustainability*) самих компаний, так и устойчивому развитию в целом (*sustainable development*). То есть цели корпоративного управления соблюдением только императивных норм законодательства достигаются далеко не всегда.

¹ См. OECD, Recommendation of the Council on Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, OECD/LEGAL/04147, <https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/323/323.en.pdf>. С. 8 (в Revised Recommendation Of The Council On Guidelines On Corporate Governance Of State-Owned Enterprises, adopted by the Council at Ministerial level on 3 May 2024. - С. 6).

² Органы компании не могут признаваться участниками корпоративных отношений, поскольку они являются инструментарием для функционирования юридического лица, но не обладают самостоятельной правоспособностью, выступая только от имени юридического лица (см. ст. 37 ГК). Несмотря на то, что Принципы корпоративного управления ОЭСР определяют корпоративное управление как «совокупность отношений между менеджментом компании, ее советом [директоров / наблюдательным советом], акционерами и стейкхолдерами», совет рассматривается как коллегиальное образование компании, каждый член которого, являясь физическим лицом, должен (хотя и во взаимодействии с другими членами совета) самостоятельно исполнять фидуциарные обязанности, соблюдать этические стандарты и нести солидарную с другими членами совета ответственность за ненадлежащее руководство компанией; т.е. не являясь субъектом права, совет как коллегиальный орган компании, хотя в своей компетенции и подотчетен акционерам, не может иметь таких обязанностей и нести такой ответственности; аналогично определяется и менеджмент или правление (*management board*) как коллективный или единоличный орган компании для ежедневного ведения дел компании и представительства в отношениях с третьими лицами, состоящий из его членов-физических лиц, каждый из которых - с самостоятельной правоспособностью (*managers, key executives*) (см. OECD (2023), G20/OECD Principles of Corporate Governance 2023, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/ed750b30-en> . С. 6, 34 - 35 и др.). В связи с этим, легальные определения корпоративного управления, включенные в банковское законодательство РК за счет практически прямого перевода Принципов корпоративного управления ОЭСР (см. п/п. 11) п. 2 Правил формирования системы управления рисками и внутреннего контроля для банков второго уровня, филиалов банков-нерезидентов РК, утвержденных постановлением правления Национального банка РК от 12 ноября 2019 г. № 188, <https://adilet.zan.kz/rus/docs/V1900019632>), как и в Закон РК от 01 марта 2011 г. № 413 «О государственном имуществе» (п/п. 8-1) ст. 1) (причем необоснованно примененное только в отношении компаний с государственным участием, а тем более абсолютно некорректно распространенное на управление государственными предприятиями), не соответствуют основополагающим положениям ГК относительно понятия и правового положения субъектов гражданских прав, а также классификации юридических лиц.

В связи с этим нормативная основа корпоративного управления выходит далеко за рамки национального корпоративного законодательства. Согласно Принципам корпоративного управления ОЭСР нормативная среда корпоративного управления включает в себя совокупность стандартов, в системе которых национальное законодательство является обязательным, но минимальным стандартом, а эффективность определения и достижения целей развития компаний и решения задач устойчивого развития достигается за счет того, что национальный правовой порядок предполагает использование различных дополнительных средств регулирования, которые обычно включают в себя, в дополнение к элементам законодательства и государственного регулирования, также листинговые правила фондовых бирж, механизмы саморегулирования и создания национальных стандартов корпоративного управления, инструменты договорного регулирования, добровольное принятие обязательств по соблюдению стандартов и деловой практики.¹

4. Что касается собственно нормативной правовой основы корпоративных отношений, то она формируется за счет совокупности императивных и диспозитивных правовых норм.

Диспозитивность и императивность — это два принципа, определяющих характер регулирования корпоративных отношений, но не степень обязательности соответствующих правовых норм.

В некоторых случаях (в большинстве случаев) законодательство может быть склонно к более императивному подходу, устанавливая жесткие безальтернативные правила, обязательные к соблюдению всеми.

При этом, само понятие императивной нормы нуждается в уточнении, поскольку едва ли можно называть императивным законодательное предписание, соблюдение которого не обеспечено правовой возможностью к принуждению соблюдать это предписание.

В своих предыдущих публикациях я обращал внимание на прецеденты, когда в казахстанских ТОО их участники определяют корпоративную структуру, не регулируемую применимым Законом о ТОО или предусмотренную для акционерных обществ.² В этих случаях допускается прямое несоблюдение безапелляционного законодательного регулирования. Но компании продолжают существовать, вести деятельность, получать доход, входить в листинг фондовой биржи, но не испытывать негативных правовых последствий допускаемых ими нарушений; при этом развивается культура безнаказанных нарушений применимого законодательства

Поэтому назвать законодательные предписания, не предусматривающие применение юридических санкций за их несоблюдение, императивными нормами едва ли будет обоснованным.

Однако думается, что когда закон предписывает конкретное правило, но за его нарушение не предусматривает негативных правовых последствий для нарушителя, соответствующие правовые нормы назвать императивными не представляется возможным, ибо юридический императив - это то, что субъект не может нарушить под страхом неминуемого наступления установленных законом негативных последствий для нарушителя.

¹ См. OECD (2023), G20/OECD Principles of Corporate Governance 2023, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/ed750b30-en>. С. 6.

² См. Карагусов Ф. Модернизация корпоративного законодательства Республики Казахстан: законодательные основы для корпоративной структуры товарищества с ограниченной ответственностью и соглашений участников. // В: Актуальные проблемы частного права. Научные труды НИИ частного права Каспийского университета. Выпуск 2 / Отв. ред. М.К. Сулейменов. – Алматы: Казахстанский Международный Арбитраж, 2022. – 400 с. С. 128 – 153; Карагусов Ф., Иминов Ф. Об исполнительном органе товарищества с ограниченной ответственностью по законодательству Республики Казахстан, https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=32189950.

Не углубляясь в философские и теоретические размышления, отмечу, что такой подход соответствует пониманию императивной нормы, признанному на глобальном уровне. Представляется применимой общая аналогия с нормами международного права, относительно которых в документах ООН указано, что значимость императивных норм права заключается в том, что они отражают и защищают основополагающие ценности сообщества и поэтому стоят в иерархическом отношении выше других норм права, являются универсально применимыми; любая императивная норма является нормой, которая принимается и признается в целом как норма, отклонение от которой недопустимо, и которая может быть изменена только последующей нормой права, носящей такой же характер; при этом противоречие императивным нормам права или их несоблюдение влечет за собой ничтожность договоров, односторонних актов и других юридических действий, а также юридически обязывает соответствующих субъектов устранить, насколько это возможно, последствия любого деяния, совершенного на основании положения, которое противоречит императивной норме права либо привести свои взаимоотношения в соответствие с императивной нормой права.¹

5. В законодательстве также может применяться такой подход, который оставляет пространство для выбора правил поведения, которые субъект все равно обязан соблюдать.

В таком случае законодательство дает лишь возможность выбрать один из предусмотренных в законе вариантов правового регулирования, но требует строгого соблюдения правовых норм, применимых к соответствующему выбору. Примером является отраженный в Модельном законе для государств-участников СНГ «Об акционерных обществах» опциональный подход к выбору корпоративной структуры АО (ст. 72):² так называемое смешенное регулирование, воспринявшее опыт регулирования в праве Европейского Союза. Как объясняется в научном комментарии к нему, акционеры компании вправе выбрать структуру корпоративного устройства для своей компании из регулируемых законом двух вариантов (монистическая или дуалистическая модели), но выбрав один из них, компания должна определить этот выбор в своем уставе и соблюдать все нормы закона, применимые в соответствующем случае.³

Очевидно, что такой выбор трудно назвать диспозитивностью, поскольку этот подход не сильно отличается от императивности регулирования. По сути, если субъектам корпоративных отношений предоставляется право выбрать, каким правовым нормам подчиняться, императивность законодательного регулирования выбранными для соблюдения нормами не меняется.

6. Примечательно, что в соответствии с применяемыми на глобальном уровне методологиями оценки корпоративного управления (например, Методологией Международной финансовой корпорации Группы Всемирного Банка / *IFC*) соблюдение только требований корпоративного законодательства (*compliance with the law; basic formalities of corporate governance*) свидетельствует о базовом (т.е. самом низшем из предусмотренных четырех) уровне корпоративного управления. Согласно матрицам развития корпоративного управления (*IFC Corporate Governance Progression Matrix*), с

¹ См. Императивные нормы общего международного права (*jus cogens*): Доклад Комиссии международного права. Организация Объединенных Наций: Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят вторая сессия, Дополнение № 10 (A/72/10). С. 241 - 254 (интернет-доступ возможен по ссылке <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g17/237/31/pdf>).

² См. Модельный закон «Об акционерных обществах» (новая редакция), принятый на тридцать пятом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств - участников СНГ (постановление № 35-13 от 28 октября 2010 года), https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30993090.

³ См. Harmonization of Company Law for the CIS. More Architecture of Choice. W. Simons, Ed. A Review of Central and East European Law Special Issue. Vol. 36, 2011. С. 217, 246 – 247.

некоторыми послаблениями для семейных компаний и организаций малого или среднего бизнеса, предполагается, что хоть какое-то заметное несоблюдение законодательства означает несоответствие корпоративного управления в компании даже базовому уровню, нередко - отсутствие корпоративного управления в компании вообще.¹

Принимая это во внимание, представляется, что корпоративное законодательство является совокупностью именно обязательных к соблюдению правил поведения субъектов корпоративных отношений. Поэтому содержание корпоративного законодательства целесообразно формировать исключительно на основе подхода, известного как *rule-based approach*. Его применение к построению правовой основы корпоративного управления предполагает разработку законов и нормативных актов, которые содержат четкие и конкретные правила и стандарты, обязательные для соблюдения всеми компаниями и другими участниками отношений в области корпоративного управления. Однако такой способ регулирования требует универсализации правил, в связи с чем корпоративное законодательство всегда представляет лишь минимальный стандарт корпоративного управления, обязательный для всех.

С учетом этого, думается, что корпоративное законодательство является принципиально императивным по своему содержанию, даже если какие-то его нормы предоставляют определенную свободу выбора действий. В связи с этим упомянутую условную диспозитивность корпоративного законодательства целесообразно понимать только в том контексте, что можно выбрать между двумя или несколькими установленными законом императивами (например, по вопросу организационного устройства), но выбрав один из них, необходимо соблюдать применимые нормы законодательства под страхом правовых последствий.

Вместе с тем, при рассмотрении и развитии теории относительно классификации норм корпоративного законодательства и, соответственно, улучшении самого корпоративного законодательства следует признать (и нивелировать соответствующие несовершенства регулирования), что:

(i) некоторые нормы, предписывая безальтернативное поведение, не являются диспозитивными, но не предусматривая юридических последствий их несоблюдения, они не могут рассматриваться и в качестве императивных норм, и в связи с этим в условиях невысокой правовой культуры их действие не является эффективным,

(ii) нормы, предоставляющие выбор между вариантами законодательного регулирования отношений, не являются диспозитивными, если они не позволяют самостоятельного регулирования правовых взаимоотношений иным образом, чем регулируется законом, соответственно, они должны формироваться и рассматриваться в качестве императивных норма опционального (то есть на выбор субъекта регулирования) применения, и

(iii) до тех пор, пока существуют такие группы норм корпоративного права (и гражданского законодательства в целом), разделение гражданско-правовых норм только на диспозитивные и императивные правила поведения, хотя и с выделением так называемых норм-принципов, представляется весьма упрощенным и нуждающимся в теоретическом осмыслении и пересмотре.

7. Что касается собственно диспозитивных норм корпоративного права (и гражданского законодательства в целом), то таковыми могут рассматриваться те нормы права, которые оставляет пространство для выбора допустимых законом форм

¹ См. IFC Corporate Governance Methodology and Tools, <https://www.ifc.org/en/what-we-do/sector-expertise/corporate-governance/cg-methodology-tools>.

регулирования, в частности предоставляя возможности для создания собственных правил на основе принципов свободы договора и индивидуальной автономии сторон.

Прежде всего это означает, что помимо регулирования нормами законодательства, корпоративные отношения могут регулироваться с применением договорных конструкций. В данном случае диспозитивность регулирования заключается в том, что в предусмотренных законом случаях, участники корпоративных отношений (в подавляющем большинстве случаев это относится к участникам / акционерам компании) вправе самостоятельно регламентировать соответствующие отношения договорными конструкциями, но не допуская противоречия императивным нормам закона.

В частности, договорное урегулирование в сфере корпоративных отношений прямо предусмотрено требованиями закона относительно заключения и содержания учредительного договора (предписывающими обязательные положения и возможность включения в него дополнительных положений по усмотрению его участников),¹ а также тем обстоятельством, что казахстанское законодательство не препятствует заключению так называемых акционерных соглашений (несмотря на то, что теоретические обсуждения и международная арбитражная практика позволяют констатировать дискуссионность вопроса о целесообразности акционерных соглашений в отношении казахстанских акционерных обществ, принимая во внимание как объективную высокую степень императивности именно акционерного законодательства, так и практическую бесперспективность принудительного исполнения каких-либо акционерных соглашений в Казахстане, особенно, когда они не соответствуют императивным нормам законодательства, за исключением возможности их принудительного расторжения в случае их несоблюдения).

Тем не менее, в Модельном законе для государств-участников СНГ «Об акционерных обществах» допускается заключение акционерных соглашений.² При этом предлагаемое регулирование основывается на достаточно широкой основе - посредством указания на, что не может регулироваться такими соглашениями, но согласовав режим таких соглашений с общими принципами гражданского законодательства, в частности, договорного права (относительно их обязательной силы только для сторон соглашения, ответственности за нарушение обязательств, возможности разрешения споров в коммерческом арбитраже и др.).³

Другим проявлением диспозитивности является юридическая возможность создания или детализации нормативной основы деятельности самой компании. В этом случае свобода выбора и формирования норм поведения или участия в отношениях также принадлежит, как правило (если не исключительно), участникам / акционерам компании, но такое урегулирование уже непосредственно обязывает саму компанию. Примерами таких решений являются случаи, когда общее собрание акционеров утверждает кодекс корпоративного управления компании либо принимает решение о присоединении к страновому / национальному кодексу корпоративного управления (ККУ) или о применимости к компании других национальных стандартов корпоративного управления.

¹ Неоднозначной является теоретическая дискуссия относительно того, насколько понятие корпоративных отношений должно включать или включает в себя отношения по учреждению компаний. Вместе с тем, не только ГК, но и законы об АО и ТОО, представляя собой важнейшую и преобладающую часть казахстанского корпоративного законодательства, регулируют вопросы учреждения компаний в этих организационно-правовых формах. Более того, сохраняя свою юридическую силу на протяжении всего срока существования товарищества с ограниченной ответственностью, учредительный договор ТОО, несомненно, представляет собой договорную форму регулирования корпоративных отношений.

² См. Модельный закон «Об акционерных обществах» (новая редакция). Ст. 44.

³ См. Harmonization of Company Law for the CIS. More Architecture of Choice. С. 227, 345 - 346.

Как указано выше, Принципы корпоративного управления ОЭСР в рамках регулирования корпоративного управления допускает договорные конструкции. Вместе с тем, их возможность, как и пределы самостоятельного регулирования, может либо прямо предписываться законом, либо может применяться общий принцип гражданского законодательства относительно разрешения всего, что не запрещено законом. Однако, думается, что с учетом целей корпоративного управления (обеспечение способности компаний противостоять неблагоприятному воздействию (*resilience*), устойчиво развиваться (*be sustainable*), а также участвовать в достижении целей устойчивого развития (*sustainable development*)) в сфере корпоративных отношений более целесообразным является первый из этих подходов, который нашел отражение и в рекомендациях упомянутого выше Модельного закона об акционерных обществах, например, применительно к регулированию акционерных соглашений.

8. Следует также учитывать, что в составе гражданского законодательства также существуют нормы-принципы. Эти законодательные положения нельзя назвать ни императивными нормами, ни диспозитивными нормами, ибо упомянутые нормы обязывают, а норма-принцип, хотя и предписывает определенную линию поведения, но не обязывает и не дает права выбрать между применимыми правовыми нормами. Более того, бывают ситуации, когда субъект не нарушает установленных законом правил поведения, но его поведение не отвечает тем же принципам добросовестности или справедливости, либо его поведение не является разумным.

Изучение значимости норм-принципов еще ждет своих исследователей.

На сегодняшний день в казахстанской правовой теории заслуживает внимания, наверное, лишь статья А. Калдыбаева.¹ Согласие вызывает разделение им принципов права и принципов закона (хотя он допускает что они одновременно могут быть и принципами закона, и принципами права), а также то, что закрепленные в законе принципы являются правовой нормой. Важен и предложенный им вывод о том, что собственно «принципы права — это правовой базис, на которых основываются (1) нормы регулирования общественных отношений, индивидуальные акты, (2) применение этих норм и (3) сами общественные отношения. Очевидно, что все три формы выражения, реализации принципов права имеют важное значение». В то же время противоречиво его мнение о том, что принципы права (которые он определяет как «правовой базис», что при позитивистском понимании права означает закрепление, не отражение, принципов права нормами закона) — это не законы.

Эта работа А. Калдыбаева является первым и серьезным шагом в данном направлении, поскольку казахстанская правовая система нуждается в большей определенности относительно того, что есть источник принципов права, как соотносятся нормы-принципы с нормами-правилами, в чем функция норм-принципов. Выяснение этих вопросов и приведение национального права в согласие с общепризнанными в развитых национальных системах подходами является принципиально важным, поскольку источником общих принципов права, в том числе для международного права и международного процесса, всегда является «внутренне право», национальные правовые системы.

Особое внимание требуется более глубокое осознанию того, как и чем различаются нормы-принципы и общие принципы права, как и в каких случаях они применяются. В частности, мы понимаем, что основные начала гражданского законодательства, закрепленные в нормах ГК, представляют собой нормы-принципы и используются для заполнения пробелов правового регулирования в конкретных ситуациях. В том числе

¹ См. Калдыбаев А. Принципы права и их применение судами, https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=33356505.

такие нормы-принципы могут применяться для заполнения пробелов в корпоративном законодательстве. Однако в этом случае особое рассмотрение требуется выяснению того, как соотносятся друг с другом нормы-принципы ГК и так называемые национальные стандарты корпоративного управления: могут ли эти национальные стандарты исполнять функцию, аналогичную принципам закона, или они должны лишь создаваться с обязательным соблюдением основных начал гражданского законодательства и могут применяться в качестве норм поведения/деятельности только тех субъектов, которые по тем или иным основаниям должны / обязались соблюдать эти национальные стандарты? Думается, что ответы на эти вопросы не будут сложными (если не являются очевидными).

Сложнее с общими принципами права. Даже на глобальном уровне разногласия в научных кругах относительно природы и происхождения этой концепции сохраняются: «единое понимание общих принципов права и того, как они соотносятся с другими смежными концепциями, включая «общие принципы международного права» и «основополагающие принципы», отсутствует. Однако же несмотря на отсутствие определенности в доктрине, являются многочисленными отсылки к общим принципам права в различных областях и документах международного права, а международные суды и трибуналы, как правило, признают общие принципы права в качестве самостоятельного источника международного права и применяют их в своей практике, причем к общим принципам права нередко обращаются при рассмотрении как материально-правовых, так и процессуальных вопросов. В то же время отмечается отсутствие единства относительно функции общих принципов права: некоторые ученые усматривают их основное назначение в «заполнении лакун» в праве в тех случаях, когда не удастся найти применимое положение договора, обычай или норму права; другие правоведы приписывают им более широкие функции, указывая на их информационное и основополагающее значение для системы права и на их роль в качестве исходных ориентиров при толковании и применении правовых норм, договоров и обычаев. Также «по-прежнему неясно, ограничиваются ли они принципами, признанными внутренними судами, или они могут иметь свое происхождение и в международном праве, и могут ли общие принципы права формироваться в рамках этического дискурса». Нет общей позиции и относительно того, что вообще есть общие принципы права, хотя распространенным пониманием является то, что они представляют собой правовые постулаты, соблюдаемые «в национальных правовых системах и в международном праве».¹

При таком отношении к ним еще более сложным понимается то, как должны эти постулаты объективироваться во внутреннем праве, остается неясной и методология выявления общих принципов права. В любом случае, думается, что общие принципы права не могут объективироваться в нормах-принципах: в таком случае стирается разница между ними.

В данной ситуации представляется, что общие принципы права не могут оформляться именно в качестве таковых законодательными нормами (если только они не являются декларациями Конституции), но они должны отражаться в содержании конкретных законодательных норм таким образом, чтобы системный анализ норм национального права позволил сделать выводы о последовательной нравственной и этической основе национальной правовой системы, а также о том, можно ли оценить эту основу

¹ См. Васкес-Бермудес М. *Общие принципы права*. Доклад Комиссии международного права. Организация Объединенных Наций: Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят вторая сессия, Дополнение № 10 (A/72/10). Приложение А (интернет-доступ возможен по ссылке <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g17/237/31/pdf>).

внутреннего права в качестве «общих принципов права, признанных цивилизованными нациями».¹

При этом общие принципы права должны найти свое надлежащее отражение как в нормах корпоративного законодательства, так и в содержании национальных стандартов корпоративного управления, в противном случае такие национальные стандарты не могут рассматриваться как инструмент содействия улучшению корпоративного управления и устойчивому развитию в целом.

9. При этом, поскольку корпоративное законодательство в качестве базового (минимального) национального стандарта корпоративного управления предоставляет и регулирует лишь формы ведения хозяйственной деятельности (то есть содержит конкретные нормы, которые должны соблюдаться), оно само не должно создавать каких-то принципов. Другими словами, норм-принципов в корпоративной законодательстве существовать не должно. Вместе с тем нормы-принципы, закрепленные в ГК в качестве основных начал гражданского законодательства, могут применяться при наличии законодательного пробела в регулировании корпоративных правоотношений в конкретных ситуациях.

Так называемый *principle-based approach* по формированию нормативной среды для корпоративного управления характерен для создания и применения других инструментов, причем не регулирования, а развития корпоративного управления. Нередко он необоснованно рассматривается в качестве альтернативы вышеупомянутому *rule-based approach* как способу правового регулирования корпоративного управления.

В этом случае, однако представляется целесообразным согласованное применение обоих этих подходов в рамках формирования нормативной среды для корпоративного управления: правовые нормы (правила поведения) должны регламентировать корпоративные отношения в целом, а принципы, не являясь правовыми нормами – способствовать совершенствованию корпоративного управления.

Все, что не может быть нормами императивного регулирования корпоративных отношений, должно исключаться из рамок правового регулирования, и их следует перенести на уровень стимулирования развития принципами.

Такой подход отвечает рекомендации Принципов корпоративного управления ОЭСР, согласно которым в дополнении к законодательному регулированию национальным законодателям и регуляторам предлагается формирование национальных стандартов корпоративного управления на основе *principles-based approach*, посредством которого определяются общие принципы и ценности, на которых должно основываться хорошее корпоративное управление (*good corporate governance*).

Подход, основанный на воздействии на общественные отношения внедрением принципов, оставляет больше свободы для интерпретации и применения, ориентируясь на общепризнанные принципы и ценности; его применение позволяет компаниям использовать свою дискреционную оценку при принятии решений, исходя из общих

¹ См. там же. Такое, хоть и не бесспорное, понимание общих принципов права заслуживает внимания в том контексте, что если системный анализ внутреннего права покажет недостаточность, неопределенность, неясность и т.п. отражения в его нормах и непоследовательность защиты национальным правом «основополагающих ценностей международного сообщества», признанных широким большинством государств» как, например, справедливость и права человека, недопустимость геноцида, рабства и пиратства, обязательность возмещения причиненного ущерба и неправомерность неосновательного обогащения и т.п. (см. Доклад Комиссии международного права. Организация Объединенных Наций: Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят вторая сессия, Дополнение № 10 (A/72/10). С. 241 - 254), то соответствующая национальная система не может рассматриваться построенной на общих принципах права, не может быть и их источником, а создавшее ее государство не может рассматриваться цивилизованной нацией.

принципов, вместо строгого следования детальным правилам; стимулирует формирование корпоративной культуры, основанной на этических стандартах. Принципы могут быть применимы ко всем компаниям вне зависимости от их размера, формы собственности или отрасли: они являются общепризнанными и универсальными, предоставляя общие ориентиры для всех участников рынка. Однако реализация такого подхода может потребовать от лиц, ответственных в компании за ее корпоративное управление, большей степени самодисциплины и профессиональной экспертизы для толкования и применения принципов.

На национальном уровне распространенные и признанные в глобальном масштабе принципы корпоративного управления приобретают форму национальных стандартов корпоративного управления. Создание национальных стандартов корпоративного управления обусловливается тем, что современный подход к формированию структур корпоративного управления на уровне компаний характеризуются переходом от примата интересов акционеров к интересам стейкхолдеров, требуя учета влияния компании на общественные отношения и публичный интерес (включая цели устойчивого развития).

10. С 2021 года законодательство Республики Казахстан (РК) предусматривает формирование национальных стандартов корпоративного управления: право на их разработку, утверждение (пусть и по согласованию с правительством и финансовым регулятором Казахстана) и внедрение предоставлено на основании закона негосударственной организации.¹ На данный момент уже разработаны и утверждены несколько различных документов, определенных в качестве национальных стандартов корпоративного управления, ключевым из которых является страновой (национальный) Кодекс корпоративного управления РК.²

В связи с созданием системы национальных стандартов корпоративного управления в РК, формированием указанных законодательных рамок решен вопрос о допустимости саморегулирования в сфере корпоративных отношений в нашей стране.

Этим законодательным решением и практикой Национального совета корпоративного управления при Президиуме Национальной палаты предпринимателей РК учтено то, что, помимо законодательства и законодательно допускаемой для некоторых ситуаций возможности договорного урегулирования, поведение или деятельность могут также регулироваться участниками оборота самостоятельно за счет самостоятельного объединения усилий участников определенной области деятельности либо (как реализовано в РК) на основе полномочий регулирования, предоставленных законодателем.

Как и договорное регулирование, такое саморегулирование ограничиваются законодательными рамками и должно подчиняться законодательно установленным условиям и/или учитывать применимые стандарты корпоративного управления. В частности, в соответствии с пунктом 4 статьи 8 ГК свобода реализации гражданско-правовой субъектности (в данном случае – свобода договорного регулирования и саморегулирования) защищается законом только в том случае, когда субъекты гражданских прав не нарушают прав других субъектов оборота, действуют

¹ См. Закон Республики Казахстан от 4 июля 2013 г. № 129-V «О Национальной палате предпринимателей Республики Казахстан», с изменениями и дополнениями, <https://adilet.zan.kz/rus/docs/Z1300000129>.

² См. Казахстанский (страновой) кодекс корпоративного управления, одобренный решением Президиума Национальной палаты Предпринимателей Республики Казахстан «Атамекен» № 4 от 27 апреля 2021 года г. и согласованный Агентством по регулированию и развитию финансового рынка Республики Казахстан от 21 ноября 2023 года, <https://atameken.kz/uploads/content/files/Кодекс%20финиш.pdf>.

добросовестно, разумно и справедливо, соблюдают закон и нравственные принципы общества, а при ведении предпринимательской деятельности – еще и правила деловой этики. Чтобы не значили все эти категории (за исключением понятных требований о соблюдении закона и не нарушении прав других лиц), и как бы они не ограничивали автономию воли и рамки поведения при осуществлении гражданских прав, очевидно, что ГК четко разделяет юридическую возможность саморегулирования (что в широком смысле включает и договорное регулирование) гражданско-правовых отношений.

11. Национальные стандарты корпоративного управления в РК не включаются в состав законодательства Казахстана, не являются нормативными правовыми актами. Строго говоря, они даже не являются нормативными актами, поскольку предлагают наилучшие образцы поведения, но требуют соответствия им.

Такой статус национальных стандартов корпоративного управления определен с учетом Принципов корпоративного управления ОЭСР, в которых отмечается разный характер и уровень развития компаний, признавая при этом, что каждая компания имеет значение для системы сложившихся социально-экономических связей. Именно поэтому рекомендуемые в них национальные стандарты корпоративного управления, даже если они в каких-то государствах являются частью законодательной системы, будут эффективны в качестве набора принципов хорошей практики, восприятие которых компаниями осуществляется за счет соблюдения подхода «соблюдай или объясни» (*comply or explain*).

Применение такого подхода предполагает, что отдельные компании, которые обязаны или обязались добровольно соблюдать определенный национальный стандарт корпоративного управления) в своей деятельности применяет конкретные рекомендации / руководства национального стандарта, если они необходимы или согласованы с целями их деятельности. Если же компании не соблюдают каких-то рекомендаций, они должны публично об этом заявить и объяснить причину несоблюдения / несоответствия стандарту. В казахстанском страновом ККУ это правило дополнено требованием о том, чтобы такое объяснение было дополнено описанием того, какие альтернативные действия по соблюдению конкретных рекомендаций ККУ компания предпринимает, чтобы максимально соответствовать стандарту. Предполагается, что таким образом предупреждается формальный подход со стороны компаний к объяснениям несоответствия, с одной стороны, а компании побуждаются к более осознанному и полному восприятию национальных стандартов, с другой стороны.

Таким образом, национальные стандарты корпоративного управления в РК, при всем желании их максимального продвижения в каждодневную практику отечественных компаний, могут остаться не реализованными в силу их, в сущности, рекомендательного характера.

Очевидно, что принудить к соблюдению этих стандартов правовыми нормами, нормами юридического характера является объективно невозможным. Поэтому ОЭСР исходит из того, что только экономические, финансовые и репутационные стимулы могут побуждать к надлежащему (не формальному) соблюдению национальных стандартов, поскольку отсутствие доверия инвесторов к структуре и практикам корпоративного управления заметно компании уменьшает ее шансы на привлечение капиталов, партнеров и контрагентов. По сути, репутация есть то единственное, что может побудить к соблюдению принципов и их восприятию/ в своей практике.

В связи с этим, мы снова возвращаемся к тезису о том, что гарантируемая законом свобода организации предпринимательской деятельности означает, что императивность ее регулирования корпоративным законодательством возможна только в том случае, когда корпоративные отношения напрямую затрагивают интересы и права третьих лиц (например, когда должны соблюдаться право акционеров и стейкхолдеров на

информацию, право на дивиденды и участие в общем собрании и в других случаях). Во всех остальных аспектах организации своей деятельности и взаимоотношений с заинтересованными сторонами компании должны иметь свободу в восприятии передовой практики корпоративного управления, это должно быть правом субъекта корпоративных отношений, и никто не может заставить его к тому, чтобы соблюдать даже национальные стандарты корпоративного управления.

Если такой подход признать верным, то следует более глубоко заняться вопросом разработки механизмов побуждения участников гражданского оборота к соблюдению национальных стандартов корпоративного управления на всех уровнях. Самым сложным аспектом в этом вопросе является необходимое понимание того, насколько должна принудительно поддерживаться мораль в обществе, насколько компании могут быть принуждены к моральному поведению, возможно ли это в принципе. Скорее всего, никакого внешнего принуждения к моральному поведению в этой области общественных отношений быть не должно: доверие и репутация остаются единственными стимулами становится и быть добропорядочными участниками гражданского оборота.

С учетом же вышесказанного, на данный момент усматривается только одно перспективное решение этой задачи: системное воспитание на всех уровнях, но не пресловутым «традиционным ценностям» (ибо это понятие не имеет содержания), а фундаментальной человечности и соблюдению общих принципов права (тех, что признаются «цивилизованными нациями», «широким большинством государств»), а также повышение уровня образованности граждан и распространение среди них навыков социальных коммуникаций, присущих открытым и культурным обществам.

*

Завершая статью, снова подчеркну важность сбалансированного воздействия на корпоративные отношения, прежде всего, в области корпоративного управления, нормами корпоративного законодательства как совокупностью обязательных к соблюдению правил, что должно обеспечиваться юридическими механизмами принуждения, с одной стороны, и принципами или рекомендациями передовой практики, объективированными в национальных стандартах корпоративного управления как руководствах по улучшению организации собственной коммерческой деятельности и взаимодействию с заинтересованными сторонами, достижению устойчивости компаний перед лицом внешних вызовов и их содействия устойчивого развития, с другой стороны.

Не вызывает сомнений и необходимость системного и широкого продвижения на всех уровнях социальной структуры нашего общества идей корпоративного управления и общих принципов права в их понимании согласно официальным документам Организации Объединенных Наций в качестве способа формирования этической основы осуществления предпринимательства и социальных коммуникаций в рамках нашей национальной системы и за ее пределами.

12 июня 2024 г.