

Майдан Сулейменов

**ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО
РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН:**

**ОПЫТ ТЕОРЕТИЧЕСКОГО
ИССЛЕДОВАНИЯ**

Том 4

**Часть вторая
ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ**

Раздел 3

**Гражданское право в современном мире:
общие проблемы и отдельные институты**

Алматы
2021

УДК 347 (574)
ББК 67.404 (5 Каз)
С 89

Сулейменов М.К.
С 89 Гражданское право Республики Казахстан: опыт теоретического исследования. Монография в 6 томах. Том 4 / М.К. Сулейменов. Часть вторая. Теоретическая. Раздел 3. Гражданское право в современном мире: общие проблемы и отдельные институты. – Алматы: Казахстанский Международный Арбитраж, 2021. – 352 с.

ISBN 978-601-275-634-0
Т. 4-2021-352 с.
ISBN 978-601-80855-0-5

Томы 4–6 монографии являются продолжением первых трех томов, опубликованных в 2016 году к 75-летию автора. Эти тома автор подготовил к своему 80-летию. Таким образом, завершен многолетний труд, которым автор подводит итоги своей 60-летней работы по исследованию проблем гражданского права – самой сложной и самой великой науки юриспруденции.

В 4-м томе исследуются современные проблемы гражданского права: влияние на развитие национального права, верховенство права и закона, имплементация иностранного права, перспективы внедрения судебного прецедента в правовую систему Казахстана, применение и толкование норм гражданского законодательства и договора, неимущественные права, исковая давность и другие актуальные проблемы гражданского права.

Предназначен для научных работников, преподавателей, магистрантов и студентов юридических высших учебных заведений, судей, адвокатов, юридических консультантов и других практических работников, а также для всех интересующихся проблемами гражданского права.

УДК 347 (574)
ББК 67.404 (5 Каз)

ISBN 978-601-80855-0-5 (т. 4)
ISBN 978-601-275-634-0 (общ.)

© Сулейменов М.К., 2021
© Казахстанский Международный Арбитраж, 2021

*Любимым внукам
Лейле, Алану, Эрику, Алмазу,
Алену, Ануару, Арлану, Амаль
посвящается*

ОГЛАВЛЕНИЕ ОБЩЕЕ

Том 1

Часть первая. ИСТОРИЧЕСКАЯ

Предисловие общее

Вводные положения

Глава 1. Начальный этап становления гражданского
законодательства

Глава 2. Этап резкого ускорения экономической и правовой
реформы

Глава 3. Этап экономической и правовой стабилизации

Глава 4. Этап экономического кризиса и стагнации

Том 2

Часть вторая. ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ

Раздел 1. ОБЩИЕ ПРОБЛЕМЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

Подраздел I. Право, законодательство, правовая наука

Глава 1. Право

Глава 2. Законодательство

Глава 3. Предмет и метод правового регулирования

Глава 4. Правовая наука

Подраздел II. Право как система

Глава 5. Система права

Глава 6. Главная структура права

Глава 7. Публично-правовые отрасли права

Глава 8. Частноправовые отрасли права

Глава 9. Вторичная структура (комплексные отрасли) права

Глава 10. Институт права (правовой институт в системе права)

Подраздел III. Факты и презумпции в гражданском праве

Глава 11. Юридические факты в гражданском праве

Глава 12. Недействительные сделки в гражданском праве

Глава 13. Договор как юридический факт

Глава 14. Добросовестность, разумность и справедливость как
наиболее важные презумпции в гражданском праве

Том 3

Часть вторая. ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ

Раздел 2. ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВООТНОШЕНИЕ

Подраздел IV. Гражданское правоотношение: основные элементы

- Глава 15. Субъективные гражданские права и субъективные гражданские обязанности как содержание гражданского права
- Глава 16. Понятие и виды субъектов гражданских прав
- Глава 17. Государство как субъект гражданского права
- Глава 18. Субъекты международного частного права
- Глава 19. Объекты гражданских прав

Подраздел V. Гражданское правоотношение: защита гражданских прав

- Глава 20. Понятие и способы защиты гражданских прав
- Глава 21. Ответственность как основной вид защиты гражданских прав
- Глава 22. Оперативные санкции как вид защиты гражданских прав

Подраздел VI. Виды гражданских правоотношений

- Глава 23. Вещные правоотношения
- Глава 24. Обязательственные правоотношения
- Глава 25. Корпоративные правоотношения

Том 4

Часть 2. ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ

Раздел 3. ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ: ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ И ОТДЕЛЬНЫЕ ИНСТИТУТЫ

Подраздел VII. Гражданское право в современном мире: общие положения

- Глава 26. Влияние гражданского права на развитие национального права
- Глава 27. Верховенство права: идея и реальность
- Глава 28. Имплементация иностранного гражданского права в национальное законодательство
- Глава 29. Перспективы внедрения судебного прецедента в правовую систему Казахстана

Подраздел VIII. Гражданское право в современном мире: отдельные институты

- Глава 30. Применение норм гражданского законодательства
- Глава 31. Толкование норм гражданского законодательства
- Глава 32. Применение и толкование договора
- Глава 33. Право требования как объект гражданских прав (на примере правового положения Национального фонда Республики Казахстан) – в соавторстве с К.В. Мукашевой
- Глава 34. Неимущественные права
- Глава 35. Исковая давность в законодательстве постсоветских стран: мифы и реальность
- Глава 36. Товарищество с ограниченной ответственностью: переход права на долю при ее продаже
- Глава 37. Преддоговорные отношения
- Глава 38. Специальные договорные конструкции (общие договоры)
- Глава 39. Банковские договоры (прозрачность для клиентов и третьих лиц) – в соавторстве с Е.Б. Осиповым
- Глава 40. Внедоговорные обязательства

Том 5

Раздел 4. ЦИФРОВИЗАЦИЯ И ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

- Глава 41. Пятый этап развития гражданского законодательства: этап четвертой промышленной революции
- Глава 42. Цифровизация. Технологический аспект
- Глава 43. Цифровое право как отрасль права
- Глава 44. Гражданско-правовые проблемы цифровизации

Раздел 5. ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВО, ИНВЕСТИЦИИ И НЕДРОПОЛЬЗОВАНИЕ

Подраздел IX. Гражданское право и предпринимательство

- Глава 45. Вопросы теории
- Глава 46. Хозяйственный (Предпринимательский) кодекс: улучшение правовой системы или ее развал?
- Глава 47. Проект Предпринимательского кодекса Республики Казахстан: кодекс или закон?

Подраздел X. Гражданское право и инвестиции

- Глава 48. Становление и развитие законодательства Республики Казахстан об инвестициях: теоретический аспект
- Глава 49. Становление и развитие законодательства республики Казахстан об инвестициях: практический аспект

Подраздел XI. Гражданское право и недропользование

- Глава 50. Развитие законодательства Республики Казахстан о недрах и недропользовании: теоретический аспект
- Глава 51. Разработка законодательства о нефтяных операциях на море
- Глава 52. Разработка закона о нефти
- Глава 53. Закон о нефти и иностранная помощь
- Глава 54. Закон о недрах и недропользовании

Том 6

Раздел 6. МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО

Подраздел XII. Международное частное право

- Глава 55. Понятие международного частного права
- Глава 56. Государство как субъект международного частного права
- Глава 57. Международная организация как субъект международного частного права
- Глава 58. Международное семейное право
- Глава 59. Международное частное трудовое право

Подраздел XIII. Частное процессуальное право (в соавторстве с А.Е. Дуйсеновой)

- Глава 60. Понятие частного процессуального права
- Глава 61. Примирительные процедуры как институт частного процессуального права
- Глава 62. Судебное примирение как один из видов посредничества (медиации)
- Глава 63. Арбитраж как институт частного процессуального права. Международный коммерческий арбитраж
- Глава 64. Арбитраж в Казахстане

Подраздел XIV. Гражданское процессуальное право

- Глава 65. Судебное извещение, направляемое иностранному юридическому лицу: порядок и способы вручения
- Глава 66. Государственная пошлина и доступность правосудия: взаимосвязь и взаимовлияние
- Глава 67. Определение критериев оценки качества судебных решений в Казахстане и за рубежом
- Глава 68. Инвестиционные споры: зарубежный опыт и законодательство Казахстана
- Глава 69. Практикоориентированное обучение в контексте взаимосвязи между судами и юридическими вузами

Часть вторая
ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ

Раздел 3
ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО
В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ:
ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ И ОТДЕЛЬНЫЕ
ИНСТИТУТЫ

ОГЛАВЛЕНИЕ

Подраздел VII. Гражданское право в современном мире: общие положения

Глава 26. Влияние гражданского права на развитие национального права	14
26.1. Общие положения	14
26.2. Влияние гражданского права на развитие публичных отраслей права	14
26.3. Применение институтов гражданского права в уголовном праве	20
26.4. Влияние гражданского права на развитие отраслей частного права	29
26.5. Влияние гражданского права на развитие комплексных отраслей права	30
26.6. Выводы	32
Глава 27. Верховенство права: идея и реальность	34
27.1. Верховенство права как идея	34
27.2. Верховенство права как реальность	42
27.3. Общие выводы	49
Глава 28. Имплементация иностранного гражданского права в национальное законодательство	50
28.1. Имплементация английского права в гражданское законодательство Казахстана	50
28.1.1. Введение	50
28.1.2. Понятие английского права	50
28.1.3. Неудачные попытки имплементации общего права	53
28.1.4. Юридические лица	55
28.1.5. Представительство	60
28.1.6. Договорное право	61

28.2. Принципы и тенденции применения норм частного права Европейского Союза и Казахстана	69
28.2.1. Истоки частного права Республики Казахстан	69
28.2.2. Становление европейского частного права	71
28.2.3. Принципы частного права в ЕС и в Казахстане	75
28.2.4. Имплементация отдельных положений европейского частного права	78
28.2.5. Заключение	80
Глава 29. Перспективы внедрения судебного прецедента в правовую систему Казахстана	81
29.1. Два аспекта имплементации английского права	81
29.2. Имплементация судебного прецедента	81
29.3. Опыт России	83
29.4. Концепция «Үлгі»	84
29.5. Перспективы внедрения прецедента в судебную систему Казахстана	87
Подраздел VIII. Гражданское право в современном мире: отдельные институты	
Глава 30. Применение норм гражданского законодательства	90
30.1. Применение как форма реализации норм права	90
30.2. Понятие применения права	90
30.3. Применение гражданского законодательства по аналогии	94
30.4. Аналогия закона и права по законодательству Республики Казахстан	97
Глава 31. Толкование норм гражданского законодательства	105
31.1. Понятие толкования норм законодательства	105
31.2. Способы (методы) толкования	109
31.3. Толкование норм гражданского законодательства Республики Казахстан	111
31.4. Выводы и предложения	120
Глава 32. Применение и толкование договора	121
32.1. Применение договора	121
32.2. Толкование договора. Понятие	122

32.3. Объективный и субъективный подходы к толкованию договора	123
32.4. Сходство и различия между толкованием права и толкованием договора	132
32.5. Толкование договора по законодательству Республики Казахстан	133
32.6. Возможность применения правил зарубежного законодательства в казахстанском праве	143
32.7. Выводы и предложения	147
Глава 33. Право требования как объект гражданских прав (на примере правового положения Национального фонда Республики Казахстан) – в соавторстве с К.В. Мукашевой	148
33.1. Национальный фонд Республики Казахстан и его правовой режим	148
33.2. Национальный Банк Республики Казахстан: публичное и частное	150
33.3. Национальный Банк и оперативное управление	156
33.4. Вещные и обязательственные права в гражданском законодательстве РК	158
33.5. Деньги как объект гражданских прав	160
33.6. Право собственности и право требования в отношениях по доверительному управлению имуществом	163
33.7. Доверительное управление в казахстанском праве	169
33.8. Выводы и практические предложения	175
Глава 34. Неимущественные права	177
34.1. Личные неимущественные права: правовое регулирование	177
34.2. Блага и права как объекты гражданских прав	180
34.3. Виды объектов гражданских прав	182
34.4. Личные неимущественные блага как объекты личных неимущественных прав	184
34.5. Неимущественные права юридических лиц	188
34.6. Информация как объект неимущественных прав	192
34.7. Цифровизация и авторское право	195
34.8. Деловая репутация	197
34.9. Выводы	201

Глава 35. Исковая давность в законодательстве постсоветских стран: мифы и реальность	204
35.1. Введение	204
35.2. Миф первый. Субъективный критерий определения начала течения срока исковой давности: «узнал или должен был узнать»	204
35.3. Миф второй. Нарушение прав потерпевшего как необходимый элемент начала течения исковой давности	210
35.4. Миф третий. Объективная исковая давность	212
35.5. Миф четвертый. Начало течения срока исковой давности по обязательствам	215
35.6. Выводы	236
Глава 36. Товарищество с ограниченной ответственностью: переход права на долю при ее продаже	238
36.1. Различные подходы к определению момента возникновения права на долю в хозяйственном товариществе	238
36.2. К вопросу о теории «несозревших прав»	240
36.3. Могут ли правомочия по доле в товариществе переходить по частям?	249
36.4. Каков порядок перерегистрации товарищества?	251
36.5. Выводы	254
Глава 37. Преддоговорные отношения	255
37.1. Переговоры как преддоговорная стадия	255
37.2. Соглашение о намерениях	268
37.3. Предварительный договор (pactum de contrahendo)	269
37.4. Общие выводы	277
Глава 38. Специальные договорные конструкции (общие договоры) и их место в системе права	278
38.1. Введение	278
38.2. Классификации договоров	279
38.3. Юридические конструкции в науке права и в системе права	284
38.4. Применение положений системного подхода к институту права	289
38.5. Общие договоры в системе права	292

38.6. Некоторые особенности договоров, входящих в группу общих договоров	298
38.7. Выводы	301
Глава 39. Банковские договоры (прозрачность для клиентов и третьих лиц) – в соавторстве с Е.Б. Осиповым	302
39.1. Прозрачность для клиентов	302
39.2. Прозрачность для третьих лиц	315
Глава 40. Внедоговорные обязательства	323
40.1. Внедоговорное обязательство как вид обязательства	323
40.2. Деликтные обязательства	333
40.3. Обязательство по предупреждению причинения вреда	338
40.4. Неосновательное обогащение	339
40.5. Действия в чужом интересе без поручения	345

Подраздел VII
ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО
В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ:
ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Глава 26. ВЛИЯНИЕ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА НА РАЗВИТИЕ НАЦИОНАЛЬНОГО ПРАВА

26.1. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Гражданское право занимает центральное место в системе национального права в силу того, что оно является всеобъемлющим, охватывающим всю жизнь человека от рождения (и даже до рождения – права зачатого ребенка) и до смерти (и даже после смерти – завещание, авторские права). Оно регулирует основу любого общества – право собственности, в том числе на землю, недра и другие природные ресурсы. Оно определяет правовое положение субъектов гражданского оборота – граждан, индивидуальных предпринимателей, юридических лиц и государства, регулирует многочисленные и разветвленные связи между ними.

В силу этого гражданское право с неизбежностью оказывает влияние на все другие отрасли национального права в большей или меньшей степени.

Важное значение для усиления такого влияния имеет, конечно, сохранение баланса в вечном противостоянии и взаимовлиянии частного и публичного права. Этот баланс постоянно меняется: то усиливается частное право, и тогда пышным цветом расцветают рыночные отношения; то преобладающее влияние приобретает публичное право, и тогда частнопроводные институты хиреют и порою даже гибнут.

26.2. ВЛИЯНИЕ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА НА РАЗВИТИЕ ПУБЛИЧНЫХ ОТРАСЛЕЙ ПРАВА

Я не буду опять говорить о соотношении и противоречиях между публичным и частным правом. Я по-прежнему убежден, что главное в эффективности правового регулирования – это разграничение отношений, регулируемых публичным и частным правом, ибо они принципиально несовместимы.

Отношения, регулируемые публичным правом, – это отношения власти-подчинения; отношения, регулируемые частным правом, – это равноправные отношения между субъектами гражданского оборота. Это коренные различия, через которые нельзя переступить. Все попытки как-то объединить их, создать какие-то публично-частные отношения ни к чему хорошему не приводят.

Причем обычно публичное право вторгается в частное право или пытается использовать категории и понятия частного права.

Я всегда отрицательно относился к использованию в публичном праве гражданско-правовых понятий. Это касалось и понятия налогового обязательства, и финансовых договоров.

Я думаю, выход из сложившегося положения можно найти в том, чтобы как-то отграничивать одинаково звучащие понятия в гражданском и публичном праве. Я предлагаю использовать, например, в налоговом праве понятие «квазиобязательство», в финансовом и административном праве – понятие «квазидоговор».

К сожалению, по милости нашего законодателя в гражданское законодательство проникают чуждые ему понятия из публичного права. Например, в ГК РК было закреплено, что структурными подразделениями юридического лица являются филиал и представительство. Это общепризнанное и хорошо работающее положение. Однако Законом от 27 февраля 2017 г. в ст. 43 ГК вставлен еще один вид: «иное обособленное структурное подразделение юридического лица». Появляется еще одно понятие в ст. 43 ГК: «стационарные рабочие места». Что это такое и зачем это нужно было вводить в ГК, непонятно. Вернее, понятно, что все это списано из Налогового кодекса, где налоговики придумывают для себя чуждые гражданскому праву понятия. Я неоднократно критиковал разработчиков Налогового кодекса за это, в том числе и за «иные обособленные структурные подразделения».

Самое смешное, что разработчики Налогового кодекса учли критику и исключили это понятие из Кодекса. Теперь там под структурными подразделениями юридического лица понимаются в полном соответствии с прежним (до 2017 г.) ГК филиал и представительство (подпункт 26) ст. 1 Налогового кодекса от 27 декабря 2017 г.). Даже налоговики поняли неприемлемость данного положения. А наши доблестные разработчики включают понятия, исключенные из Налогового кодекса, в Гражданский кодекс.

Однако есть институты, которые применяются и в гражданском, и в публичном праве.

Например, понятие **юридическая ответственность**. Есть общеправовое понятие ответственности, есть отраслевые понятия: уголовная, административная, материальная, гражданско-правовая. Но и здесь есть проблемы, связанные со смешением публичных и частных элементов. Например, не существует экологической или инвестиционной ответственности, как нередко утверждается в специальной литературе¹. Есть гражданско-правовая, административная, иногда уголовная ответственность в экологических или инвестиционных отношениях.

¹ См., например: *Ерофеев Б.В.* Экологическое право. М.: Высшая школа, 1992. С. 162-176; *Петров В.В.* Экологическое право России. М.: БЕК, 1995. С. 287-330; *Кульмелев С.Т.* Экологическое право Республики Казахстан. Общая часть: Учебное пособие. Алматы: Изд-во NURPRESS, 2011. С. 358; *Мороз С.П.* Инвестиционное право: Учебник. 3-е изд. Алматы: КазГЮУ, 2006. С. 220.

Есть и спорные понятия. Например, распространены утверждения, что понятие **собственность** – это понятие общеправовое и отношения собственности регулируются различными отраслями права, например, конституционным, административным и даже уголовным.

В частности, В.Д. Мазаев институт права собственности вслед за другими авторами признает межотраслевым. В нем, по его мнению, присутствуют элементы: конституционно-правовые, цивилистические, хозяйственно-правовые, финансовые и другие¹.

Появляются, например, такие высказывания:

«Право собственности, по существу, межотраслевой институт, включающий конституционно-правовые, административно-правовые, уголовно-правовые и иные нормы публичного характера, а также частноправовые (гражданско-правовые) нормы. Будучи разновидностью вещного права, совокупностью однородных правовых норм, правовым институтом, право собственности относится к важнейшей подотрасли гражданского права – вещному праву»².

В этом утверждении первое предложение противоречит другому. Что-то одно из двух: или межотраслевой институт, или институт подотрасли гражданского права.

Вряд ли правильно признавать институт права собственности межотраслевым. Право собственности – это институт гражданского права. Это отрицать невозможно. Поэтому отнюдь не случайны противоречия в рассуждениях Ю.Н. Андреева. Это факт, который невозможно отрицать. Ведь и публичная, и государственная собственность – это гражданско-правовые институты, и они регулируются (или должны регулироваться) точно так же, как частная собственность.

Что касается конституционного права, то конституционные принципы пронизывают все национальное право, в том числе гражданское право. Если доводить эту идею до абсурда, то получится, что все гражданско-правовые отношения регулируются конституционным правом.

Впрочем, относительно соотношения конституционного и гражданского права у меня есть своя концепция. Я не буду здесь ее приводить, те, кто ею заинтересуется, могут посмотреть мои работы³.

¹ См.: *Мазаев В.Д.* Понятие и конституционные принципы публичной собственности. М., 2004. С. 412; См. также: *Рыженков А.Я., Черноморец А.Е.* Очерки теории права собственности (прошлое и настоящее). Волгоград: Изд-во «Панорама», 2005. С. 409-419.

² См.: *Андреев Ю.Н.* Собственность и право собственности: цивилистические аспекты: Монография. М.: Изд-во Норма: ИНФРА-М, 2013. С. 9.

³ См.: Конституционное право как суперотрасль права. – В кн.: *Сулейменов М.* Право как система: Монография. Алматы: Юрид. фирма Зангер, 2011. С. 112-113; *Сулейменов М.* Право как система. М.: Статут, 2016. С. 117-129.

Собственность в гражданском праве рассматривается как абсолютное правоотношение, в котором собственнику противостоит неопределенный круг обязанных лиц. Эта конструкция подвергалась критике и в дореволюционной, и в современной литературе¹.

Но что взамен?

А взамен публично-правовая конструкция: правоотношение между собственником и государством. При этом государство рассматривается не как правовое лицо, а как политически властвующий субъект, как публичная власть, *impetium*. То есть это сторона, способная не просто ограничить эгоизм собственника, но и вообще лишить его собственности².

С.И. Архипов раскритиковал публичную концепцию собственности, справедливо указывая, что в ней нивелируется свобода собственности, право превращается в долг собственника по отношению к обществу, фигура государства заслоняет собой других субъектов права, государство как правовой субъект, служитель правопорядка подменяется властвующим субъектом, навязывающим свою волю государству³.

Однако что предлагает С.И. Архипов взамен?

А предлагает он синтез публично-правовых и частных элементов. Отношения собственности он предлагает рассматривать как корпоративно-правовое явление, детище правового союза. В этом союзе государство выступает не как властитель, суверен, а как посредник между собственником и иными субъектами права. Причем государство в отношениях собственности выступает как полисубъектное образование, целостное множество юридических лиц (органов, учреждений), объединенных общими целями, принципами⁴.

Ну и в чем отличие от публично-правовой теории? В отношениях с собственником выступает то же самое государство в лице его многочисленных органов. А то, что государство будет выступать не как суверен, а как член корпоративного союза, – это сказочки для легковерных. Все аргументы, которые С.И. Архипов выдвигал против публично-правовой теории, с таким же успехом можно применить против его теории.

Таким образом, все попытки вывести понятие права собствен-

¹ См., например: *Петражицкий Л.И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. 2-е изд. Т.2. СПб., 1910. С. 406-407; *Генкин Д.М.* Право собственности в СССР. М., 1961. С. 36-38; *Лапач В.А.* Субъективные гражданские права и основания их возникновения // Журнал российского права. 2001. №10. С. 93; *Щенникова Л.В.* Вещное право: Учеб. пособие. Краснодар, 2004. С. 64.

² См.: *Алексеев Н.Н.* Собственность и социализм. Опыт обоснования социально-экономической сущности евразийства // Русская философия собственности (XVII-XXвв.). СПб., 1993. С. 371-375.

³ См.: *Архипов С.И.* Собственность: правовые грани: Монография. М.: Юрлитинформ, 2014. С. 42.

⁴ См.: *Архипов С.И.* Указ. соч. С. 43-48.

ности за пределы гражданского права обречены, на мой взгляд, на провал.

Гражданское право оказывает влияние прежде всего на те публичные отношения, которые тесно связаны с гражданско-правовыми. Прежде всего это **финансовые отношения**.

В советские годы все финансовые отношения были публичными. Хотя и тогда имелись колебания и отклонения от генеральной линии партии. В основном это было связано с банковскими отношениями. Тогда уже велись дискуссии о двойственной природе Национального Банка: выполнение им властно-управленческих и гражданско-правовых функций.

С развитием рыночных отношений вся эта конструкция публичных финансов развалилась.

Появилось разделение на частные финансы и государственные финансы. Частные финансы – это, несомненно, гражданское право.

Но и в государственных финансах появились отношения, которые регулируются гражданским правом. Прежде всего – это банковские отношения: договор банковского счета, договор государственного кредитования. Также это – договор государственного займа. Финансисты называют эти договоры финансовыми договорами, то есть публичными. Между тем это гражданско-правовые договоры в чистом виде. Точно так же страховые отношения, вопреки утверждениям финансистов, являются гражданско-правовыми¹.

Тесную связь некоторых понятий гражданского и финансового права можно продемонстрировать на примере понятия «деньги». Опуская всю аргументацию, я приведу здесь только выводы, сделанные мною в статье «Деньги как объекты гражданских прав».

Исходя из функций денег как экономического понятия, можно сделать вывод, что деньги в правовом смысле являются главным образом объектами гражданских правоотношений, выступающих как товарно-денежные отношения, регулируемые гражданским правом. Деньги как объект финансовых отношений имеют право на существование, но только как выражение права государства регулировать функционирование денег в товарно-денежных отношениях путем установления законного платежного средства, эмитированно введенного в обращение государством, и контроля за соблюдением денежно-валютного законодательства. Денежные отношения, регулируемые финансовым правом, – это отношения по вертикали, возникающие между государством в лице его государ-

¹ См.: Сулейменов М.К. Гражданско-правовые отношения в сфере финансов // Материалы Пятой Международной научно-теоретической конференции «Худяковские чтения по финансовому праву» (Алматы, 31 мая 2014 г.) / Под общ. ред. Е.В. Порохова. Алматы: ТОО Налоговый эксперт, 2014. Вып. 5. С. 144-158; См. также: Сулейменов М.К. Избранные труды по частному праву (2011-2016). Том 1. Гражданское право. Алматы, 2016. С. 206-217.

ственных органов и лицами, участвующими в товарно-денежном обращении. Товарно-денежные отношения, в которых деньги выступают всеобщим эквивалентом товара, являются предметом гражданского права. Поэтому естественно, что деньги выступают в основном и главным образом как объект гражданских прав. Деньги как объект финансовых отношений, если будет доказано существование такой категории, играют вспомогательную и обслуживающую роль по отношению к деньгам в гражданском праве. Поэтому, как мне кажется, неудачными выглядят попытки выделить денежное обращение как институт финансового права. Если проанализировать все учебники по финансовому праву, ясно видно, что в разделах, посвященных денежному обращению, анализируются отношения по расчетам и кредитованию, которые, несомненно, выступают предметом регулирования гражданского права. Поэтому следует согласиться с выводами А.И. Худякова о том, что такого раздела в особенной части финансового права быть не может. Деньги в финансовом праве выступают как финансы и поэтому они являются основой всех институтов финансового права и должны быть предметом регулирования общей части финансового права¹.

Нередко встречаются утверждения, что в самом ГК имеется немало норм публичного права. Так ли это на самом деле?

Понятие «публичный» в ГК употребляется в разных значениях.

1. В смысле открытости и доступности для всех: публичная отчетность общества, публичные торги, публичная оферта, публичное исполнение, публичный показ, публичное обещание вознаграждения.

2. Как вид договора (публичный договор);

3. Исконный смысл (только в ст. 1090 ГК – оговорка о публичном порядке)².

Поэтому говорить о применении в ГК понятия «публичный» в его исконном значении как публичного права говорить не приходится.

Но в ГК есть некоторые положения, которые можно расценить как элементы публичного права:

1) акты государственных органов как основание возникновения гражданских прав и обязанностей, признание их недействительными;

2) государственная регистрация прав на имущество, сделок,

¹ См.: Сулейменов М.К. Деньги как объекты гражданских прав // Научные труды по финансовому праву. Актуальные проблемы правового режима денег и правовых основ денежной системы: Материалы Шестой международной научно-теоретической конференции «Худяковские чтения по финансовому праву». Вып. 6 / Под общ. ред. Е.А. Порохова. Алматы: Налоговый эксперт, 2016. С. 183-202; См. также: Сулейменов М.К. Избранные труды по частному праву (2011-2016). Том 1. Гражданское право. Алматы, 2016. С. 520-537.

² См.: Таланина Э.В. Публичное право и экономика: Курс лекций. М.: Волтерс Клувер, 2011. С. 74-75.

юридических лиц, индивидуальных предпринимателей, результатов интеллектуальной деятельности, товарных знаков и пр.;

- 3) государственное лицензирование;
- 4) государственное участие в преобразовании юридического лица (по решению уполномоченного государственного органа или суда);
- 5) участие в гражданских отношениях государства и административно-территориальных образований;
- 6) государственная собственность;
- 7) приватизация и национализация;
- 8) реквизиция и конфискация;
- 9) государственное регулирование цен;
- 10) государственные требования к качеству товаров;
- 11) договоры для государственных нужд (поставка, подряд и пр.);
- 12) государственный надзор за страховой деятельностью, а также обязательное государственное страхование;
- 13) защита прав потребителей¹;
- 14) национальные компании, национальные управляющие холдинги, национальные холдинги (глава 12 Закона о государственном имуществе);
- 15) приоритетное право РК на приобретение стратегического объекта.

Однако наличие публичных элементов в ГК не означает, что ГК регулирует публичные отношения. Публичные элементы в ГК включаются тогда, когда они порождают гражданские правоотношения. Административные акты в ГК рассматриваются как основания возникновения гражданских прав и обязанностей, регистрация рассматривается как порождающая гражданские правоотношения. То же самое можно сказать о национализации, реквизиции и конфискации и других публичных элементах. То есть сам процесс регистрации или лицензирования ГК не рассматривает, для этого существуют специальные законы. Вот эти законы являются комплексными, регулирующими и публичные, и частные отношения. ГК интересуют только гражданско-правовые последствия этих публичных элементов.

26.3. ПРИМЕНЕНИЕ ИНСТИТУТОВ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА В УГОЛОВНОМ ПРАВЕ

На первый взгляд, сама постановка этого вопроса кажется странной. Казалось бы, какое отношение имеет уголовное право к гражданско-правовым нормам, регулирующим частно-правовые отношения? Однако, как оказалось, эта проблема существует и

¹ См.: Таланина Э.В. Указ.соч. С.75-79.

даже приобрела характер социальной катастрофы, разрушающей принцип верховенства права и единства судебной системы.

Речь идет об искусственной криминализации экономической деятельности и создании «уголовного гражданского права» с искажением гражданско-правовых понятий и созданием своего извращенного понятийного аппарата.

Для обоснования этих положений я воспользуюсь результатами исследований, изложенных в коллективной монографии о верховенстве права¹. Это совершенно замечательная монография, к сожалению, недооцененная и не получившая в юридической среде того внимания, которого она заслуживает. И хотя она издана в Москве и на российских материалах, руководителями проекта были выходцы из Казахстана Елена и Игорь Новиковы, при активном участии ведущего казахстанского адвоката А. Розенцвайга. В монографии немало замечательных положений, позволяющих по-новому взглянуть на привычные вещи. Я назову только некоторые из них, связанные с соотношением гражданского и уголовного права.

1. Уголовное право охраняет, но не регулирует охраняемые, в том числе гражданско-правовые, отношения. Именно Уголовный кодекс (УК) не содержит и не может содержать нормы о коллизии уголовного и гражданского законодательства, о порядке применения терминов, понятий и институтов гражданского законодательства в УК. Термины, понятия и институты гражданского законодательства могут применяться и пониматься в УК **только и исключительно** так, как они применяются и понимаются в гражданском законодательстве.

2. Зачастую для правоприменителей, работающих в иной, не гражданско-правовой сфере, существует какое-то **«свое» гражданское право**, с настоящим гражданским правом не имеющее ничего общего. Применение такого «своего гражданского права» приводит к тому, что взамен единой системы права возникает некоторое число не связанных друг с другом «заповедников», где активно применяется, например: «уголовное гражданское право» или «налоговое гражданское право» (с присущими правоприменительной практике налоговых органов и даже судов «налоговыми обязательствами», «договором как формой ухода от налогов», «ценой» договора, устанавливаемой не сторонами договора, а налоговым органом, и пр.), ознакомление с которыми у цивилиста может вызвать только недоумение².

3. Преступление с точки зрения гражданского права. Ситуа-

¹ См.: Верховенство права и проблемы его обеспечения в правоприменительной деятельности: Международная коллективная монография. М.: Статут, 2009. С. 608.

² Там же. С. 137.

цию, когда уголовная юстиция квалифицирует в качестве преступления отношения, которые с позиции гражданского права признаются легальными гражданскими правоотношениями, трудно назвать иначе, как юридическим абсурдом. Между тем это весьма распространенное явление в практике уголовной юстиции.

4. **Кража** со времен римского права рассматривалась как *furtum* (кража) – совершаемые без правовых (гражданско-правовых) оснований и помимо воли собственника (законного владельца) односторонние действия, которыми лицо приобретает фактическое владение на чужую вещь и тем самым обогащается и причиняет ущерб собственнику (законному владельцу) вещи, лишая его владения вещью.

А теперь посмотрим, как кража звучит в уголовном праве:

«хищение – совершенные с корыстной целью противоправные безвозмездные изъятие и (или) обращение чужого имущества в пользу виновного или других лиц, причинившие ущерб собственнику или иному владельцу этого имущества» (подпункт 17) ст. 3 УК РК (аналогично – Примечание к ст. 158 УК РФ).

В чем отличие этого определения от гражданско-правового понятия?

1) Исчезает одностороннее действие «помимо воли собственника» (что приводит к тому, что потерпевший может быть участником преступления).

2) Вместо отсутствия правовых оснований завладения вещью появляется общее понятие «противоправность». Это приводит к тому, что хищение можно констатировать на основании той или иной статьи УК. Отсутствие правовых оснований вообще не исследуется либо «разрешается» тем, что любое гражданско-правовое по сути действие (выдача доверенности, сделка, договор, передача имущества и т.д.) определяется как «фиктивное», «подложное», что на практике означает «локальную смерть» гражданского права, которое попросту игнорируется уголовной юстицией.

3) Но наибольшее удивление вызывает возможность обращения чужого имущества в **пользу других лиц**. Кто эти таинственные другие лица, понять невозможно.

4) Безвозмездность хищения понимается отлично от трактовки безвозмездности в гражданском праве. В уголовном праве к безвозмездности приравнивается изъятие имущества не только без предоставления эквивалента (возмещение), но и **без предоставления достаточного (равного по стоимости) эквивалента**. Это положение противоречит гражданскому понятию эквивалента и берет начало в социалистическом гражданском праве, где В.И. Ленин считал буржуазным принципом «равное за равное» и возможным определением государством объективного эквивалента в договоре с предоставлением права сторонам договора корректировать его. Это приводит к тому, что в уголовном праве безвозмездность подменя-

ется отношениями возмездными, причем уровень этой возмездности определяется усмотрением органов юстиции¹.

5. **«Уголовное гражданское право».** Прежде всего это касается Постановления Пленума Верховного Суда РФ №51 от 27 декабря 2007 г. «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате» (так же как и Нормативного постановления Верховного Суда РК от 29 июня 2017 г. №6 «О судебной практике по делам о мошенничестве»).

Анализ этих постановлений показывает, что здесь конструируется свое, уголовное гражданское право. Даже трудно поверить, что такое толкование дается высшими судебными органами: мошенничество в форме приобретения права, принятия на себя обязательств, получения аванса, предоплаты за поставку, мошенничество, законченное с момента юридически закрепленной возможности вступить во владение и т.п.

Едиственная граница, которая, по мнению Верховного Суда, разделяет гражданско-правовое отношение и преступление – это наличие уголовного умысла. Конечно, значительно «проще» найти эту «границу» в чужой голове, чем пытаться ответить на вопрос, куда же делось гражданско-правовое отношение, которое (откроем для тех, кто «не знает» эту «тайну») имеет место даже в случаях, когда одна из сторон вводит другую в заблуждение (п.1 ст. 179 ГК РФ, п. 8 ст. 159 ГК РК), и существование которого свидетельствует о наличии гражданско-правового основания владения у «похитителя» и, соответственно, означает (всего-навсего) отсутствие «в преступлении» такого признака преступления, как противоправность, каковая никаким «уголовным умыслом», как известно, не заменяется.

Создается впечатление, что, согласно позиции Верховного Суда, даже если имущество было передано по воле «потерпевшего» и «мошенник» имеет гражданско-правовые основания владения этим имуществом, это не имеет никакого значения и является преступлением. Единственное, что для этого нужно – найти в голове приобретателя «уголовный умысел». С подобным толкованием невозможно согласиться, поскольку до того (а не вместо того), как может быть установлено наличие уголовного умысла, сначала нужно ответить на следующий вопрос: если, по оценке самого Верховного Суда, речь идет о договорах, сделках, векселях, правах на имущество и т.д., то куда «деваются» эти гражданские правоотношения, где основания их прекращения? Ведь, если гражданское правоотношение возникло, то оно прекращается по основаниям, предусмотренным законом (исполнение обязательства, признание сделки судом недействительной и т.д.), но никак не отысканием «уголовного умысла», каковой нигде в законе в ка-

¹ См.: *Таланина Э.В.* Указ.соч. С. 137-153.

честве основания прекращения гражданского правоотношения не установлен¹.

Постановление Пленума Верховного Суда РФ описывает объективную сторону мошенничества как сделку. Но ведь сделка – это гражданско-правовой институт, а сделка, совершенная под влиянием обмана, – это оспоримая сделка. И она является действительной до тех пор, пока по иску потерпевшего не признана недействительной. Здесь нет места уголовному преступлению, все должно решаться только гражданско-правовыми средствами.

Об уголовном преступлении можно говорить лишь тогда, когда сделки нет. Когда она не совершена, когда договор считается незаключенным в силу того, что стороны не согласовали предмет, так как потерпевший хочет не то, что ему передает мошенник, а мошенник, обозначая предмет договора со своей стороны, намеренно изъясляет не свою действительную волю, а формирует ложное волеизъявление с целью обмануть потерпевшего.

6. Сделка как преступление. Во многих статьях УК РФ и УК РК употребляются формальные термины гражданского права: сделка, приобретение права, выполнение работ, оказание услуг, хранение, перевозка, кредит, создание коммерческой организации, передача имущества во владение, отчуждение, продажа и т.п. В других случаях используются более общие, описательные понятия: изготовление, сбыт, оборот, разработка, производство, пересылка, приобретение и т.п.

Между тем последствия нарушения сделки должны определяться прежде всего не уголовным, а гражданским законодательством.

Одни и те же действия лица не могут быть одновременно легальной, действительной (не ничтожной) сделкой, порождающей гражданские права и обязанности, и противоправным деянием, нарушающим уголовный закон и влекущим уголовную ответственность. Таким образом, не вызывает сомнения, что в объективную сторону состава преступления может входить только ничтожная сделка (не-сделка), при этом ничтожность сделки устанавливается исключительно на основании норм гражданского права, но не на основании уголовного закона.

Последнее следует отметить особо, так как у органов следствия почти всегда неизбежно возникает соблазн, воспользовавшись ст. 168 ГК РФ (п.1 ст. 157 ГК РК), объявить ничтожной любую сделку только на том основании, что термин «сделка» используется в какой-либо статье УК РФ.

Только установление на основании норм гражданского законодательства ничтожности сделки позволяет рассматривать действия, составляющие содержание ничтожной сделки, как действия, которые могут входить в объективную сторону состава преступления.

¹ См.: *Таланина Э.В.* Указ.соч. С. 156-157.

В этом смысле ст. 168 ГК РФ (ст. 157 ГК РК), определяющая, что сделка, не соответствующая требованиям закона или иных правовых актов, ничтожна, если (!) закон не устанавливает, что такая сделка оспорима, или не предусматривает иных последствий нарушения, может применяться только в системной связи с требованиями п.2 ст. 3 ГК РФ (п.1 ст. 3 ГК РК), который устанавливает, что гражданское законодательство состоит из Кодекса и принятых в соответствии с ним иных федеральных законов, регулирующих гражданско-правовые отношения. Таким образом, установление ничтожности сделки может быть основано только на нормах гражданского права, что означает невозможность и недопустимость устанавливать наличие или отсутствие ничтожности сделки на основании нормы уголовного закона, поскольку УК РФ норм гражданского права не содержит и содержать не может¹.

Особое место в смысле использования института сделки занимают статьи УК РФ о легализации, которые фактически (и, как представляется, совершенно бесосновательно) ставят знак равенства между понятиями «сделка» и «преступление». Статья 174 УК РФ устанавливает: «Совершение финансовых операций и **других сделок** с денежными средствами или иным имуществом, заведомо приобретенными другими лицами преступным путем (за исключением преступлений, предусмотренных статьями 193, 194, 198, 199, 199.1 и 199.2 настоящего Кодекса), в целях придания правомерного вида владению, пользованию и распоряжению указанными денежными средствами или иным имуществом – наказывается ...». Статья 174.1 УК РФ устанавливает: «Совершение финансовых операций и **других сделок** с денежными средствами или иным имуществом, приобретенными лицом в результате совершения им преступления (за исключением преступлений, предусмотренных статьями 193, 194, 198, 199, 199.1 и 199.2 настоящего Кодекса), либо использование указанных средств или иного имущества для осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности – наказывается ...».

Аналогичное положение закреплено в ст. 218 УК РК:

«Вовлечение в законный оборот денег и (или) иного имущества, полученных преступным путем, посредством **совершения сделок** в виде конверсии или перевода имущества, представляющего доходы от уголовных правонарушений, либо владение и использование такого имущества, сокрытие или утаивание его подлинного характера, источника, места нахождения, способа распоряжения, перемещения, прав на имущество или его принадлежности, если известно, что такое имущество представляет доходы от уголовных правонарушений, а равно посредничество в легализации денег и (или) иного имущества, полученных преступным путем, – наказывается...».

¹ См.: Таланина Э.В. Указ.соч. С. 173.

Рассматривая использование понятия «сделка» применительно к легализации, нельзя не обратить внимание на то, что постановление Пленума Верховного Суда РФ от 18 ноября 2004 г. №23 «О судебной практике по делам о незаконном предпринимательстве и легализации (отмывании) денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем» толкует применение термина «сделка» в ст. 174 и 174.1 УК, как представляется, по меньшей мере неполно. Пункт 19 данного Постановления разъясняет: «Под финансовыми операциями и другими сделками, указанными в статьях 174 и 174.1 УК РФ, следует понимать действия... направленные на установление, изменение или прекращение связанных с ними гражданских прав и обязанностей». Таким образом, толкуя указанные нормы уголовного закона, Верховный Суд просто воспроизвел легальное определение сделки, содержащееся в ст. 153 ГК РФ.

Аналогичное положение закреплено в Нормативном постановлении Верховного Суда Республики Казахстан от 18 июня 2004 г. №2 «О некоторых вопросах квалификации уголовных правонарушений в сфере экономической деятельности»:

«10. Под предусмотренной в статье 218 УК легализацией (отмыванием) денег или иного преступно нажитого имущества следует понимать вовлечение в законный оборот доходов от уголовных правонарушений, совершения сделок в виде конверсии (преобразования) и иных формально правомерных действий с целью сокрытия факта криминального происхождения имущества.

По смыслу статьи 218 УК, к конверсионным относятся сделки, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей, а равно на создание видимости возникновения или перехода гражданских прав и обязанностей. При этом финансовые операции и сделки заведомо для виновного маскируют связь легализуемого имущества с основным уголовным правонарушением, на что указывает характер этих действий, направленный на сокрытие факта преступного приобретения имущества и обеспечение его открытого оборота».

Отсутствие в упомянутых Постановлениях указания на то, что в объективную сторону составов преступлений, предусмотренных ст. 174 и 174.1 УК РФ (ст. 218 УК РК), могут входить только ничтожные сделки, неизбежно приводит к тому, что согласно толкованию Верховного Суда РФ (и Верховного Суда РК) одни и те же действия одних и тех же лиц являются одновременно и легальной сделкой (действиями, направленными на возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей) и преступным, уголовно наказуемым деянием. С таким толкованием вряд ли можно согласиться.

Много проблем при легализации имущества возникает с опре-

делением титула законного владельца или собственника, при наличии которого легализация невозможна. Размытость понятия легализации, установленного в нормах УК, не позволяет установить действительное содержание уголовной нормы.

Вышеизложенное свидетельствует о том, что избранная российским (и казахстанским) законодателем конструкция легализации в виде сделок, целью которых является придание правомерного вида владению, пользованию и распоряжению имуществом, приобретенным в результате преступления, является крайне неудачной и основана на механистическом и нарушающем требования системности права использовании терминов и институтов гражданского права таким образом, что это создает очевидные и без изменений в порядке *de lege ferenda* неустранимые пробелы в уголовной регламентации легализации¹.

7. Юридическое лицо как преступник. Еще одним направлением искажения понятий гражданского права является отождествление действий юридического лица и его работников. При этом полностью игнорируется, что действия физического лица, действующего в качестве органа юридического лица, являются действиями юридического лица, а не выступающего от его имени физического лица. Таким образом, уголовная юстиция считает возможным привлекать к уголовной ответственности физическое лицо за действия, которые согласно гражданскому законодательству являются действиями иного субъекта права (юридического лица), т.е. имеет место уголовная ответственность за действия другого лица.

В некоторых случаях правоохранительные органы квалифицируют сделки об отчуждении имущества, совершенные исполнительным органом (директором) хозяйственного общества, как присвоение или растрату этим органом имущества общества. В обоснование такого утверждения правоохранительные органы приводят довод о том, что орган хозяйственного общества действовал якобы вопреки воле и интересам самого общества. Такая позиция правоохранительных органов неприемлема с точки зрения действующего законодательства. Юридические лица приобретают гражданские права и принимают на себя гражданские обязанности через свои органы (п.1 ст. 53 ГК РФ, п. 1 ст. 37 ГК РК). Следовательно, в том случае, если орган юридического лица действует в соответствии с правовыми актами и учредительными документами, он выражает волю юридического лица. Не существует никакой другой воли юридического лица, кроме воли, сформированной его органом.

До тех пор, пока сделка, заключенная исполнительным органом хозяйственного общества, не признана судом недействительной, эта сделка порождает соответствующие гражданские права и обя-

¹ См.: *Таланина Э.В.* Указ.соч. С.183.

занности для самого хозяйственного общества. Исполнение такой сделки хозяйственным обществом соответствует гражданскому законодательству; более того, неисполнение такой сделки противоправно. Таким образом, совершение и исполнение такой сделки ни в коем случае не может быть квалифицировано как противоправное изъятие имущества у хозяйственного общества.

Сделка, совершенная хозяйственным обществом, может быть оспорена самим обществом или его акционером (участником), если эта воля сформирована с нарушением закона. В частности, крупная сделка или сделка, в совершении которой имеется заинтересованность, могут быть оспорены, если они заключены в нарушение предусмотренного законом порядка. Сделка же, совершенная органом юридического лица и не оспоренная надлежащим образом, выражает действительную волю этого юридического лица. Следовательно, утверждая, что выраженная органом юридического лица воля не является в действительности волей самого юридического лица и, следовательно, имущество, переданное юридическим лицом по соответствующей, никем не оспоренной сделке, – похищено, правоприменительные органы вступают в открытое противоречие с гражданским законодательством¹.

8. Выводы. Таким образом, мы имеем целый набор ситуаций и случаев, когда гражданско-правовые принципы и понятия используются в уголовном праве в искаженном виде, когда нормальные и законные гражданские правоотношения в уголовном праве рассматриваются как преступления. Ситуация является совершенно неприемлимой и требующей эффективного решения.

В качестве первых шагов можно воспользоваться предложениями, сделанными авторами коллективной монографии (кстати, авторами главы 2 монографии «Применение институтов гражданского права в иных отраслях права» являются А.Г. Федотов, А.В. Рахмилович):

- Включить в ГК пункт следующего содержания: «Нормы, институты, понятия и термины гражданского законодательства не могут применяться или толковаться в иных отраслях законодательства и судами иначе, чем это установлено нормами гражданского права».

- Исключить из примечания 1 ст. 158 УК РФ (подпункт 17) ст. 3 УК РК) слова «или других лиц».

- Изменить ст. 174 и 174.1 УК РФ (ст. 218 УК РК) таким образом, чтобы определение легализации не давалось через термин «сделка».

- Отменить разъяснения Верховного Суда РФ (Нормативное постановление Верховного Суда РК), основанные на отождествлении легальных гражданско-правовых отношений и преступлений.

- Отменить разъяснения Верховного Суда РФ (Нормативное по-

¹ См.: *Таланина Э.В.* Указ.соч. С.184-185.

становление Верховного Суда РК), толкующие безвозмездность преступлений иначе, чем это установлено гражданским законодательством¹.

26.4. ВЛИЯНИЕ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА НА РАЗВИТИЕ ОТРАСЛЕЙ ЧАСТНОГО ПРАВА

К частному праву РК относятся гражданское право, семейное право, трудовое право, международное частное право, частное процессуальное право.

Семейное право отпочковалось от гражданского права, но практически остается его частью, поэтому все принципы и институты гражданского права в той степени, в которой они связаны с семейными отношениями, применимы в семейном праве.

Трудовое право – это трудовой контракт между работодателем и работником. Все остальные трудовые отношения вытекают или должны вытекать из трудового контракта. Трудовое право тем более эффективно, чем меньше оно зависит от установленных государством запретов и ограничений.

Государственное влияние в трудовом праве заключается в законодательном определении условий трудового контракта, и главное, условий расторжения трудового контракта. Законодатель или становился на сторону работника, обставляя его увольнение большими барьерами. Например, в советское время уволить нерадивого работника порою было крайне затруднительно. В условиях рыночной экономики приоритетом в защите прав по трудовому контракту пользуется работодатель, ибо в условиях быстро меняющихся условий производства и потребления, тем более в условиях третьей, а затем и четвертой промышленной революции работодатель должен обладать правом свободного расторжения трудового контракта. Это означает усиление гражданско-правового аспекта трудовых отношений, освобождения их от административных наслоений.

Для защиты прав и интересов работников должны существовать независимые профсоюзы, нацеленные не на выполнение указаний властей, а на отстаивание интересов работников в упорной борьбе с работодателями.

Международное частное право – это гражданское право в правоотношениях, осложненных иностранным элементом. В отличие от международного публичного права, которое является самостоятельной правовой системой, единой для всех государств, участвующих в международных договорах, международное частное право является национальным правом частно-правового цикла.

¹ См.: Верховенство права и проблемы его обеспечения в правоприменительной деятельности: Международная коллективная монография. М.: Статут, 2009. С. 187.

И, наконец, **частное процессуальное право**. Это новая отрасль права, сформированная мною вслед и в какой-то степени параллельно с Г.В. Севастьяновым¹.

Вначале было только арбитражное право в составе частного права. Но затем в Казахстане стала развиваться медиация и поэтому назрела необходимость включить в систему права право альтернативного рассмотрения споров (АРС).

Право АРС состоит из трех видов: переговоры (negotiation), посредничество (mediation), арбитраж (arbitration).

Право АРС – это отдельные способы частного разрешения споров и оно целиком входит в сферу частного права. В то же время способы альтернативного рассмотрения споров являются процессуальными способами и входят в сферу процессуального права. Но это не государственное процессуальное право (гражданское процессуальное право), относящееся к публичному праву. В отличие от него, АРС является частным процессуальным правом.

Поэтому мы можем говорить о новой отрасли права, которую можно назвать частным процессуальным правом, сохранив одновременно и название «право АРС».

Между понятиями «частное процессуальное право» и «право альтернативного разрешения споров» можно провести определенную разницу. Альтернативное разрешение споров – это процессуальные процедуры, осуществляемые различными способами: переговоры, медиация, арбитражное разбирательство. Частное процессуальное право – это самостоятельная отрасль права, состоящая из институтов: примирительные процедуры (переговоры и медиация) и арбитраж.

Я предлагаю такое определение:

Частное процессуальное право (право альтернативного разрешения споров) представляет собой самостоятельную отрасль частного права, регулирующую методом юридического равенства общественные отношения по внесудебному разрешению споров и урегулированию правовых конфликтов на началах саморегулирования или самостоятельно, или с помощью посредника либо третейского судьи.

26.5. ВЛИЯНИЕ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА НА РАЗВИТИЕ КОМПЛЕКСНЫХ ОТРАСЛЕЙ ПРАВА

Влияние гражданского права на развитие комплексных отраслей права очевидно. В комплексных отраслях гражданское право составляет значительную, иногда преобладающую часть норм. Имен-

¹ См.: *Севастьянов Г.В.* Теоретические основы альтернативного разрешения споров: концепция частного процессуального права. С. 119; См. также: *Севастьянов Г.В.* Правовая природа третейского разбирательства как институт альтернативного разрешения споров (частного процессуального права). СПб: АНО Редакция журнала Третейский суд. М.: Статут, 2015. С. 44-48.

но в комплексных отраслях права происходит основная борьба и взаимодействие публичного и частного права.

Это можно продемонстрировать на примере права недропользования.

В советское время права недропользования не существовало в принципе, было административное распределение месторождений, никаким гражданским правом тогда и не пахло.

Так уж вышло, что первые Законы независимого Казахстана о нефти и о недрах и недропользовании писала группа цивилистов под моим руководством. И мы подготовили их по модели гражданско-правового договора. Во главу угла был поставлен контракт на недропользование (контракт на разведку и добычу нефти). Именно тогда я придумал право недропользования по примеру права землепользования, которое мы придумали месяцем ранее. Ибо все эти законы (о земле, о нефти, о недрах и недропользовании и др.) мы писали в течение очень короткого периода, когда был разогнан Парламент РК и Указы, имеющие силу Закона, принимал Президент РК.

Это было золотое время для разработчиков законов, когда мы могли не оглядываться на поправки министерств, правительства, комитетов Парламента, депутатов Парламента и т.д., и т.п. Наши проекты шли прямо «с колес» на подписание Президентом.

И поскольку мы были цивилистами до мозга костей, все законы, которые мы писали (а мы написали их тогда почти 40), неизменно приобретали цивилистический характер.

Впоследствии законы о земле, о недрах и недропользовании приобретали самые разные оттенки и варианты, но цивилистическая составляющая в них осталась.

То же самое нам удалось сделать с Законом о государственном имуществе. Было много разных вариантов, но мы построили проект Закона по цивилистической модели: возникновение права государственной собственности, осуществление права государственной собственности, прекращение права государственной собственности.

К этому присоединили компетенцию государственных органов, нормы о государственных юридических лицах и об АО и ТОО с государственным участием – и Закон о государственном имуществе приобрел свою форму как комплексного правового акта с преобладающим цивилистическим влиянием.

И, наконец, о грустном.

В своей концепции о комплексных отраслях права я допускал возможность принятия комплексного законодательного акта в любой сфере экономики, кроме сферы предпринимательства.

Мы с проф. Ю.Г. Басиным всю жизнь вели борьбу с любыми попытками принять Предпринимательский (Хозяйственный, Коммер-

ческий) кодекс. При этом мы исходили из того, что принятие комплексных законодательных актов возможно везде, кроме предпринимательских отношений. Ибо Гражданский кодекс регулирует те же самые отношения, что и Предпринимательский кодекс. Печальный опыт Украины, где хозяйственникам удалось «протащить» принятие Хозяйственного кодекса в один день с Гражданским кодексом, должен был предостеречь нас от таких экспериментов.

Тем не менее идея Предпринимательского кодекса возникла на самом высоком уровне. Причем в самом начале ее возникновения мы потеряли некоторых цивилистов, которые только прикидывались ими, но на самом деле оказались ренегатами и были готовы уничтожить Гражданский кодекс ради возможности получить какие-то блага и привилегии. В итоге ожесточенной, изнурительной борьбы нам удалось отбить атаки на Гражданский кодекс. В последнем варианте проекта Предпринимательского кодекса (а их было больше десяти) уже не говорилось о посягательстве на Гражданский кодекс, а утверждалось, что Предпринимательский кодекс содержит нормы только о государственном регулировании и поддержке предпринимательства.

То есть Предпринимательский кодекс теперь – это законодательный акт публичного права. Ну и бог с ним, можно было бы сказать. Но он приносит вред, во-первых, тем, что объединил механически и с исключением некоторых важных положений ряд вполне по себе нормально существовавших законов; и, во-вторых, включил в себя ряд норм, которые являются гражданско-правовыми нормами. Уже сейчас возникают проблемы, связанные с принятием Предпринимательского кодекса РК. Эти проблемы будут множиться, и, я думаю, докажут всю ненужность и бесперспективность такого правового феномена, как Предпринимательский кодекс Республики Казахстан.

26.6. ВЫВОДЫ

Таким образом, наступление этапа четвертой промышленной революции ставит перед гражданским правом новые задачи. Необходимо выработать новые юридические понятия и механизмы, позволяющие эффективно регулировать новые отношения, возникающие по мере наступления эры компьютеризации, роботизации и цифровизации. В то же время это не означает, что существующие нормы и понятия гражданского права теряют свою роль. Классическое гражданское право в современном мире сохраняет свою лидирующую роль в регулировании общественных отношений.

Следует воздерживаться от поспешных и непродуманных изменений Гражданского кодекса и других законов. Только после теоретического анализа новых понятий и их апробации на практике

можно говорить об изменении законодательного регулирования. В первую очередь это касается цифровых прав и цифровых денег.

Гражданское право как ведущая отрасль права продолжает оказывать влияние на развитие всех отраслей национального права: на публичные отрасли, прежде всего на финансовое право, на отрасли частного права, на комплексные отрасли права. При этом недопустимо использовать гражданско-правовые понятия в других отраслях права, особенно в публичных, придавая им искаженный смысл. Недопустимо также в угоду чиновничьим амбициям уничтожать Гражданский кодекс путем переноса почти половины его норм в Предпринимательский кодекс.

27.1. ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА КАК ИДЕЯ

Для начала общераспространенное, можно сказать, – обыденное понимание верховенства права:

Верховенство права (верховенство закона (англ. rule of law) – правовая **доктрина**, согласно которой никто не может быть выше **закона**, все равны перед законом, никто не может быть наказан иначе как в установленном законом порядке и только за его нарушение. Верховенство закона подразумевает, что все подзаконные акты и акты правоприменения подчиняются и не противоречат закону. Согласно естественно-правовой теории верховенство права требует, чтобы все нормативные правовые **акты** (в том числе конституция и законодательство) и вся деятельность государственной власти были подчинены защите достоинства, свободы и прав человека. Государство, в котором реализовано верховенство права, называют правовым¹.

В этом определении, взятом из Википедии, много неточностей и принципиально неверных положений, в частности, смешиваются понятия «верховенство права» и «верховенство закона», «верховенство права» и «господство права» и т.д. Но я привел это определение в качестве примера поверхностного и распространенного понимания такой сложной категории, как верховенство права.

Развернутые положения о верховенстве права содержатся в Докладе о верховенстве права, утвержденном Европейской комиссией за демократию через право (Венецианской комиссией) на 86-й пленарной сессии (Венеция, 25-26 марта 2011 года)².

Как говорится в этом Докладе, концепция «верховенства права», наряду с демократией и правами человека, является одним из трех столпов Совета Европы и закреплена в преамбуле к Европейской конвенции о правах человека.

Верховенство права само по себе является неотъемлемой частью любого демократического общества, и само понятие верховенства права требует, чтобы все официальные лица относились к любому человеку с уважением его достоинства, соблюдая принцип равенства, рационально и на основе права, а также чтобы у каждого была возможность обжаловать любые решения в независимых и

¹ См.: https://ru.wikipedia.org/wiki/Верховенство_права.

² См.: www.venice.coe.int/webforms/documents/debanet.aspx?pdbbile=CDL...rus; см. также: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31150625.

беспристрастных судах, если эти решения являются незаконными. Само судебное разбирательство должно быть справедливым. Таким образом, верховенство права ориентировано на осуществление власти и отношения между отдельным человеком и государством.

Упоминания о верховенстве права можно найти в преамбуле к Уставу Совета Европы и в преамбуле к Европейской конвенции о защите прав человека. Однако в этих документах не дается определение понятию «верховенство права» («Rule of law» или «Rechtsstaat», или «Etat de droit»). Содержание данного принципа не проясняет и Резолюция 1594 (2007), озаглавленная «Принцип верховенства права», принятая Парламентской Ассамблеей Совета Европы 23 ноября 2007 г.

Больше информации на эту тему можно найти в прецедентной практике Европейского суда по правам человека. С позиции суда верховенство права – это такая концепция, которая заложена в любой статье Конвенции (и при этом Суд использует не только термины «верховенство права» («pre'eminence du droit»), но и «правовое государство» (по-французски «Etat de droit»). По делу «Голдер (Golder) против Соединенного Королевства» (1975) Суд заявил (в пункте 34), что «вряд ли можно представить себе верховенство права при отсутствии возможности доступа к судам». См. также «Филис (Philis) против Греции» (1991). Ссылаясь на принцип верховенства права в качестве неотъемлемой части всех статей Конвенции, Суд придает ему и субстантивный характер.

В Организации Объединенных Наций понятие верховенства права, которое появилось в преамбуле ко Всеобщей декларации прав человека (1948), используется для продвижения ряда принципов, которые различаются в зависимости от конкретных условий. В Резолюции Комиссии ООН по правам человека, принятой в 2005 году, подчеркиваются такие аспекты, как разделение властей, верховенство права и равная защита на основании закона.

В национальном законодательстве термин «Rechtsstaat» («правовое государство») фигурирует в ряде положений Основного закона Германии, в частности, в том, что касается конституционного порядка в землях Германии и Европейского Союза. Кроме того, в Германии получило распространение субстантивное толкование термина «Rechtsstaat» как в доктрине конституционного права, так и в практике Конституционного Суда.

В Соединенном Королевстве понятие «Rule of law» («верховенство права») является важным конституционным принципом, признанным в качестве ограничения в отношении действий правительства и осуществления властных полномочий. Это понятие применяется судами, а в Законе о конституционной реформе 2005 года конкретно упоминается понятие «верховенство права».

Понятие верховенства права (или правового государства) призна-

но в качестве основы государственного устройства в ряде Конституций бывших социалистических стран Центральной и Восточной Европы. Ссылка на этот принцип встречается реже в старых демократиях (в Андорре, Германии, Испании, Мальте, Норвегии, Португалии, Турции, Финляндии, Швейцарии, Швеции). В основном его упоминание можно увидеть в преамбулах или в иных общих положениях. В Испании предусмотрены более конкретные положения, согласно которым «суды контролируют власть в процессе принятия нормативных актов и смотрят за тем, чтобы органы управления руководствовались в своих действиях принципом верховенства права; суды, так же, как и прокуратура, подчиняются принципу верховенства права. В Швейцарии «деятельность государства основывается на верховенстве права и ограничивается им».

Однако зачастую понятие «верховенство права» трудно найти в бывших социалистических странах, которые имели опыт жизни в условиях «социалистической законности». Классический марксистский подход основывается на идее отмирания государства и, следовательно, законов, от него исходящих. Хорошо известно, что на самом деле практика в рамках советской системы привела к гипертрофированному развитию самого государства.

В советской конституции 1936 года (статья 113), например, говорится о том, что «высший надзор за точным исполнением законов всеми Народными Комиссариатами и подведомственными им учреждениями, равно как отдельными должностными лицами, а также гражданами СССР возлагается на Прокурора СССР». Здесь нужно обратить внимание, помимо особой роли генеральной прокуратуры, на слова «за точным исполнением законов». В данном случае речь не идет об общей концепции «верховенства права», а о намного более узком понятии точного исполнения законов на основе весьма позитивистского подхода. Это исключало возможность выхода за пределы первого этапа определения верховенства права – «верховенство закона» («rule by law») или «управление на основе законодательства» («rule by the law»).

Данная концепция может по-прежнему применяться на практике и препятствовать развитию более полного определения понятия верховенства права; право воспринимается скорее как инструмент власти, чем как ценность, которую необходимо уважать. Иными словами, особенно это касается новых демократий, такие ценности, как верховенство права, по-прежнему должны «закрепиться», то есть стать частью повседневной практики или войти в «правовое сознание».

Подтверждением правильности этих положений является, на мой взгляд, то, что в Казахстане до сих пор в соответствии с пунктом 1 статьи 83 Конституции РК «прокуратура от имени государства осуществляет высший надзор за точным и единообразным

применением законов, указов Президента Республики Казахстан и иных нормативных правовых актов на территории Республики». Почти дословное воспроизведение статьи 113 Конституции СССР 1936 года! О верховенстве права речи нет, да и о верховенстве закона тоже, ибо надзор за соответствием законов Конституции должен осуществлять Конституционный Совет, а не прокуратура.

Может быть, следующее определение, которое дал Том Бингхэм¹, наиболее подходящим образом охватывает главные аспекты понятия «верховенство права»: «Все лица и власти в государстве, будь то публичные, так и частные, должны быть связаны и иметь право пользоваться законами, публично принятыми, относящимися (в целом) к будущему и публично исполняемыми в судах».

Исходя из этого определения, а также из других, основанных на самых разных правовых и государственных системах, представляется, что в настоящее время можно найти консенсус в отношении необходимых составляющих верховенства права, а также правового государства, которые будут не только формальными, но и субстантивными или материальными (*materieller Rechtsstaatsbegriff*). Эти аспекты следующие:

(1) Законность, в том числе прозрачный, подотчетный и демократичный процесс принятия законодательства; (2) Правовая определенность; (3) Запрет на произвол; (4) Доступ к правосудию, обеспечиваемому независимыми и беспристрастными судами, в том числе судебное рассмотрение административных актов; (5) Соблюдение прав человека; (6) Недискриминация и равенство перед законом.

В частности, важнейшим для обеспечения доверия к судебной системе и к верховенству права является принцип правовой определенности. Это крайне важно и для продуктивных соглашений в сфере бизнеса, которые двигают развитие и экономический прогресс. Для достижения такого доверия государство должно обеспечивать, чтобы тексты законов были легкодоступными. Оно также обязано соблюдать и исполнять прогнозируемым и последовательным образом те законы, которые оно применяет. Правовая определенность требует, чтобы юридические нормы были ясными и точными и были направлены на то, чтобы обеспечивать постоянную прогнозируемость ситуаций и возникающих юридических взаимоотношений. Помимо этого, парламенту нельзя позволять нарушать основополагающие права путем принятия двусмысленных законов. Это дает важнейшую правовую защиту для людей в отношении государства, его органов и служащих. Правовая определенность и верховенство

¹ Лорд Томас Бингхэм, первый в истории Великобритании судья, которому удалось занять три наиболее важных поста в судебной системе, включая должность Лорда – Главного судьи (глава судебной системы Англии и Уэльса). Лорд Бингхэм являлся Президентом и Председателем Британского института международного и сравнительного права.

права подразумевают, что закон исполняется на практике. Это означает также, что существуют реальные условия для его исполнения¹.

Таким образом, как можно понять из Доклада о верховенстве права Венецианской комиссии, если говорить о понятийном аппарате, то имеются определенные трудности в разграничении понятий «верховенство права» и «правовое государство». Отрадно было узнать, что в казахстанской литературе проводятся достаточно глубокие исследования в этом направлении².

Как считают С.Ф. Ударцев и Ж.Р. Темирбеков, исторически идея «Rule of law» означала подчинение судей прецедентному праву – системе принципов, выработанных путем поступательного развития правосудия, судебного толкования законов и обычаев, а также независимость судей от любых приказов короля или его представителей. Задача обеспечения законности в правотворчестве и в деятельности администрации рассматривалась не как «достижение государства, подчиненного статутному праву», а как «заявка на признание «Rule of law». Поэтому понятие «Rule of law» не имеет прямого отношения к этатистским (легистским) концепциям государства. Это объясняется и тем, что монархическая власть в Британии имела более мягкие формы и в значительной мере опиралась на обычаи, традиции, признавала силу общественного мнения. В противоположность этому в основе понятия «Rechtsstaat» лежит трактовка государства, в котором власть и обязанности должны быть распределены между различными институтами, представляющими разные власти для их самосодерживания, в том числе и в правотворчестве. Причинами этого были историческое сосредоточение власти в руках монарха в конце XVIII в. и последующая борьба за то, чтобы подчинить монарха «законам, которые принял парламент».

В целом доктрины верховенства права и правового государства – два варианта обозначения приоритета права, развивавшиеся в разных правовых системах. Доктрина верховенства права является относительно более общим выражением места права в системе общества, а доктрина правового государства – относительно более частной, ориентированной на определение соотношения права и государства, на программирование правомерности и разумного ограничения (в том числе самоограничения) деятельности государства как главного института, обеспечивающего правотворчество и правоприменение. В то же время эти две доктрины тесно связаны между собой и в условиях встречного движения, сближения правовых систем, их дальнейшей унификации и гармонизации различия между данными доктринами уменьшаются³.

¹ Подробнее см.: Доклад о верховенстве права Венецианской комиссии.

² См.: Ударцев С.Ф., Темирбеков Ж.Р. Концепции «Rule of law» («верховенство права») и «Rechtsstaat» («правовое государство»): сравнительный анализ // Государство и право. 2015. №5. С. 5-16.

³ См.: Ударцев С.Ф., Темирбеков Ж.Р. Указ. соч. С. 13-14.

В.Е. Чиркин, проанализировав историю возникновения и применения в разных странах термина «верховенство права», также находит много общего в терминах английского «Rule of law» («верховенство права»), немецкого «Rechtsstaat» («правовое государство») и законности¹.

Может быть, в силу британского происхождения, хотя сейчас об этом уже мало кто вспоминает, в литературе по общей теории государства и права (особенно учебной) при исследовании вопроса о соотношении государства, общества и права мало говорят (почти не говорят) о верховенстве права, нежели о правовом государстве. Это понятие кажется нам более близким и определенным, чем абстрактное «Rule of law».

Впрочем, в литературе по теории права все большее распространение получает точка зрения, что термины «верховенство права» и «правовое государство» – это синонимы.

Например, В.В. Ершов полагает теоретически спорным введение в научный оборот и официальные документы как самостоятельных и различных правовых категорий – «верховенство права» и «правовое государство». В современных научных исследованиях с позиций интегративного понимания права достаточно ограничиваться одной правовой категорией – «правовое государство», так как она, по существу, поглощает правовую категорию «верховенство права»². Н.И. Козюбра считает, что «хотя в истории развития английского «Rule of law» и немецкого «Rechtsstaat» наблюдались существенные расхождения, сегодня вряд ли есть весомые основания для поиска существенных различий между верховенством права и правовым государством, как это иногда имеет место в отечественной литературе. По мнению преобладающего большинства правоведов, в современном мире они являются «обобщенными названиями родственных концепций». Отличия между ними сегодня скорее терминологические, чем содержательные»³.

¹ См.: Чиркин В.Е. Терминология верховенства права: современные варианты. В кн.: Верховенство права и правовое государство: проблемы теории и практики: Материалы X Международной научно-практической конференции (13-16 апреля 2015 г.). М.: РГУП, 2016. С. 36-40. – <https://books.google.kz/books?isbn=5040780923>.

² См.: Ершов В.В. Верховенство права и правовое государство: актуальные теоретические и практические проблемы. В кн.: Верховенство права и правовое государство: проблемы теории и практики: Материалы X Международной научно-практической конференции (13-16 апреля 2015 г.). М.: РГУП, 2016. С. 32, 35.

³ См.: Козюбра Н.И. Верховенство права – основополагающий принцип правовой и политической систем Украины // Монография: Правовая система Украины: история, состояние и перспективы: в 5 т. Харьков: Право, 2011. Т.1: Методологические и историко-теоретические проблемы формирования и развития правовой системы Украины / Под общ. ред. М.В. Цивика, А.В. Петрицева. С. 173.

Наиболее ярко соотношение понятий «правовое государство» и «верховенство права» проявляется в принципах правового государства, выделяемых в теории государства и права. Я приведу в качестве показательного примера три перечня таких принципов:

1) сущность правового государства, обе ее стороны проявляются и раскрываются в его принципах. Основные среди них, по нашему мнению: легитимность государственной власти; взаимная ответственность государства и личности при приоритете в их взаимоотношениях прав и свобод человека и гражданина; разделение властей; новый, более высокий уровень законности; единство естественного и позитивного права и связанная с ним тенденция сближения права и морали¹. Отметим, что здесь нет речи ни о верховенстве права, ни о верховенстве закона, говорится только о более высоком уровне законности;

2) принципы правового государства: верховенство закона (причем, когда речь идет о верховенстве закона, то он понимается не в расширенном смысле, отождествляясь с правом, и в самом прямом своем значении. А именно, как акт, исходящий от высшего органа государственной власти и обладающий высшей юридической силой); гарантированность и неизбежность прав и свобод граждан; реализация принципа разделения властей; поддержание в обществе режима демократии, законности и конституционности; создание внутренне единого, не противоречивого государства; наличие в стране гражданского общества². Здесь говорится о верховенстве закона;

3) либеральная концепция правового государства предполагает такую организацию государственной власти, которая подчинена праву, понятому как осуществление верховенства прав и свобод человека и гражданина. Из этих предпосылок вытекают и основные признаки правового государства: верховенство естественных и неотчуждаемых прав и свобод человека и гражданина; разделение властей; верховенство правового закона (закон находится во главе иерархии источников норм права); взаимная ответственность граждан и государства³. Как видим, авторы данной точки зрения различают верховенство права и верховенство закона.

Если вспомнить три термина, о которых говорил В.Е. Чиркин в вышеприведенной цитате (верховенство права, правовое государ-

¹ См.: *Байтин М.И.* Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). Изд. 2-е. М.: ООО ИД Право и государство, 2005. С. 462.

² См.: *Общая теория государства и права: Академический курс в 2-х томах / Отв. Рф. М.Н. Марченко.* Том 1. Теория государства. М.: Изд. Зерцало, 1998. С. 373-382 (автор главы – М.Н. Марченко).

³ См.: *Поляков А.В., Тимошина Е.В.* Общая теория права: Учебник. СПб.: Изд. дом С.-Петербур. гос. ун-та, Изд-во юрид. фак-та, С.-Петербур. гос. ун-та, 2005. С. 242, 246-251.

ство, законность), то первая точка зрения (М.И. Байтин) отражает термин «законность», вторая точка зрения (М.И. Марченко) – «правовое государство» и третья точка зрения (А.В. Поляков, Е.В. Тимошина) – «верховенство права»).

Причем первые два автора (М.И. Байтин и М.Н. Марченко) вообще не упоминают о верховенстве права, а третьи (А.В. Поляков, Е.В. Тимошина) выделяют отдельно верховенство права как верховенство прав человека и верховенство закона как законодательного акта высшего уровня.

Могут сказать, что это связано с тем, что М.И. Байтин является одним из наиболее убежденных сторонников узкого (нормативистского, легистского) понимания права, а А.В. Поляков и Е.В. Тимошина – представителями широкого понимания права (включающего в себя естественное право)¹. Однако автор второго мнения М.Н. Марченко тоже является убежденным сторонником широкого понимания права², однако он тем не менее говорит только о верховенстве закона, причем специально подчеркивает, что закон понимается не как право, а как акт высшей нормативной силы.

Представляется, что о верховенстве права можно говорить и при узком понимании права, когда право понимается как совокупность норм. Только закон надо понимать не как нормативный акт высшей юридической силы, а как совокупность всех норм законодательства. Тогда под верховенством права понимается верховенство всего нормативного массива конкретной страны, а под верховенством закона понимается верховенство нормативного акта высшей законодательной силы.

Резюмируя сказанное, можно сказать, что при определении соотношения понятий «Rule of law» и «Rechtsstaat» возможны два варианта. Если рассматривать их как очень тесно связанные, но все же различные понятия, то верховенство права должно выступать самым первым и самым главным (определяющим сущность) принципом правового государства³. Причем при широком понимании права верховенство права будет выражать принцип верховенства естественных прав человека, а верховенство закона будет выражать принцип иерархии нормативных правовых актов. При узком (нормативистском, легистском) понимании права принцип верховенства права будет выражать верховенство права в целом как сово-

¹ Об узком и широком понимании права. см.: Сулейменов М.К. Право как система: Монография. Алматы: Юрид. фирма Зангер, 2011. С. 8-20; *его же*. Право как система. М.: Статут, 2016. С. 14-26.

² См., например: Марченко М.Н. Источники права: Учеб. пособие. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005.

³ Так считает, например: Сагун В.А. Верховенство права как основополагающий принцип правового государства. В кн.: Верховенство права и правовое государство: проблемы теории и практики: Материалы X международной научно-практической конференции (13-16 апреля 2015 г.). М.: РГУП, 2016. С. 44.

купности норм, а верховенство закона будет отражать опять же иерархию нормативных правовых актов, во главе которых стоит закон.

Если же воспринять распространенную точку зрения, что «верховенство права» и «правовое государство» – это синонимы, то принципы правового государства, о которых я говорил выше, будут также и принципами «верховенства права».

27.2. ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА КАК РЕАЛЬНОСТЬ

В первой части своего исследования я попытался определить основные характеристики верховенства права как идеи. Теперь я хочу показать проблемы верховенства права как реальности.

Одной из основных характеристик верховенства права является правовая определенность, что выражается, помимо прочего, и в недопустимости принятия двусмысленных законов, и доступ к правосудию, обеспечиваемому независимыми и беспристрастными судами. Важным также является верховенство закона как одного из принципов верховенства права.

В реализации принципа верховенства права в Казахстане имеются определенные проблемы. Я назову только некоторые из них.

Переделка Предпринимательского кодекса. Совсем недавно обозначилась ситуация, которая грозит разрушить Гражданский кодекс, внести разброд и сумятицу в регулирование экономических отношений в стране. Нарушается один из принципов верховенства права – принцип правовой определенности, что означает в том числе требование не принимать противоречивые и двусмысленные законы.

Когда разрабатывался проект Предпринимательского кодекса, цивилисты Казахстана приложили все усилия, чтобы отстоять и оставить в неприкосновенности Гражданский кодекс. После ожесточенной борьбы удалось развести ГК и ПК: Гражданский кодекс регулирует гражданско-правовые, горизонтальные отношения, Предпринимательский кодекс регулирует административные, вертикальные отношения.

Однако в Стратегический план развития Республики Казахстан, утвержденный Указом Президента РК от 15 февраля 2018 г. №636, была включена Инициатива 4.9 «Развитие Предпринимательского кодекса», которая гласит буквально следующее:

«Инициатива 4.9 «Развитие Предпринимательского кодекса». Дальнейшее развитие Предпринимательского кодекса обеспечит баланс публичных и частных интересов при осуществлении предпринимательской деятельности с учетом лучших отечественных и зарубежных практик регулирования предпринимательства.

В рамках Кодекса будут регламентированы также вопросы кор-

поративного права и отражены особенности частноправовых отношений, характерных для субъектов предпринимательства, что позволит предпринимателям непосредственно использовать Кодекс как главный правовой документ в своей хозяйственной деятельности.

В то же время Кодекс должен стать главным юридическим препятствием для роста административных барьеров в предпринимательской сфере».

Ясно, что регламентация вопросов корпоративного права нацелена на изъятие из ГК норм об АО и ТОО. Но тогда встанет вопрос о государственных юридических лицах. Государственные учреждения, несомненно, останутся в ГК. А государственные предприятия, видимо, тоже в ГК, хотя они относятся к субъектам предпринимательского права? Некоммерческие юридические лица тоже останутся в ГК. А как быть с общими нормами о юридических лицах и о субъектах гражданского права? И там, и там?

Дальше в Инициативе 4.9 говорится об отражении в ПК особенностей частноправовых отношений, характерных для субъектов предпринимательства, что позволит предпринимателям использовать Кодекс как главный правовой документ в своей хозяйственной деятельности. Это значит, что, например, договоры поставки и строительного подряда уйдут в ПК, а договоры купли-продажи и подряда останутся в ГК. Но как быть с договором бытового подряда? Для подрядчика это предпринимательская деятельность, но для потребителя нет. Видимо, с учетом интересов потребителя надо оставить его в ГК. Но как тогда быть с договором перевозки пассажиров? Он тоже должен быть в ГК, но его невозможно оторвать от договора перевозки грузов, который, видимо, должен быть в ПК. А вопросы правоспособности, дееспособности, принципов гражданского права и прочее?..

Несомненно, возникнут сотни вопросов, которые невозможно будет эффективно решить. Несомненно, это внесет хаос и разброд в регулирование гражданско-правовых отношений. И меня все время мучает вопрос: зачем? Зачем устраивать эти непонятные эксперименты в такое непростое время. И это при том, что во всем мире идет обратный процесс возврата к единому гражданско-правовому регулированию даже в тех странах, где царил дуализм частного права. Почему нельзя учесть печальный опыт Украины, где за 15 лет действия Хозяйственный кодекс показал свою полную неэффективность? Слишком дорогая цена за удовлетворение чьих-то чиновничьих амбиций!

Соотношение закона и нормативных постановлений Верховного Суда РК. Верховенство закона предполагает безусловный приоритет Гражданского кодекса под другими нормативными правовыми актами. С этой точки зрения большие нарекания вызывают

нормативные постановления Верховного Суда РК. Это нормативные правовые акты, но они предназначены только для толкования законов. Они не могут создавать новые нормативные предписания, выходящие за рамки толкования законодательства.

Тем не менее Верховный Суд нередко выходит за рамки толкования закона. Более того, Верховный Суд принимает нормативные постановления, прямо противоречащие Гражданскому кодексу. Имеется в виду, в частности, Нормативное постановление Верховного Суда РК от 7 июля 2016 г., которым Верховный Суд в противоречие Гражданскому кодексу ввел понятие ничтожных сделок. В ГК это понятие было введено позднее. Причем делаются активные попытки теоретически обосновать положение о приоритете нормативных постановлений по сравнению с другими нормативными правовыми актами¹.

Я хочу напомнить, что авторами Закона о нормативных правовых актах была группа цивилистов под моим руководством (Ю.Г.Басин, К.В. Мукашева, Б.В. Покровский, М.К. Сулейменов, А.И. Худяков). Во время подготовки проекта мы составили иерархию нормативных правовых актов и долго обсуждали, куда вставить нормативные постановления Конституционного Совета и Верховного Суда. В предложенную нами иерархию нормативных правовых актов они не поместились, поэтому решено было оставить их вне этой иерархии.

Но даже в самом страшном сне мы не могли представить, что это выделение будет рассматриваться как основание для того, чтобы ставить нормативные постановления на один уровень и даже выше интерпретируемых ими законов.

Между тем проблема решается достаточно просто. И решение ее заключается именно в том, что нормативные постановления Конституционного Совета и Верховного Суда находятся вне иерархии нормативных правовых актов и что они являются интерпретационными правовыми актами.

Нормативные постановления Конституционного Совета и Верховного Суда – это самостоятельная группа нормативных правовых актов, отличающаяся и не связанная с обычными нормативными актами. Это совершенно естественно и вытекает из теории разделения властей. Обычные нормативные акты принимаются органами законодательной и исполнительной власти, нормативные постановления принимаются органами судебной власти. Конституционный Совет занимает особое положение в системе государственных органов, но его нельзя отнести ни к законодательной, ни к исполнительной ветвям власти, поскольку он тяготеет именно к судебной ветви власти, тем более, что он был образован на базе и взамен

¹ Подробнее см.: *Сулейменов М.К.* Может ли нормативное постановление Верховного Суда быть выше закона? – ИС Параграф http://online.zakon_kz.

Конституционного Суда. Поэтому его постановления не могут вписаться в иерархию нормативных правовых актов.

Следовательно, совершенно естественно можно выделить две группы нормативных правовых актов:

- 1) нормативные правовые акты законодательных и исполнительных государственных органов;
- 2) нормативные правовые акты Конституционного Совета РК и Верховного Суда РК – интерпретационные нормативные правовые акты.

Нормативные правовые акты второй группы никак не связаны по своей юридической силе с нормативными правовыми актами первой группы. Они ни приравниваются к юридической силе нормативного правового акта, который они интерпретируют (толкуют), ни приближаются к уровню этого нормативного правового акта, ни становятся подуровнем или надуровнем. Они находятся в другой системе нормативных правовых актов.

У них особая сфера правового регулирования – интерпретация или толкование нормативных правовых актов первой группы. Они имеют вспомогательный характер, целиком зависят от нормативных правовых актов, которые интерпретируют, и никак не могут повлиять на юридическую силу кодекса, закона или подзаконного нормативного правового акта. Все эти нормативные правовые акты, начиная с конституционного закона и кончая распоряжением акима, обязательны для Верховного Суда при принятии им нормативного постановления.

У Конституционного Совета положение особое, поскольку он занимается, как правило, толкованием только Конституции РК. Но и его нормативные постановления не могут сравниваться по юридической силе с нормативными правовыми актами первой группы. Просто нормативные постановления Конституционного Совета вне этой группы.

Поэтому я считаю принципиально ошибочным и антиконституционным положение, закрепленное в п. 2 ст. 5 Закона о правовых актах: «Нормативные постановления Конституционного Совета Республики Казахстан обладают юридической силой тех норм Конституции Республики Казахстан, на основании которых они приняты». Конституция РК обладает высшей юридической силой, и ни один нормативный правовой акт, даже нормативное постановление Конституционного Совета, не может обладать силой норм Конституции.

Характерно, что относительно Верховного Суда в Законе о правовых актах подобной оговорки нет. Закрепляется лишь, что «в нормативных постановлениях Верховного Суда Республики Казахстан содержатся разъяснения по вопросам судебной практики» (п.3 ст. 5 Закона о правовых актах). И это абсолютно верное положение.

Таким образом, очень простую схему, закреплённую в Конституции и в Законе о правовых актах (Парламент, и в некоторых случаях Президент, принимают законодательные акты, Президент, Правительство и иные государственные органы принимают подзаконные нормативные акты, Верховный Суд принимает нормативные постановления, интерпретирующие и разъясняющие эти нормативные правовые акты), Верховный Суд очень активно и агрессивно пытается подменить другой схемой, по которой его нормативные постановления становятся на один уровень с законами и даже выше их. То есть судебная власть пытается взять на себя функции законодательной и исполнительной власти. Это очень опасная тенденция, и поэтому теоретическое осмысление правовой природы нормативных постановлений Верховного Суда Республики Казахстан приобретает колоссальное практическое значение.

Судебный прецедент как источник права. Ещё одной угрозой принципу верховенства права являются попытки имплементировать в национальную систему судебный прецедент как источник права. Это принципиально неверно, ибо это невозможно¹.

Свобода договора и законодательство о трансфертном ценообразовании. В соответствии со ст.2 ГК свобода договора является одним из принципов гражданского права. Необоснованное ограничение свободы договора является грубейшим нарушением основополагающих начал гражданского права. Между тем в течение многих лет налоговые органы безнаказанно и грубо вторгаются в сферу действия гражданского права и занимаются проверкой правильности действий всех участников гражданского оборота, нарушая свободу определения ими условий гражданско-правового договора. И делают это они на вполне законном основании, руководствуясь законодательством о трансфертном ценообразовании. И все настолько свыклись с этим, что обычно ставится вопрос не об отмене этих антиправовых законов, дискредитирующих идею верховенства права, а об ограничении пределов вмешательства налоговых органов в деятельность предпринимателей.

В международной практике допускается проверка налоговыми органами правильности установления контрагентами договорных цен. Но в каких случаях и для кого такие ограничения вводятся?²

Согласно Руководству ОЭСР по трансфертному ценообразованию для многонациональных корпораций и налоговых служб («Руководство ОЭСР») термин *«трансфертные цены»* означает цены,

¹ Подробнее см. главу 29 настоящей монографии.

² Здесь и далее используются материалы презентации *Каната Скакова* и *Станислава Лещака* (ТОО «Дентонс Казахстан») «Законодательство о трансфертном ценообразовании: практические аспекты и проблемы применения» на круглом столе: «Рассмотрение инвестиционных споров в Республике Казахстан. Опыт и перспективы», проведенном Верховным Судом РК 31 мая 2018 г.

по которым предприятие реализует материальные товары и нематериальное имущество или оказывает услуги **ассоциированным предприятиям**. Два предприятия считаются ассоциированными, если одно предприятие участвует, прямо или косвенно, в управлении, контроле или капитале другого предприятия или если «одни и те же лица участвуют, прямо или косвенно, в управлении, контроле или капитале» обоих предприятий (например, когда оба предприятия находятся под общим контролем).

Трансфертные цены способны оказывать влияние на формирование налогооблагаемой прибыли ассоциированных предприятий и привести к перемещению налогооблагаемой прибыли в юрисдикции с более низкой ставкой налога на прибыль. Согласно требованиям ОЭСР сделки между компаниями группы должны соответствовать «принципу вытянутой руки», при котором такие сделки должны совершаться на рыночных условиях, как если бы это были сделки между независимыми компаниями.

Вроде все логично и обоснованно. Такое вмешательство публичных органов не вызывает никаких возражений, ибо это продиктовано необходимостью устранения реальных нарушений, имеющих место на практике и совершаемых с целью уклонения от уплаты налогов, перевода капитала в страны с низкой ставкой налогов.

А как обстоит дело в Казахстане?

Согласно Закону Республики Казахстан от 5 июля 2008 года №67-IV «О трансфертном ценообразовании» («Закон о ТЦ») действие Закона о ТЦ распространяется на следующие сделки: **международные деловые операции** – сделки по экспорту и импорту товаров, работ и услуг, в которых одной из сторон является нерезидент Казахстана; сделки на территории Казахстана, **непосредственно взаимосвязанные** с международными деловыми операциями – по реализации полезных ископаемых; или если одна из сторон имеет налоговые льготы или убытки за последние два года.

Таким образом, в отличие от принципов ОЭСР, согласно действующему Закону о ТЦ контролю на предмет трансфертного ценообразования подлежат не только сделки между взаимосвязанными сторонами, но и широкий перечень международных деловых операций и даже некоторые внутренние сделки. Практически все внешнеэкономические сделки подвергаются контролю налоговых органов.

Закон о ТЦ содержит следующее определение термина «трансфертная цена»: цена, которая формируется между **взаимосвязанными сторонами** и (или) **отличается** от объективно формирующейся **рыночной цены** с учетом диапазона цен при совершении сделок между независимыми сторонами, подлежащая контролю в соответствии с настоящим Законом. То есть в Закон включены два взаимоисключающих понятия: если брать во внимание вторую

часть определения, то первая часть не нужна, ибо вторая часть ее поглощает. Создается впечатление, что первая часть включена для отвода глаз: вроде как формальное соответствие принципам ОЭСР.

Государство осуществляет контроль при трансфертном ценообразовании через органы государственных доходов, наделенных правом корректировать объекты налогообложения при выявлении отклонений цены сделки от рыночного уровня. Контроль осуществляется в форме налоговых проверок, мониторинга сделок в отношении утвержденного перечня товаров и иных процедур.

Законом о ТЦ установлена очередность использования источников информации о рыночных ценах: 1) официально признанные источники информации, утвержденные Правительством; 2) источники информации о биржевых котировках; 3) данные государственных органов; 4) информационные программы, информация участников сделок и иные источники. Однако на практике используются только официально признанные источники информации. Не принимаются во внимание альтернативные источники информации (базы данных, информационные программы), даже если они содержат более подходящую информацию, чем официальные источники. Используются источники информации, которые недоступны налогоплательщикам. Не принимаются во внимание источники, применяемые участником сделки.

В Законе содержится еще ряд положений, ставящих предпринимателей в неравноправное и унижительное положение, когда они вынуждены доказывать с привлечением многочисленных документов правильность определения цены сделки. А налоговые органы, руководствуясь только официальными источниками, игнорируют все эти доказательства.

Создалась уникальная ситуация: государство, неизвестно чем руководствуясь, решило проверять все сделки на предмет правильности установления цены, причем само же установило официальные источники информации для определения рыночных цен, отвергая все остальные источники, в том числе расчеты, сделанные самими участниками сделки.

Здесь явно просматривается наследие советского прошлого, когда устанавливался тотальный контроль за всеми участниками товарного оборота, особенно во внешнеэкономических сделках. Здесь проявляется сталинский принцип: чем искать одного виновного, легче объявить виновными всех. И пусть каждый доказывает, что он невиновен, причем еще не факт, что ему дадут возможность это доказывать.

Нельзя реформировать Закон о ТЦ, необходимо отменить этот репрессивный закон и разработать новый, основанный на принципах международной практики: только для взаимосвязанных компаний и с применением общераспространенных источников инфор-

мации. Конечно, для этого необходимо иметь всеобъемлющую базу данных, которой наши налоговые органы не обладают. Однако вместо того, чтобы создавать такую базу данных, они предпочитают проверять все компании без разбору, хотя это существенно тормозит развитие предпринимательства в Казахстане.

27.3. ОБЩИЕ ВЫВОДЫ

Идея «Rule of law» («верховенство права») зародилась в английской правовой системе. Для континентальных правовых систем более приемлемой является идея «Rechtsstaat» («правовое государство»). Эти доктрины имеют существенные различия, но в последние годы господствующим является мнение, что, несмотря на все различия, обе концепции, если их применять буквально и непосредственно, означали, что все действия, совершаемые органами власти государства, должны основываться на праве и вытекать из него. Поэтому сейчас говорят о полном тождестве этих доктрин.

При определении соотношения понятий «Rule of law» и «Rechtsstaat» возможны два варианта. Если рассматривать их как очень тесно связанные, но все же различные понятия, то верховенство права должно выступать самым первым и самым главным (определяющим сущность) принципом правового государства. При узком (нормативистском, легистском) понимании права принцип верховенства права будет выражать верховенство права в целом как совокупности норм, а верховенство закона будет отражать опять же иерархию нормативных правовых актов, во главе которых стоит закон. Если же воспринять распространенную точку зрения, что «верховенство права» и «правовое государство» – это синонимы, то принципы правового государства будут также и принципами «верховенства права».

Верховенство право как реальность в Казахстане, к сожалению, выглядит не очень привлекательно. Принципы верховенства права постоянно нарушаются и при принятии законов, и при их конкретном применении и толковании. В качестве некоторых (из многих) примеров можно привести стремление разрушить Гражданский кодекс путем переноса значительной части его норм в Предпринимательский кодекс, попытки поставить Нормативное постановление Верховного Суда наравне или даже выше закона, попытки внедрения судебного прецедента в правовую систему Казахстана, нарушение принципа свободы договора законодательством о трансфертном ценообразовании, извращение понятий гражданского права в уголовном законодательстве.

Глава 28. ИМПЛЕМЕНТАЦИЯ ИНОСТРАННОГО ПРАВА В НАЦИОНАЛЬНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО

28.1. ИМПЛЕМЕНТАЦИЯ АНГЛИЙСКОГО ПРАВА В ГРАЖДАНСКОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО КАЗАХСТАНА

28.1.1. Введение

5 мая 2015 года на расширенном заседании Правительства Республики Казахстан Президент Республики Казахстан обозначил 100 конкретных шагов по реализации пяти институциональных реформ в рамках реализации Плана нации. Одной из этих пяти институциональных реформ является обеспечение верховенства закона. В развитие этих реформ Правительство Республики Казахстан предложило рассмотреть вопрос об имплементации британского права в национальное законодательство Республики Казахстан. В связи с этим возникает необходимость рассмотрения вопроса о том, что такое английское право и как оно может вписаться в правовую систему Казахстана.

28.1.2. Понятие английского права

Прежде всего надо определиться с названиями. В документах говорится об имплементации британского права в национальное законодательство. Это не совсем точно, ибо британского права как понятия не существует.

В специальной литературе употребляется понятие «английское право», под которым понимают право Англии и Уэльса. Кроме того, в Великобритании существуют отличные от английского права право Шотландии (с элементами римского права) и Северной Ирландии. Иногда говорят о праве Великобритании (Объединенного Королевства) в целом, но в сравнительном правоведении анализируется в первую очередь английское право как право Англии и Уэльса¹.

Как пишет классик сравнительного правоведения Рене Давид, «сфера применения английского права ограничивается Англией и Уэльсом. Оно не является ни правом Соединенного Королевства, ни правом Великобритании, так как Северная Ирландия, Шотландия, острова Ла-Манша и остров Мэн не подчиняются английскому праву. Поэтому от термина «британское право» следует отказаться»².

¹ См., например: *Томсинов А.В.* Понятие договорных убытков в праве Англии, США и России. М.: Зерцало-М., 2010. С. 1; *Зенин И.А.* Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учебник и практикум для бакалавриата и магистратуры. 14-е изд. М.: Изд-во Юрайт, 2015. С. 41.

² См.: *Рене Давид, Камилла Жоффре-Спинози.* Основные правовые системы современности. М.: Международные отношения, 1996. С. 208.

Как известно, основными типами правовых систем в мире являются две: система общего права (англосаксонская) и система континентального права (романо-германская). Между ними существуют очень серьезные различия, поэтому часто говорят, что это практически два разных права.

Английское право относится к системе общего права (*common law*), казахстанское право – к континентальному праву, так как в основе его лежит германское право.

Английское право часто называют прецедентным правом (*case law*). Это не совсем точно. Конечно, прецедентное право составляет подавляющую часть английского права. Создавалось поначалу английское право судами, которые при рассмотрении дел руководствовались местными обычаями. Со временем решения судов (прецеденты) становились обязательными при рассмотрении всех аналогичных дел нижестоящими судами. Однако наряду с **общим прецедентным правом (*common law*)** в Англии сложилось и действует прецедентное **право справедливости (*law of equity*)**, формируемое судами лорда-канцлера, в которые обращались с прошением о восстановлении справедливости. Суд лорд-канцлера не был связан с прецедентами общего права. В 1873 г. был принят Закон о судеустройстве, который закреплял приоритет права справедливости по сравнению с общим правом.

Кроме того, в праве Англии существует т.н. **статутное право**. Формально законы (акты парламента) имеют приоритет перед судебными прецедентами. Однако фактически прецедентное право сохраняет свое доминирующее значение (к примеру, в сфере действия норм о договоре и обязательствах из причинения вреда)¹.

Наряду с законами, важным источником является **делегированное законодательство**, подзаконные нормативные акты, принимаемые правительственными организациями. В то же время суд имеет право отменить норму делегированного права, если установит, что она была принята с превышением полномочий или же были допущены процедурные нарушения².

В Англии нет разделения на гражданское и торговое право, как нет и разделения на частное и публичное право. Это чуждое нам право.

Как пишет Рене Давид, «различие в структуре права, как мы это увидим, действительно полное. С точки зрения известных делений права мы не найдем в английском праве ни деления на право пу-

¹ См., например: *Пятин С.Ю.* Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учебное пособие. 2-е изд. М.: Издательско-торговая корпорация Дашков ИК®, 2011. С. 24-27.

² См.: *Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учеб. пособие / Под ред. С.Н. Бабурина, Р.А. Курбанова.* М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2013. С. 17-18.

бличное и право частное, ни деления, столь естественного на наш взгляд, на право гражданское, право торговое, право административное, право социального обеспечения. Вместо этого мы находим в английском праве деление в первую очередь на общее право и право справедливости.

На уровне понятий мы также будем частично дезориентированы, не найдя в английском праве таких понятий, как родительская власть, узуфрукт, юридическое лицо, подлог, непреодолимая сила и т.п. Зато нам встретятся такие незнакомые понятия, как доверительная собственность, встречное удовлетворение, эстоппель, треспасс и др., которые нам ни о чем не говорят. Не соответствуя ни одному из знакомых нам понятий, термины английского права непереводаемы на другие языки, как термины фауны и флоры разных климатов. Когда любой ценой хотят перевести эти термины, их смысл, как правило, теряется. Трудность не уменьшается даже при кажущейся адекватности: «договор» английского права не более адекватен «договору» французского права, чем английское equity, право справедливости, французскому понятию «справедливость»; administrative law вовсе не означает административное право, а civil law – гражданское право»¹.

Принципиальная несовместимость английского и континентального права вытекает еще из того, что континентальное право выросло из римского права, а английское право не могло воспринять римское право по ряду причин.

Во-первых, римское право имело преимущественно частный характер, которое не могло быть использовано королевскими (вестминстерскими) судами, решавшими в рамках своей юрисдикции не частные, а публично-правовые споры. Во-вторых, на пути рецепции римского права в Англии существовали препятствия в виде не совместимых с римским правом местных традиций и обычаев. В-третьих, это вытекало из особенностей эволюционного развития Англии и ее правовой системы, не вызывавших необходимости выхода за рамки общего права².

Весьма своеобразный, даже уникальный характер английского права выражается в высоком уровне независимости судебной власти. Это вытекает из того, что общее право – это в первую очередь судебное право.

Суды формируют право, и это действительно настоящая власть³.

¹ См.: Рене Давид, Камилла Жоффре-Спинози. Указ. соч. С. 226-227.

² См.: Марченко М.Н. Сравнительное правоведение: Учебник. 2-е изд. М.: Проспект, 2016. С. 420-421.

³ См.: Рене Давид. Основные правовые системы современности (сравнительное право). М., 1967. С. 311; Марченко М.Н. Указ. соч. С. 424-428.

Механический перенос принципов английского права на нашу почву, где суды не обладают, мягко говоря, настоящей независимостью, но зато обладают значительной коррумпированностью, не даст надлежащего эффекта.

28.1.3. Неудачные попытки имплементации общего права

Попытки внедрить в право Казахстана и других стран СНГ принципы и элементы англосаксонского права предпринимались неоднократно.

Во время проведения законодательной реформы в Казахстане американскими советниками предпринимались активные попытки внедрить у нас элементы общего права. Иногда это удавалось. В частности, под их влиянием был принят Закон об акционерных обществах 1998 г. со множеством англо-американских понятий. Однако этот закон оказался неработающим, так как он не вписался в правовую систему Казахстана, и в 2003 г. он был отменен и заменен новым Законом об акционерных обществах, полностью основанным на понятиях континентальной системы права.

Однако в целом нам удалось отбиться от чуждых нашей системе понятий, в частности, от попыток внедрить институт доверительной собственности – траст. В России понятие траста удалось протащить в Указе Президента РФ Б.Н. Ельцина, однако эта попытка с треском провалилась.

Мы трансформировали институт траста в понятный нам институт доверительного управления. И этот институт, созвучный континентальной системе права, благополучно существует до наших дней.

Многие проблемы в современном корпоративном праве возникли в основном из-за попыток использовать понятия англосаксонской системы права.

Только из-за непонимания различий общего права и континентального права у нас появилось закрытое акционерное общество, взятое из англо-американской системы права, причем из-за неправильного перевода понятий общего права. Между тем закрытое акционерное общество из общего права есть не что иное, как ТОО из континентального права. Только в 2003 г. нам удалось избавиться от ЗАО, переведя их или в АО, или в ТОО.

Та же ситуация имеет место и в России.

Лишь в настоящее время появляются откровенные признания того, что «попытка принести в нашу континентальную правовую систему комплекс англосаксонских элементов была в значительной мере оторвана от реальности. Появились конфликты, и фактически англосаксонская идея была применена для того, чтобы раскатать старую собственность, но поскольку ни нравы, ни традиции, ни

психика населения, властей и собственников не были англосаксонскими, то получился жуткий гибрид...»¹.

Однако, как пишет Е.А. Суханов, на этом подходе воспитано целое поколение экономистов и политиков, в том числе занявших положение, позволяющее им определять как общие направления законодательного развития в сфере экономики, так и наиболее принципиальные конкретные законодательные решения.

Более того, обсуждение предложений по новой редакции Гражданского кодекса (в том числе в области корпоративного права) в органах публичной власти и бизнес-сообщества, особенно с представителями Минэкономразвития России и рабочей группы по созданию Международного финансового центра (МФЦ), выражавшими консолидированную критическую позицию, показало активное стремление этих кругов к всеохватывающей либерализации российского корпоративного законодательства и придания ему максимальной «диспозитивности» путем его всестороннего сближения с исторически чужеродным ему англо-американским корпоративным правом, якобы обладающим некими заведомыми преимуществами по сравнению с континентальным европейским правом. При этом не только создаются ошибочные представления о содержании и основных направлениях современного корпоративно-правового развития и формируется искаженное правосознание у лиц, не осведомленных о фактическом состоянии дел в рассматриваемой области, но и начинает оказываться определенное негативное влияние на реальные экономические процессы.

Так, в начале 2013 г. ряд отечественных печатных СМИ сообщили о возможности преобразования ОАО «Роснано» «в новую правовую форму, аналогичную тем, в которых работают мировые венчурные фонды и фонды частных инвестиций – general partnership/limited partnership (GP /LP)», не преминув при этом указать, что «в российском законодательстве аналоги (GP /LP) появились около года назад с принятием законов об инвестиционном товариществе и хозяйственном партнерстве», а инициаторами разработки этих «более гибких форм, чем традиционные акционерные общества, выступили как раз «Роснано» и Российская венчурная компания. Между тем названные «новые формы» (GP /LP) в действительности являются не чем иным, как известными уже не одну сотню лет полными и коммандитными товариществами, статус которых в действующем российском праве давно и подробно урегулирован в ст. 69-86 ГК РФ. Что же касается действительно новых

¹ Из выступления Л.М. Григорьева на заседании «круглого стола» «Обеспечение права собственности» (5 июня 2009 г., Москва) (Верховенство права и проблемы его обеспечения в правоприменительной практике: Международная коллективная монография. М., 2009. С. 444).

организационно-правовых форм, то следует отметить, что инвестиционное товарищество является разновидностью предусмотренного гл. 55 ГК РФ простого товарищества, т.е. договора о совместной деятельности (правда, серьезно искаженной нормами Федерального закона «Об инвестиционном товариществе»), а хозяйственное партнерство представляет собой не самое удачное изобретение юристов названных российских компаний, вообще не имеющее зарубежных аналогов. Во всем этом легко убедиться при сколь угодно серьезном анализе упомянутых федеральных законов. В целом же это очередное недоразумение вновь ясно показывает беспочвенность стремления большинства отечественных экономистов и некоторых бизнес-адвокатов любыми путями использовать англо-американские аналоги давно известных нашему праву юридических конструкций¹.

Все сказанное приводит к выводу, что английское прецедентное право мало подходит для казахстанской системы права.

Искусственно вставленные в нашу систему вырванные из английского права институты и понятия могут повлиять на правовую систему в целом и в конечном счете разрушить ее.

Поэтому к имплементации английского права следует подходить очень осторожно. Необходимо также дифференцированно подходить к имплементации различных институтов английского права. В частности, не стоит вообще трогать вещное право ввиду коренных различий между основными понятиями права собственности и других видов вещного права в английском и казахстанском праве.

Крайне осторожно следует подходить к использованию института субъектов права, имея в виду, что в английском праве нет понятия «юридическое лицо».

Много общего в различных системах права только в институтах представительства и договорного права.

Именно здесь можно найти ряд интересных моментов, могущих быть использованными в казахстанском праве.

28.1.4. Юридические лица

Общие положения. Законодательству Великобритании неизвестно понятие «юридическое лицо» как самостоятельная категория. Институт юридического лица рассматривается сквозь призму конкретных институтов и конкретных правовых задач, требующих решения. Такой подход предполагает, что единственным лицом, обладающим качеством правовой персональности (*legal personality*), является физическое лицо. В то же время для решения определенных задач английская правовая доктрина рассматривает проблемы правового положения коллективного лица (*collective person*).

¹ См.: Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. М.: Статут, 2014. С. 5-7.

В большинстве случаев универсальным институтом, используемым для осуществления предпринимательской деятельности несколькими лицами в качестве обособленного самостоятельного юридического лица, является институт компании.

С точки зрения английского законодательства компания является искусственным образованием, обладающим собственной «персональностью», отличной от физических лиц, ходатайствующих о регистрации компании. Компания может не существовать физически, однако признаваться обладающей собственной правоспособностью в качестве самостоятельной стороны в договорах, в обязательствах из причинения вреда. Основным выводом, который английская доктрина делает из признания за компанией самостоятельности, является признание за компанией самостоятельной ответственности, отличной от ответственности ее учредителей, акционеров, управляющих (директоров). Этот принцип получил название ограниченной ответственности (*limited liability*) и впервые был сформулирован лордом Макнахтеном в деле «*Salomon v. A. Salomon and Co. Ltd.*»: «Компания является лицом, отличным от ее учредителей, и хотя после регистрации ее деятельность будет практически совпадать с деятельностью лиц, ее учредивших и являющихся ее управляющими и получающими доходы от ее деятельности, компания не является представителем (агентом) этих лиц или их доверительным управляющим. Равным образом по обязательствам компании не отвечают ни учредители, ни участники ни в какой форме, за исключением случаев и в порядке, предусмотренном Законом (речь идет о Законе о компаниях 1987 г.)¹.

Поэтому следует очень осторожно подходить к проблеме имплементации норм английского права в сфере регулирования деятельности юридических лиц.

Конкретные предложения по имплементации английского права. Следует выделить несколько аспектов имплементации норм английского права, которую можно провести без нарушения принципов построения системы законодательства Казахстана:

- 1) ликвидация государственных предприятий;
- 2) включение в ГК норм о корпорациях и корпоративных отношениях;
- 3) личная ответственность учредителей и руководителей юридического лица по его долгам;
- 4) установление «последующего контроля»;
- 5) отмена обязательности членства в саморегулируемых организациях.

¹ См.: Основные институты гражданского права зарубежных стран / Отв. ред. В.В. Залесский. М.: Норма, 2009. С.18; *Полковников Г.В.* Английское право о компаниях: закон и практика: Учебное пособие. М.: Изд-во НИМП, 1999. С.19-30.

Ликвидация государственных предприятий. Если есть что-то полезное для нас в английском праве, то это в первую очередь отсутствие какого-либо подобия государственных предприятий. Поэтому самым полезным видом имплементации английского права в национальное законодательство была бы ликвидация государственных предприятий на праве хозяйственного ведения и казенных предприятий путем перевода их в ТОО или АО. Мы пытались это сделать при разработке проекта Закона о государственном имуществе, но тогда не получилось. По-моему, сейчас очень подходящий случай осуществить это, начав в первую очередь с предприятий на праве хозяйственного ведения.

Включение в ГК норм о корпорациях и корпоративных отношениях. Юридические лица в Англии исторически подразделялись на корпорации, представляющие собой совокупность лиц (corporation aggregate) и единоличные корпорации (corporate sole). Единоличные корпорации – «это лица, последовательно друг за другом занимающие какую-либо публичную должность и инкорпорированные так, что образуют единое и непрерывное юридическое лицо»¹. В качестве таковых выступают, например, английский король, епископ Кентерберийский, министр почт, солиситор казначейства и другие².

Если наложить это деление на нашу действительность, то можно провести аналогию с государственными учреждениями, в частности, с государственными органами.

То есть на основе этих понятий, архаичных как и все английское право, можно уловить деление на корпорации и учреждения – деление, характерное для континентального права.

Во всяком случае, понятие корпорации, в форме которой выступают компании, можно привнести в наше право. Поэтому можно в ст. 1 ГК РК включить понятие корпоративных отношений, а в разделе, посвященном юридическим лицам, предусмотреть, наряду с делением на коммерческие и некоммерческие организации, деление на: корпорации, основанные на членстве, и учреждения (или унитарные организации), в которых нет членства.

Личная ответственность учредителей и руководителей юридического лица по его долгам. Речь идет о «проникающей ответственности» в корпоративном праве, получившей определенное распространение в ряде стран. В западноевропейской литературе она именуется «проникновение за корпоративные основы» (Durchgriff hinter den gesellschaftsrechtlichen Schleier), в американском праве – «прокалывание корпоративной маски» (Piercing Corporate Veil)».

¹ См.: Вильямс С. Основы договорного права. М., 1955. С. 386.

² См.: Полковников Г.В. Указ.соч. С. 30-31.

Иногда это называют «снятием корпоративной вуали».

В английское корпоративное право концепция «снятие корпоративной вуали» (lifting the corporate veil) перешла из американского права. Однако в Англии она используется крайне редко, поскольку английская правоприменительная практика и доктрина традиционно исходит из четкого разделения имущества корпорации и ее участников даже в случае появления компании одного лица¹.

Обоснованием такой позиции является широко известное приведенное выше дело «Salomon v. A. Salomon and Co. Ltd.».

Лишь при банкротстве в Англии допускается возложение имущественной ответственности на руководителей компании.

Вместе с тем английской судебной практике известны случаи «обратного проникновения», то есть возложения на корпорацию имущественной ответственности по долгам ее единственного участника².

В Казахстане в качестве случая «проникающей ответственности» можно назвать ответственность материнской организации по долгам дочерней организации (ст. 94 ГК) и ответственность учредителя (участника) и (или) должностных лиц должника за преднамеренное банкротство (ст. 6 Закона РК от 07 марта 2014 г. №176 –V «О реабилитации и банкротстве»).

Целесообразность установления такой ответственности не вызывает сомнений. Однако к расширению ответственности учредителей следует подходить с большой осторожностью, ибо беспредельное расширение ее ставит под угрозу само существование юридического лица.

Ограничение ответственности учредителей является краеугольным камнем теории юридического лица, которое выступает в обороте в качестве «корпоративного щита» от требований кредиторов, и чрезмерное расширение протыкания такого щита может привести к уничтожению самого смысла создания юридического лица.

В качестве примера расширения ответственности учредителей и должностных лиц юридического лица можно взять реформу гражданского законодательства РФ в сфере регулирования деятельности юридических лиц.

Федеральным законом от 5 мая 2014 г. №99-ФЗ в ГК РФ была включена ст. 53¹, закрепляющая ответственность лица, уполномоченного выступать от имени юридического лица, и членов коллегиальных органов юридического лица.

Ответственность наступает, если будет доказано, что при осу-

¹ См.: Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. М.: Статут, 2014. С. 183, 194.

² См.: Там же. С. 195.

ществлении своих прав и исполнении своих обязанностей лицо действовало недобросовестно или неразумно, в том числе если его действия (бездействие) не соответствовали обычным условиям гражданского оборота или обычному предпринимательскому риску.

Кроме того, в п.3 ст. 53¹ ГК РФ было сформулировано положение о том, что лицо, имеющее возможность определять действия юридического лица (в том числе давать указания лицам, уполномоченным выступать от имени юридического лица, и членам коллегиальных органов юридического лица), обязано действовать в интересах юридического лица разумно и добросовестно и несет ответственность за убытки, причиненные по его вине юридическому лицу.

Последнее положение ориентировано большей частью на учредителей (участников) корпорации, особенно в «one man company», где доминирующую роль играет именно учредитель.

Однако для наступления ответственности необходимы как минимум следующие условия:

- 1) лицо имеет возможность определять действия юридического лица;
- 2) нарушение обязанности действовать разумно и добросовестно;
- 3) наличие убытков, причиненных юридическому лицу;
- 4) вина лица в причинении этих убытков.

Если в Казахстане будет отсутствовать высокий уставный капитал (как в континентальном праве) и не будет предусмотрен жесткий последующий контроль (как в англо-американском праве), есть смысл установить ответственность органов управления и участников корпорации за причинение убытков юридическому лицу неразумными и недобросовестными действиями.

Установление «последующего контроля». Принципиальным отличием европейского континентального права от англо-американского является наличие в соответствии с континентальным правом уставного капитала в более-менее крупном размере и отсутствие его в соответствии с англо-американским правом.

В англо-американском праве наличие у компании имущества, необходимого для удовлетворения требований кредиторов, обеспечивается не требованием наличия у нее минимального или твердого уставного капитала, а запретом распределения ее имущества между участниками (прежде всего выплат дивидендов) в отсутствие проверки ее реального имущественного состояния¹.

В настоящее время и в Казахстане, и в России проводится политика отказа от реального уставного капитала, но при этом не вво-

¹ См.: Суханов Е.А. Указ. соч. С. 163.

дится «последующий контроль» за имущественным состоянием корпорации, как в англо-американском праве.

Получается, вводят чуждую континентальному праву англо-американскую модель, но при этом отбрасывают самую существенную часть этой модели – «последующий контроль». Таким образом, устанавливается полная бесконтрольность деятельности корпораций и отсутствие защиты кредиторов.

Вывод заключается в том, что если уж использовать англо-американскую модель, то надо брать ее целиком. Отменяя твердый уставный капитал, необходимо установить и эффективный последующий контроль.

Отмена обязательности членства в саморегулируемых организациях. Закон о компаниях не содержит деления компаний на коммерческие и некоммерческие. Отсутствие деления на коммерческие и некоммерческие компании является отличительной чертой современного английского права. Следует также обратить внимание на то, что до вступления в действие в 2002 г. Закона о рынке финансовых услуг 2000 г. (Financial Services Markets Act 2000) в Англии существовал такой особый вид компании, как саморегулируемые организации (self-regulating organizations). При этом следует отметить, что особенность таких компаний состояла не в том, что членство в таких организациях было обязательным в силу требования закона. Закон о рынке финансовых услуг отменил обязательность членства в саморегулируемых организациях для профессиональных участников рынка финансовых услуг, заменив это требованием получения соответствующей лицензии. При этом данный Закон предусмотрел, что после вступления в действие этого Закона новые саморегулируемые организации регистрироваться не будут¹.

Было бы целесообразно воспользоваться опытом английского права и в порядке имплементации английского права распространить этот принцип не только на саморегулируемые организации, но и на все объединения юридических лиц, отменив, в частности, обязательное членство юридических лиц в Национальной палате предпринимателей.

28.1.5. Представительство

В Англии основным источником представительства является судебная практика. Только деятельность такого вида торговых представителей, как факторы (агенты, которым передаются товары для продажи), урегулирована специальным Законом о факторах 1889 г.²

Под агентским договором (the contract of agency) понимается

¹ См.: Основные институты гражданского права зарубежных стран. С. 31.

² См.: Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование / Руков. авт. коллектива В.В. Залесский. М.: Изд-во НОРМА, 1999. С. 29.

договор о совершении одним лицом (агентом) действий по поручению и за счет другого лица (принципала)¹. Созданный в основном судебной практикой Англии, агентский договор в настоящее время не только широко используется в имущественном обороте внутри стран общего права, но является также одним из наиболее распространенных видов международных сделок. Не случайно процесс унификации торгового права распространяется и на сферу отношений по агентскому договору.

Агентский договор может быть направлен на совершение агентом как юридических, так и фактических действий, конечной целью которых является установление договорных обязательств между принципалом и третьим лицом. Как правило, агент действует от имени принципала, и, следовательно, заключенные им или при его содействии сделки создают права и обязанности непосредственно для принципала. Судебная практика допускает и другие способы вступления агента в отношения с третьими лицами при осуществлении возложенного на него принципалом поручения, а именно: а) агент вправе действовать от своего имени, не раскрывая перед третьим лицом существования принципала; б) агент может, указывая на то, что он выступает по поручению и за счет принципала, не раскрывать его имени².

Возможность введения агентского договора в законодательство Казахстана вытекает из Концепции правовой политики Республики Казахстан на период 2010-2020 годы, утвержденной Указом Президента РК от 24 августа 2009 г. №858. Одним из положений Концепции является закрепление целесообразности введения агентов в число субъектов гражданского права и регламентации вопросов агентского соглашения.

Реализовать это положение можно путем включения в ГК РК главы об агентском договоре по примеру ГК России и других стран СНГ. Трудности при этом, несомненно, возникнут при определении соотношения агентского договора с договорами комиссии и поручения.

28.1.6. Договорное право

Понятие. Под договором в праве РК, как и во всем континентальном праве, понимается соглашение сторон.

Английское право в процессе своего исторического развития разработало иную концепцию договора, однако провести сравнительно-правовую аналогию с понятием договора в праве стран континентальной Европы, историко-правовой анализ становления договора в английском праве как самостоятельного правового института довольно сложно. До настоящего времени договорное право Англии не

¹ См.: Ансон В. Договорное право. М.: Юрид.лит., 1984. С. 373.

² См.: Гражданское и торговое право зарубежных стран. Изд. 4-е. Т. II. М.: Международные отношения, 2008. С. 172.

только не кодифицировано, но вообще никак не систематизировано. Все институты договорного права Англии развивались, главным образом, в процессе судебной практики, при отсутствии легального определения договора как правовой категории.

Под договором в английском праве понимается обещание (promise) или ряд обещаний, снабженных исковой защитой, то есть обещаний, за нарушение которых законом установлена санкция. Из такого определения следует два вывода: 1) лицо, которому что-то было обещано, при неисполнении обещания становится кредитором и имеет право на иск, и 2) данное обещание имеет правовой характер для лица, давшего такое обещание, создает юридическую обязанность и делает его должником.

Появление такой необычной правовой конструкции, которая юристам континентальной школы права, скорее, напоминает одностороннюю сделку, историки английского гражданского права относят к XIV веку.

К концу XV века суды общего права стали признавать, что если лицо, давая обещание, приняло на себя обязательство в обмен на какой-либо эквивалент, представляющий субъективную ценность для должника, то в случае неисполнения оно обязано возместить кредитору убытки, вызванные неисполнением обещанного. Так было положено начало развитию фундаментальной доктрины английского договорного права – доктрины встречного удовлетворения (consideration)¹.

Обещание и встречное удовлетворение. Из изложенного можно сделать два вывода.

Во-первых, обещание как договор характерно только для английского права. Поэтому нет смысла использовать его в этом значении².

Однако само понятие «обещание» можно применить в казахском праве как юридический факт, тем более что такая концепция в юридической литературе Казахстана уже разработана³.

¹ См.: Гражданское и торговое право зарубежных государств. Том I. Изд. 4-е / Под ред. Е.А. Васильева и А.С. Комарова. М.: Международные отношения, 2004. С. 495-497.

² Хотя справедливости ради следует отметить, что в российской литературе появляются предложения использовать конструкцию договора-обещания в российском праве (см.: *Бекленищева И.В.* Неклассический подход к понятию гражданско-правового договора: концепция договора как обещания // *Гражданско-правовые записки: Межвузовский сборник научных трудов. Вып. 3. К 80-летию С.С. Алексеева.* М.: Статут; Екатеринбург: Институт частного права, 2004. С. 364-389).

³ См.: *Диденко А.Г.* Понятие «обещание» в гражданском праве // *Гражданское законодательство: Статьи. Комментарий. Практика.* Вып. 13. Алматы: Раритет, 2002; *его же.* Вызовы времени: Теория юридических фактов и ее отражение в правовой действительности // *Приложение к сборнику «Гражданское законодательство. Статьи. Комментарий. Практика».* Вып.44. Алматы: Раритет, 2015. С. 48-53.

Во-вторых, поскольку понятие «consideration» в английском праве появилось вынужденно, для того чтобы договор сделать договором, а в казахстанском праве такой необходимости нет, постольку, на мой взгляд, нецелесообразно включать в наше право понятие «consideration».

Эстоппель. Более применимым можно считать другое понятие, тесно связанное со встречным удовлетворением, вернее, с отсутствием встречного удовлетворения.

Это так называемый эстоппель (promissory estoppel). Его обычно переводят как «лишение права возражения на основании данного обещания». Например, А.А. Дубинчин переводит термин «proprietary estoppel» как «лишение права возражения в отношении собственности», возникающее в определенных ситуациях, в которых лицо совершило действия, полагаясь на убежденность в том, что оно обладает либо приобретет в будущем права в или над земельной собственностью (Jones v. Jones (1977)). Эта убежденность вытекает из действий либо заверений владельца недвижимости, из которых может быть выведено обещание другому лицу относительно того, что адресат обещания имеет признаваемый интерес в недвижимости, либо что он будет создан в его пользу (Leoid vanc Ple v. Posset (1991)¹.

В.В. Оробинский предлагает другое, более простое и понятное определение эстоппеля: сторона не может «съехать» с обещания, если другая сторона действовала, разумно полагаясь на это обещание.

Классическое дело, возродившее эстоппель, – это дело Central London Property Trust Ltd v. High Trees House Ltd (1947). Истец – собственник, ответчик – арендатор. По договору 1937 г. арендатор платил 2500 фунтов стерлингов в год, сдавал квартиры в субаренду и на разнице получал прибыль. Однако в 1939 г. люди из-за войны стали уезжать из Лондона, у арендатора возникли убытки, и в 1940 г. собственник снизил арендную плату до 1250 фунтов. Это было задумано как временная мера, но никаких сроков оговорено не было.

В 1945 г. дом был уже полностью заселен. Собственник предъявил счет за 1945 г. на 2500 фунтов и потребовал возместить неуплаченные суммы за прошлые годы – 7916 фунтов.

Судья решил, что снижение арендной платы – временное обещание, которое действовало, пока дом не был сдан полностью, то есть до начала 1945 г.².

¹ См.: Дубинчин А.А. Английское контрактное право: Практическое пособие для российского юриста: Заключение договора. М.: Инфо-тропик Медиа, 2012. С. 225-226.

² См.: Оробинский В.В. Английское контрактное право. Просто о сложном. М.: Феникс., 2016. С. 154-165.

Это и есть эстоппель: обещание связывает, если другая сторона действовала, разумно полагаясь на это обещание.

Несмотря на архаичность этого института, в российском законодательстве тем не менее появились элементы эстоппеля.

Федеральным законом РФ от 7 мая 2013 г. №100 –ФЗ ст. 166 ГК изложена в новой редакции. Пункт 5 этой статьи гласит: «Заявление о недействительности сделки не имеет правового значения, если ссылающееся на недействительность сделки действует недобросовестно, в частности, **если его поведение после заключения сделки давало основание другим лицам полагаться на действительность сделки**».

Выделенная часть этого пункта очень напоминает английский эстоппель, как его определил В.В. Оробинский: сторона не может «съехать» с обещания, если другая сторона действовала, разумно полагаясь на это обещание»¹.

В соответствии с п.5 ст. 166 ГК РФ определенные случаи поведения лица, заявляющего о недействительности сделки, выглядят как обещание, дающее основание другим лицам разумно полагаться на это обещание. Несколько трансформированный, но все же эстоппель.

Можно воспользоваться опытом РФ и предусмотреть в ГК РК соответствующую норму, что будет означать перенос в казахстанскую действительность элементов старого доброго и не совсем понятного английского правового понятия.

Заверения об обстоятельствах (representations and warranties).

Заверения в английском праве довольно тщательно разработаны.

Существует несколько видов заверений, по каждому из которых имеется прецедентная практика:

- 1) просто слова (mere representations);
- 2) просто мнение (mere opinion);
- 3) мнение специалиста (expert opinion);
- 4) торговое преувеличение (trade puff);
- 5) торговое преувеличение «с прицепом» (puffs with a specific promise attached);
- 6) ввод в заблуждение (искажение фактов – misrepresentations).

Первые три вида заверений в договор не попадают. А три последних вида попадают, причем иногда даже тогда, когда в письменном договоре они не отражены².

В казахстанской договорной практике к заверениям, данным до заключения договора, относятся в целом отрицательно. В договор нередко включают оговорки типа, что после подписания договора все предыдущие устные и письменные соглашения, переписка, переговоры теряют силу.

¹ См.: Оробинский В.В. Указ. соч. С. 165-167.

² См.: Там же. С. 197-208.

Единственным случаем, когда заверения могут быть учтены, является норма ст. 392 ГК РК «Толкование договора». В п.2 ст. 392 ГК закреплено, что если правила, содержащиеся в пункте первом (толкование договора на основе буквального значения содержащихся в нем слов и выражений), не позволяют определить содержание договора, должна быть выяснена действительная воля сторон с учетом цели договора. При этом принимается во внимание все соответствующие обстоятельства, включая предшествующие договору переговоры и переписку, практику, установившуюся во взаимных отношениях сторон, обычаи делового оборота, последующее поведение сторон.

Отдельные элементы английского института заверения можно включить в казахстанское законодательство. При этом можно воспользоваться опытом России.

Федеральным законом от 8 марта 2015 г. №42-ФЗ в ГК РФ была включена ст. 431² «Заверения об обстоятельствах». В ней закрепляется, что «сторона, которая при заключении договора либо до или после его заключения дала другой стороне недостоверные заверения об обстоятельствах, имеющих значение для заключения договора, его исполнения или прекращения (в том числе относящихся к предмету договора, полномочиям на его заключение, ответственности договора применимому к нему праву, наличию необходимых лицензий и разрешений, своему финансовому состоянию либо относящихся к третьему лицу), обязана возместить другой стороне по ее требованию убытки, причиненные недостоверностью таких заверений, или уплатить предусмотренную договором неустойку.

Предусмотренная настоящей статьей ответственность наступает, если сторона, предоставившая недостоверные заверения, исходила из того, что другая сторона будет полагаться на них, или имела разумные основания исходить из такого предположения».

Кроме того, в ряде случаев допускается требование об отказе от договора или о признании договора недействительным.

Недостоверные сведения, о которых говорится в ст. 431² ГК РФ, как раз подпадают под три последних вида заверений по английскому праву: торговое преувеличение, торговое преувеличение «с прицепом», ввод в заблуждение. Так что ст. 431² ГК РФ – это в чистом виде английское право.

Оговорки. В английском праве есть понятие «подразумеваемые условия» («Implied terms»). Они могут попасть в договор либо в силу статутного закона, либо в силу усмотрения суда. К подразумеваемым условиям может относиться также обычай.

Защитой от подразумеваемых условий в английском праве выступают оговорки. Оговорки о снятии ответственности бывают

двух видов: полностью исключают ответственность (exclusion/exemption clause) и ограничивающие ответственность (limitation clause)¹.

Одной из таких оговорок является «indemnity clause» – оговорка от убытков, потерь². В.В. Оробинский называет эту оговорку – «подушка безопасности»³.

Такая «подушка безопасности» уже предусмотрена в ГК РФ. Ст. 406¹ ГК РФ называется «Возмещение потерь, возникших в случае наступления определенных в договоре обязательств». Пункт 1 этой статьи гласит: «1. Стороны обязательства, действуя при осуществлении ими предпринимательской деятельности, могут своим соглашением предусмотреть обязанность одной стороны возместить имущественные потери другой стороны, возникшие в случае наступления определенных в таком соглашении обстоятельств и не связанные с нарушением обязательства его стороной (потери, вызванные невозможностью исполнения обязательства, предъявлением требований третьими лицами или органами государственной власти к стороне или к третьему лицу, указанному в соглашении, и т.п.). Соглашением сторон должен быть определен размер возмещения таких потерь или порядок его определения».

Перед нами английская «indemnity clause» в чистом виде.

Абстрактные убытки. Абстрактные убытки – один из видов убытков в английском праве.

Если определить их кратко и упрощенно, то это разница в цене (между ценой, установленной в договоре, и текущей ценой на момент расторжения договора)⁴.

Взыскание абстрактных убытков получило определенное распространение в судебной практике Казахстана и России и в конце концов нашло закрепление в ст. 393¹ ГК РФ «Возмещение убытков при прекращении договора».

По смыслу этой статьи при досрочном прекращении договора по вине должника кредитор вправе требовать от должника возмещения убытков в виде разницы между ценой, установленной в прекращенном договоре, и ценой по условиям договора, заключенного взамен прекращенного договора, а если такого договора не заключено, – то текущей ценой (цена на момент прекращения договора).

Недоказанные убытки. Проблема недоказанных убытков давно стала острой в казахстанской юридической литературе и судеб-

¹ См.: *Оробинский В.В.* Указ.соч. С. 224-262.

² См. также: *Чумаков А.А.* Ведение переговоров по новым правилам: новеллы закона №42-ФЗ // Закон. 2015, июнь. С.80.

³ См.: *Оробинский В.В.* Указ. соч. С. 260.

⁴ См.: *Там же.* С. 318.

ной практике. Пора воспринять этот английский вид убытков и включить этот принцип в гражданское законодательство.

В ГК РФ этот вид убытков уже включен Федеральным законом РФ от 8 марта 2015 г. №42-ФЗ. Пункт 5 ст. 393 ГК РФ гласит:

«5. Размер подлежащих возмещению убытков должен быть установлен с разумной степенью достоверности. Суд не может отказать в удовлетворении требования кредитора о возмещении убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства, только на том основании, что размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности. В этом случае размер подлежащих возмещению убытков определяется судом с учетом всех обстоятельств дела исходя из принципов справедливости и соразмерности ответственности допущенному нарушению обязательства».

Преддоговорная ответственность – culpa in contrahendo.

Преддоговорная ответственность в Англии применяется. Например, в деле *Anglia Television v. Reed* (1971) суд взыскал с актера Рида убытки, нанесенные компанией до заключения договора из-за отказа Рида участвовать в съемках после заключения договора. Однако преддоговорная ответственность не получила в Англии широкого распространения. Есть и прецеденты, отказывающие в возмещении убытков, причиненных до заключения договора¹.

Поэтому надо с известной осторожностью относиться к опыту России, где в ГК РФ включена ст. 434¹, предусматривающая обязанность возмещения убытков в случае недобросовестного прерывания переговоров о заключении договора.

Оговорка о неизменности обязательств – clausula rebus sic stantibus. Зародившаяся в римском праве концепция получила закрепление во многих юрисдикциях и конструируется сейчас как расторжение и изменение договора в связи с существенным изменением обстоятельств.

В Англии этот институт получил название «фрустрация» (*Frustration*), то есть утрата договором своего смысла, или доктрина тщетности договора².

Других средств правовой защиты в ситуации изменения обстоятельств, кроме указанного, английское право не предоставляет. В отличие от большинства стран континентальной Европы английское право исходит из того, что «изменение договора подрывает определенность и изменяет риски, распределенные договором, и предусматривает, что прекращение обязательств по договору возможно только тогда, когда после его заключения изменение обстоя-

¹ См.: *Оробинский В.В.* Указ.соч. С. 314-317, 341-342.

² О возникновении и развитии доктрины тщетности (*Frustration*) см.: *Ансон В.Д.* Договорное право / Пер. с англ. М.: Юридическая литература, 1984. С. 306-326.

тельств делает исполнение по договору незаконным или невозможным».

Английская судебная практика уделила значительное внимание теоретическому обоснованию фрустрации, возможно, ввиду необходимости объяснить, почему доктрина фрустрации не допускает перераспределения рисков между сторонами, а также не позволяет освободиться от невыгодного договора. Теория «конструирования» считается в настоящее время общепризнанным стандартом доктрины фрустрации.

Реализуется данная теория на практике следующим образом. Во-первых, суд должен проанализировать условия договора в соответствии с обстоятельствами на момент его заключения и затем в свете вновь возникших обстоятельств. Во-вторых, английское право, как и большинство развитых правовых систем, не содержит универсального правила о том, на какую из сторон по договору возлагается риск существенного изменения обстоятельств. Суд должен установить, не вытекает ли из договора либо существа обязательства, что риск возникновения новых обстоятельств несет одна из сторон. Для этого суд исследует вопрос о том, содержит ли договор оговорку, регулируемую возникновение новых обстоятельств. В случае если такая оговорка отсутствует либо не регулирует отношения сторон, на случай данных конкретных обстоятельств суд может применить доктрину фрустрации. В этом случае суд сравнивает обстоятельства, сопровождающие заключение договора, и вновь возникшие обстоятельства с целью установить, насколько сильно они различаются. Для применения фрустрации исполнение в его коммерческом смысле должно коренным образом отличаться от предусмотренного договором.

Английское право рассматривает валютные риски, такие как инфляция, обесценивание валюты платежа, как риск, который несет кредитор. Суды исходят из того, что если кредитор хочет снять с себя валютные риски, то соответствующие оговорки должны быть сделаны в договоре¹.

В России этот институт нашел отражение в ст. 451 ГК РФ, в которой предусматривается возможность изменения и расторжения договора в связи с существенным изменением обстоятельств или по соглашению сторон, или в судебном порядке.

В Украине это ст. 652 ГК Украины².

Можно рассмотреть вопрос о включении этого института в гражданское законодательство РК.

¹ См.: *Рожкова М.А.* Отдельные аспекты доказывания существенного изменения обстоятельств (по статье 451 ГК РФ) // Вестник ВАС РФ. 2001. №4.

² См. об этом: *Беляневич Е.* Clausula rebus sic stantibus в гражданском законодательстве Украины // Гражданское законодательство: Статьи. Комментарии. Практика. Вып. 28. Алматы: Юрист, 2007. С. 31-46.

28.2. ПРИНЦИПЫ И ТЕНДЕНЦИИ ПРИМЕНЕНИЯ НОРМ ЧАСТНОГО ПРАВА ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА И КАЗАХСТАНА

28.2.1. Истоки частного права Республики Казахстан

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.

Еще создатели Гражданского уложения Российской империи многое взяли из Германского Гражданского Уложения, которое в то время воплотило в себе последние достижения правовой науки и практики.

Разработчики первого послереволюционного Гражданского кодекса России 1922 г., хотя и были подвержены влиянию коммунистической идеологии, многое восприняли из Гражданских уложений Российской империи и Германии. Казахстан был частью и Российской империи, и постреволюционной России, и все их законы действовали на территории Казахстана. Более того, даже когда Казахстан стал в 1924 г. самостоятельной, отдельной от России, союзной республикой в составе Советского Союза, на его территории продолжал действовать Гражданский кодекс России 1922 г. И только Гражданский кодекс Казахской Советской Социалистической Республики 1963 г. стал первым самостоятельным Гражданским кодексом Казахстана. Но и этот Кодекс воспринял основные постулаты континентального права.

Действующий Гражданский кодекс РК 1994 г. (далее – ГК РК) сохранил все основные положения прежних кодексов, очищенные от идеологической шелухи, и воспринял многое из современных достижений мировой цивилистики. Этому во многом способствовала работа над проектами Модельного гражданского кодекса стран СНГ и Гражданского кодекса РК при участии и консультировании разработчиков Гражданского кодекса Нидерландов – самого современного ГК континентальной Европы.

После обретения самостоятельности перед Казахстаном встала проблема выбора пути, по которому должно развиваться законодательство. И немаловажную роль в этом имел выбор правовой доктрины, в соответствии с которой следовало строить новую правовую систему.

Мы отвергли идеологизированные представления и теории социалистического общества, которым пытался стать Советский Союз. Однако что касается правовой системы, то мы не могли далеко отойти от той, что была в Советском Союзе и 70 лет господствовала в Казахстане.

Соответственно, выбор у Казахстана был не очень большой.

Было три варианта: 1) мусульманское право; 2) континентальное (романо-германское) право; 3) англосаксонское (общее) право.

Мусульманское право в Казахстане не имеет никакой перспективы. Казахстан объявлен светским демократическим государством. Тем более за 70 лет коммунистического господства остатки шариата были выкорчеваны.

Больше перспектив имеет 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 стремились 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).

Континентальное право основано прежде всего на так называемом «писаном праве» и, в первую очередь, на гражданском кодексе. Общее право (common law) базируется на судебных прецедентах и «праве справедливости». Несмотря на то, что основные институты гражданского права (право собственности, юридическое лицо, договор) являются общими для различных правовых систем, формы их правового выражения различны. Поэтому нельзя положения одной правовой системы бездумно применять в стране, относящейся к другой правовой системе.

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

Поэтому НИИ частного права выступил резко против попытки внедрения норм чужеродного нам общего права.

Такие попытки раньше предпринимались, в частности, в отношении внедрения норм о трасте. Но траст нам удалось преобразовать в доверительное управление. Однажды в Казахстане был даже принят Закон об акционерных обществах в чисто американском стиле, но он просто не работал в условиях чуждой ему системы права и через пять лет был заменен новым, разработанным в соответствии с принципами континентального права.

Но поскольку реальная опасность принятия, несмотря ни на какие возражения, Закона об имплементации положений английского права существует, мы решили этот процесс организовать таким образом, чтобы, во-первых, изменения в гражданское законодательство РК были точечными; и, во-вторых, чтобы при этом использовались нормы европейского частного права.

Сейчас гражданское законодательство находится на новом этапе развития. Имеется возможность имплементировать в законодательство РК не просто положения, содержащиеся в законодательстве

отдельных государств, но и положения союзов государств, в первую очередь, права ЕС. Ценность таких положений заключается в том, что они являются плодом коллективных усилий выдающихся юристов разных стран.

Поэтому наша цель в настоящее время: под видом имплементации английского права попытаться включить в гражданское законодательство РК нормы европейского частного права.

Уверенность в возможности реализации таких попыток подкрепляется тем, что Министерство юстиции РК – основной разработчик законопроекта об имплементации положений английского права в гражданское законодательство РК – тоже понимает опасность масштабного включения положений английского права в законодательство РК и поэтому стремится сделать эти изменения точечными.

Министерство юстиции положительно восприняло высказанные нами идеи при разработке проекта «Концепции совершенствования гражданского законодательства Республики Казахстан на основе имплементации положений английского права» (далее – Концепция). Разработчики Концепции понимали, что нельзя огульно перенимать чуждые нам конструкции английского права, поэтому это надо делать точно и дозированно, и самое главное, использовать при этом положения европейского частного права. Более того, в Концепции в ряде мест делались прямые ссылки на Модельные правила европейского частного права.

В целом проект Концепции получился удобоваримым, были учтены критика и замечания. В частности, не был затронут раздел о вещных правах, включены вполне разумные нормы о корпорациях (хотя это нормы чисто континентального права, в Англии нет понятия юридического лица и есть очень специфическое понятие компании).

В настоящее время подготовлен проект Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского законодательства и улучшения условий для предпринимательской деятельности на основе имплементации принципов и положений английского и европейского права». В этом проекте в основном отражены те предложения, которые высказывались в ходе обсуждения проблемы имплементации английского и европейского права.

Основные положения Концепции составляют предложения по имплементации отдельных норм договорного права, причем большую их часть составляют нормы европейского права.

28.2.2. Становление европейского частного права

Как отмечает проф. Ю. Базедов, применительно к первоначальной концепции Договоров Европейского Сообщества, находящейся

скорее в политической сфере, деление права на частное и публичное не имело значения. Правовые нормы, вне зависимости от того, имели ли они частноправовой или публичный характер, функционально рассматривались с политических целей. Однако в связи с возрастающим признанием в судебной практике субъективных прав граждан Европейского Сообщества росла потребность в разграничении публичного и частного права. Активно идет процесс европеизации частного права. В настоящее время можно говорить о появлении очертаний определения европейского частного права, которому корреспондирует формирующееся европейское гражданское общество¹.

К числу таких очертаний европейского частного права проф. Ю. Базедов относит:

– признание субъективных прав. Европейский суд указал, что субъектами права сообщества являются не только государства-члены, но и отдельные лица.

В 1976 г. свобода передвижения работника и выбора работы также были интерпретированы в качестве субъективного права, причем суд провел параллель с правом на свободный выбор места жительства и свободой оказания услуг. Европейское гражданское общество все более становится обществом частного права;

– свобода передвижения;
– конкурентное право (ст.ст. 81, 82 Договора об учреждении Европейского сообщества) и другие².

В настоящее время сложились определенные отрасли или разделы европейского частного права: корпоративное право, конкурентное право, правовое регулирование отдельных видов предпринимательской деятельности (транспортное право, энергетическое право, право интеллектуальной собственности, правовое регулирование электронной торговли и деятельности в сети Интернет), трудовое право, договорное право, международное частное право и международный гражданский процесс³.

Но я в данной работе хочу рассмотреть не общие проблемы европейского частного права, закрепленные в документах ЕС, а принципы и определения европейского частного права, которые находятся в процессе формирования и которые могут быть восприняты при совершенствовании гражданского законодательства в Казахстане.

¹ См.: *Базедов Ю.* Европейское гражданское общество и его право: к вопросу определения частного права в сообществе // Вестник гражданского права. 2008. №1. Том 8. С. 225-227.

² См.: Там же. С. 225-242.

³ См., например: Сборник методических материалов по курсу «Частное право Европейского Союза» для студентов международно-правового факультета. М.: Московская государственная юридическая академия им. О.Е. Кутафина, 2010. [msal.ru/common/upload/методичка %20 Частное % 20 право % 20 ЕС pdf](http://msal.ru/common/upload/методичка%20Частное%20право%20ЕС.pdf).

В таком понимании европейское частное право в настоящее время состоит в основном из обычаев и научных документов – результатов работы ведущих ученых и практиков из различных стран ЕС, объединенных в рабочие группы – такие, например, как Комиссия по европейскому договорному праву (Commission on European Contract Law) (1982г), Рабочая группа по созданию Европейского гражданского кодекса (the Study Group on a European Civil Code) (1998 г.), Группа по исследованию действующего частного права ЕС (группа Acquis) (the Research Group on Existing EC Private Law) (2002 г.), Академия юристов по европейскому частному праву (Academy of European Private Lawyers) и другие.

Основная часть этих документов посвящена договорному праву. Помимо уже существовавшего ранее широко известного документа – Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА (PICC), – можно назвать еще:

– Принципы европейского договорного права (Принципы Ландо, PECL);

– Кодекс европейского договорного права (European Contract Code – ECC). ECC был разработан группой юристов, объединившихся в 1992 г. в Академию юристов по европейскому частному праву. Значительную роль в создании ECC сыграл профессор университета Павиа Джузеппе Гандольфи, поэтому ECC нередко называют Кодексом Гандольфи¹.

При составлении ECC «...за отправную точку были приняты две национальные кодификации: действующий Итальянский гражданский кодекс [1942 года] и проект Контрактного кодекса, подготовленный Х. МакГрегором по поручению Английской правовой комиссии [последний документ, впрочем, вряд ли правильно называть «национальной кодификацией»]. Выбор именно этих двух источников обусловлен тем, что, во-первых, речь идет об относительно современных текстах и, во-вторых, Итальянский гражданский кодекс олицетворяет соединение в одной правовой системе элементов французского и немецкого происхождения, а проект Х. МакГрегора в привычной континентально-европейскому юристу форме описывает английское «common law»². В итоге получилось – по крайней мере, в отношении некоторых правовых институтов и аспектов – «гармония», «хорошо сбалансированный комплекс решений», происходящих из Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров, французского, немецкого и ита-

¹ См. об этом: *Белов В.А.* Кодекс европейского договорного права – European Contract Code: общий и сравнительно-правовой комментарий: В 2 кн. Книга 1. – М.: Юрайт, 2015. С. 12-13.

² См.: *Ширвиндт А.М.* Режим соглашений об ответственности за нарушение обязательства в негосударственных сводах гражданского права (часть первая) // Вестник гражданского права. 2014. №1. С. 88, сноска 2.

льянского права, Контрактного кодекса и Директивы Европейского парламента и Совета от 25 мая 1999 г. /44/ ЕС «Об определенных аспектах продажи потребительских товаров и гарантий относительно потребительских товаров»¹;

– Проект Общеввропейского закона о продажах (CECL).

Однако в ряде документов, помимо договорного права, содержатся другие разделы, позволяющие говорить о создании европейского гражданского права в целом.

Прежде всего это Модельные правила европейского частного права, которые имеют довольно сложное название: «Принципы, определения и модельные правила европейского частного права. Проект общей справочной системы» (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of reference (DCFR))².

Предложение создать Модельные правила официально впервые было изложено в документе: «Более согласованное европейское договорное право – План действий», который был представлен в сообщении Европейской комиссии Европейскому Парламенту и Совету (Communication to the European Parliament and the Council) в 2003 г.

Принятие Плана действий диктовалось серьезными проблемами правового регулирования трансграничных частных отношений в странах ЕС. В значительной мере проблемы порождаются несогласованностью нормативных юридических актов (особенно директивы п.16 и след. Плана действий), отсутствием достаточно четкого определения юридических понятий (п. 19 и след. Плана действий), сложностями реализации директив национальными законодательствами и, в особенности, если директива оперирует правовыми категориями, неизвестными правовой системе государства (п. 22 и след. Плана действий), существенными различиями в договорном праве стран-участниц ЕС, например, в части правил, касающихся представительства компаний, формы договора, использования типовых условий контрактов, исключения или ограничения ответственности за нарушения контракта, перехода права собственности (п. 34 и след. Плана действий)³.

Итоговый документ, опубликованный в 2009 г., вышел далеко за пределы договорного права. Помимо положений о договорах, в нем содержатся положения о внедоговорных обязательствах, праве собственности и даже о трастах, что является попыткой представить европейскому читателю одно из фундаментальных положений

¹ Ширвиндт А.М. Указ.соч. С. 88, сноска 3.

² См.: Модельные правила европейского частного права /Пер. с англ.; науч. ред. Н. Юзова. М.: Статут, 2013.

³ См. об этом: Елисеев Н., Беляева Н. На пути к европейскому частному праву. – <http://alleuropalux.org/?p=2519>.

общего права. По сути, Модельные правила европейского частного права представляют собой модель Европейского гражданского кодекса.

28.2.3. Принципы частного права в ЕС и в Казахстане

Понятие принципов частного права имеет свою специфику в европейском праве и постсоветских странах, в частности, в Казахстане.

Как пишут разработчики Модельных правил европейского частного права в предисловии к русскому изданию (Кристиан фон Бар, Эрик Клив, Паул Варул), Модельные правила европейского частного права включают «принципы, определения и модельные нормы». Понятие «определения» достаточно ясно. Понятия же «принципы» и «модельные нормы» выглядят как пересекающиеся, а потому нуждаются в некотором пояснении.

Термин «принципы» допускает различные трактовки. В настоящем контексте он иногда используется как синоним выражения «нормы, не обладающие юридической силой закона». Представляется, что в этом значении он используется, например, в Принципах европейского договорного права (PECL), определяющих это понятие в Статье 1:101 (1) следующим образом: «Принципы подлежат применению как общие нормы договорного права Европейского Союза». Очевидно, в этом же смысле это понятие используется в Принципах международных коммерческих договоров УНИДРУА (Unidroit Principles of International Commercial Contracts)¹. С этой точки зрения можно сказать, что DCFR состоит из принципов и определений. Он очень близок по своей природе к другим документам, в отношении которых используется термин «принципы». В то же время термином «принципы» можно описать те нормы, которые имеют более общую юридическую природу, такие как свобода договора или добросовестность. С этой точки зрения можно сказать, что модельные нормы DCFR включают в себя принципы².

В ГК РК под принципами гражданского права в соответствии со ст. 2 понимаются основные начала гражданского законодательства, то есть основополагающие идеи, сформулированные законом или вытекающие из смысла его предписаний, соответствующие правильному пониманию содержания и текстуального выражения гражданско-правовых норм, их адекватному толкованию, разрешению противоречий между ними, помогающие восполнять пробелы законодательства³.

¹ Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА (Рим, 2010), Преамбула (Цели Принципов), абз. 1: «Настоящие Принципы устанавливают общие нормы для международных коммерческих договоров».

² См.: Кристиан фон Бар, Эрик Клив, Паул Варул. Предисловие к русскому изданию Модельных правил европейского частного права. С. 20-21.

³ См.: Гражданское право. Том 1. Общая часть: Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы, 2013. С. 31.

Можно выделить такие принципы гражданского права РК, как:

- равенство субъектов гражданско-правовых отношений;
- неприкосновенность собственности;
- свобода гражданско-правового договора;
- добросовестность, справедливость и разумность;
- невмешательство государства и третьих лиц в частные дела и личную жизнь;
- защита предпринимателей и потребителей как основных субъектов гражданско-правовых отношений;
- защита прав и правомерных интересов кредитора;
- защищенность гражданских прав¹.

Несмотря на различные подходы к определению принципов частного права в праве РК и европейском праве, перечень этих принципов в ряде случаев совпадает.

Разработчики Модельных правил европейского частного права (DCFR) выделяют ряд категорий принципов:

- базовые принципы – принципы свободы договора, безопасности, справедливости, эффективности;
- приоритетные принципы – защита прав человека, поддержка солидарности и социальной ответственности, сохранение культурного и языкового разнообразия, защита и улучшение благосостояния, а также развитие внутреннего рынка².

Нетрудно заметить, что с принципами как основными началами гражданского права в Казахстане корреспондируются базовые принципы европейского частного права, которые, по мнению разработчиков DCFR, одновременно включаются и в приоритетные принципы.

Свобода договора. Как раз с принципов гражданского права начиналась Концепция имплементации положений английского права.

Первый раздел Концепции был посвящен свободе договора и сокращению императивных предписаний законодательства о договорах. В Концепции предлагалось установить в общей части ГК общий принцип диспозитивности норм гражданского законодательства.

В принципе такое предложение приемлемо, я его высказывал в одной из своих работ. Только я не пойму, причем здесь английское право. С натяжкой можно притянуть европейское частное право, хотя и там подобных норм не просматривается.

Эту норму можно найти гораздо ближе, а именно в ГК Украины. В п. 3 ст. 6 ГК Украины закреплено, что «стороны в договоре могут отступить от положений актов гражданского законодательства и урегулировать свои отношения по собственному усмотрению. Сто-

¹ См.: Гражданское право. Том 1. Общая часть: Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред. М.К. Сулейменов – Алматы, 2013. С. 31-32.

² См.: Там же. С. 21.

роны в договоре не могут отступить от положений актов гражданского законодательства, если в этих актах прямо указано об этом, а также в случае, если обязательность для сторон положений актов гражданского законодательства вытекает из их содержания или из существа отношений между сторонами».

Принцип добросовестности (раздел 2 Концепции). Для начала отметим, что принцип добросовестности не имеет никакого отношения к английскому праву. Это чисто европейский принцип частного права.

Принцип добросовестности закреплен в ст. 1.7. Принципов УНИДРУА, в ст. 1. 201. Принципов европейского договорного права, в ст. 3-1-103 Модельных правил европейского частного права. Поэтому закрепление принципа добросовестности (как общего принципа гражданского права) в ГК, как предлагается в Концепции, означало бы имплементацию норм не английского, а европейского частного права.

Разработчики Концепции считают, что в ст. 8 ГК РК необходимо предусмотреть, помимо отказа в защите права, иные последствия злоупотребления правом или нарушения принципов добросовестности, разумности и справедливости.

В Концепции написано буквально следующее:

«Текущая ситуация, сложившаяся в Казахстане в части применения ст. 8, усугубляется еще и тем, что согласно Комментарию к Общей части ГК РК под ред. М.К. Сулейменова единственным последствием нарушения пределов осуществления субъективного права является отказ судом в защите права.

Это, по мнению авторов Комментария, касается и нарушения интересов третьих лиц, и причинения ущерба окружающей среде, и нарушения принципов добросовестности, разумности, справедливости, и злоупотребления правом. Все остальные меры права: и возмещение убытков, и понуждение к совершению действия, и признание сделки недействительной, и другие меры находятся за пределами ст. 8 ГК, которая регулирует только условия и порядок отказа в защите права. Если злоупотребление правом представляет собой правонарушение, то применение последствий правонарушения наступает не по правилам ст. 8 ГК, а по нормам о возмещении убытков (ст. ст. 9, 350 ГК), о признании сделок недействительными (ст.ст. 157-162 ГК) и т.д.

Такое истолкование положений ст. 8 чрезмерно ограничительно и, по сути, сводит на нет правовые способы защиты от злоупотребления правом и (или) недобросовестного поведения. В связи с этим полагаем необходимым включить в ст. 8 норму, согласно которой нарушение установленных ею запретов может повлечь как судебный отказ в защите права, так и иные меры, предусмотренные законодательными актами. Но в случае, если злоупотребление

правом (недобросовестное поведение) повлекло нарушение права другого лица, такое лицо вправе требовать возмещения причиненных этим убытков».

Я не буду здесь подробно анализировать ситуацию. Это давний спор, и я убежден, что добросовестность в соответствии со ст. 8 ГК РК – это нравственное понятие, и последствием ее нарушения может быть лишь отказ в защите права.

Однако здесь речь идет об имплементации, но не английского права, ибо в английском праве нет добросовестности, а европейского. Но в европейском праве нарушение принципа добросовестности влечет точно такие же последствия, как и по ст. 8 ГК РК.

Для примера можно привести Модельные правила европейского частного права, в соответствии со ст. 3-1-103 которых нарушение обязанности действовать в соответствии с требованиями добросовестности и честной деловой практики «непосредственно не является основанием для использования мер защиты от нарушения какой-либо иной обязанности, но может воспрепятствовать нарушителю использовать или полагаться на свое право, меру защиты или возражение, которые были бы доступны такому лицу в отсутствие нарушения».

Это тот самый отказ от защиты прав, предусмотренный ст. 8 ГК РК. Причем в отличие от ст. 8 здесь прямо закреплено, что применение иных мер защиты не допускается.

Возмещение убытков и иные последствия при нарушении принципа добросовестности могут быть применены в отдельных случаях, когда это прямо закреплено применительно именно к этому случаю, а не как общая мера. В качестве примера можно привести преддоговорную ответственность, как будет рассмотрено ниже.

28.2.4. Имплементация отдельных положений европейского частного права

Преддоговорная ответственность является порождением немецкого права, получила конкретное воплощение в праве Франции и реальное развитие в европейском частном праве.

В частности, в соответствии с п. 3 ст. 6 Кодекса европейского договорного права «сторона, действовавшая в противоречии с началом добросовестности, несет ответственность за вред, который она причинила другой стороне, в размере расходов, которые последняя понесла в связи с тем, что была вовлечена в недобросовестные переговоры. Стоимость возможностей, упущенных из-за недобросовестных переговоров, также подлежит полной компенсации».

Преддоговорная ответственность рассматривается как внедоговорная ответственность в силу того, что договор еще не заключен, и поэтому выглядит как обязательство по возмещению вреда.

Clausula rebus sic stantibus (оговорка о неизменности обстоятельств) – изменение обязательства при существенном изменении обстоятельств.

В своей статье по английскому праву¹ я привел ряд положений из английского права о *clausula rebus sic stantibus*. Они были дословно воспроизведены в Концепции. Однако в Англии сложилось отличное от континентального права отрицательное отношение к изменению договора вследствие изменения обстоятельств.

В Казахстане, если имплементировать нормы других стран, то, скорее всего, это должны быть нормы континентального права, тем более что этот институт берет свое начало в римском праве.

В континентальном праве сложились различные варианты применения *Clausula*. В Германском гражданском уложении (§313) в случае изменения обстоятельств суд может произвести изменение договора. Аналогичное правило содержится в ст. 3– 1-110 Модельных правил европейского частного права.

По ГК РФ (ст. 451) и ГК Украины (ст. 652) речь идет не об изменении договора судом, а только о его расторжении².

Если в Казахстане все-таки будет принято решение о включении в ГК оговорки о неизменности обстоятельств, в необходимости чего я до сих пор сильно сомневаюсь, то наиболее приемлемым вариантом для нас является, на мой взгляд, российско-украинский вариант *Clausula rebus sic stantibus*.

Договорная ответственность. Для усиления компенсационного характера ответственности за нарушение договора можно воспользоваться нормой ст. 3-3-702 Модельных правил европейского частного права:

«Общий объем возмещения убытков, причиненных неисполнением обязанности, составляет сумму, которая достаточна для того, чтобы кредитор оказался насколько возможно в том положении, в котором он находился бы, если бы обязательство было исполнено надлежащим образом. Такое возмещение покрывает ущерб, который понес кредитор, а также выгоду, которой кредитор лишился».

Аналогичным образом могут быть восприняты положения об определении убытков по разнице между ценой по совершенной взамен сделке (или) текущей ценой) (Ст. 3-3-706 Модельных правил европейского частного права), о заведомо оцененных убытках (ст. 3-3-712 DCFR) и другие.

¹ Сулейменов М.К. Английское право и правовая система Казахстана // Избранные труды по частному праву (2011-2016). Том 1. – Алматы, 2016. С. 105-125.

² См.: Трунк А. *Clausula rebus sic stantibus* – правовой институт для смягчения жесткости (жестких рамок) договорного права: сравнительные замечания по праву Германии, России и Казахстана // Добросовестность в гражданском праве: Матлы междунар. науч.- прак. конф в рамках ежегодных цивилистических чтений, посвящ. 20-летию Гражданского кодекса РК (Алматы, 22-23 мая 2014 г.) / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы, 2014. С. 271-277.

Я привел здесь только некоторые примеры возможных случаев имплементации европейского частного права.

28.2.5. Заключение

Таким образом, дальнейшее совершенствование гражданского законодательства в Казахстане тесно связано с восприятием лучших образцов европейского частного права. В то же время нельзя отказываться и от использования некоторых институтов английского права, которые можно трансформировать применительно к континентальному праву.

Сами документы европейского частного права свидетельствуют о попытках примирения правовых систем континентального и общего права. Они разрабатывались представителями стран гражданского и стран общего права. Поэтому были использованы лучшие достижения обеих правовых систем.

Я надеюсь, что при реализации в Казахстане положений об имплементации иностранного права нам удастся найти приемлемый компромисс, совместив в законе об имплементации лучшие образцы как европейского частного права, так и английского права. Возможно, это внесет определенный вклад в зарождающийся процесс сближения двух правовых систем.

Глава 29. ПЕРСПЕКТИВЫ ВНЕДРЕНИЯ СУДЕБНОГО ПРЕЦЕДЕНТА В ПРАВОВУЮ СИСТЕМУ КАЗАХСТАНА

29.1. ДВА АСПЕКТА ИМПЛЕМЕНТАЦИИ АНГЛИЙСКОГО ПРАВА

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

Что касается совершенствования гражданского законодательства, в частности, внесения изменений в ГК, то предложения об этом я подробно изложил в докладе на конференции, посвященной имплементации английского права¹. Почти все мои предложения были в той или иной степени приняты и нашли свое отражение в Концепции совершенствования гражданского законодательства Республики Казахстан на основе имплементации положений английского права.

На два варианта Концепции НИИ частного права писал объемные замечания и предложения, была проведена телеконференция между сотрудниками Института законодательства и Министерства юстиции РК во главе с вице-министром З.Х. Баймолдиной, с одной стороны, и сотрудниками НИИ частного права во главе со мной – с другой. Результатом этих переговоров было согласование позиций, что было отражено в последнем варианте Концепции.

Однако сейчас я не буду говорить об изменениях в законодательстве, я хочу несколько слов сказать о судебном прецеденте.

29.2. ИМПЛЕМЕНТАЦИЯ СУДЕБНОГО ПРЕЦЕДЕНТА

Прецедентное право в Англии формировалось постепенно, столетиями, и подкрепляется мощной системой контроля. Право справедливости – это уникальный институт, сформировавшийся на протяжении столетий вынужденно для контроля и коррекции общего прецедентного права. Причем право справедливости – это специальное прецедентное право.

¹ См.: Сулейменов М.К. Английское право и правовая система Казахстана: Доклад на Международной научно-практической конференции по проблемам имплементации отдельных положений прецедентного права в национальное законодательство. В кн.: *Майдан Сулейменов*. Избранные труды по частному праву. (2011-2016). Том 1. Гражданское право. Алматы, 2016. С. 105-125. См. также главу 27 настоящей монографии.

И еще одно замечание: английское прецедентное право не устанавливалось законодательно. Это тоже обычай.

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.

Это совсем другая система и совсем другое мышление. Наши суды ориентированы на законодательство и только законодательство, и возводить на уровень источника права судебный прецедент очень опасно.

Поэтому говорят обычно только о введении элементов прецедентного права, подобия прецедентного права и т.п. Но это тоже мне представляется принципиально неверным, потому что прецедент – это в любом случае источник права. Все остальные подобия прецедента – это не прецедент. Поэтому нам следует говорить, как представляется, не о внедрении прецедента в нашу правовую систему, а о расширении значения судебных решений, повышении их объективности, обоснованности и законности с тем, чтобы они могли служить образцом или примером для других судов при рассмотрении аналогичных дел.

Мне кажется, когда говорят об имплементации судебного прецедента в нашу правовую систему, происходит подмена понятий, ибо английский или американский прецедент имплементировать невозможно. Прецедентное право – это не просто общеобязательность решений судов, это система права; и очевидно, что при разветвленной системе законов такой системы права быть не может. Поэтому можно лишь говорить о специальном значении понятия «прецедент» как «прецедент толкования закона».

Полномочия судов, относящихся к континентальной правовой семье, более 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 частности, сферу действия нормы по территории, во времени, по субъектам, приемы правового регулирования, объект правоотношения, содержание прав и обязанностей и др. Если эти элементы не выражены четко в нормах права, они определяются путем использования определенных приемов толкования (буквального, систематического, логического, исторического и др.)¹.

¹ См.: Курбатов А. Прецедентное право в России: пренебрежение к законам и углубление проблем правоприменения // Закон. 2011. №4. С. 103-110. https://zakon.ru/discussion/2011/5/4/precedentnoe_pravo_v_rossii_prenebrezhenie_k_zakonom_i_usugublenie_problem_prapovprimeniya.

Ссылка на опыт стран романо-германской системы бесполезен, потому что он весьма разнообразен, зависит от исторических условий формирования правовых систем этих стран, но все же в большинстве стран континентальной системы права очень осторожно подходят к приданию обязательной для других судов силы судебным решениям по конкретным делам.

29.3. ОПЫТ РОССИИ

Говоря о придании судебным решениям силы прецедента, ссылаются обычно на опыт России. Это естественно, так как мы вышли из одной шинели, и правовая система России является наиболее близкой правовой системе Казахстана. Однако опыт России для нас не совсем приемлем, поскольку у них принципиально иная ситуация. Если там до сих пор идут споры о правовой природе Постановлений Конституционного суда РФ и Пленумов Верховного Суда РФ – являются ли они нормативными актами или прецедентами – то у нас этот вопрос решен на конституционном уровне. Постановления Конституционного Совета и Нормативные постановления Верховного Суда РК являются нормативными правовыми актами, обязательны для исполнения и не могут быть отнесены к прецедентам. Поэтому для использования опыта России речь может идти только о решениях судов по конкретным делам.

До недавнего времени внедрение прецедента в российскую судебную практику успешно продвигалось. Появилась масса статей, прославляющих судебный прецедент и объявляющих его противником ретроградями. Однако эта полемика разгоралась в основном вокруг Постановлений Конституционного суда и Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ.

Постановления Конституционного Суда (так же как и Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда) нас не интересуют, так как в отношении них в Казахстане вопрос решен. Вопрос упирался и упирается в Постановления Президиума Высшего Арбитражного Суда (ВАС) РФ.

Действительно, Постановления Президиума ВАС постепенно де-факто стали обязательными для исполнения при выполнении нижестоящими судами решений по однотипным делам.

Эта позиция была подтверждена в 2010 году Конституционным Судом и в какой-то степени нашла отражение в Арбитражном процессуальном кодексе и в ГПК РФ.

Однако все это касалось только Постановлений Президиума ВАС. О придании силы прецедента постановлениям Президиума Верховного Суда на практике речь не шла.

Это было связано с авторитетом постановлений Президиума

ВАС. Возглавляемый проф. В.Ф. Яковлевым ВАС превратился не в просто авторитетный судебный орган, но и в элитное научное учреждение. Большинство членов Президиума ВАС были профессорами и докторами наук. При ВАС функционировал Научно-консультативный совет, состоящий из самых авторитетных ученых-цивилистов, который собирался еженедельно и на заседания которого выносились самые сложные и спорные вопросы, вытекающие из конкретного дела. Поэтому Постановления Президиума ВАС были аргументированы, научно обоснованы и могли действительно служить ориентиром для судов при разрешении однотипных дел. Это действительно была правовая позиция ВАС, которую не грех было и исполнять.

Ничего похожего не было в Верховном Суде, поэтому на практике никогда и не вставал вопрос об обязательности решений Президиума или коллегий Верховного Суда РФ.

Однако все изменилось с ликвидацией ВАС в 2014 г. Наследница Президиума ВАС Судебная коллегия по экономическим спорам ВС РФ явно несравнима с Президиумом ВАС, да, судя по ее решениям и составу, и не стремится к этому. На Президиум Верховного Суда экономические дела выносятся не столь часто. Так что прецедентное право в России в настоящее время скорее мертво, чем живо¹.

Этот факт доказывает, что внедрение прецедента целиком зависит от конкретных условий и особенностей правовой системы государства. Прецедент в странах с континентальной системой права – это не авторитет власти, а власть авторитета.

29.4. КОНЦЕПЦИЯ «УЛГІ»

Казахстану, на мой взгляд, надо начинать свой путь к судебному прецеденту, или квази-прецеденту, с создания образцово-показательных решений.

Есть различные варианты создания таких образцов. Один из них предложил проф. А.Г. Диденко. Это концепция «Улгі»².

Однако, на мой взгляд, данная концепция страдает рядом существенных недостатков, наличие которых не позволяют ее принять.

Во-первых, всей мировой практике, как традиционного англо-американского прецедента, так и романо-германского подобия прецедента (что сравнимо с образцами), противоречит включение в Улгі решений местных судов, причем даже самого низшего уровня.

¹ См. об этом: Будылин С.Л. Прецедент на распутье: краткая история судебного правотворчества в России // Консультант Плюс. www.consultant.ru

² См., например: Диденко А.Г. Ульге – один из путей укрепления судебной власти // URL: http://online/zakon/kz/Document/?doc_id=3128087#pos16;-97.

Нельзя придавать силу прецедента или образца решениям нижестоящих судов. Этого нет даже в классической Англии.

Прецедентное право Англии покоится на трех китах:

- Решения Палаты Лордов являются обязательными для всех английских судов;
- Акты Апелляционного Суда по гражданским делам являются обязательными для нижестоящих судов;
- Решения Высшего Суда обязательны для всех нижестоящих инстанций.

Таким образом, право прецедента еще не означает, что английские суды, вынося решение, основываются на решениях других судов. Можно принять хоть 100 одинаковых постановлений по однотипным делам. Однако прецедент все равно не возникнет, пока не будет вынесено решение Высокого Суда, Апелляционного Суда либо Палаты Лордов¹.

Во всех странах континентальной системы права, в том числе и в России, тоже в качестве образца берутся только решения вышестоящих судов.

Однако, по мнению А.Г. Диденко, внедрение Үлгі – это самобытный казахстанский путь развития, отличающийся и от использования судебной практики, и от судебного прецедента. Поэтому он включает в Үлгі в основном решения местных судов, вплоть до районного суда. Выходит, что весь мир, как всегда, шагает не в ногу, и только Казахстан будет шагать правильно.

Во вторых, в концепции Үлгі не разработан порядок утверждения судебного решения в качестве образца. А.Г. Диденко пишет, что он отбирается в качестве образца областным (городским) судом и одобряется Верховным Судом. Но какова процедура этого одобрения, не говорится. Это приводит к дискредитации самого понятия Үлгі как образца. Примером такой дискредитации являются сборники Үлгі, которые издает А.Г. Диденко.

Можно взять любой сборник. Я взял в качестве примера выпуск сборника №54², прочитал все представленные там судебные акты (СМЭС Павлодарской области, Павлодарской городской суд, апелляционная судебная коллегия по гражданским и административным делам Павлодарского областного суда, судебная коллегия по гражданским делам Павлодарского областного суда). Никакие это не Үлгі. Это обычные рядовые дела, – такие, какие я за свою жизнь прочитал, наверное, тысячи. Анализ фактических обстоя-

¹ См.: *Олег Сухов*. Почему российские суды принимают противоречивые решения // <http://dailymoneyexpert.ru/mneniya/2017/02/02/pochemu-rossijskie-sudy-prinimayut-protivorechivye-resheniya-15005.html>.

² См.: *Гражданское законодательство: Статьи. Комментарии. Практика*. Вып. 54. Үлгі: Государственные закупки. Возмещение вреда /Под ред. К.А. Мамаи, А.Г. Диденко. Вып. 54. – Алматы: 2017.

тельств, иногда детальный, иногда не очень, анализ аргументов сторон, иногда убедительный, иногда не очень, ссылка на ГК и иные нормативные правовые акты, и решение: иск удовлетворить, в иске отказать. То есть это в основном анализ фактов, но не анализ права¹.

А ведь Үлгі, по концепции проф. А.Г. Диденко, это прежде всего толкование права. Недаром он предлагает включить Үлгі в ст. 6 ГК, посвященную именно толкованию законодательства.

Чтобы снять с себя ответственность за качество представленных материалов, ответственным за выпуск 54 объявляется Председатель Павлодарского областного суда М.К. Смагулов.

Несомненно, выпуск сборников судебных решений является полезным и для судей, и для студентов, и для ученых именно как судебная практика, хотя, по мнению А.Г. Диденко, Үлгі отличается и от судебной практики, и прецедента.

Можно только приветствовать издание таких сборников. Только не надо подводить под них очень спорную теоретическую базу.

В-третьих, нельзя согласиться с предложением А.Г. Диденко:

В п.2. ст. 6 ГК:

«При выяснении точного смысла нормы гражданского законодательства необходимо учитывать исторические условия, при которых она вводилась в действие, и ее истолкование в судебной практике, если это не нарушает требований, изложенных в п.1 настоящей статьи» в конце добавить в скобках слова «(нормативных постановлениях Верховного Суда Республики Казахстан, сборниках Үлгі)».

Что касается нормативных постановлений Верховного Суда РК, то они, согласно статье 4 Конституции РК, относятся к действующему праву, а не к судебной практике, под которой понимаются, в частности, решения судов по конкретным делам.

Что касается сборников Үлгі, то если проф. А.Г. Диденко имеет в виду под ними свои сборники, то данное предложение выглядит весьма спорным и сомнительным.

Сам А.Г. Диденко пишет:

«Пока трудно рассматривать все Үлгі в качестве высокообразцовых судебных актов. Вряд ли в этом есть сомнения как в общественном сознании, так и в профессиональном сообществе, в том числе судебном. Но казахстанская судебная система – молодая,

¹ Издаваемые проф. А.Г. Диденко, начиная с 2016 года сборники «Гражданское законодательство: Статьи. Комментарии. Практика», содержащие решения судов, получили новое название «Үлгі» (например, №№ 45-49, 53-54). Если следовать концепции автора, то все решения судов Казахстана, содержащиеся в соответствующих сборниках, являются образцами судебных актов по определенным категориям споров (аренда, недействительные сделки, др.). Но, по моему мнению, приведенные в них документы ничем не отличаются от судебных решений, приводимых в ранних изданиях. Ничем, кроме названий сборников.

становящаяся система, и ей самой и ее действующим лицам предстоит преодолевать трудности роста»¹.

Совершенно справедливые слова! Вот когда Улгі установится в качестве высокообразцовых судебных актов (в чем я сильно сомневаюсь при такой теоретической постановке вопроса), тогда и можно будет поговорить о включении их в законодательство. А сейчас оставим время для того, чтобы проф. А.Г. Диденко смог доказать теоретическую и практическую обоснованность своей научной гипотезы.

29.5. ПЕРСПЕКТИВЫ ВНЕДРЕНИЯ ПРЕЦЕДЕНТА В СУДЕБНУЮ СИСТЕМУ КАЗАХСТАНА

В настоящее время в Казахстане, на мой взгляд, нет реальных условий для внедрения судебного прецедента. Судебная коллегия по гражданским делам не может занять то положение, которое занимал в России Президиум ВАС. Здесь нет и не может быть того единства мнений, которое достигалось при принятии постановлений Президиума ВАС. Постановления Коллегии принимаются разными судьями, поэтому неизбежна возможность принятия противоречащих друг другу решений. Да и с аргументированием принимаемых постановлений дело обстоит не так хорошо, как следовало бы.

Поэтому вводить обязательность постановлений судебных коллегий как де-юре, как и де-факто на данном этапе нецелесообразно.

В настоящее время необходимо повышать значение постановлений коллегий Верховного суда, добиваться их обоснованности, непротиворечивости, научности аргументации. Следует создавать решения, которые могли бы служить образцом для судов при вынесении решений по однотипным делам, создавать условия для того, чтобы суды сами стремились следовать выводам и обоснованиям, содержащимся в этих постановлениях.

С этой точки зрения мне представляется разумным мнение члена Международного Совета при Верховном Суде РК А.Т. Кенжебаевой².

Действительно, по новому ГПК вся основная нагрузка переносится на суды первой и апелляционной инстанции. Верховный Суд, сохраняя свои функции кассационной инстанции, должен сосредоточить свои усилия на выработке основ правоприменительной практики, в осуществлении задачи единообразия судебной практики.

¹ См.: Диденко А.Г. Выступление на заседании Международного совета при Верховном суде РК 10 ноября 2017 г.

² См.: Кенжебаева А.Т. Выступление на заседании Международного совета при Верховном Суде РК 10 ноября 2017 г.

Верховному Суду необходимо принимать каждое свое решение как **образцово-показательное решение**.

К сожалению, работа Судебных коллегий в нынешнем состоянии не совсем этому способствует. Необходимо, на мой взгляд, следить за тем, чтобы судебные коллегии не принимали противоречивых решений. Можно согласиться с предложением А.Т. Кенжебаевой об аккредитации при Верховном Суде адвокатов или юридических консультантов, обладающих высокой квалификацией, большим опытом работы и высоким авторитетом.

Это будет как раз имплементацией английского права, где различаются солиситоры – юристы, готовящие дело к рассмотрению, и барристеры – юристы, которые имеют право выступать в суде в качестве представителя стороны.

Мне кажется, что перспективы превратиться в такой орган Верховного Суда РК, выдающий образцово-показательные решения, имеются у Специализированной судебной коллегии Верховного Суда РК. Есть хороший состав судей. Есть Международный совет, состоящий из высококвалифицированных специалистов, которых можно привлекать к усилению теоретической аргументации по принимаемым постановлениям. И, наконец, есть инвестиционные споры на крупные суммы, в которых на стороне истцов и/или ответчиков выступают обычно крупные юридические фирмы с составом высококвалифицированных юристов. И здесь меньше вероятность получать противоречащие друг другу решения.

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.

Подраздел VIII
ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО
В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ:
ОТДЕЛЬНЫЕ ИНСТИТУТЫ

Глава 30. ПРИМЕНЕНИЕ НОРМ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

30.1. ПРИМЕНЕНИЕ КАК ФОРМА РЕАЛИЗАЦИИ НОРМ ПРАВА

В теории права применение права рассматривается как особая форма его реализации.

Реализация права понимается в теории права различно.

В одних случаях говорят о реализации как об определенном процессе осуществления правовых предписаний, как о воплощении этих предписаний в поведении людей. Другими учеными реализация права рассматривается не только как процесс или внешнее проявление процесса правового регулирования, но и как его конечный результат¹.

В теории права выделяют четыре основные формы реализации права: осуществление (использование) прав, исполнение (обязательства), соблюдение нормы права (соблюдение обязанностей), применение норм права².

С точки зрения классического подхода посредством соблюдения реализуются запретительные нормы, посредством исполнения – обязывающие, а посредством использования – управомочивающие предписания.

30.2. ПОНЯТИЕ ПРИМЕНЕНИЯ ПРАВА

1. Господствующей концепцией понятия «применение права» является рассмотрение его как властной деятельности государственных органов по реализации норм права.

Я просмотрел десятки учебников по теории права и везде пишется одно и то же. Мною выбрано для примера несколько определений, и можно заметить, что они мало отличаются друг от друга.

«Применение норм права – это их реализация в предусмотренных правом случаях и в предписанной им форме правореализующих действий государственного органа (или должностного лица), осуществляемая в пределах его компетенции по разрешению кон-

¹ См. об этом: *Марченко М.Н.* Проблемы теории государства и права: Учеб. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. С. 681-682.

² См., например: *Марченко М.Н.* Указ.соч. С. 682-684; Проблемы общей теории права и государства: Учебник для вузов / Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. М.: Изд-во НОРМА (Изд.группа НОРМА -ИНФРА-М), 2001. С. 423.

кретных правовых дел и принятию соответствующих правовых актов»¹.

«Правоприменение – это государственно-властная деятельность, осуществляемая компетентными субъектами в определенных процедурных формах и направленная на содействие в реализации юридических норм путем вынесения индивидуально-конкретных решений»².

«Применение государственного права можно определить как принудительно-властную деятельность государства (его органов и должностных лиц), направленную на разрешение конкретных поведенческо-правовых коллизий в соответствии с нормами права. В отличие от других форм реализации права, государственному правоприменению присущи следующие признаки:

1) имеет властный и принудительный характер и осуществляется специальными субъектами – правоприменителями, наделенными в пределах своей компетенции правом принимать обязательные для других субъектов решения;

2) направлено на установление индивидуальных правовых последствий – субъективных прав и обязанностей и их реализацию;

3) осуществляется в процессуальной форме;

4) завершается вынесением индивидуального правового решения (правоприменительного акта)»³.

Понятие «применение права» в таком контексте связано в основном с публичным правом и для гражданского права большого интереса не представляет, за исключением применения права по аналогии.

Кроме того, применение права в общепринятой трактовке связано в основном с охранительными правоотношениями, с применением властной силы государства. Между тем гражданские отношения – это главным образом регулятивные отношения, в которых львиную долю занимают обязательства. И только нарушение этих отношений приводит в действие охранительную силу государства.

2. Для нас большой интерес представляет другое понимание применения норм права, которое выдвигается отдельными учеными.

Весьма оригинальную концепцию, оставшуюся незамеченной в литературе, предложил Р.З. Лифшиц. По его мнению, можно не проводить различий между реализацией и применением права. Ре-

¹ См.: *Нерсесянц В.С.* Общая теория права и государства: Учебник для юридических вузов и факультетов. М.: Изд-во НОРМА (Изд. группа НОРМА-ИНФРА-М), 2000. С. 483.

² См.: *Протасов В.Н., Протасова Н.В.* Лекции по общей теории права и теории государства. М.: Изд. дом Городец, 2010. С. 382.

³ См.: *Поляков А.В.* Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: Курс лекций. СПб.: Изд. дом. С- Петерб. гос. ун-та, 2004. С. 793.

ализовать право можно только применяя его. Реализация или, другими словами, применение права – это процесс, процедура претворения правовых норм в общественную практику. Пути, конкретные средства реализации права различны: они зависят прежде всего от того, в какой именно области общественных отношений применяются нормы (предмет), от того, каков характер регулирования (метод), и от того, кто применяет норму (гражданин или государственный орган)¹.

Как видим, применение права здесь понимается очень широко и применять право могут как государственные органы, так и граждане. То есть все зависит от того, какой смысл вкладывается в тот или иной термин.

В юридической науке существуют и другие взгляды в отношении сути и форм правореализации, высказанные в дискуссионном порядке. Так, П.Е. Недбайло в своем монографическом исследовании утверждает, что различаются два способа реализации правовых норм в зависимости от характера самих норм: юридические действия по их применению, которые в то же время являются действиями по их исполнению и соблюдению. Автор считает, что отличие применения правовых норм от их исполнения и соблюдения необходимо проводить по характеру действий государственных учреждений, должностных лиц, общественных организаций и граждан в практике осуществления ими правовых норм, а не по субъектам, из которых одни применяют право (компетентные органы), а другие только исполняют его (граждане). Различие способов реализации правовых норм по субъектам П.Е. Недбайло считает искусственным и надуманным и не принимает устоявшейся в науке классификации структурных элементов реализации права по формам, а использует собственный термин – «способы реализации»².

3. Свою концепцию применения норм гражданского права предложил Ю.Х. Калмыков. Он исходил из того, что большинство гражданско-правовых норм основано на регулятивных отношениях, и поэтому их применение рассчитано прежде всего на диспозицию этих норм. При этом он отталкивался от утверждения П.Е. Недбайло, что «применение правовой нормы – это прежде всего применение ее диспозиции»³.

Ю.Х. Калмыков считает, что правоприменительная деятельность связана с более широкой, чем властная деятельность, категорией – она характеризуется активными действиями, направлен-

¹ См.: *Лифшиц Р.З.* Теория права: Учебник. – 2-изд. М.: Изд-во БЕК, 2001. С. 129-130.

² См.: *Недбайло П.Е.* Применение советских правовых норм. – М.: Госюриздат, 1960. С. 138-139.

³ См.: *Недбайло П.Е.* Указ. соч. С. 144.

ными на урегулирование определенных общественных отношений¹.

Что же касается исполнительности участников общественных отношений, то она почти всегда носит активный характер, поэтому охватывается понятием применения права. Наряду с применением используется лишь такая форма реализации права, как соблюдение, ибо только оно связано с понятием «общее юридическое воздействие», только оно выходит за рамки понятия «правовое регулирование», понятия, которое относится к другой форме реализации – применению права.

Сказанное предопределяет и другую особенность применения норм гражданского законодательства: оно осуществляется не только компетентными органами государства, но и гражданами. Суть правоприменения состоит в совершении активных действий по претворению юридических предписаний в жизнь. Не имеет существенного значения субъект правоприменительной деятельности. Им может быть гражданин, организация-юридическое лицо или госорган, наделенный властными полномочиями. Важно, чтобы активные действия указанных лиц вели к урегулированию определенных отношений путем привлечения к этому процессу соответствующих правовых норм. Стремление во что бы ни стало исключить из правоприменительного процесса граждан, доказать, что они только соблюдают, исполняют и используют право, приводит к искусственному сужению круга субъектов активной реализации права.

Реализация гражданско-правовых предписаний в регулятивных и охранительных отношениях осуществляется по-разному. В регулятивных отношениях реализация юридических норм протекает в форме применения, причем сам правоприменительный процесс имеет две стадии. На первой, основной стадии граждане, юридические лица или государство совершают активные действия по претворению правовых предписаний в жизнь, по урегулированию тех или иных общественных отношений посредством привлечения к этому соответствующих норм права. Процесс применения права может начаться и завершиться первой стадией, если его участники не отклонятся от предусмотренного нормой варианта поведения.

Однако обычная «жизнь» правового отношения может быть нарушена в результате неисполнения субъектом права лежащей на нем обязанности. Тогда процесс применения права вступает во вторую стадию принудительной, властной реализации юридического предписания. Компетентный орган государства или общественности, руководствуясь диспозицией той же нормы, применяет соответствующую санкцию. Вторая стадия применения норм права в регулятивных отношениях характеризуется властной деятельностью компетентных ор-

¹ См.: *Калмыков Ю.Х.* Понятие применения гражданско-правовых норм. В кн.: *Калмыков Ю.Х.* Избранное: Труды. Статьи. Выступления. М.: Статут, 1998. С. 49.

ганов государства и общественности. Она дополняет в необходимых случаях первую, основную стадию, является средством принудительного претворения в жизнь правовых предписаний.

В охранительных отношениях применение норм права может иметь место только в связи с нарушением того или иного юридического предписания; до этого момента процесс реализации права протекает в форме его соблюдения. Как в уголовном праве «обязательным юридическим фактом, влекущим за собой конкретную реализацию норм уголовного права, выступает преступление», так и в гражданских охранительных отношениях фактом, влекущим за собой применение гражданско-правовых норм, является правонарушение. Здесь можно говорить только об одной стадии правоприменительного процесса¹.

4. Появление подобных концепций расширения традиционного понимания применения права в гражданских правоотношениях связано главным образом со всевозрастающей ролью сделки и прежде всего договора.

Недаром в цивилистической и общетеоретической литературе появляются теории о договоре как о регуляторе общественных отношений², как источнике правовых норм и индивидуальных правовых установлений³, как элементе механизма правового регулирования⁴, как источнике права⁵.

Вряд ли можно полностью согласиться с такими концепциями, но само их появление говорит о специфике применения гражданско-правовых норм.

Поэтому, мне кажется, можно согласиться с концепцией Ю.Х. Калмыкова о двух стадиях применения права.

В конце концов, это спор о терминах. И вполне возможно иное толкование термина «применение права», чем общепринятое в теории права, имея в виду большую специфику гражданско-правовых отношений.

30.3. ПРИМЕНЕНИЕ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ПО АНАЛОГИИ

1. Чисто гражданско-правовым явлением является применение норм законодательства по аналогии.

Аналогия недопустима в публичном праве (кроме, возможно,

¹ См.: *Калмыков Ю.Х.* Указ. соч. С. 49-51.

² См.: *Пучинский Б.И.* Теория и практика договорного регулирования. М.: ИКД Зерцало-М, 2008. С. 42-60.

³ См.: *Иванов В.В.* Общая теория договора. М.: Юрист, 2006. С. 139-152.

⁴ См.: *Корецкий А.Д.* Теоретико-правовые основы учения о договоре. СПб.: Изд-во Юридический центр Пресс, 2001. С. 85-120.

⁵ См.: *Кашанина Т.В.* Структура права: Монография. М.: Проспект, 2013. С. 571-577.

гражданского процессуального права – процессуальная аналогия), особенно в уголовном, ибо может привести к признанию преступником человека, не нарушившего закон. Здесь суду дозволено только то, что прямо предписано законом.

В гражданском праве, напротив, аналогия абсолютно необходима, ибо здесь правомерным является любое действие, не запрещенное законом. Без применения аналогии лицо, совершившее правомерное, но специально законом не предусмотренное действие, осталось бы беззащитным против нарушителей.

2. В общей теории права называются критерии применения аналогии для восполнения **пробелов в законодательстве**. При этом различают устранение пробела (путем издания специального нормативно-правового акта) и восполнение пробела (с помощью применения аналогии закона и аналогии права).

Например, А.В. Поляков пишет:

«Поэтому при обнаружении пробела правоприменитель должен решить вопрос о его восполнении для разрешения конкретной правовой коллизии (устранение пробела возможно только путем издания нормативно-правового акта, содержащего недостающие нормы, или путем создания судебного прецедента – там, где судебный прецедент признается в качестве источника права). Для восполнения пробелов в законодательстве используют специальные приемы: аналогию закона и аналогию права»¹.

Применение аналогии для восполнения пробелов в законодательстве обуславливается рядом правил:

1) аналогия права и закона не может применяться к тем отношениям, на урегулирование которых путем аналогии существует запрет (например, в уголовном праве);

2) отношения, к которым применяется норма аналогии, должны быть схожи с уже урегулированными этой нормой отношениями в существенных, а не случайных признаках;

3) необходимо использовать ближайшую аналогию. Это означает, что текстуальную норму для использования по аналогии нужно искать в «родной» отрасли права, только при ее отсутствии там переходить к поиску аналогии в других отраслях, и лишь после этого обращаться к аналогии права².

3. Аналогия закона и права считается способами применения права. Однако это хрестоматийное понятие в последние годы ставится под сомнение.

Связано это с понятием **пробела в праве**. Для пробела в праве (или, как его еще называют, юридическая лакуна) характерно нали-

¹ См.: Поляков А.В. Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: Курс лекций. СПб.: Изд. дом С-Петербур. гос. ун-та, 2004. С. 798.

² См.: Поляков А.В. Указ. соч. С. 798-799.

чие двух признаков: отсутствие правовых норм для регулирования общественных отношений и желание суверенной власти регламентировать такими правилами пробельные случаи.

Пробелы в праве присущи любой правовой системе. В процессе правотворчества невозможно предусмотреть все случаи, которые требуют юридической регламентации¹.

В литературе высказывалось мнение, что преодоление юридических лагун вообще не имеет отношения к правоприменению. В частности, В.В. Лазарев считает, что пробельный случай предполагает «отсутствие нормы, которая бы охватывала данную ситуацию. Поэтому о применении действующих норм в строгом смысле слова не может быть и речи»².

Как пишут А.А. Петров и Е.Ю. Тихонравов, «аналогичного воззрения придерживался К.Х. Ладойр. Этот юрист подчеркивал следующее. Пробельный случай подразумевает, что закон в соответствии с его текстуальным выражением и смыслом не применяется к упомянутой ситуации. Отсюда вытекает заключение, которое, в частности, сформулировал К. Гельвиг. По его утверждению, «было бы фикцией признавать, что при восполнении пробелов судья только применяет уже существующее право».

Сказанное позволяет сделать вывод. Преодоление юридических лагун требует создания предписаний, которые нельзя назвать результатом ни правоприменения, ни правотворчества. Тем не менее орган, восполняющий пробел в праве, должен выработать представление о правиле, рассчитанном на регламентацию однотипных с пробельным случаем ситуаций. На основе такой неправовой нормы только и может быть создано конкретное предписание для разрешаемого дела, преодолевающее юридическую лагуну»³.

Применение восполнения юридических лагун представляется как **сокрытие нарушения законности**, заключающегося в нарушении обязанности государства действовать на точном основании действующего законодательства. Отмеченное нарушение законности подлежит сокрытию. Именно поэтому суды нередко обосновывают восполняющие юридические лагуны предписания функционирующим правом и представляют последние как результат применения действующих правовых норм.

Сокрытие нарушения законности, происходящее в результате восполнения пробелов в праве, возможно выполнить с помощью так называемой созидательной юридической фикции. Она есть «любое суждение, которое скрывает или стремится утаить факт того, что под видом применения в конкретном случае действующую

¹ См.: *Петров А.А., Тихонравов Е.Ю.* Пробелы и коллизии в праве: Учебное и научно-практическое пособие. М.: Проспект, 2017. С.3.

² См.: *Лазарев В.В.* Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974. С. 172.

³ См.: *Петров А.А., Тихонравов Е.Ю.* Указ. соч. С. 18.

щей правовой нормы соответствующий государственный орган создает и реализует предписание, не укладывающееся в содержание упомянутого правила»¹.

4. Следует также иметь в виду, что в некоторых юрисдикциях аналогия рассматривается не как применение, а как толкование норм закона.

Например, в ст. 4 Гражданского закона Латвийской Республики 1937 года (действие восстановлено в 1992/1993 гг.) говорится:

«Статья 4. Правила Закона толкуются прежде всего исходя из их прямого смысла; в случае необходимости они толкуются также в соответствии с системой, основанием и целью закона и, наконец, по аналогии».

Как толкование аналогия рассматривается во Всеобщем гражданском кодексе Австрии. Во Введении «О гражданских законах вообще» закрепляется:

«Толкование

§6. Закону при его применении не может придаваться иной смысл, чем тот, который явствует из собственного значения слов в их связи ясного намерения законодателя.

§7. Если конкретный правовой случай не может быть разрешен ни исходя из текста закона, ни исходя из его естественного смысла, то следует принять во внимание похожие, определенно урегулированные в законах случаи и основания других родственных им законов. Однако если в отношении правового случая все еще остаются сомнения, то он должен быть разрешен с учетом тщательно собранных и основательно обдуманных обстоятельств согласно естественным правовым принципам.

§8. Только законодатель полномочен толковать закон обязательным для всех образом. Такое толкование должно быть применено ко всем правовым случаям, которые еще предстоит разрешить, если только законодатель не установил при этом, что никакое толкование не должно применяться при разрешении таких правовых случаев, которые имеют своим предметом предпринятые до толкования деяния или приобретенные права»².

30.4. АНАЛОГИЯ ЗАКОНА И ПРАВА ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

1. В ст. 5 ГК РК закрепляется:

«1. В случаях, когда предусмотренные пунктами 1 и 2 статьи 1 настоящего Кодекса отношения прямо не урегулированы законода-

¹ См.: *Дробышевский С.А., Тихонравов Е.Ю.* Способы восполнения пробелов в праве: Монография. М.: НОРМА, 2016. С. 23.

² См.: *Всеобщий гражданский кодекс Австрии = Allgemeines Buzgerliches Gesetzbuch/пер. с нем. М.: Инфо-тропик Медиа, 2011. С. 3.*

тельством или соглашением сторон и отсутствуют применимые к ним обычаи, к таким отношениям, поскольку это не противоречит их существу, применяются нормы гражданского законодательства, регулирующие сходные отношения (аналогия закона).

2. При невозможности использования в указанных случаях аналогии закона права и обязанности сторон определяются, исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства и требований добросовестности, разумности и справедливости (аналогия права)».

Применение аналогии допускается лишь как крайняя мера восполнения пробелов закона, если такой пробел не может быть восполнен ни путем толкования закона, ни обычаями.

Необходимость аналогии прямо вытекает из некоторых более конкретных положений гражданского законодательства. Так, в соответствии со ст. 7 ГК РК основанием возникновения гражданских прав и обязанностей могут быть договоры, не предусмотренные законодательством. Естественно, возникает необходимость определить в подобных договорах те права и обязанности, которые прямо не предусмотрены законодательством, что можно сделать только путем применения закона, регулирующего сходные отношения (т.е. аналогией).

От применения гражданского законодательства по аналогии следует отличать законодательное распространение правил одного юридического института на отношения, регулируемые другим юридическим институтом. Так, ст. 84 ГК РК предусматривает, что к товариществу с дополнительной ответственностью применяются, за некоторыми исключениями, правила о товариществе с ограниченной ответственностью. Такая же норма содержится в п. 3 ст. 1 Закона о ТОО.

Ст. 5 ГК РК различает аналогию закона и аналогию права. При аналогии закона восполнение его пробела достигается применением конкретной законодательной нормы, непосредственно регулирующей иные, но сходные отношения.

Для применения аналогии закона необходимы следующие условия:

- существует общественное отношение (имущественное или личное неимущественное);
- это общественное отношение не урегулировано нормой гражданского права, соглашением сторон или обычаем делового оборота;
- имеется норма права, регулирующая сходное общественное отношение;
- данная норма права не противоречит существованию неурегулированного общественного отношения.

2. Примером возможности применения аналогии закона могут

служить правила ст. 392 ГК РК. Эта статья посвящена толкованию договора. Однако вполне обоснованным будет предположение, что эти правила могут быть применены и к толкованию односторонних сделок. В Украине этой проблемы удалось избежать, поместив статью о толковании в раздел ГК, посвященный сделкам (ст. 231 ГК РК Украины. Толкование сделок).

В Казахстане (до тех пор, пока в ст. 392 ГК РК будет включен пункт о возможности применения правил этой статьи к односторонним сделкам) можно применять аналогию закона.

В то же время в этом конкретном случае ситуация складывается так, что конкретная, точечная аналогия закона не понадобится. В данном случае может быть применена так называемая «оптовая аналогия закона». Дело в том, что в п. 2 ст. 149 ГК РК закреплено, что «к односторонним сделкам соответственно применяются общие положения об обязательствах и договорах, поскольку это не противоречит законодательству, природе и существу сделки». Указанная норма не означает, что законодатель не видит разницы между односторонними сделками и договорами, но с учетом существенных, онтологических свойств указанных юридических конструкций он допускает «оптовый» перенос правового режима одного института на другой институт. В то же время этот перенос не безусловный. Он допускается, если это не противоречит законодательству, природе и существу сделки. Но если бы такого оптового переноса не было, применить положения о договоре при толковании односторонней сделки можно было бы на основе точечного переноса с помощью аналогии закона¹.

3. В казахстанской судебной практике случаи применения п. 1 ст. 5 ГК РК не столь часто, но встречаются.

В решении СМЭС г. Алматы от 17 января 2011 г. № 2-624 / По иску АО «А» (банк) к ТОО «А», ТОО «Г», ТОО «И» о признании сделок недействительными было отмечено следующее.

В соответствии с п. 2 ст. 315 ГК РК, если иное не предусмотрено законодательными актами или договором и не вытекает из существа залога, залогодатель вправе отчуждать предмет залога в собственность, в хозяйственное ведение или оперативное управление, передать его в аренду или безвозмездное пользование другому лицу, либо иным образом распоряжаться им только с согласия залогодержателя. Принимая во внимание изложенную выше норму Закона, суд считает необходимым применить аналогию закона, что предусмотрено ст. 5 ГК РК, а именно подпункт

¹ Об оптовой аналогии закона см.: Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1-16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / А.В.Асосков, В.В.Байбак, Р.С.Беззенко [и др.]; отв. ред. А.Г.Карапетов. М.: М-Логос, 2020. С. 455-456 (автор комментария А.Г.Карапетов).

1) п. 1 ст. 8 Закона РК от 23.12.1995 г., «Об ипотеке недвижимого имущества», согласно которому при отчуждении недвижимого имущества, заложенного по ипотечному договору, с нарушением правил, содержащихся в пункте 2 статьи 315 Гражданского кодекса Республики Казахстан, залогодержатель вправе по своему выбору потребовать: 1) признания сделки об отчуждении заложенного недвижимого имущества недействительной.

4. Встречаются случаи применения п.1 ст. 5 ГК РК и государственными органами. Например, в ответе Министерства труда и социальной защиты РК от 25 апреля 2012 г. на вопрос от 20 апреля 2012 г. № 139305 (e.gov.kz) было отмечено следующее.

Действительно, в Трудовом кодексе РК отсутствует определение понятия «одинокая мать». Вместе с тем в соответствии с пунктом 1 ст. 5 Гражданского кодекса Республики Казахстан в случаях, когда отношения прямо не урегулированы законодательством или соглашением сторон и отсутствуют применимые к ним обычаи, к таким отношениям, поскольку это не противоречит их существу, применяются нормы гражданского законодательства, регулирующие сходные отношения (аналогия закона). Согласно подпункту 12) пункта 1 статьи 118 Закона Республики Казахстан «О жилищных отношениях» одинокие матери – это женщины, воспитывающие ребенка и не состоящие в браке. Поскольку трудовым законодательством не урегулировано понятие «одинокие матери», полагаем, что в данном случае подлежит применению указанная норма Закона Республики Казахстан «О жилищных отношениях».

5. Министерство юстиции РК в письме от 2 сентября 2011 г. (tinjust.kz) сообщило, что в случае утери учредительных документов юридического лица выдача дубликата осуществляется в соответствии в п. 1 ст. 5 ГК (аналогия закона) по правилам ст. 15 Закона «О государственной регистрации юридических лиц и учетной регистрации филиалов и представительств». Ст. 5 указанного Закона закрепляет порядок выдачи дубликата свидетельства о государственной регистрации (перерегистрации) юридического лица и об учетной регистрации (перерегистрации) филиала и представительства.

Ответ Министерства юстиции РК вызывает некоторые сомнения в правильности применения п. 1 ст. 5 ГК РК, так как все отношения, связанные с регистрацией юридических лиц, – это административно-правовые отношения. Оправданием применения в данном случае п. 1 ст. 5 ГК РК может служить только то, что норма о регистрации и перерегистрации юридических лиц содержится в Гражданском кодексе (ст. 42 ГК РК).

6. В некоторых случаях, однако, применение аналогии закона невозможно из-за отсутствия конкретных норм, регулирующих

сходные правоотношения. В подобной ситуации применима аналогия права, позволяющая восполнить пробелы законодательства исходя из его общих начал и смысла, требований добросовестности, разумности и справедливости (о добросовестности, разумности и справедливости см. ст. 8 ГК РК и комментариев к ней).

Одним из редких случаев применения аналогии права является дело по иску М. к ГУ «П» о признании незаконным отказа ГУ «П» в оказании безвозмездной финансовой помощи для погашения кредита, полученного на приобретение квартиры.

М. прослужил на воинской службе 23 года в календарном исчислении и 30 лет 9 месяцев в льготном исчислении. Дело рассматривалось неоднократно в судебных инстанциях.

В постановлении надзорной судебной коллегии по гражданским и административным делам Верховного Суда от 9 июля 2013 г. №3гп-453-13, которым иск М. был удовлетворен, было отмечено следующее.

Согласно статье 12 Закона Республики Казахстан «О статусе и социальной защите военнослужащих и членов их семей», действующего на момент правовых отношений и утратившего силу на основании Закона Республики Казахстан от 16 февраля 2012 года, военнослужащим (кроме военнослужащих срочной службы и курсантов военных (специальных) учебных заведений), получившим кредит для выкупа жилого помещения или строительства индивидуального жилого дома, возмещается сумма кредита в размере и порядке, установленных Правительством Республики Казахстан.

Суд, отказывая в удовлетворении исковых требований, исходил из того, что Правительством не было издано постановления, регламентирующего положения статьи 12 Закона о статусе и социальной защите военнослужащих и членов их семей. В период прохождения воинской службы на момент приобретения квартиры М. не имел на воинской службе выслугу 20 календарных лет, поэтому не имел право на 100 % безвозмездную финансовую помощь, предусмотренную Инструкцией «О порядке оказания безвозмездной финансовой помощи военнослужащим на строительство кооперативного жилья, индивидуальных жилых домов и контроле за целевым использованием выделенных на эти цели денежных средств».

Между тем судом не было учтено конституционное право на жилище, не принято во внимание прямое указание в Законе о статусе и социальной защите военнослужащих и членов их семей, обязывающее уполномоченный орган возместить военнослужащему размер полученного кредита для выкупа жилого помещения (ст. 12).

Также судом не учтено, что на момент обращения истца к руководству «П» с рапортом о возмещении суммы кредита на при-

обретение вышеуказанного жилья выслуга лет М. составила свыше 20 лет.

Надзорная судебная коллегия по гражданским и административным делам, отмечая исключительный характер рассматриваемого гражданского правового спора, непосредственно не урегулированного нормативными правовыми актами Правительства Республики Казахстан, исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства и требований добросовестности, разумности и справедливости, приходит к выводу о необходимости применения аналогии права (п. 2 ст. 5 ГК).

По субъектному составу кандидатура М. на момент обращения с рапортом к руководству ГУ «П» отвечает всем требованиям названной Инструкции. По формальным признакам положения Инструкции не распространяются на случаи оказания безвозмездной финансовой помощи для приобретения квартиры из государственного жилищного фонда по ипотечному кредиту по Государственной программе развития жилищного строительства в Республике Казахстан на 2005 – 2007 годы.

Применение аналогии права обусловлено также тем, что в Инструкции имеются правовые нормы, регулирующие сходные по характеру отношения, которые отличаются лишь видом объекта жилища (индивидуальное жилищное строительство, кооперативное жилье, квартира государственного жилищного фонда).

7. В судебной практике возник вопрос о допустимости применения ст. 5 ГК РК к публичным, в частности налоговым, отношениям.

В постановлении надзорной коллегии Верховного Суда РК от 23 февраля 2005 г. №4гп-3 по делу АО «А» к Налоговому комитету Министерства финансов РК о признании недействительными акта налоговой проверки и уведомления было отмечено следующее.

Доводы налогоплательщика о необходимости применения к спорным правоотношениям п. 2 ст. 237 НК ввиду отсутствия в налоговом законодательстве понятия сверхнормативных потерь были опровергнуты судом как регулирующие порядок корректировки НДС исключительно в результате порчи и утраты продукции и товаров.

Между тем в соответствии со ст. 6 ГПК в случае отсутствия норм права, регулирующих спорные правоотношения, суд применяет нормы права, регулирующие сходные правоотношения (аналогия права).

Механизм формирования сверхнормативных потерь и отнесения к ним, наряду с себестоимостью продукции, также транспортных расходов, железнодорожного тарифа и иных затрат действующим налоговым законодательством не урегулирован и

данный факт представителем уполномоченного органа не оспаривается. При таких обстоятельствах коллегия находит несостоятельным возражения ответчика о возможности применения аналогии закона исключительно в области гражданско-правовых отношений в соответствии со ст. 5 ГК РК, поскольку в силу ст. 6 ГПК суд при разрешении дел в порядке гражданского судопроизводства не ограничен в применении как аналогии права, так и аналогии закона при наличии пробелов материального права при рассмотрении споров всех категорий, вытекающих из гражданских, трудовых, административных, земельных правоотношений, включая и споры в области публичного права.

8. Анализ данного постановления выявляет серьезные теоретические проблемы. Необходимо найти ответ на два вопроса:

1) применима ли ст. 5 ГК РК к иным, кроме гражданско-правовых, отношениям? На этот вопрос ответ дается однозначный в том смысле, что неприменима¹;

2) применима ли в принципе аналогия закона или аналогия права к иным, кроме гражданско-правовых, отношениям? На этот вопрос даются противоречивые ответы. Например: аналогия недопустима в уголовном праве, ибо может привести к признанию преступником человека, не нарушившего закон²; причем аналогия допустима в гражданском праве и совершенно исключена в уголовном и административном праве³; аналогия права невозможна при регулировании «вертикальных» отношений, предусмотренных п. 3 ст. 2 ГК РФ⁴.

Если исходить из ст. 5 ГК РК, эти утверждения являются бесспорными. Однако надо иметь в виду, что существует еще п. 5 ст. 6 ГПК, который гласит:

«5. В случае отсутствия норм права, регулирующих спорное правоотношение, суд применяет нормы права, регулирующие сходные отношения, а при отсутствии таких норм решает спор, исходя из общих начал и смысла законодательства».

Из этой нормы вытекает, что аналогия права и аналогия закона может быть применена во всех отношениях, споры по которым рассматриваются в порядке гражданского судопроизводства.

Общий вывод такой: ст. 5 ГК РК неприменима к любым, кроме

¹ См., например: Гражданское право. Том 1: Учебник. Изд 6-е / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М.: ООО ТК Велби, 2002. С. 64; Гражданское право: Учеб. В 3 т. Т. 1 / Под ред. А.П. Сергеева. М.: ТК Велби, 2008. С. 72.

² См.: Гражданское право. Том 1. Общая часть: Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы, 2013. С. 63 (авторы главы Ю.Г. Басин, М.К. Сулейменов).

³ См.: Гражданское право. Общая часть: Курс лекций / Под ред. А.Г. Диденко. Алматы: Нур-Пресс, 2006. С. 52 (автор главы – А.Г. Диденко).

⁴ Гражданское право: Учеб. в 3 т. Т. 1 / Под ред. А.П. Сергеева. М.: ТК Велби, 2008. С. 72 (автор главы – В.В. Ровный).

гражданско-правовых, отношениям, но на основе ст. 6 ГПК можно утверждать, что аналогия применима практически ко всем отношениям, споры по которым могут рассматриваться в гражданском процессе, в том числе и к публичным отношениям, кроме уголовных.

Данный факт отмечался в более ранней учебной литературе.

Например, утверждалось, что использование судами аналогии закона предусматривается также в ч. 3 ст. 10 ГПК РСФСР, причем обращение к этому институту, в отличие от ст. 6 ГК, не ограничено рамками гражданского законодательства¹. Основываясь на этой норме ГПК, Верховный суд РФ опубликовал разъяснение, согласно которому к отношениям по уплате пени за несвоевременное внесение налогов (таможенных платежей) судом может по аналогии закона применяться ст. 333 ГК, позволяющая суду снизить размер взыскиваемой неустойки (пени)².

9. Аналогичные статье 5 ГК РК правила закреплены в ГК других постсоветских стран.

Например, ст. 6 ГК РФ, ст. 8 ГК Украины, ст. 5 ГК Республики Беларусь, ст. 9 ГК Республики Армения, ст. 5 ГК Республики Узбекистан, ст. 5 ГК Кыргызской Республики, ст. 6 ГК Республики Таджикистан, ст. 5 ГК Республики Молдова, ст. 5 ГК Грузии.

В Законе об общей части Гражданского кодекса Эстонии от 27 марта 2002 г. закрепляется:

«Статья 3. Толкование закона

Положения Закона истолковываются в контексте с другими положениями, исходя из формулировок, смысла и цели закона.

Статья 4. Аналогия

В случае отсутствия положения, регулирующего правоотношения, применяются положения, которые регулируют правоотношения, близкое к неурегулированному, если оставление правоотношения без урегулирования не отвечает смыслу и цели закона. При отсутствии такого положения исходят из общего смысла закона или права».

¹ См.: Гражданское право России. Общая часть: Курс лекций / Отв. ред. О.Н.Садиков. М.: Юрист, 2001. С. 75 (автор главы – О.Н.Садиков).

² См.: Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2000. № 7. С.20.

Глава 31. ТОЛКОВАНИЕ НОРМ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

31.1. ПОНЯТИЕ ТОЛКОВАНИЯ НОРМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

1. Как писал А.Ф.Черданцев, термин «толкование» (интерпретация) многозначен и сам требует разъяснения.

Под толкованием в широком смысле слова понимается познавательный процесс, направленный на объяснение явлений природы, общественных явлений, в том числе и правовых норм. В более узком смысле под толкованием (интерпретацией) понимается объяснение выражений, формул, символов и т.д. какой-либо теории, т.е. объяснение знаков естественного или искусственного языка. В обыденной речи под толкованием (интерпретацией) понимается разъяснение того или иного текста (знаков) естественного языка.

Общим для всех указанных истолкований термина является то, что в него вкладывается смысл «объяснение», «познание» явлений действительности. В этом же значении термин «толкование» (интерпретация) употребляется и в правоведении, когда говорится о толковании как уяснении смысла норм права¹.

А.Ф. Черданцев выделяет четыре аспекта толкования (интерпретации) правовых актов:

1) толкование (интерпретация) – это прежде всего познавательный процесс;

2) под интерпретацией вообще и интерпретацией правовых актов в частности понимается также результат познавательной деятельности. Результат толкования правовых актов также представляет собой совокупность значений (смыслов), которые придаются предложениям правового текста и его отдельным словам и терминам. Эта совокупность находит свое выражение в совокупности суждений о смысле, содержании правовых норм, заключенных в грамматических предложениях;

3) результат толкования норм права, выраженный в совокупности высказываний о ее содержании, может и должен соотноситься с правовым текстом;

4) четвертый аспект понятия «интерпретация нормативных актов» обозначается термином «разъяснение» – деятельность, предполагающая наличие коммуникативной, информативной связи по

¹ См.: Черданцев А.Ф. Толкование права и договора: Учеб. пособие для вузов. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2003. С.56.

крайней мере между двумя субъектами, один из которых преследует цель довести совокупность суждений, раскрывающих смысл нормативного акта или его части, до сознания другого субъекта или совокупности субъектов¹.

2. Необходимо, однако, сформулировать общее понятие юридического толкования, одинаково применимое и к толкованию закона, и к толкованию договора.

Можно воспользоваться определением Е.А. Березиной, согласно которому юридическое толкование – это осуществляемая с помощью системы особых способов специфическая юридическая интеллектуально-волевая деятельность субъектов права, направленная на познание смысла правовых явлений в целях наиболее правильной и эффективной реализации правовых предписаний, упорядочения и развития общественных отношений².

Как видим, юридическое толкование есть юридическая интеллектуально-волевая деятельность. Этот признак разделяется не всеми учеными. Ряд авторов указывают на процесс мышления, состоящий из двух этапов: 1) уяснение смысла и содержания норм для конкретного правоприменения; 2) разъяснение смысла и содержания нормы «вовне» для адресатов правоприменения³.

Правда, надо отметить, что термин «толкование» (равно как и «юридическое толкование») многозначен (деятельность, процесс, процедура и т.д.). В зависимости от субъекта толкования, а также принимая во внимание другие факторы, юридическое толкование можно определить через деятельность или процесс. Например, если субъектом толкования является орган государственной власти, то вряд ли корректно говорить о процессе мышления. И наоборот, при толковании норм права физическим лицом это уместно⁴.

С.С. Алексеев пишет: «Толкование – это деятельность по установлению содержания правового акта для его практической реализации»⁵. В более поздней работе С.С. Алексеев выделяет юридическое толкование и понимает его как раскрытие содержания закона, юридических норм⁶.

В.С. Нерсисянц под толкованием нормы права понимает уясне-

¹ См.: *Черданцев А.Ф.* Толкование права и договора: Учеб. пособие для вузов. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2003. 56 -58.

² См.: *Березина Е.А.* Толкование договора как вид юридического толкования: Автореф. дис. канд.юрид.наук. Екатеринбург, 2001. С. 9.

³ См.: *Венгеров А.Б.* Теория государства и права: Учебник. 3-е изд. М., 2000. С. 452.

⁴ См.: *Белых В.С.* Договорное право Англии: сравнительно-правовое исследование: Монография. М.: Проспект, 2018. С. 97-98.

⁵ См.: *Алексеев С.С.* Общая теория права: Курс в двух томах. Том II. М.: Юрид. лит., 1982. С. 290.

⁶ См.: *Алексеев С.С.* Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. С. 128.

ние и разъяснение ее подлинного содержания, подлежащего реализации в данных конкретных условиях ее действия¹.

М.Н. Марченко пишет:

«Когда в процессе правоприменения, писал около ста лет назад И.В. Михайловский, «установлена подлинность и обязательность нормы и проверен текст, наступает следующая стадия, обуславливающая применение нормы: выяснение ее смысла. Эта стадия есть толкование»². Согласно сложившемуся в юридической науке в течение длительного времени представлению о понятии и содержании «толкования» оно рассматривается как особый вид деятельности государственных органов, должностных лиц, граждан и их объединений, направленной на раскрытие смыслового содержания правовых норм и на выявление содержащейся в них государственной воли»³.

Нетрудно заметить, что понятие толкования нормы права мало изменилось за прошедшие почти сто лет. Примерно так же определяют понятие «толкование» в современной гражданско-правовой литературе.

Процесс выяснения смысла норм писаного права, т.е. процесс установления воли лица, реально выраженной им в предписании положительного права, называется толкованием правовых норм⁴.

3. В теории права определенное распространение получило понимание толкования как интерпретации.

Например, Ю.И. Гревцов, во-первых, считает, что распространенное в российском теоретическом правоведении представление о толковании как об уяснении и разъяснении права не может считаться совершенным и нуждается в уточнении (или дополнении) по нескольким позициям, поскольку очевидно, что толкование – не механическая, а интеллектуальная деятельность субъектов права, которая нередко является деятельностью, способной различать, выделять то или иное значение, смысл в толкуемом предмете, делать выбор.

Таким образом, сводить толкование исключительно к толкованию (установлению смысла) правовых актов, к толкованию ради толкования, значит не замечать или игнорировать тот несомненный факт, что в этом случае оказываются значимыми фактически сторона дела, принципы, актуальные в данной социально-политической ситуации на момент применения закона, а также то, что субъект толкования находится в различных связях и зависимостях,

¹ См.: *Нерсесянц В.С.* Общая теория права и государства: Учебник для юридических вузов и факультетов. М.: Изд. НОРМА (Изд. группа НОРМА – ИНФРА-М), 2000. С. 491.

² См.: *Михайловский И.В.* Очерк философии права. Т. 1. С. 412.

³ См.: *Марченко М.Н.* Проблемы теории государства и права.

⁴ См.: *Белов В.А.* Гражданское право. Том I. Общая часть. Введение в гражданское право: Учебник. 2-е изд. М.: Изд-во Юрайт, 2012. С. 229.

погружен в них. Их уяснение способно приоткрыть завесу над толкованием и пролить свет на его тайны.

Во-вторых, он рассматривает соотношение между понятиями «толкование» и «интерпретация». По его мнению, толкование правового акта, его конкретизацию в контексте принципов, актуальных в данной ситуации, а также с учетом предыдущей практики толкования фиксирует понятие «интерпретация». Понятие «толкование» и «интерпретация» тесно связаны; более того, англ. *interpretation* нередко переводится как «толкование». Однако это понятие можно не отождествлять.

Еще один принципиальный момент состоит в следующем: неправильно считать, что толкование проводится просто так, является интеллектуальным процессом, не имеющим цели. Напротив, толкование всегда целенаправленно, т.е. осуществляется во имя какой-то цели. Осуществленное во имя какой-то цели толкование есть интерпретация.

Интерпретация, в особенности интерпретация в процессе применения закона, имеет своей целью необходимость принятия решения (обуславливается такой необходимостью). Нелегкая задача объекта толкования нередко состоит именно в том, чтобы обозначить необходимую степень «гармонии» между смыслом нормативного правового акта и жизненными фактами.

При этом большое значение имеет цель толкования, которая нередко обуславливается необходимостью принятия и вынесения определенного решения. Толкование в процессе применения права проводится в интересах формулирования выводов, вынесения решения, т.е. получения определенного результата, который в конечном счете является интерпретацией. Толкование же выступает элементом интерпретации¹.

В конечном счете такое понимание толкования права дает Ю.И. Гревцову возможность доказывать предоставление судьям право отменять или не применять «отжившие» законы². С этим, конечно, нельзя согласиться. В континентальной системе права судебное решение не является источником права и судья не имеет права творить закон или не применять его. Кроме того, в условиях господствующей у нас тотальной коррупции в судебной системе предоставление такого права может привести к торжеству судебного произвола.

А.В. Поляков рассматривает понятия «интерпретация» и «толкование» как синонимы. Он говорит об интерпретации (толковании) правовых текстов. Традиционное понятие толкования как уяснение смысла правовых текстов он считает ограниченным. По его

¹ См.: *Гревцов Ю.И.* Лекции по общей теории права: Учебное пособие. СПб.: Изд-во С-Петербур. ун-та, 2019. С. 289-293.

² См.: Там же. С. 293-298.

мнению, это необходимый элемент любой правореализационной коммуникативной правовой деятельности. Второй же его этап – разъяснение этого смысла другим участникам правовой коммуникации – выступает на первый план при возникновении различных правовых коллизий, и особенно в процессе правоприменения¹.

На мой взгляд, толкование и интерпретацию следует рассматривать как синонимы.

Толкование правовых норм в теории права нередко понимается как стадия применения правовых норм². Однако так же единодушно эти же ученые признают, что толкование – это особый вид деятельности государственных органов, должностных лиц, граждан и их объединений³.

Мне кажется, в подобных утверждениях есть явные противоречия, если применение норм права понимать только как властную деятельность государственных органов.

31.2. СПОСОБЫ (МЕТОДЫ) ТОЛКОВАНИЯ

1. Выделение в основном четырех методов толкования: 1) грамматический, 2) логический; 3) исторический и 4) систематический – было заложено еще в дореволюционной литературе⁴ вслед за Савиньи⁵. Эти способы в той или иной последовательности повторяются в учебной и научной литературе. Иногда добавляются другие: телеологической (целевой), специально-юридический, функциональный⁶.

Но существует и иное деление способов толкования (двухчленное или трехчленное). Оно было обосновано, в частности, еще в 1902 г. Е.В. Васьковским. Он делил толкование норм на два вида: 1) толкование в тесном смысле слова или изъяснение (*Erklärung*,

¹ См.: *Поляков А.В.* Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: Курс лекций. СПб.: Изд. дом. С.- Петерб. гос. ун-та, 2004. С. 802-805.

² См., например, *Марченко М.Н.* Проблемы теории государства и права: Учеб. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. С. 691; *Рассолов М.М.* Актуальные проблемы теории государства и права: Учеб.пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» /М.М. Рассолов, В.П. Малехов, А.А. Иванов. – 2-изд., М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2011. С. 276; *Теория государства и права: Учебник* /Под ред. Р.А. Ромашова, В.П. Сальникова. Изд. 2-е. В 3-х т. Т.2. СПб.: Фонд Университет, 2010. С. 198.

³ См., например: *Марченко М.Н.* Указ. соч. С. 691.

⁴ См., например: *Шершеневич Г.Ф.* Общая теория права: Учеб. пособие. Т.Г. Вып. 2-4. М., 1995. С. 306-309; *Тарановский Ф.В.* Учебник энциклопедии права. Юрьев, 1917. С. 247-250.

⁵ О классификации Савиньи и других представителей исторической школы права см: *Абдрасулов Е.Б.* Толкование норм права в истории правовой мысли. Алматы, 2000. С. 52.

⁶ См. об этом: *Белов В.А.* Указ. соч. С.232.

explication) и 2) логическое развитие (ratiocinatio, alleitung der rechtssatze). Первый вид толкования – изъяснение, – в свою очередь, распадается на две стадии: словесное толкование (раскрытие словесного или буквального смысла нормы) и реальное толкование (определение действительного, внутреннего смысла нормы)¹.

Таким образом, по Васьковскому, первой стадией толкования норм является словесное, определяющее смысл закона исключительно на основании значения употребленных в нем слов. Вторую стадию составляет реальное толкование, пользующееся для той же цели разными другими данными. После того, как словесное и реальное толкование какой-то нормы окончено, необходимо еще вывести из нее логические последствия. Из сказанного следует, что учение о толковании норм должно распадаться на три главные части: 1) о словесном толковании, 2) о реальном толковании и 3) о логическом развитии норм².

Концепцию Е.В. Васьковского в наше время воспроизвел В.А. Белов, который считает, что все способы толкования норм-предписаний укладываются в два следующих направления: 1) грамматическое (иначе – буквальное, словесное, филологическое или языковое), которое заключается в установлении содержания толкуемой нормы на основании смысла составляющих ее слов, словосочетаний, предложений, групп предложений и наконец, всего текста нормы в целом, и 2) логическое (реальное), которое осуществляется посредством логических операций с суждениями, содержащимися как в самой толкуемой норме, так и в тексте других, с нею взаимодействующих, норм, а также соотносясь с внешними обстоятельствами, непосредственно связанными с толкуемой нормой³.

Мне кажется, этот спор не имеет большого смысла: сколько бы ни было методов: два, четыре или семь, – они включают в себя те же способы толкования, только объединенные или по более общим, или по более детальным критериям.

Поэтому в дальнейшем я буду рассматривать общепринятые и привычные для применения методы толкования: грамматический, логический, исторический, систематический, – на основе анализа ст. 6 ГК РК.

2. Уникальный в своем роде закон был принят в Израиле – Закон о толковании терминов 1981 г. (опубликован 15 июня 1981 г.)⁴.

Приведем краткое содержание Закона.

¹ См. об этом: *Васьковский Е.В.* Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. М.: АО Центр ЮрИнфор, 2002. С. 88-91. (Переиздание докторской диссертации 1902 г.).

² См.: *Васьковский Е.В.* Указ. соч. С. 96-97.

³ См.: См.: *Белов В.А.* Указ. соч. С. 232.

⁴ См.: Гражданское законодательство Израиля / Сост., предисл. перевод М.С. Хейфец, науч.ред. Р.Э. Лифшиц. СПб.: Изд-во Юридический центр Пресс, 2003. С. 19-29.

«Часть А. Действие Закона.

1. Положения настоящего Закона действительны в отношении любого законодательного акта и административного распоряжения.

Часть Б. Толкование слов и выражений

Дается толкование ряда слов и выражений (например, в письменном виде, право/закон, административное распоряжение, законодательный акт, день, округ, недвижимое имущество, ордонанс, финансовый год, корпорация и другие). Отдельными пунктами: лицо, множественное и единственное число, мужской и женский род, общее не подобно частному, до и другие.

Часть В. Разъяснение полномочий.

Часть Г. Законодательные акты. Начало действия (ст. 21), отмена действия закона (ст. 22), подзаконные акты и административные назначения, изданные в соответствии с отмененным законодательством (ст. 23). редакция закона, обязательная к применению (ст. 24), толкование ссылок (ст. 25), нарушение формы бланка (ст. 26).

Часть Д. Разное (отмена, введение в действие, опубликование Закона)».

31.3. ТОЛКОВАНИЕ НОРМ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

1. В статье 6 ГК РК закрепляется:

«1. Нормы гражданского законодательства должны толковаться в соответствии с буквальным значением их словесного выражения. При возможности различного понимания слов, применяемых в тексте законодательных норм, предпочтение отдается пониманию, отвечающему положениям Конституции Республики Казахстан и основным принципам гражданского законодательства, изложенным в настоящей главе, прежде всего – в ее статье 2.

2. При выяснении точного смысла нормы гражданского законодательства необходимо учитывать исторические условия, при которых она вводилась в действие, и ее истолкование в судебной практике, если это не нарушает требований, изложенных в пункте 1 настоящей статьи».

Под толкованием правовых норм понимается точное установление их действительного смысла. Для этого, прежде всего, следует понимать каждое слово текста правовой нормы так, как оно понимается в обычной литературной речи. Но некоторые юридические термины имеют собственное содержание, которое не совпадает с общим пониманием слова. Так, например, в обычном понимании «ответственность» подразумевается как обязанность совершения определенных действий. В юридическом же значении (в том числе – в нормах ГК РК) «ответственность» – это применение к лицу, нарушившему свои юридические обязанности, неблагоприятных для

него мер взыскания (например, возмещения убытков). При обычном понимании словом «кредитор» обозначается лицо, одолжившее кому-нибудь денежные средства, а «должник» – тот, кто обязан возвратить полученные деньги. В ГК РК «должник» – это лицо, обязанное совершить по требованию кредитора всякое действие, определенное законом или договором как денежного, так и неденежного характера (например, выполнить работу, передать какое-либо имущество в натуре), «кредитор» же – это тот, кто вправе требовать совершения указанного действия.

В ГК РК немало терминов, редко встречающихся в обыденном разговорном языке, и потому непонятных многим читателям – неспециалистам (например, при принятии ГК Парламентом РК один из депутатов – кандидат филологических наук – доказывал, что термин «неосновательное обогащение» неверен, литературно грамотным является термин «необоснованное обогащение»). Как правило, вслед за применением подобного термина следует его разъяснение: ст. 10 ГК РК (предпринимательство), ст. 17 ГК РК (гражданская дееспособность), ст. 33 ГК РК (юридическое лицо), ст. 299 ГК РК (залог) и т.д.

2. С. обратился в суд с иском к АО «Э» (авиакомпания) о возмещении имущественного и морального вреда.

С. приобрел билеты на себя и семью из Лондона в Алматы с временем вылета в 17.15. На сайте авиакомпании была размещена информация о задержке вылета самолета до 21.15. С. прибыл в аэропорт Хитроу в 18 час, но авиакомпания отказалась его регистрировать, так как она обязана была сдать аэропорту стойку регистрации после окончания срока регистрации. В силу того, что у С. закончился срок визы, он вынужден был купить билеты на самолет другой авиакомпании, чтобы улететь в тот же день.

Дело рассматривалось неоднократно. В постановлении надзорной судебной коллегии по гражданским и административным делам Верховного суда РК от 21 января 2014 г. №3гп-37-14, которым было оставлено в силе решение суда первой инстанции об отказе в иске, были сделаны ссылки одновременно и на п. 1 ст. 6 ГК РК (толкование норм гражданского законодательства), и на п.1 ст. 392 ГК РК (толкование договора).

Надзорная коллегия исходила из того, что в соответствии с Правилами перевозки пассажиров, багажа и грузов на воздушном транспорте, утвержденными постановлением Правительства РК от 13 декабря 2011 г. №1522, пассажир обязан прибыть на регистрацию по времени, установленным правилами перевозки. В Правилах перевозчика указано, что пассажир обязан прибыть к месту регистрации заблаговременно, на международный рейс за три часа до времени вылета воздушного судна по расписанию, указанному в авиабилете. В авиабилетах было указано время 17.15, а

в маршрутной квитанции подтверждается факт ознакомления и согласия пассажира с Правилами перевозчика.

3. В качестве классического примера толкования гражданского законодательства на основании второго предложения п. 1 ст. 6 ГК РК можно привести дело по заявлению Палаты аудиторов к Министерству финансов РК о признании незаконным решения об отказе в аккредитации палаты.

Одной из причин отказа явилось различное толкование п. 4 ст. 10 Закона «Об аудиторской деятельности». В соответствии с п. 4 ст. 10 Закона учредителями и участниками профессиональных организаций могут быть только аудиторы и аудиторские организации. Численность профессиональных организаций должна составлять не менее одной пятой от общего количества аудиторов и не менее одной пятой от общего количества аудиторских организаций, имеющих на осуществление аудиторской деятельности, за три месяца до подачи заявления на аккредитацию. Аудиторы и аудиторские организации выступают только членами одной профессиональной организации.

Отказывая в аккредитации, Министерство исходило из того, что названная норма подразумевает общее количество профессиональных организаций, и аккредитация Палаты, включающей 414 аудиторов и 108 аудиторских организаций, делает невозможным выполнение этой нормы, поскольку не будет достаточного количества аудиторов и аудиторских организаций для создания не менее 132 профессиональных аудиторских организаций.

Палата, в свою очередь, считала, что законодатель под словом «численность» подразумевает численность членов каждой профессиональной аудиторской организации, поэтому она полагает, что эта численность должна составлять не менее одной пятой от общего количества аудиторов и не менее одной пятой от общего количества аудиторских организаций.

Решением суда г. Астаны заявление было удовлетворено.

В постановлении коллегии по гражданским делам Верховного Суда РК от 31 июля 2007 г. №3а-36-07, которым решение суда г. Астаны было оставлено без изменения, было отмечено следующее.

В силу ст. 6 ГК РК нормы гражданского законодательства должны толковаться в соответствии с буквальным значением их словесного выражения. При возможности различного понимания слов, применяемых в тексте законодательных норм, предпочтение отдается пониманию, отвечающему положениям Конституции и основным принципам гражданского законодательства, изложенным в первой главе ГК, прежде всего – в ее статье 2.

При толковании п. 4 ст. 10 Закона суд правильно исходил из положений статей 12, 23 Конституции, основных принципов граж-

данского законодательства, смысла как ст. 10, так и всего Закона в целом.

Как правильно указывается в решении, в законе не может быть нормы, допускающей ограничение количественного состава некоммерческой организации, поскольку это может препятствовать реализации права каждого по своему усмотрению вступить в некоммерческие организации. Если, как толкует Министерство, общее количество профессиональных организаций должно быть не менее одной пятой от общего количества аудиторов и не менее одной пятой от общего количества аудиторских организаций (132), то тогда в каждом случае образования профессиональной аудиторской организации ее количественный состав должен регулироваться и при превышении определенного количества ограничиваться, что влечет нарушение конституционного права на свободу объединений. Рекомендация Министерства Палате сократить свои ряды до 110 аудиторов и 20 аудиторских организаций может повлечь нарушение указанного конституционного права 304 аудиторов и 88 аудиторских организаций.

Пункт 4 статьи 10 Закона об аудиторской деятельности, именуемой «Профессиональные организации», содержит перечень критериев (признаков), которым должны отвечать профессиональные организации. Во-первых, учредителями и участниками могут быть только аудиторы и аудиторские организации. Во-вторых, законодатель установил численный состав профессионального аудиторского объединения как необходимое условие его аккредитации. Это согласуется со ст. 11 Закона, определяющей права и обязанности профессиональных организаций и предполагающей создание внутри каждой из них нескольких структурных подразделений (комитетов) для осуществления возложенных на них законом функций, что невыполнимо при образовании профессиональной организации тремя аудиторами и одной аудиторской организацией. Это также согласуется с подпунктом 3) п.1 ст. 12 Закона, предусматривающим, что профессиональная организация лишается свидетельства об аккредитации в случае, если у десяти аудиторских организаций – членов профессиональной организации за один год были отозваны лицензии на осуществление аудиторской деятельности без ходатайства со стороны такой профессиональной организации. И, в-третьих, члены одной профессиональной организации не могут быть членами другой.

Таким образом, суд приходит к правильному выводу, что утверждение Министерства о численности профессиональных организаций противоречит Закону, поскольку отрывает из общего контекста статьи и отдельно толкует и применяет одно из содержащихся в статье предложений.

4. В п. 2 ст. 6 ГК РК говорится о необходимости учета историче-

ских условий принятия нормы и ее толкования в судебной практике.

В качестве примера учета исторических условий принятия нормы можно привести толкование п. 2 ст. 1113 ГК РК, который гласит: «К правам и обязанностям по договору, предметом которого является недвижимость, а также договору о доверительном управлении имуществом применяется право страны, где это имущество находится, а в отношении имущества, которое внесено в государственный реестр Республики Казахстан, – право Республики Казахстан».

Выявились две точки зрения на толкование содержания п. 2 ст. 1113 ГК РК:

1) в силу того, что все остальные пункты ст. 1113 ГК РК начинаются со слов «при отсутствии соглашения сторон», а в п. 2 ст. 1113 ГК РК этих слов нет, данный пункт является императивной нормой, поэтому стороны не имеют права своим соглашением определять право, подлежащее применению, иное чем то, что определено в пункте втором;

2) статья 1113 ГК РК называется: «Право, применяемое к договору при отсутствии соглашения сторон», поэтому все пункты этой статьи должны применяться, если иное не установлено соглашением сторон.

Следовательно, в самой норме ГК РК заложены противоречия, допускающие возможность различного ее толкования и предписывающие руководствоваться, в частности, принципами гражданского законодательства, а также историческими условиями, при которых вводилась в действие норма гражданского законодательства (ст. 6 ГК РК). Одним из основных принципов гражданского законодательства является свобода договора (ст. 2 ГК РК). Что касается исторических условий, то можно совершенно определенно утверждать, что первоначально п. 2 ст. 1113 ГК РК существовал как часть п. 3 этой же статьи, который начинался со слов «при отсутствии соглашения сторон». Затем эта норма была выделена в отдельный пункт. То есть при принятии этой нормы не имелось в виду вывести ее за пределы содержания ст. 1113 ГК РК в целом; подразумевалось, что стороны могли заключить соглашение о применении иного права.

Это положение не противоречит общим положениям о праве, применимом к правам на недвижимость в соответствии со ст. 1107 ГК РК (право страны, где имущество находится). Определение права собственности на недвижимость будет определяться по правилам ст. 1107 ГК РК, но к правам и обязанностям по договору, предметом которого является недвижимость, вполне может применяться другое право, если стороны решат применить его. Так, например, если недвижимость находится в Казахстане, то право соб-

ственности и иные вещные права будут определяться законами Казахстана. Но если собственник недвижимости заключит договор имущественного найма в отношении этой недвижимости с гражданином Германии, то права и обязанности по этому договору могут определяться в соответствии с законами Германии при условии заключения соглашения об этом сторонами.

В то же время следует иметь в виду, что Министерство юстиции РК по другому толкует содержание данной нормы. По его мнению, во всех странах мира в отношении недвижимого имущества закреплен принцип применения закона места нахождения вещи (*lex rei sitae*). Таким образом, к правам и обязанностям сторон по договорам, связанным с недвижимым имуществом, применяется право той страны, где находится данное имущество.

Именно на данном принципе основаны пункт 2 статьи 1113 ГК РК, а также пункт 3 статьи 1104 ГК РК, согласно которым к правам и обязанностям по договору, предметом которого является недвижимость, а также по договору о доверительном управлении имуществом применяется право страны, где это имущество находится, а в отношении имущества, которое внесено в государственный реестр в РК, – право РК, при этом форма сделки в отношении недвижимого имущества подчиняется праву страны, где находится это имущество, а в отношении недвижимого имущества, которое внесено в государственный реестр в РК, – праву РК.

Поэтому, по мнению Министерства юстиции РК, в пункте 2 статьи 1113 ГК РК содержится императивная норма о применимом праве, предполагающая, что стороны не имеют права своим соглашением определять право подлежащее применению, иное, чем то, что определено в данном пункте¹.

Пример исторического толкования закона приводится в юридической литературе при рассмотрении развития нормативного регулирования выхода участника из товарищества с ограниченной ответственностью. Закон РК от 22 апреля 1998 г. «О товариществах с ограниченной ответственностью и дополнительной ответственностью», в отличие от Указа Президента РК, имеющего силу Закона, от 2 мая 1995 г. «О хозяйственных товариществах», не предусматривает права участника на свободный выход. На практике нередко встает вопрос: могут ли участники в порядке расширения своих прав предусмотреть такое право учредительными документами? Историческое толкование дает ответ – нет, поскольку Законом РК от 2 марта 1998 г. «О внесении изменений и дополнений в Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть) и в Постановление Верховного Совета Республики Казахстан «О ведении в действие Гражданского кодекса Республики Казахстан (Общая часть)»

¹ См.: Письмо Министерства юстиции РК (ноябрь 2009 года) // ИС «Параграф».

пункт 5 ст. 77 ГК РК о праве участника на свободный выход и последствиях такого выхода был исключен. Как отмечают Ю.Г. Басин и К.В. Мукашева, «свобода выхода, разумеется, осталась». Но, если прежде выходящий участник имел право на получение своей доли в имуществе товарищества, то новый Закон не предоставляет выходящему участнику право требовать выплаты ему стоимости доли в имуществе. Его имущественные интересы могут быть удовлетворены лишь путем продажи своей доли в порядке, установленном законом». То есть раньше такое право было, а теперь его у участников нет. И результатом такого выхода является использование именно исторического толкования законодательства¹.

5. Пункт 2 статьи 6 ГК РК придает большое значение толкованию норм гражданского законодательства в судебном порядке.

Толкование закона нормативным постановлением Верховного Суда имеет обязательную силу. Но судьи нередко учитывают и решения судебных органов, прежде всего Верховного суда Республики Казахстан, не носящие нормативного характера, а принятые по конкретным индивидуальным делам.

Такие решения не обязательны для другого суда.

Например, в деле по иску К. к ТОО «РЭСО», ТОО «РЭК» и ТОО «Ж» о признании незаконными действий по отключении электроэнергии СМЭС Костанайской области решением от 18 июня 2009 г. в иске частично отказал. При этом он признал неосновательными постоянные ссылки истца на решения других судов по искам других граждан к тем же организациям, где их действия признавались незаконными. Суд указал, что эти решения в силу п. 2 ст. 71 ГПК нельзя признать имеющими преюдициальное значение. Возможность признать для себя обязательным или хотя бы подлежащим учету иное толкование другими судами законодательства по однотипным случаям и даже относительно тех же организаций СМЭС Костанайской области даже не рассматривал.

Хотя судебные решения не обязательны для других судов, однако их логичность и обоснованность может приниматься во внимание другим судом при толковании закона, применяемого к сходному спору².

Обязательная сила толкования закона, признаваемая Конституцией РК за Верховным судом и Конституционным Советом РК, должна быть признана и в других случаях официального толкования, т.е. толкования нормативного акта тем компетентным органом,

¹ См.: Климкин С.И. Вопросы толкования некоторых положений законодательства о хозяйственных товариществах. – В кн.: Климкин С.И. Юридические лица (Сборник статей). Алматы: ТОО Изд-во НОРМА-К, 2004. С. 122-123; его же. О хозяйственных товариществах // Юрист. 2004. №5. С. 39-40.

² См. об этом: Алимбеков М.Т., Абдрасулов Е.Б. Применение гражданско-правовых норм судом в современный период: Монография. Астана, 2009.

который его издал (ст.ст. 44, 45 Закона о нормативных правовых актах).

6. Большое распространение имеет толкование норм учеными, другими специалистами, которые высказывают свое мнение о том, как следует понимать то или иное положение закона, высказанное на научных конференциях, опубликованное в книгах, журналах, средствах массовой информации и т.п. – это так называемое доктринальное толкование. Такая форма толкования имеет большое значение для правильного применения закона, устранения ошибок практики, совершенствования законодательства. Однако каждое подобное высказывание, даже поддержанное многими специалистами и рекомендованное на конференциях к использованию, не имеет официальной обязательности. За ними – «власть авторитета», но не «авторитет власти».

Приведем пример неправильного понимания доктринального толкования.

П. предъявила иск о признании Правового заключения НИИ частного права по вопросу о применении срока исковой давности в семейном праве не соответствующим законодательству Республики Казахстан. Суд первой инстанции иск удовлетворил. Причем в своем решении судья указал, что НИИ частного права не имел права заниматься толкованием законодательства, так как это относится к компетенции Конституционно-Совета РК.

Апелляционная коллегия решение суда оставила в силе, указав при этом, что Правовое заключение НИИ частного права дано не в связи с научным спором или научным обсуждением норм закона в рамках научно-исследовательской деятельности (доктринальное толкование), а в связи с обращением частного лица на основании договора о даче правового заключения лицу, по которому она является стороной по делу в судебном споре. Разрешение вопроса о применении норм законодательства к конкретным обстоятельствам относится к правоприменительной деятельности, подлежащей осуществлению уполномоченными органами.

В этих решениях – полное смешение понятий теории права и гражданского права. Во-первых, Конституционный Совет РК не вправе толковать законодательство. Он может толковать только Конституцию РК и проверять проекты законодательных актов на предмет соответствия Конституции. Во-вторых, следует различать официальное и неофициальное толкование. Среди неофициального главное место занимает доктринальное толкование. Доктринальное толкование – это не только данное в связи с научным спором, как полагает апелляционная коллегия Алма-тинского горсуда, но и данное в связи с конкретным делом и в

связи с обращением частного лица. Все экспертные правовые заключения, которые готовят ученые в разных странах мира, даются по обращениям частных лиц. Любое экспертное заключение ученого – это и есть самое важное доктринальное толкование законодательства.

Данное дело получило общественный резонанс. Прокурор города принес протест на судебные акты, и кассационная судебная коллегия Алматинского городского суда постановлением от 1 июня 2010 г. №2к-776/2010 отменила решение суда первой инстанции и постановление апелляционной коллегии и отказала П. в иске¹.

7. Важное практическое значение приобретает толкование гражданско-правовых норм в их сопоставлении с другими нормами, регулируемыми эти же или сходные отношения, – так называемое системное толкование права. Применяя, например, правила, регулирующие конкретные виды обязательства, всегда учитываются более общие положения, охватывающие также и эти отношения. Например, применяя норму об ответственности продавца за продажу имущества ненадлежащего качества, нужно принимать во внимание также общие положения обязательственного права об основаниях ответственности, о составе взыскиваемых убытков и многие другие.

8. Следует иметь в виду, что ст. 6 ГК РК касается толкования норм гражданского законодательства. Если речь идет о толковании норм публичного права, в частности административного законодательства, то ст.6 ГК РК неприменима.

В судебной практике эти особенности не всегда учитываются.

Например, суд первой инстанции и апелляционная инстанция признали договор подряда недействительным, исходя из того, что подрядчик, осуществляющий монтаж технологического оборудования предприятий связи, производил эти работы без лицензии.

В постановлении надзорной коллегии Верховного Суда РК от 14 мая 2008 г. №4гп-115-08, которым решения нижестоящих судов были отменены, было указано, что из ст.9 Закона о лицензировании не вытекает, что данный вид деятельности подлежит лицензированию. При этом надзорная коллегия указала, что в соответствии со ст. 6 ГК РК нормы гражданского законодательства должны толковаться в соответствии с буквальным значением их словесного выражения.

По существу постановление надзорной коллегии является пра-

¹ Подробное изложение этого дела с приведением всех судебных постановлений см.: *Майдан Сулейменов. Частное право Республики Казахстан: история и современность // Собр. соч. в 9 томах. Том 9. Международное частное право. Personalis. Алматы: Юрид. фирма Зангер, 2011. С. 277-307.*

вильным, но ссылка на ст. 6 является некорректной. Закон о лицензировании относится к актам административного законодательства и ст. 6 ГК РК в данном случае неприменима.

31.4. ВЫВОДЫ И ПРЕДЛОЖЕНИЯ

1. Применение права с точки зрения господствующей в теории права концепции представляет собой властную деятельность государственных органов по реализации норм права. Однако для гражданско-правовых отношений, основанных на принципе равенства участников, такая трактовка представляется не совсем правильной. На мой взгляд, природе гражданско-правовых отношений более соответствует концепция Ю.Х. Калмыкова о двухстадийном процессе применения норм права.

На первой стадии регулятивных правоотношений, которые составляют львиную часть гражданско-правовых отношений, субъектами применения права являются граждане, юридические лица и государство. В случае нарушения субъектами регулятивных правоотношений своих обязанностей наступает вторая стадия применения норм права – в сфере охранительных правоотношений. На этой стадии субъектами применения норм права являются только государственные органы, осуществляющие властную деятельность по реализации правовых норм.

2. Статья 5 ГК РК, регулирующая аналогию закона и аналогию права, неприменима к любым, кроме гражданско-правовых, отношениям, но на основе ст. 6 ГПК, допускающей применение аналогии ко всем спорам, рассматриваемым судом, можно утверждать, что аналогия применима практически ко всем отношениям, споры по которым могут рассматриваться в гражданском процессе, в том числе и к публичным отношениям, кроме уголовных.

3. Толкование (интерпретацию) норм права можно рассматривать как особый вид деятельности государственных органов, должностных лиц, граждан и юридических лиц, направленной на раскрытие смыслового содержания правовых норм и на выявление содержащейся в них государственной воли.

Различаются четыре метода толкования: 1) грамматический, 2) логический, 3) исторический и 4) систематический. Анализ применения этих методов в законодательстве и судебной практике показал, что суды, несмотря на отдельные отклонения и упущения, в целом обеспечивают применение этих методов на практике.

4. Статья 6 ГК РК, регулирующая вопросы толкования норм права, применяется только к гражданско-правовым отношениям. К публичным отношениям она не применяется.

32.1. ПРИМЕНЕНИЕ ДОГОВОРА

Сам термин звучит довольно нелепо и непривычно. И это действительно так, если мы будем исходить из общепринятой концепции, что применение норм права – это исключительная компетенция государственных органов.

Но если воспринять концепцию Ю.Х. Калмыкова о двухстадийности процесса применения права для гражданско-правовых отношений (которую я изложил в статье первой), то возможность применения такого термина становится не такой уж неприемлемой.

Напомню, что, по концепции Ю.Х.Калмыкова, реализация гражданско-правовых предписаний в регулятивных и охранительных отношениях осуществляется по-разному. В регулятивных отношениях реализация юридических норм протекает в форме применения, причем сам правоприменительный процесс имеет две стадии.

На первой, основной стадии граждане, юридические лица или государство совершают активные действия по претворению правовых предписаний в жизнь, по урегулированию тех или иных общественных отношений посредством привлечения к этому соответствующих норм права. Процесс применения права может начаться и завершиться первой стадией, если его участники не отклонятся от предусмотренного нормой варианта поведения.

Во второй стадии осуществляется принудительная, властная реализация юридического предписания. Компетентный орган государства или общественности, руководствуясь диспозицией той же нормы, применяет соответствующую санкцию. Вторая стадия применения норм права в регулятивных отношениях характеризуется властной деятельностью компетентных органов государства и общественности. Она дополняет в необходимых случаях первую, основную стадию, является средством принудительного претворения в жизнь правовых предписаний.

На первой стадии, помимо соблюдения права, возможны случаи применения права, особенно при заключении договоров, когда стороны не просто беспрекословно исполняют то, что им предписано, а совершают активные действия по применению права.

Слово «соблюдать» означает «исполнять в точности, строго».

Слово «применять» означает прикидывать, прикладывать, приспособлять, приравнивать, употреблять, использовать на деле каким-либо образом¹.

«Осуществлять» означает выполнять, совершать, производить.

«Использовать» – употреблять, пользоваться (воспользоваться) в своих интересах, извлекать выгоды из чего-либо.

«Исполнять» – выполнять, претворять в жизнь, осуществлять действия согласно инструкциям и указаниям.

Слова «соблюдать», «исполнять» полностью применимы к отношениям, регулируемым публичным правом: там действительно надо исполнять в точности, строго.

Оно применимо и к отношениям, регулируемым частным правом, но не ко всем. Трудно сказать, что при заключении договора, особенно не предусмотренного законодательством, стороны исполняют норму права в точности, строго. Они могут выйти за пределы установленных норм, могут заключить договор, не предусмотренный законодательством, к ним может быть применена аналогия закона и аналогия права, им разрешено все, не запрещенное законодательством.

В отличие от этого в публичном праве действует другой принцип: разрешено то, что предусмотрено законодательством. Из этого можно сделать вывод, что в публичных отношениях нормы права соблюдают, исполняют все субъекты, а применяют только государственные органы, облеченные властью.

В частных отношениях нормы права соблюдают и исполняют все, но в ряде случаев, в частности, в договорных отношениях, они выходят за рамки строгого исполнения в точности, а начинают приспособлять, использовать на деле, применять нормы права.

Данная концепция здесь только обозначена. Она нуждается в дальнейшем развитии и дополнительной аргументации. Но как концепция она вполне, на мой взгляд, имеет право на существование.

32.2. ТОЛКОВАНИЕ ДОГОВОРА. ПОНЯТИЕ

Под толкованием договора следует понимать деятельность суда по установлению значения условий договора с целью определения прав и обязанностей сторон².

¹ См.: Словарь Даля, Словарь синонимов Абрамова, Толковый словарь русского языка Ушакова, Толковый словарь Ефремовой, Большой современный толковый словарь русского языка, Тезаурус русской деловой лексики, Тезаурус русского языка и другие (Яндекс-поиск).

² См.: Байрамкулов А.К. Толкование договора в российском и зарубежном праве. М.: Статут, 2016. С. 49.

Под толкованием договора понимается «двуединый процесс уяснения содержания предписания и его разъяснения»¹.

Основываясь на своем определении юридического толкования, понятие толкования договора сформулировала Е.А. Березина: «Толкование индивидуально-правовых договоров – это особая разновидность юридического толкования, представляющая собой осуществляемую с помощью как традиционных способов юридического толкования, так и способов, вытекающих из особенностей договоров, специфическую юридическую деятельность сторон договора, их представителей, судебных органов и других субъектов права, направленную на познание смысла условий договоров в целях их непосредственной или опосредованной реализации»².

Обобщая все приведенные положения, можно сформулировать следующее определение толкования гражданско-правового договора. Толкованием гражданско-правового договора является деятельность суда по установлению, выяснению смысла (содержания) условий договора (как письменного, так и устного) и выражению в судебном решении итога толкования в виде разъяснения содержания его условий³.

32.3. ОБЪЕКТИВНЫЙ И СУБЪЕКТИВНЫЙ ПОДХОДЫ К ТОЛКОВАНИЮ ДОГОВОРА

1. Как отметил М.И. Брагинский, при оценке смысла норм о толковании договора, следует иметь в виду, что в принципе в законодательстве разных стран и в разное время существовали прямо противоположные исходные позиции. Одни из них опирались на «теорию воли», а другие – на «теорию волеизъявления». Суть расхождений состояла в определении того, чему следует отдавать предпочтение при несовпадении воли и волеизъявления: тому ли, что написано в договоре или высказано сторонами при определении его условий, либо тому, что стороны в действительности имели в виду, выражая устно или письменно свое понимание соответствующих действий, и прежде всего оферты или акцепта.

Если применить к указанным двум теориям общее положение о защищаемых правовых интересах, нетрудно установить, что «теория воли» направлена в соответствии с ее исходными положениями на защиту интересов слабой стороны (той, которая ошибалась), а

¹ См.: *Костикова А.В.* Толкование предпринимательского договора: Автореф. дис. канд. юрид.наук. СПб., 2013. С. 26.

² См.: *Березина Е.А.* Указ. соч. С. 10.

³ См.: *Медовщикова Е.О.* Толкование гражданско-правового договора // *Гражданско-правовые записки: Межвузовский сборник научных трудов.* Вып. 2. М.: Статут; Екатеринбург: Институт частного права, 2002. С. 410.

теория «волеизъявления» – контрагента ошибающейся стороны (в более широком смысле – интересов оборота)¹.

2. В зарубежном гражданском праве сложилось два противоположных представления о том, что может служить таким ориентиром, которые, как правило, обозначаются в доктрине как объективный и субъективный подходы. В настоящем параграфе предлагается обзор развития и анализ основных положений указанных подходов к толкованию договора.

Согласно первому подходу, толкуя договор, необходимо устанавливать подлинную волю сторон, даже если она находится в противоречии с тем, как она выражена (субъективный критерий); согласно второму при толковании договора приоритет должен быть отдан тому, как выражена воля сторон, т.е. волеизъявлению посредством слов, знаков и т.д. (объективный критерий)².

3. Классический пример различия между *verba* (слово) и *voluntas* (воля) приводит А.К. Байрамкулов в своей монографии.

В известном наследственном деле *Causa Curiana* на примере толкования завещания столкнулись две позиции, которые в современной терминологии могли быть охарактеризованы как объективная и субъективная.

Так, наследодатель оставил завещание, в котором содержалось следующее распоряжение: «Если у меня родится сын и он умрет, не достигнув совершеннолетия, то я желаю, чтобы Курий был моим наследником». Случилось так, что сын не родился, и встал вопрос о том, имеет ли Курий право на наследство. Известный римский оратор Квинт Муций Сцевола отстаивал буквальный смысл завещания: если сын не родился, значит и Курий не может стать наследником. Его оппонент Луций Лициний Красс возражал, ссылаясь на справедливость и подлинную волю завещателя, которая была направлена на передачу Курию наследства, если им не сможет воспользоваться сын наследодателя.

Противоборство объективных (Сцевола) и субъективных (Красс) подходов к толкованию договора особенно показательно с точки зрения используемых сторонами аргументов. Апеллируя к духу старого гражданского права, Сцевола настаивал на приоритете буквального текста и неукоснительном соблюдении того, как воля наследодателя была выражена в завещании: «Было бы ловушкой для народа, оставив в пренебрежении написанный текст, заниматься розыском воображаемой воли завещателя». Это означало бы «толкованием красноречивых адвокатов извращать писания простых людей». В ответ на это Красс, обращаясь к идее справедливо-

¹ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд. 2-е. М.: Статут, 2003. С. 266-267.

² См.: Байрамкулов А.К. Указ. соч. С. 50.

сти, возражает: «В словах-то и заключается ловушка, если оставить без внимания волю».

Из представленных сторонами доводов видно, что в поддержку объективного (формального) подхода приводятся аргументы, связанные с необходимостью защиты правовой определенности. Данный подход в римском праве основывается прежде всего на буквальном значении слов. В то же время субъективные начала толкования, «выросшие, вероятно, на почве *jus gentium* в условиях развитой торговли», являясь отступлением от буквального значения, находят свое обоснование во внешних по отношению к тексту идеях: «Справедливость требует, чтобы мысли и воля соблюдались»¹.

Противостояние в таком чистом виде прекратилось уже в римском праве в пользу субъективного метода, но различие сохранилось и получило закрепление в современном праве.

4. В современном зарубежном праве господствующее положение занял субъективный подход, в рамках которого целью толкования является установление действительной (подлинной, реальной) воли сторон.

Например, в ст. 1156 Гражданского кодекса Франции закреплено:

«Рассматривая соглашения, в первую очередь надлежит установить, каким было взаимное намерение договаривающихся сторон, а не осмысливать буквальное значение слов»².

В §133 Германского Гражданского уложения говорится, что «при толковании волеизъявлений необходимо следовать действительной воле, не придерживаясь буквального смысла выражений».

В соответствии с п. 1 ст. 18 Швейцарского обязательственного закона, при оценке формы и содержания договора следует установить истинную обоюдную волю сторон, не придавая значения неточным терминам или выражениям, которые использовались сторонами по ошибке или с намерением прикрыть истинную природу сделки»³.

Аналогично в §914 Всеобщего Гражданского кодекса Австрии:

«При толковании договора следует обращать внимание не на буквальный смысл выраженного сторонами, а нужно исследовать намерения сторон и понимать договор так, как это соответствует практике добросовестного гражданского оборота»⁴.

¹ См.: Байрамкулов А.К. Указ. соч. С. 52-53.

² См.: Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) / Пер. с франц. В. Заватаев/Отв. ред. А. Довгерт. К.: Истина, 2006.

³ См.: Швейцарский обязательственный закон. Федеральный закон о дополнении Швейцарского гражданского кодекса (Часть пятая: Обязательственный закон): от 30 марта 1911 г. (по состоянию на 1 марта 2012 г.) /пер. с нем., фр. [Гайдаенко Шер Н.И., Шер М.] – М.: Инфотропик Медиа, 2012.

⁴ См.: Всеобщий гражданский кодекс Австрии =Allgemeines Buzgezliches Gesetzbuch / пер. с нем. Маслов С.С. М.: Инфотропик Медиа, 2011.

В соответствии с пунктом а) ст. 25 Закона о договорах (Общая часть) – 1973 (поправка) от 15.06.1981 г.) Израиля:

«Договор толкуется в соответствии с волеизъявлением сторон, выраженным в договоре. В случае, когда из содержания договора невозможно установить действительное волеизъявление сторон, договор толкуется исходя из обстоятельств дела»¹.

5. Субъективный подход нашел свое отражение и в международных документах.

В ст. 4.1 Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА закрепляется:

«1. Договор должен толковаться в соответствии с общим намерением сторон.

2. Если такое намерение не может быть выявлено, договор должен толковаться в соответствии со значением, которое аналогичные сторонам разумные лица придавали бы договору в таких же обстоятельствах»².

То есть в первую очередь применяется субъективный критерий, и только когда он не срабатывает, может быть применен объективный критерий.

Первоочередное значение субъективному критерию придано и в п.(1) ст. II-8:101 Модельных правил европейского частного права³, и в п. 1 ст. 5:101 Принципов европейского договорного права (PECL)⁴:

«Договор должен быть истолкован в соответствии с общим намерением сторон, даже если оно отлично от буквального значения слов».

Такое же положение закреплено в гл. 8 DCFR-Принципы определения и модельные правила Европейского частного права. Проект общей справочной системы (Principles, Definitions and Model Rules of European Private law. Draft Common Frame of Reference)⁵.

В то же время в некоторых международных документах закреплено первоочередное применение объективного критерия. Например, в ст.39 Кодекса Европейского договорного права закреплено следующее:

¹ См.: Гражданское законодательство Израиля / Сост., предисловие, пер. с иврита М.С. Хейфец. науч. ред. Н.Э. Лифшиц. СПб.: Изд-во Юрид.центр Пресс, 2003.

² См.: Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 / Пер. с англ. А.С. Комарова. М.: Статут, 2013.

³ См.: См.: Модельные правила европейского частного права / Пер. с англ.; науч. ред. Н.Ю. Рассказова. М.: Статут, 2013.

⁴ См.: Журнал международного частного права. 1999. №1 (23) С. 40-70.

⁵ См.: Белоусов Ю.В., Бек Ю.Б., Дыминская Е.Ю. и др. Гармонизация договорного права / Под ред. У Хелльманна, С.А. Балашенко, Ю.В. Белоусова. Хмельницкий: Хмельницкий университет управления и права, 2015. С. 133.

«1. Когда формулировки условий договора таковы, что выражают намерения договаривающихся сторон ясно и недвусмысленно, тогда содержание договора должно быть устанавливаемо в соответствии с буквальным смыслом употребленных в нем терминов, при условии рассмотрения договора как единого целого и сопоставления различных положений договора одного с другим.

2. Над обычным значением [многозначного] слова, [использованного в договоре], имеет преимущественную силу тот смысл, о котором прямо договорились стороны, или, если они упустили [об этом договориться] – отличающийся [от буквального] технический смысл, или же тот, что имеется в виду торговыми обычаями, соответствующими природе договора.

3. В случае возникновения при толковании договора таких сомнений, которые не могут быть разрешены путем всесторонней оценки его сторон, имеющим место даже после включения договора по совместимым его с текстом, названный договор должен будет интерпретироваться в соответствии с общим намерением сторон, которое может быть установлено с помощью принятия во внимание [оценки любых] внешних элементов, касающихся сторон.

4. Никакой результат толкования договора не может приводить к последствиям, противоречащим началам добросовестности и разумности»¹.

Эта норма противоречит всем остальным международным документам и больше всего соответствует статье 392 ГК РК и аналогичной статье 431 ГК РФ.

И в заключение приведу ст. 8 Венской конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.:

«1) Для целей настоящей Конвенции заявления и иное поведение стороны толкуются в соответствии с ее намерением, если другая сторона знала или не могла не знать, каково было это намерение.

2) Если предыдущий пункт неприменим, то заявления и иное поведение стороны толкуются в соответствии с тем пониманием, которое имело бы разумное лицо, действующее в том же качестве, что и другая сторона при аналогичных обстоятельствах.

3) При определении намерения стороны или понимания, которое имело бы разумное лицо, необходимо учитывать все соответствующие обстоятельства, включая переговоры, любую практику, которую стороны установили в своих взаимных отношениях, обычаи и любое последующее поведение сторон».

¹ См.: Белов В.А. Кодекс европейского договорного права. – European Contract Code: общий и сравнительно-правовой комментарий: В 2 кн. Книга 1. М.: Изд-во Юрайт, 2015. С. 61-62.

Пункт 1 ст. 8 – это субъективный критерий. Пункт 2 – это объективный критерий в рамках концепции поведения разумного лица.

6. В зарубежной доктрине и практике выработан ряд правил и приемов, позволяющих суду разрешить спор о толковании договора.

Известный английский исследователь договорного права в середине прошлого века В. Ансон сформулировал правила толкования договора в английском праве.

Общее правило заключалось в том, что задача суда при толковании договора состоит в том, чтобы выявить намерение сторон, письменным выражением которого договор служит. Но это намерение должно быть установлено из самого документа: стороны не могут представлять прямые доказательства того, что их истинные намерения отличались от положений документа. В. Ансоном сформулированы и другие правила общего характера, которые применяются судами в отношении письменных соглашений:

1) Слова понимаются в их прямом и буквальном значении. Не обязательно, чтобы это было словарное значение слова, но то его значение, в котором оно обычно понимается (*Robertson v. French*, 1803), причем всегда с оговоркой о возможности представления допустимых доказательств о том, что слово должно пониматься в каком-либо техническом или специальном значении. От этого правила можно отступать также в тех случаях, когда его применение повлечет за собой нелепость (*Abbot v. Middleton*, 1858) или несоответствие с остальной частью документа (*Watson v. Haggitt*, 1928).

2) Слова, имеющие двоякое значение, получают то значение, которое делает документ действительным, а не ничтожным или лишенным силы (*Verba ita sunt intelligenda ut res magis valeat quam pereat*). Когда было предусмотрено, что поручительство за истцов принимается «за встречное удовлетворение, выражающееся в том, что вы авансируете» Дж.С., утверждалось, что это указывало на предшествующее встречное удовлетворение, однако суд признал, что такие слова могут означать авансирование в будущем и могут быть равнозначны словам «за встречное удовлетворение, выражающееся в том, что вы будете авансировать» или «при условии авансирования вами» (*Haigh v. Brooks*, 1839). Это правило в поддержку документа столь твердо, что в соответствующих случаях суд ограничивает письменный текст теми словами, которые применяются в соглашении, восполняет явные упущения и переставляет или даже опускает слова и фразы, если намерение сторон ясно.

3) «Соглашение должно получить такое толкование, которое допускают его формулировки и которое наилучшим образом выразит намерение сторон, устанавливаемое из договора в целом, и большее внимание должно уделяться ясному намерению сторон, чем каким-либо конкретным словам, которые могли быть использованы сторонами при выражении их намерения» (Ford v. Beech, 1848). Надлежащий метод толкования состоит в том, чтобы рассмотреть документ в целом, установить значение слов и фраз в общем контексте, попытаться определить содержание каждой его части (*Ex antecedentibus et consequentibus fit optima interpretatio*). Однако, если слова конкретной статьи ясны и недвусмысленны, они не могут быть изменены отсылкой к другим статьям соглашения.

Дополнительно к этим основным правилам существуют и другие правила: все они ведут к тому же результату – установлению намерения сторон, как оно определено в документе¹.

7. Английский юрист Р. Познер уже в наши годы предлагает четыре способа решения проблемы (Posner R.A. – *The law and Economics of Contract Interpretation* // *law and Economics Working Paper*, №229, 2004).

Первый способ известен всем развитым юрисдикциям: если из текста договора прямо не следует его однозначный смысл, то необходимо выявить, что стороны действительно имели в виду, иными словами, выявить общую волю сторон. Однако этот способ будет работать только в том случае, если стороны действительно имели общую волю по спорному вопросу, но неверно ее выразили в тексте соглашения.

Второй способ тесно связан с судебским усмотрением и представляет собой чисто английский институт – «доктрина разумного человека». В этом случае судья выбирает наиболее рациональное, экономически эффективное толкование договора, то есть делает предположение о том, какое условие на месте сторон включил бы в договор разумный деловой человек.

Концепция «разумного человека» связана с таким правилом толкования договоров, как *the Best Guess Rule*. В этом случае судье даже не нужно прибегать к помощи никаких иных доказательств для определения содержания спорного условия. Используя человеческую рациональность, судья толкует спорное условие так, как стороны бы его истолковали, если бы в момент заключения договора предвидели возникновение ситуации, обусловленной неясностью в договоре.

Третий способ представляет собой специфические правила

¹ См.: Ансон В. Договорное право / Под общ. ред. О.Н. Садикова. М.: Юрид. литература, 1984. С. 111-112.

толкования договора, которые можно обозначить как «правила, используемые для того, чтобы разбить ничью» (Tie-breaking Rules). К ним относятся правила о толковании договора против стороны, которая пытается привести контракт в исполнение, и правила о толковании договора против стороны, разработавшей договор. Последнее больше известно как the Contra Proferentem Rule.

В последнее время the Contra Proferentem Rule начало широко применяться на практике. На законодательном уровне оно содержится, например, в ст. 1162 Гражданского кодекса Франции («в случае сомнения соглашение должно толковаться против того, кто выговорил условия (в договоре), и в пользу того, кто принял на себя обязательства»). О его распространенности свидетельствует и то, что оно нашло отражение в ст. 4.6 Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА («если условия договора, выдвинутые одной стороной, являются неясными, то предпочтение отдается толкованию, которое противоположно интересам этой стороны»).

Четвертым способом является буквальное формальное толкование договора, в соответствии с которым презюмируется, что договор – это соглашение сторон, в котором полно и законченно урегулированы все вопросы, связанные с его исполнением. Это презумпция лишает стороны права ссылаться на все иные доказательства в подтверждение условий договора. С буквальным толкованием в странах англосаксонской правовой семьи тесно связаны еще два правила толкования договоров: the Four Corners Rule и the Parol Evidence Rule.

The Four Corners Rule предполагает, что смысл документа может быть установлен из содержания всего документа, то есть необходимо исследовать весь документ в целом, а не его отдельные части. Применительно к толкованию договоров это правило означает также исследование только текста соглашения, но не всех иных доказательств.

The Parol Evidence Rule также воспринимает договор как целостный документ и запрещает сторонам ссылаться на переговоры, проводимые до заключения контракта, если их содержание противоречит договору, заключенному в письменном виде. Иными словами, если the Parol Evidence Rule запрещает использование только доказательств, противоречащих письменному договору, то the Four Corners Rule идет еще дальше и запрещает вообще использование всех иных доказательств, вне зависимости от того, противоречат ли они письменному документу.

Однако в некоторых случаях применение the Parol Evidence Rule может быть ограничено. Например, допускается использование

иных доказательств в целях подтверждения того, что между сторонами помимо основного договора были заключены еще и вспомогательное соглашение либо соглашение о гарантийных обязательствах.

Следует также отметить, что иногда стороны сами могут установить the Four Corners Rule и the Parol Evidence Rule в своем договоре – сделать оговорку о том, что юридическую силу имеет только сам договор, а все иные документы, касающиеся его, либо устные договоренности сторон не имеют такой силы (merger clause). В одном из недавно проведенных исследований отмечалось, что большинство предпринимательских контрактов содержат такую оговорку. Таким образом, четвертый способ толкования договора ограничивает свободу в толковании условий договора, в частности свободу усмотрения судьи, которой он обычно обладает¹.

8. Помимо указанных выше способов толкования гражданско-правовых договоров, в зарубежной практике на уровне законодательных актов закреплены отдельные специфические принципы толкования, многие из которых были известны еще со времен римского права.

1) Толкование договора в пользу его исполнимости. В настоящее время данное положение закреплено в §332 американского Corpus Juris Secundum (CJS): «Договор подлежит толкованию в пользу взаимности и определенности обязательств его сторон, а также возможности его исполнения».

2) Толкование в пользу действительности или заключенности договора. В соответствии со ст. 1157 Гражданского кодекса Франции, «если какое-либо договорное условие может пониматься в двух смыслах, то следует понимать его предпочтительно в том смысле, в каком оно может повлечь какие-либо последствия, а не в том смысле, в каком оно не имело бы никаких последствий».

3) Толкование в пользу меньшего объема обязательств. В силу ст. 1371 Гражданского кодекса Италии, «при невозможности истолкования следует считать, что должник принял на себя меньший объем обязательств. В §334 CJS содержится правило о приоритете такого толкования, которое не предусматривает лишения прав или имущества, если иное не следует из договора».

Три вышеприведенных принципа толкования договоров направлены на поддержание стабильности договорных отношений и исходят из того, что стороны изначально намеревались создать дей-

¹ Цит. по: *Сосипатрова Н.Е., Бузова А.Ю.* Толкование гражданско-правовых договоров в зарубежной и российской правовых системах // Вестник Нижегородского унив-та им.Н.И. Лобачевского. 2008. № 1. С. 122-129. <https://cyberleninka.ru/article/n/tolkovanie-grazhdansko-pravovyh>.

ствительную правовую конструкцию, предусматривающую сохранение разумного баланса интересов сторон и их взаимную выгоду от договорного сотрудничества. Таким образом, презюмируется, что обе стороны хотят исполнить договор в полном объеме и, придерживаясь принципа добросовестности, не стремятся возложить на своего контрагента обязанностей больше, чем это предусмотрено самим договором¹.

32.4. СХОДСТВО И РАЗЛИЧИЯ МЕЖДУ ТОЛКОВАНИЕМ ПРАВА И ТОЛКОВАНИЕМ ДОГОВОРА

Толкование права и толкование договора имеют много общего, и к толкованию договора можно применять многие приемы и методы, которые применяются при толковании права.

В частности, при толковании договора также применяются методы:

- а) грамматический (словесный);
- б) систематический;
- в) логический;
- г) исторический.

В то же время есть и существенные различия между толкованием закона и толкованием договора. Прежде всего это различие в круге лиц, к которым толкование обращено. Если для договора важно то, как поняли условия стороны, то для закона – лишь то, какое значение для спорной нормы определено судом при ее применении. В этой связи подходы к толкованию договора, которые основаны на установлении содержания воли сторон, к толкованию закона неприменимы.

Если норма закона подразумевает лишь одно правильное понимание – понимание суда, что согласуется с общим требованием правовой определенности закона, то договор при толковании предполагает множественность горизонтов понимания сторонами спорного условия.

Различия в толковании договора и закона также проявляются в том, что для договора не столь актуальны «прединтерпретационные» этапы исследования договора. В традиционном учении о толковании закона такой этап именуется критикой и включает в себя установление подлинности нормы (того факта, что данная норма действительно исходит от органа власти) и проверку правильности ее текста².

¹ См.: *Сосипатрова Н.Е., Бурова А.Ю.* Указ.соч.

² См.: *Байрамкулов А.К.* Толкование договора в российском и зарубежном праве. М.: Статут, 2016. С. 46-47.

32.5. ТОЛКОВАНИЕ ДОГОВОРА ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

1. Основные правила толкования договоров содержатся в статье 392 Гражданского кодекса Республики Казахстан, согласно которой:

«1. При толковании условий договора судом принимается во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений. Буквальное значение условия договора в случае его неясности устанавливается путем сопоставления с другими условиями и смыслом договора в целом.

2. Если правила, содержащиеся в пункте первом настоящей статьи, не позволяют определить содержание договора, должна быть выяснена действительная общая воля сторон с учетом цели договора. При этом принимаются во внимание все соответствующие обстоятельства, включая предшествующие договору переговоры и переписку, практику, установившуюся во взаимных отношениях сторон, обычаи делового оборота, последующее поведение сторон».

Толкование договора производится судом при возникших у сторон разногласиях в понимании того или иного условия договора. Причем суду даны широкие полномочия: он может исходить не только из текста договора и его содержания, но и выходить за пределы договора с целью выяснить действительные намерения сторон. Однако второй способ толкования может применяться только в том случае, если изучение текста договора не дает возможности выяснить действительные намерения сторон.

Можно выделить три последовательно применяемые правила применения процедуры толкования договора:

1) установление буквального значения содержащихся в нем слов и выражений, то есть так называемое филологическое (или грамматическое) толкование. Такое толкование позволяет определить смысл и содержание не только отдельных слов и выражений, но и смысл того или иного их сочетания;

2) сопоставление соответствующего условия договора с другими условиями и смыслом договора в целом, то есть так называемое систематическое толкование. При этом учитывается место расположения условия в тексте договора (например, условие, расположенное в разделе «Особые условия», должно иметь приоритет перед расположенным в разделе «Общие положения»). По одному арбитражному делу смысл термина «статус договора» удалось решить с помощью анализа термина «правовой статус» договора;

3) выяснение действительной общей воли с учетом цели договора, когда не помогает применение первых двух правил. При этом

принимаются во внимание переговоры (устные переговоры могут учитываться, если стороны однозначно трактуют их содержание или есть надежные свидетели), переписка сторон (письма, телеграммы, тексты проектов и протоколов намерений и т.п.), практика, установившаяся во взаимоотношениях сторон, обычаи делового оборота (см. комментарий к п. 4 ст. 3 ГК РК), последующее поведение сторон (если, например, анализ конкретных условий договора был основан на том, что это договор займа, но последующее поведение сторон показало, что ни должник, ни банк-кредитор не собирались обеспечить возврат долга. Из этого ясно вытекает, что и действительная воля сторон, и цель договора направлены не на исполнение договора займа, и речь идет о притворной сделке, прикрывающей другой договор – о безвозмездной передаче денежных средств).

Хотя в статье 392 ГК РК говорится о толковании договора судом, но статья 392 ГК РК может применяться при толковании договора любыми участниками гражданского оборота. Единственно, поскольку в случае спора окончательное решение по нему принимается, как правило, судом, в статье 392 ГК РК предусмотрены правила толкования договора судом в случае спора между сторонами договора. Поэтому в случае возникновения спора стороны должны будут доказать суду правильность своего толкования договора.

2. То, что основным видом толкования в соответствии с правом Казахстана является буквальное и систематическое толкование, подтверждается и судебной практикой. Судебная практика не имеет правообразующего или правоустанавливающего значения, но может использоваться как подтверждение единообразного подхода к вопросам толкования в правоприменительной системе Казахстана.

Например, судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Республики Казахстан на основании буквального толкования условий договора страхования установила несостоятельность доводов истца (Постановление от 27 марта 2017 года № 3зп-180-15):

«Стороной истца по делу приводились со ссылкой на пункт 1.4 («Застрахованные лица») договора добровольного страхования доводы о том, что застрахованным по договору следует считать неограниченный круг водителей, уполномоченных на право управления транспортным средством страхователем Т., в том числе Д. Такие доводы несостоятельны, поскольку противоречат статье 392 ГК, согласно которой при толковании условий договора принимается во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений.

3. В пункте 1.4 («Застрахованные лица») договора добровольного страхования нет указания о неограниченности круга застрахованных водителей, а оговорено, что «список водителей не определен».

Или, например, судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Республики Казахстан на основании сопоставления условий договора поставки также установила несостоятельность доводов истца о несоответствии поставленной продукции описанию в рекламных буклетах (Постановление от 21 октября 2015 года №3гп-538-15):

«Местные суды, удовлетворяя иск, приняли во внимание не условия договоров поставки, а ссылку истца на рекламный буклет, являющийся лишь печатной продукцией для ознакомления потенциальных заказчиков с производственными возможностями компании-производителя.

В соответствии с пунктом 1 статьи 392 ГК при толковании условий договора судом принимается во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений. Буквальное значение условия договора в случае его неясности устанавливается путем сопоставления с другими условиями и смыслом договора в целом.

В соответствии с пунктом 2.1 Договоров поставляемая продукция – четыре единицы конструкций мобильных зданий (далее – МЗ) – должна соответствовать Технической спецификации в Приложении №1 к Договорам, а также действующим стандартам Республики Казахстан».

4. Из ст. 392 ГК РК также следует, что, если буквальное значение не дает однозначного ответа о содержании условия, должны быть установлены смысл договора в целом (п. 1 ст. 392 ГК РК) и действительная воля сторон с учетом всех обстоятельств дела (п. 2 ст. 392 ГК РК). То есть, если филологическое и систематическое толкование не позволяет определить содержание какого-то условия договора, то его содержание выясняется на основании смысла договора в целом и действительной воли сторон, которые могут выясняться на основании предшествующей заключению договора переговорам, переписке, последующем поведении, сложившейся практике взаимоотношений, обычаям делового оборота и на основе иных доказательств, определяющих смысл и волю сторон при заключении договора.

5. Судебная практика Казахстана также подтверждает, что в правоприменительной практике суды при отсутствии однозначного толкования договора в любом случае исследуют все доказательства при его толковании.

Так, надзорная судебная коллегия по гражданским и админи-

стративным делам Верховного Суда Республики Казахстан (Постановление от 10 декабря 2014 года № 3зп-712 -14) пришла к следующему выводу:

«Также является ошибочным толкование судами апелляционной и кассационной инстанций Соглашения от 12 октября 2011 года как предварительного договора, поскольку оно не содержит всех элементов, предусмотренных статьей 390 ГК, в частности, условий, позволяющих установить предмет, а также другие существенные условия основного договора.

В соответствии с пунктом 2 ст. 392 ГК, если буквальное толкование договора не позволяет определить его содержание, должна быть выяснена действительная общая воля сторон с учетом цели договора.

Судами апелляционной и кассационной инстанций не принята во внимание цель кредита по договору банковского займа – приобретение вышеуказанного имущественного комплекса.

Одновременно с заключением договора займа сторонами было подписано Соглашение, по условиям которого приобретенный за счет кредитных средств Банка имущественный комплекс должен быть предоставлен в залог Банку, в установленный Соглашением срок.

Таким образом, исходя из условий договора займа и Соглашения, общая воля сторон при заключении указанных договоров была направлена на выдачу Банком кредита Товариществу на приобретение имущественного комплекса при условии его последующего предоставления в залог Банку».

6. Или, например, судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Республики Казахстан (Постановление от 25 июля 2017 года №6001-17-00-3зп/404) пришла к следующему выводу:

«Необоснованными являются выводы апелляционной коллегии об истечении срока действия Договора.

Согласно пунктам 1, 3 статьи 386 ГК договор вступает в силу и становится обязательным для сторон с момента его заключения (статья 393 настоящего Кодекса). Если законодательством или договором предусмотрен срок действия договора, окончание этого срока влечет прекращение обязательств сторон по договору.

Пунктом 1 статьи 392 ГК определено, что при толковании условий договора судом принимается во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений. Буквальное значение условия договора в случае его неясности устанавливается путем сопоставления с другими условиями и смыслом договора в целом. Подпунктами 8.1., 8.2. пункта 7 Договора установлено, что Дого-

вор вступает в силу с момента его подписания и действует до 31 декабря 2015 года, а в части взаиморасчетов – до полного их завершения.

В случае отсутствия уведомления о прекращении действия Договора до даты его окончания любой из сторон Договор считается автоматически пролонгированным на новый аналогичный срок.

Продавец поставку сырой нефти не осуществил, уведомления о прекращении действия Договора не направлял.

В этой связи Договор действует до полного исполнения продавцом своих обязательств по поставке сырой нефти.

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

7. Или, например, суд Северо-Казахстанской области (решение Северо-Казахстанского областного суда по делу №03-01-20/02 от 26 апреля 2002 года) установил, что:

При рассмотрении данного дела было установлено, что обе стороны толкуют договор о совместной деятельности по производству сельскохозяйственной продукции от 23 мая 2000 г. по-своему.

Истец считает, что спорный договор является договором о совместной деятельности. Ответчик же считает, что это не договор о совместной деятельности, а договор другого характера – поставки товаров, товароматериальных ценностей (ТМЦ), горюче-смазочных материалов (ГСМ).

В сложившейся ситуации у суда возникает необходимость в толковании данного договора.

Согласно ст. 392 ГК РК при возникновении у сторон разногласий в понимании договора толкование последнего производится судом. Причем при толковании договора судом принимаются во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений. Буквальное значение условий договора в случае его неясности устанавливается путем сопоставления с другими условиями и смыслом договора в целом.

В данном случае суд, проанализировав все условия договора, приходит к следующему выводу. Хотя данный договор и называется договором о совместной деятельности по производству сельскохозяйственной продукции, но фактически он представляет собой договор обмена горюче-смазочных материалов, других товароматериальных ценностей и материальных ценностей на зерно пшеницы. Это следует из анализа условий договора. В частности, п.2.5 толкуемого договора предусматривает, что из выращенного

урожая производственный кооператив на сумму взятых материальных ресурсов передает ТОО зерно – пшеницу мягкую по цене на момент переписки в срок до 1 ноября текущего года.

Совместная деятельность регулируется ГК РК, где определено, что по договору о совместной деятельности стороны обязуются совместно действовать для получения доходов или достижения иной не противоречащей закону цели. Причем порядок покрытия общих расходов по совместной деятельности и возникших в ее результате убытков определяется договором участников; ведение общих дел участников договора о совместной деятельности осуществляется по их общему согласию.

Исследуемый договор не может быть отнесен по своему содержанию к договору о совместной деятельности, так как стороны не указали конкретного результата, для достижения которого они заключают данный договор. В самом договоре отсутствуют порядок определения общего имущества, порядок ведения общих дел и порядок распределения результатов совместной деятельности.

Доводы истца о том, что данный договор является договором о совместной деятельности, не могут быть приняты во внимание, так как противоречат установленным в судебном заседании доказательствам, что следует из анализа условий самого договора и требований законодательства. Учитывая вышеизложенное, суд считает, что данный договор представляет собой договор обмена ТМЦ, материальных ресурсов на сельхозпродукцию, в данном случае – зерно пшеницы.

Кроме того, впоследствии после заключения данного договора 05.10.2000 г. истец уступил право требования по возврату задолженности сумм по договору от 23 мая 2000 г. Акмолинскому филиалу ЗАО «Фонд финансовой поддержки сельского хозяйства». То есть истец при совершении данной сделки об уступке права требования по возврату задолженности сам косвенно подтвердил, что заключенный договор не является договором о совместной деятельности, так как, если следовать показаниям истца, он уступил право требовать свой вклад в общее имущество назад фонду финансовой поддержки сельского хозяйства, что законом, регламентирующим совместную деятельность, не предусмотрено, а впоследствии еще дополнительно требует прибыль».

8. Как следует из указанных выше судебных актов, при наличии двух возможных толкований условия договора, которые не позволяют использовать для выяснения содержания условия буквальное толкование, суды исследуют все обстоятельства дела, в том числе практику и последующее поведение сторон, и толкуют соответствующее условие в соответствии с действительной волей сторон.

Таким образом, только при невозможности определить условие договора на основании буквального толкования или сопоставления его с иными условиями договора и смыслом договора в целом допускается толкование условий договора с учетом иных положений договора, а также переговоров, обычаев делового оборота и последующего поведения сторон. Это следует как из законодательства Казахстана, так и правовой доктрины и судебной практики.

Во избежание различного понимания условий договора во многих крупных контрактах специально оговаривается, как толковать те или иные положения контрактов¹.

9. Положения, аналогичные ст. 392 ГК РК, содержатся в ст. 431 ГК РФ, ст. 401 ГК Республики Беларусь, ст. 447 ГК Республики Армения, ст. 363 ГК Республики Узбекистан, ст. 392 ГК Кыргызской Республики, ст. 463 ГК Республики Таджикистан.

Такое же правило установлено в ст. 213 ГК Украины, только применительно не к толкованию договора, а к толкованию сделки.

10. Редким исключением среди постсоветских стран (не считая стран Прибалтики) является ГК Республики Молдова от 6 июня 2002 г., в котором заложен западный подход к толкованию договора. Эта тенденция значительно усилилась после принятия Законом №133 от 15 ноября 2018 г. новой редакции ГК.

В ст. 1100 ГК Республики Молдова закрепляется:

«(1) Договор подлежит толкованию в соответствии с принципом добросовестности.

(2) Толкование договора производится с учетом общей воли сторон, без ограничения буквальным значением используемых понятий.

(3) Если одна из сторон имела намерение придать договору или договорному условию определенный смысл и об этом намерении во время заключения договора другая сторона знала или, как можно разумно предполагать, должна была знать, договор должен толковаться в том смысле, который имела в виду первая сторона.

(4) Вместе с тем договор должен толковаться в соответствии со смыслом, который может быть придан ему разумным лицом:

а) если намерение сторон не может быть определено на основании частей (2) или (3); или

б) если вопрос касается лица, которое не является ни стороной договора, ни универсальным или приравненным к нему правопреемником либо цессионарием стороны договора, разумно и добросовестно основывается на очевидном смысле договора».

¹ См.: Гражданское право. Том 2. Вещное право. Обязательственное право: Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы, 2013. С. 458.

Нетрудно заметить, что здесь повторяются положения Французского Гражданского кодекса или Международных документов, в которых расшифровывается понятие толкования договора. То есть это уже чисто западный подход к проблеме понятия толкования договора.

11. В ГК Грузии от 26 июня 1997 г. №786-II нормы о толковании договора рассредоточены в разных статьях:

«Статья 337. Толкование отдельных выражений договора

Если отдельные выражения договора могут быть истолкованы по-разному, предпочтение должно быть отдано тому, которое обычно принято по месту жительства заключивших договор сторон. Если стороны имеют разные места жительства, решающим является местожительство акцептанта.

Статья 338. Взаимоисключающие и многозначительные выражения в договоре.

При наличии в договоре взаимоисключающих и многозначительных выражений предпочтение должно быть отдано тому значению, которое более других соответствует содержанию договора.

Статья 339. Торговые обычаи и традиции

При определении прав и обязанностей сторон договора могут быть приняты во внимание торговые обычаи и традиции.

Статья 340. Толкование смешанных договоров

При толковании смешанных договоров принимаются во внимание нормы о договорах, которые наиболее близки к сути исполнения и ей соответствуют.

Статья 345. Толкование неясного текста в пользу другой стороны

Если текст стандартных условий договора неясен, он истолковывается в пользу другой стороны.

Статья 350. Толкование договора, заключенного в пользу третьих лиц

1. При отсутствии специальной оговорки исходя из обстоятельств дела, в частности из его цели, должно быть установлено:

а) должно или не должно третье лицо приобрести право;

б) это право возникает сразу или при наличии определенных предпосылок;

в) правомочны или нет стороны договора прекратить или изменить право третьего лица без его на то согласия.

2) Сторона, сделавшая оговорку в договоре в пользу третьего лица, сохраняет право заменить указанное в договоре третье лицо независимо от согласия контрагента».

12. В Законе об общей части Гражданского кодекса Эстонии от 27 марта 2002 г. закреплено:

«Статья 75. Толкование волеизъявления

(1) Волеизъявление, направленное конкретному лицу, должно быть истолковано согласно воле волеизъявителя, если получатель волеизъявления знал или должен был знать об этой воле. Если получатель волеизъявления не знал и не должен был знать о действительной воле волеизъявителя, то волеизъявление должно быть истолковано так, как его должно было понять подобное получателю волеизъявления разумное лицо в тех обстоятельствах.

(2) Волеизъявление, не направленное на конкретное лицо, должно быть истолковано в соответствии с волей волеизъявителя. Если такое волеизъявление направлено общественности, то оно должно быть истолковано таким образом, как разумное лицо должно было его понять.

(3) Положения частей 1 и 2 настоящей статьи применяются также при толковании иных действий лица, имеющих правовое значение».

13. В Гражданском законе Латвийской республики 1937 г. толкование юридической сделки было закреплено в статьях 1504-1510:

«Подраздел седьмой

Толкование юридической сделки

1504. При толковании сделки следует принимать во внимание значение употребленных при сделке слов, и если они не могут быть двояко поняты, то они должны в точности соблюдаться, если только не доказано, что они не согласуются с волей участников.

1505. При возникновении сомнений относительно значения слов следует принимать во внимание их смысл и ясно высказанное или иначе выраженное намерение участников сделки.

1506. Совершенно неясные и непонятные, а также прямо себе противоречащие изъявления воли вовсе не толкуются, а признаются несуществующими.

1507. Толкованию, по которому сделка поддерживается и по возможности остается в силе, отдается предпочтение перед таким толкованием, которое имеет обратные последствия.

1508. Щадящему толкованию отдается предпочтение перед другими, и на этом основании предпочтение имеет то, которое меньше всего обязывает должника.

1509. Двусторонние сделки, возлагающие какие-либо обязанности на обе стороны, в случае сомнений толкуются во вред тому, кто в соответствующем случае является кредитором и кто поэтому должен был выразиться яснее и определеннее.

1510. Сделки о содержании и распоряжения последней воли толкуются так, чтобы в случае сомнений всегда оставались в силе установленные сделкой или распоряжением права по возможности в более обширном размере».

14. Сфера применения правил толкования договора, регламентированных ст. 392 ГК РК, весьма широка. В частности, они оправданно могут использоваться при определении того, был ли между сторонами заключен договор, в чем его цель, каково содержание его конкретных условий и в каком соотношении они находятся; как следует понимать употребленные в его тексте слова, выражения, термины и понятия; каков вид заключенного договора; вносились ли в договор изменения и каково соотношение первоначального и измененного текстов; имело ли место прекращение договора; охватывается ли текстом договора конкретное обстоятельство, возникшее в ходе его исполнения; каково соотношение между текстом договора и последующей перепиской сторон; совпадает ли волеизъявление сторон с их действительной общей волей; не являлось ли заключение договора результатом неправильно сложившейся воли его участника (участников); не является ли договор мнимой или притворной сделкой.

Сравнение названия рассматриваемой ст. 392 ГК РК («Толкование договора») и ее текста показывает, что закон предусматривает возможность разъяснения не только отдельных условий договора, но и соглашения как такового. Необходимость в этом чаще всего возникает вследствие недоработок, допущенных в процессе уточнения условий, а также заключения самого договора. Определенные трудности могут возникнуть при заключении смешанного договора, в котором содержатся элементы различных договорных типов.

Назначение этой деятельности состоит в обеспечении правильного использования договорной формы, применения только относящихся к конкретным имущественным связям правовых норм, предотвращения возможных ошибок при их реализации¹.

Буквальное значение слов и выражений – это тот смысл, который обычно имеют эти слова и выражения в используемом при заключении договора языке. Отсюда следует, что необходимым инструментом на этой стадии толкования может оказаться словарь соответствующего языка. Однако пока в решениях судов вряд ли удастся встретить ссылку на словарь русского языка. В то же время в решениях английских и американских судов ссылки на словари английского языка (например, словарь Уэбстера) – распространенное явление.

Во многих случаях у одного и того же слова может быть несколько значений, в том случае и обычно употребляемых. Представляется, что в особо сложных случаях допустимо назначение

¹ См.: Туранин В.Ю., Самострелова О.И. Толкование гражданско-правовых договоров: некоторые проблемные аспекты. <https://wuselawyer.ru/poleznoe/27595-tolkovanie-grazhdansko-pra...>

лингвистической экспертизы. Следует заметить, что до настоящего времени в судебной практике случаи назначения такой экспертизы неизвестны¹. Но назначение экспертизы возможно как по инициативе суда, так и по ходатайству участвующих в деле лиц. Представляется, что сторонам следует в сложных случаях проявлять активность в процессе и заявлять соответствующие ходатайства.

32.6. ВОЗМОЖНОСТЬ ПРИМЕНЕНИЯ ПРАВИЛ ЗАРУБЕЖНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В КАЗАХСТАНСКОМ ПРАВЕ

Рассмотрим несколько положений зарубежного законодательства, которые можно было бы применить в казахстанском законодательстве.

1. Принцип толкования неясных условий договоров – *contra proferentem* (от лат. против предложившего).

Данный принцип широко применяется в зарубежном законодательстве (в Германии, Франции, Нидерландах, Италии, Англии и других государствах).

Сравнительно недавно этот принцип был введен в практику российских судов постановлением Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 14 марта 2014 г. №16 «О свободе договора и ее пределах»².

ГК РФ (так же, как и ГК РК) прямо не указывает на наличие какого-либо иного способа толкования условий, помимо вышеперечисленных. Однако на практике нередко возникают ситуации, когда даже после применения всех способов, предусмотренных гражданским законодательством, суды не могут истолковать положения договоров. Подобная ситуация получила в научной литературе наименование «интерпретационный тупик», выход из которого не так давно был предложен одной из высших судебных инстанций.

Пленум Высшего арбитражного суда РФ в п. 11 указанного постановления отметил, что в случае исчерпания средств, предусмотренных ст. 431 ГК РФ, «толкование судом условий договора должно осуществляться в пользу контрагента стороны, которая подготовила проект договора либо предложила формулировку соответствующего условия».

Следовательно, ныне упраздненный Высший арбитражный суд Российской Федерации (далее – ВАС РФ), оказывая руководящее воздействие на судебную практику, в данном случае фактически

¹ См.: *Эрделевский А.* Толкование договора //Российская юстиция. 1999. №4. С. 11-12.

² См.: URL:http://arbitr.ru/pract/post_plenum/106573/html.

создал новую норму права, применив расширительное толкование ст. 431 ГК РФ¹.

Целью принципа *contra proferentem* является не нахождение варианта, который стороны имели в виду. Важным становится только то, кто является автором неясного условия договора. Следует иметь в виду, что этот принцип используется только после того, как суды исчерпали все правила толкования договора. Поэтому толкование *contra proferentem* является своего рода спасательным кругом «для судов». Применение этого принципа является как бы санкцией для стороны, предложившей неясную формулировку до условия и будет стимулировать стороны формулировать условия договоров более четко².

2. Толкование в пользу кредитора

В российской литературе предлагается в случае исчерпания способов, предусмотренных ст. 431 ГК РФ (ст. 392 ГК РК), применять принцип толкования неясного условия в пользу кредитора. Нормативным основанием для применения такого способа толкования договора являются ст. 56 ГПК и ст. 65 АПК, согласно которым каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основания своих требований и возражений. Поскольку кредитор в случае неисполнения обязательства должником оказывается в положении истца, бремя доказывания оснований иска ложится на него. Поэтому он, в первую очередь, несет и риск неясности условия договора, что предполагает необходимость проявления кредитором большего, по сравнению с должником, внимания к ясности соответствующего условия договора³.

3. Восполнительное толкование договора

Проблемы восполнения договора возникают тогда, когда в договоре имеется пробел, т.е. условие, которое прямо не урегулировано соглашением сторон, но необходимо для исполнения договора. Восполнение договора в рассматриваемых нами правовых системах происходит посредством обращения к двум различным по своей природе методам.

Первый метод восполнения – это применение диспозитивных норм закона. Все рассмотренные нами правовые системы имеют нормы, которые дополняют условия договора, если их неприменение специально не оговорено сторонами. Во Франции такие нормы

¹ См.: *Сосипатрова Н.Е., Кабанова А.Ю.* Толкование договоров *contra proferentem*: опыт применения в российском праве...

² См.: *Сосипатрова Н.Е., Кабанова А.Ю.* Указ. соч. См. также: *Каранетов А.Г.* *Contra proferentem* как метод толкования договора // Вестник ВАС РФ. 2013. №7. С. 6-35.

³ См.: *Эрделевский А.М.* О применении ст. 431 Гражданского кодекса РФ. <https://zakoniro.ru/?p=13933>

называются *dicregles suppletives*, в Германии – *dispositives Gesetzesrecht*, в России – диспозитивные нормы. В Англии аналогичную функцию выполняют подразумеваемые условия в законе (*terms implied in law*).

Второй метод восполнения – это собственно восполнительное толкование (*Erganzende Vertragsauslegung*). В Англии аналогичную функцию выполняют подразумеваемые фактически условия (*terms implied in fact*)¹.

Все концепции восполнительного толкования договора основываются на едином критерии восполнения – гипотетической (предполагаемой) воле сторон.

Ограничения восполнительного толкования:

- 1) восполняемое судом условие договора не может противоречить уже существующим условиям договора;
- 2) оно может быть применено только к случаям, когда без восполнения пробела договор не может быть исполнен;
- 3) под видом восполнительного толкования не допускается расширение предмета договора, то есть создание судом новых прав и обязанностей сторон;
- 4) недопустимо посредством восполнительного толкования заменять недействительное условие договора².

В российской и казахстанской юридической литературе высказываются различные взгляды на возможность внедрения восполнительного толкования договора.

А.К. Байрамкулов выступает за применение такого способа толкования. Он считает, что:

«5.1. Применением восполнительного толкования договора устанавливается гипотетическая воля сторон, которая отвечает на вопрос: как стороны урегулировали бы спорную ситуацию, если бы она была очевидна для них на момент заключения договора?»

5.2. С целью применения института восполнительного толкования договора в российском праве на уровне разъяснений Верховного Суда РФ предлагается закрепить следующее правило: если в результате толкования условий договора согласно ст. 431 ГК РФ судом будет установлено, что стороны не согласовали условие, имеющее значение для определения их прав и обязанностей, договор восполняется положением, о котором стороны могли бы договориться, если бы предусмотрели его в договоре»³.

По мнению Н.Е. Сосипатовой и А.Ю. Буровой, «восполнительное толкование подлежит использованию только в исключи-

¹ См.: Байрамкулов А.К. Указ. соч. С. 159-160.

² См.: Байрамкулов А.К. Указ. соч. С. 167-178.

³ См.: Там же. Указ.соч. С. 210.

тельных случаях в целях защиты слабой стороны договора, а вмешательство суда в договорные отношения должно быть сведено к минимуму»¹.

А.Г. Диденко считает, что применение восполнительного толкования возможно при соблюдении следующих правил:

«1. Восполнение пробелов договора возможно в случаях, когда это прямо предусмотрено законом. Например, в п. 1 ст. 621 ГК предусмотрено: «В договоре подряда указывается цена подлежащей выполнению работы или способы ее определения. При отсутствии в договоре таких указаний и недостижении согласия сторон цена устанавливается судом, исходя из обычно применяемых за аналогичные работы цен с учетом необходимых расходов, понесенных сторонами». В то же время в ст. 616 ГК для пробела в договоре в отношении сроков начала и окончания работ не предусмотрена возможность установления таких сроков судом.

2. Восполнение пробела возможно в случае установления причины пробела в недобросовестном поведении стороны. Например, крупный подрядчик не включил в договор с мелким заказчиком условие, обеспечивающие интересы последнего.

3. Восполнение пробела допустимо, когда в договоре или предшествующих договору переговорах, содержатся положения, допускающие трактовку, или имеются положения, достаточные для применения аналогии. Полный вакуум в тексте договора восполняться не может.

Перечисленные условия могут применяться при согласии сторон на восполнение договора»².

Мне кажется, что эти случаи или неисполнимы, или не имеют отношения к восполнительному толкованию.

Первый случай – это никакое не толкование, а следование норме закона. Во втором случае толкование неисполнимо, ибо, по версии А.Г. Диденко, эти три условия могут применяться только при соглашении сторон. Недобросовестный подрядчик не согласится на включение в договор нового неблагоприятного для него условия.

В третьем случае это не восполнительное толкование, а толкование, основанное на существующем условии договора.

На мой взгляд, нельзя допускать применение восполнительного толкования в практике судов Казахстана. При существующем уровне коррупции и отсутствии независимости судей внедрение таких

¹ См.: *Сосипатрова Н.Е., Бурова А.Ю.* Указ.соч.

² См.: *Диденко А.Г.* О толковании сделок // *Гражданское законодательство: Статьи. Комментарии. Практика.* /А.Г. Диденко. Алматы: Адвокатская контора MC Green & partners, 2020. Вып. 59. С. 55-56.

правил, рассчитанных на судебское усмотрение, может привести к судебному произволу.

Если даже допустить в порядке исключения применение восполнительного толкования, то лишь при соблюдении двух условий:

- 1) использованы все предусмотренные статьей 392 ГК РК способы толкования договора. Без применения восполнительного толкования договор не может быть исполнен;
- 2) имеется согласие обеих сторон договора на применение судом восполнительного толкования.

32.7. ВЫВОДЫ И ПРЕДЛОЖЕНИЯ

Таким образом, в западном законодательстве и международных договорах сложилось два подхода к толкованию договора.

1. Согласно первому подходу, толкуя договор, необходимо устанавливать подлинную волю сторон, даже если она находится в противоречии с тем, как она выражена (субъективный критерий); согласно второму при толковании договора приоритет должен быть отдан тому, как выражена воля сторон, т.е. волеизъявлению посредством слов, знаков и т.д. (объективный критерий).

2. В ГК РК, так же, как в законодательстве многих постсоветских стран, исторически сложился второй подход, то есть объективный критерий. Как показывает судебная практика, казахстанские судьи в значительной части с успехом применяют этот критерий.

3. На мой взгляд, этот критерий в большей степени соответствует историческим традициям и современному состоянию законодательной и судебной систем Казахстана. Выявление подлинной воли сторон в противоречии с текстом договора в наших условиях отсутствия подлинной независимости судей и коррупции, которая пронизывает все слои общества, приведет к судебскому произволу и ущемлению прав граждан и предпринимателей. Точное следование тексту договора при его толковании – это гарантия объективного и справедливого рассмотрения дела. Только когда буквальное толкование текста договора не дает результата, можно прибегать к выявлению подлинной воли сторон.

4. Можно воспринять отдельные наработки зарубежного законодательства и судебной практики (*contra preferentem*, толкование в пользу кредитора, восполнительное толкование), но только с существенными ограничениями и предварительным опробованием судебной практикой.

Глава 33. ПРАВО ТРЕБОВАНИЯ КАК ОБЪЕКТ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ (на примере правового положения Национального фонда Республики Казахстан

Прогремевшие недавно по всем мировым СМИ процессы братьев Стати против Республики Казахстан в ряде стран Европы и в США, а также процесс Республики Казахстан против банка Нью-Йорк Меллон Банк о незаконном аресте средств Национального фонда РК в Лондоне выявили недостаточную разработанность ряда теоретических положений гражданского права и нечеткую реализацию этих положений в гражданском законодательстве Казахстана.

Прежде всего это связано с определением места права требования в системе объектов гражданских прав и его соотношения с правом собственности и с правом оперативного управления.

33.1. НАЦИОНАЛЬНЫЙ ФОНД РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН И ЕГО ПРАВОВОЙ РЕЖИМ

Указом Президента Республики Казахстан от 23 августа 2000 года №402 «О Национальном фонде Республики Казахстан» было предусмотрено создание Национального фонда «в целях обеспечения стабильного социально-экономического развития страны, накопления финансовых средств для будущих поколений, снижения зависимости экономики от воздействия неблагоприятных внешних факторов». На момент принятия Указа отсутствовала правовая база функционирования Национального фонда. Из содержания норм Указа можно было сделать лишь вывод о том, что, возможно, Национальный фонд Республики Казахстан будет юридическим лицом.

Законом Республики Казахстан от 15 января 2001 года «О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Казахстан «О бюджетной системе» от 1 апреля 1999 года в статье 1 этого Закона определение бюджета как централизованного денежного фонда государства было дополнено фразой: «кроме фондов, создаваемых Президентом Республики Казахстан, источники формирования которых определяются Президентом Республики Казахстан, о результатах деятельности фондов информируется Парламент Республики Казахстан». Тем самым Национальный фонд был определен как

внебюджетный фонд. Также Указом Президента Республики Казахстан от 29 января 2001 г. №543 «О некоторых вопросах Национального фонда Республики Казахстан» были утверждены Правила формирования и использования Национального фонда Республики Казахстан», согласно п. 4 которых Национальный фонд представляет собой совокупность финансовых активов, сосредоточиваемых на счете Правительства Республики Казахстан в Национальном Банке Республики Казахстан. Указанные активы передаются в доверительное управление Национальному Банку Республики Казахстан.

Таким образом, если Указ Президента РК № 402 от 23 августа 2000 года предусматривал первоначально создание Нацфонда предположительно в виде юридического лица, то Указ Президента РК № 543 от 29 января 2001 г.: во-первых, определил его как финансовые активы государства, во-вторых, предусмотрел передачу его в доверительное управление Национальному Банку, в-третьих, установил создание Национального фонда как внебюджетного.

Бюджетный кодекс 2004 года предусматривал, что в состав Национального фонда помимо финансовых активов может входить также и иное имущество (п. 1 ст. 11). Действующим Бюджетным кодексом (п. 1 ст. 21) этот перечень активов Нацфонда был дополнен.

3 мая 2001 года был принят Закон РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты по вопросам функционирования Национального фонда Республики Казахстан». Этим Законом внесены изменения в Закон от 30 марта 1995 г. «О Национальном Банке Республики Казахстан» (далее – Закон о Национальном Банке). В частности, помимо прочего, Закон о Национальном Банке был дополнен указанием на то, что Национальный Банк осуществляет доверительное управление Национальным фондом Республики Казахстан на основании договора о доверительном управлении, который заключается между Национальным Банком РК и Правительством РК и публикуется в официальных изданиях, а также на платность услуг Национального Банка по управлению Национальным фондом РК. 18 июня 2001 года был заключен Договор доверительного управления Национальным фондом РК № 299 между Национальным Банком и Правительством РК.

Согласно п. 1 ст. 21 Бюджетного кодекса «Национальный фонд Республики Казахстан представляет собой активы государства в виде финансовых активов, сосредоточиваемых на счетах Правительства Республики Казахстан в Национальном Банке Республики Казахстан, полезных ископаемых, передаваемых в счет исполнения налоговых обязательств по уплате налога на добычу полезных ис-

копаемых, рентного налога на экспорт по сырой нефти, газовому конденсату, роялти и доли Республики Казахстан по разделу продукции в натуральной форме или денег от их реализации, в размере, определяемом в соответствии с налоговым законодательством Республики Казахстан, а также в виде иного имущества, за исключением нематериальных активов».

Таким образом, Национальный фонд фактически представляет собой совокупность прежде всего финансовых активов, размещенных на банковских счетах с конкретным общественным предназначением, т.е. безналичных денег. В состав Национального фонда согласно вышеприведенной статье 21 Бюджетного кодекса помимо финансовых активов могут входить и иные объекты в натуральной форме (т.е. вещи).

Имеется значительное число публикаций о Национальном фонде РК. Однако они носят в основном информационный характер. Собственно научный анализ правового режима Нацфонда содержится в немногих работах казахстанских юристов, в частности, в книге «Устойчивое развитие страны и правовые механизмы реализации принципа транспарентности при использовании средств Национального фонда Республики Казахстан» под редакцией Е.В. Порохова¹, в статье А.Г. Диденко и А.Т. Кенжебаевой «Правовой режим Национального фонда Республики Казахстан»², а также в статье А.Г. Диденко «Анализ казахстанского законодательства о Национальном фонде Республики Казахстан на предмет его коррупционности»³.

33.2. НАЦИОНАЛЬНЫЙ БАНК РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН: ПУБЛИЧНОЕ И ЧАСТНОЕ

Как указано в статье 1 Закона РК о Национальном Банке Республики Казахстан, Национальный Банк является центральным банком Республики Казахстан и представляет собой верхний (первый) уровень банковской системы Республики Казахстан.

В соответствии со ст. 2 Закона РК о Национальном Банке РК «Национальный Банк является государственным органом, обеспечивающим разработку и проведение денежно-кредитной политики

¹ См.: Устойчивое развитие страны и правовые механизмы реализации принципа транспарентности при использовании средств Национального фонда Республики Казахстан / Под редакцией Е.В. Порохова. Автор главы *Е.В. Порохов*. https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=33772455#pos=3;-88.

² См.: *Диденко А.Г., Кенжебаева А.Т.* Правовой режим Национального фонда Республики Казахстан. https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30076980

³ См.: *Диденко А.Г.*, Анализ казахстанского законодательства о Национальном фонде Республики Казахстан на предмет его коррупционности. https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30079515#pos=129;19.

государства, функционирование платежных систем, осуществляющим валютное регулирование и контроль, валютный контроль, содействующим обеспечению стабильности финансовой системы и проводящим государственную статистику»¹.

Эффективность проводимой любым центральным банком денежно-кредитной политики во многом зависит от степени независимости банка, обеспеченной его финансовой независимостью, поэтому принцип независимости является базовым в деятельности любого центрального банка. Законодательство Казахстана также закрепляет независимость Национального Банка РК от органов представительной и исполнительной власти.

В соответствии со статьей 21 Закона о Национальном Банке «Национальный Банк Казахстана в пределах его полномочий, предоставленных ему законами Республики Казахстан и актами Президента Республики Казахстан, независим в своей деятельности. Органы представительной и исполнительной власти не вправе вмешиваться в деятельность Национального Банка Казахстана, его филиалов, представительств, ведомств и организаций по реализации его законодательно закрепленных полномочий».

Независимость Национального Банка от Правительства РК проявляется, в частности, в том, что Национальный Банк не входит в состав Правительства, в подотчетности Национального Банка Президенту, что означает, помимо прочего, что Президент назначает и освобождает от должности Председателя Национального Банка РК и его заместителей и т.д.

Национальный Банк РК – это государственный орган, выполняющий публично-правовые функции и всегда выступающий в сфере публичных отношений от имени государства. При осуществлении властных функций действия Национального Банка РК – это всегда действия государства. Для выполнения этих функций ему не нужна правосубъектность, ибо в этих случаях применяется правосубъектность государства.

Государственные органы наделены публичной властью и совершают свою деятельность в рамках публичного права. В то же время они могут стать участниками частноправовых отношений, где они не обладают властными полномочиями ввиду равноправия участников таких отношений. Государственные органы в частноправовых (имущественных) отношениях могут выступать: 1) от имени государства или 2) от своего имени.

Для выступления государственного органа в имущественных

¹ В редакции Закона от 3 июля 2019 года, которым функции регулирования и развития финансового рынка, а также защиты прав потребителей на этом рынке будут переданы новому государственному органу – Агентству по регулированию и развитию финансовых рынков. Вводится в действие с 1 января 2020 г).

отношениях **от имени государства** необходима надлежаще закрепленная компетенция. Так, в соответствии с Конституцией РК (статьи 64-70) Правительство обладает особым статусом и выступает в гражданском обороте от имени государства. В соответствии со ст. 1 Закона о Национальном Банке РК «Национальный Банк Казахстана представляет, в пределах своей компетенции, интересы Республики Казахстан в отношениях с центральными банками и банками других стран, в международных банках и иных финансово-кредитных организациях».

В указанных случаях Национальный Банк РК выступает от имени государства. Так, в соответствии со ст. 3 (2) Закона РК от 6 декабря 2001 года¹ о членстве Казахстана в различных международных организациях «Национальный Банк Республики Казахстан уполномочен выполнять **от имени Республики Казахстан** все операции и сделки, предусмотренные положениями Статей Соглашения МВФ».

Для обеспечения возможности участия государственных органов в имущественных отношениях **от своего имени** они законодательством Республики Казахстан и актами об их создании могут наделяться правосубъектностью, для чего признаются юридическим лицами в организационно-правовой форме государственных учреждений (ст. 163 Закона о государственном имуществе).

Согласно п. 2 ст. 163 Закона о государственном имуществе: «Государственные органы, определенные в качестве юридического лица, рассматриваются в качестве государственных учреждений в том случае, если они выступают в гражданско-правовых отношениях не от имени государства, а от своего собственного имени (заключают договоры аренды, купли-продажи канцелярских принадлежностей, оборудования, несут ответственность по обязательствам из причинения вреда, совершают другие гражданско-правовые действия)».

Ссылка в скобках на «канцелярские товары или оборудование» в статье 163 Закона о государственном имуществе не налагает каких-либо ограничений на тип или характер контрактов, которые может заключать юридическое лицо, подпадающее под действие этой статьи. Когда рабочая группа, состоящая из сотрудников НИИ частного права, готовила Закон о государственном имуществе, мы перечислили в п. 2 статьи 163 Закона виды гражданско-правовых действий в скобках в качестве примеров наиболее распространен-

¹ См.: Закон РК «О членстве Республики Казахстан в Международном Валютном Фонде, Международном Банке Реконструкции и Развития, Международной Финансовой Корпорации, Международной Ассоциации Развития, Многостороннем Агентстве Гарантии Инвестиций, Международном Центре по Урегулированию Инвестиционных Споров, Европейском Банке Реконструкции и Развития, Азиатском Банке Развития, Исламском Банке Развития, Азиатском Банке Инфраструктурных Инвестиций»

ных действий, которые могут предпринимать министерства и ведомства. Однако это не означает, что государственные органы не могут заключать другие контракты более серьезного и менее общего характера. С этой целью в статье появилась фраза «предпринять иные гражданско-правовые действия». Любые другие контракты, заключенные государственными органами **в соответствии с их компетенцией**, подпадают под эту категорию.

Что касается Национального Банка РК, то он обладает большой спецификой, имеет гораздо больше самостоятельности, чем другие государственные органы. По сравнению с обычными государственными органами ряд функций Национального Банка в соответствии с его уставом показывает, что он предназначен для осуществления более широкого круга операций как субъект гражданского права. В частности, согласно пункту 32 статьи 8 Закона о Национальном Банке Банк имеет право действовать в качестве доверительного управляющего активами Национального фонда. Следовательно, Национальный Банк РК имеет право заключать любые соглашения в соответствии со своей компетенцией, и в частности, Договор доверительного управления Национальным фондом.

У Национального Банка РК при выступлении в гражданско-правовых отношениях гораздо более широкие полномочия, чем у остальных государственных органов. Независимость центрального банка страны невозможна без финансовой, материальной независимости. Для проведения независимой денежно-кредитной политики Национальный Банк РК должен обладать соответствующими ресурсами (имуществом).

Для обеспечения такой независимости:

1) Национальному Банку придан статус юридического лица, предоставляющий ему право выступать в гражданском обороте (прежде всего на рынке финансовых услуг) от своего имени.

2) Статус юридического лица позволяет Нацбанку самостоятельно управлять обособленной частью государственного имущества (первоначально при его создании Национальный Банк РК был наделен имуществом (уставным капиталом) государством).

3) Законом Национальному Банку РК предоставлено право осуществлять приносящую доход деятельность¹.

¹ Согласно ст.8 Закона Национальный Банк Республики Казахстан:

«29) осуществляет без получения соответствующих лицензий банковскую деятельность, профессиональную деятельность на рынке ценных бумаг и иную деятельность, определенную законами Республики Казахстан;

30) осуществляет банковское обслуживание клиентов Национального Банка Казахстана;

31) осуществляет доверительное управление Национальным фондом Республики Казахстан на основании договора о доверительном управлении, который заключается между Национальным Банком Казахстана и Правительством Республики Казахстан и публикуется в официальных печатных изданиях;

4) Национальному Банку РК также предоставлены широкие полномочия в отношении принадлежащего ему имущества. Так, согласно п. 8 ст. 4 Закона о государственном имуществе Национальный Банк Республики Казахстан от имени Республики Казахстан самостоятельно осуществляет права владения, пользования и распоряжения закрепленным за ним имуществом, находящимся на его балансе, и управление имуществом созданных Национальным Банком Республики Казахстан юридических лиц, а также регулирование их деятельности.

Государство в гражданских правоотношениях согласно п. 1 ст. 111 ГК участвует на равных с остальными участниками и не вправе диктовать свою волю другим участникам этих отношений. Соответственно, во всех случаях заключения гражданско-правового договора Национальным Банком РК и Республикой Казахстан они выступают как равноправные, самостоятельные субъекты частного права.

Договор доверительного управления Национальным фондом является гражданско-правовым договором, стороны которого обладают гражданской правосубъектностью в силу п. 1 ст. 1 ГК РК¹ (Национальный Банк РК как юридическое лицо, а Республика Казахстан как государство). То обстоятельство, что Национальный Банк РК является государственным органом, не меняет сущности отношений сторон: они являются равноправными, самостоятельными субъектами частного права.

Национальный Банк РК, как и все государственные органы, которые для целей участия в гражданском обороте наделены статусом юридического лица, имеет двойную природу: гражданско-правовую и публично-правовую.

В качестве публичного органа он регулирует соответствующие отношения: устанавливает нормативы, вводит особый режим и т.д.

32) осуществляет доверительное управление активами на основании договора о доверительном управлении, заключаемых Национальным Банком Казахстана с Правительством Республики Казахстан или юридическими лицами. Договоры о доверительном управлении, заключаемые между Национальным Банком Казахстана и Правительством Республики Казахстан, публикуются в официальных печатных изданиях;

32-1) осуществляет доверительное управление пенсионными активами единого накопительного пенсионного фонда на основании договора о доверительном управлении, заключаемого между Национальным Банком Казахстана и единым накопительным пенсионным фондом;

32-2) осуществляет функции кастодиана в отношении пенсионных активов единого накопительного пенсионного фонда.

¹ Согласно указанной норме участниками гражданских правоотношений (субъектами гражданского права) могут быть граждане, юридические лица и государство.

В качестве юридического лица Национальный Банк РК осуществляет деятельность на рынке финансовых услуг как обычный банк с учетом ограничений, установленных для него законодательством: предоставляет займы, открывает депозиты, покупает и продает ценные бумаги и т.д. В этом случае Национальный Банк РК действует от своего имени, а не от имени Казахстана, и обязательства возникают у Национального Банка, а не у Республики Казахстан.

Национальный Банк РК потому и обладает правосубъектностью, отдельной от правосубъектности Республики Казахстан, что он является учреждением, а значит, – юридическим лицом. Статус юридического лица дает ему право выступать в гражданском обороте от своего имени, иметь права и обязанности, нести самостоятельную ответственность по своим обязательствам (п. 1 ст. 33 ГК). Будучи юридическим лицом, Национальный Банк РК имеет право от своего имени заключать договоры. Возникшие из таких договоров обязательства являются обязательствами Национального Банка РК. В случае нарушения обязательства, возникшего из заключенного Национальным Банком РК договора, ответственность несет Национальный Банк РК, а не Республика Казахстан.

Статус юридического лица и создает правосубъектность. Поэтому оспаривание наличия правосубъектности Национального Банка РК, отличной от правосубъектности Республики Казахстан, не имеет правовых оснований и противоречит п. 2 ст. 163 Закона о государственном имуществе, согласно которому государственные органы, определенные в качестве юридического лица, выступают в гражданско-правовых отношениях не от имени государства, а от своего собственного имени. Национальный Банк заключает договоры от своего имени и именно он приобретает права и обязанности как сторона договора, и поэтому Национальный Банк РК не может рассматриваться как Республика Казахстан.

Независимый статус Национального Банка РК законодательно закреплен: в сфере публичных отношений – статьей 21 Закона о Национальном Банке РК, в сфере имущественных – статьей 22 Закона о Национальном Банке РК. Согласно ст. 12 Закона о государственном имуществе Национальный Банк, помимо прочего, «2) управляет государственным имуществом, закрепленным за Национальным Банком Республики Казахстан, обеспечивает защиту права государственной собственности; 3) осуществляет отчуждение, передает в пользование имущество, закрепленное за Национальным Банком Республики Казахстан».

33.3. НАЦИОНАЛЬНЫЙ БАНК И ОПЕРАТИВНОЕ УПРАВЛЕНИЕ

1. Национальный Банк РК обладает имуществом на праве оперативного управления. Право хозяйственного ведения и право оперативного управления, в отличие от других ограниченных вещных прав, наделяют их обладателя всеми тремя правами (владения, пользования и распоряжения) почти в полном объеме. Однако если собственник в использовании правомочий ограничен только законом, то государственные юридические лица ограничены в этом использовании законом и собственником. Причем эти ограничения в большей степени касаются права оперативного управления и в меньшей степени права хозяйственного ведения.

В отдельных элементах право хозяйственного ведения и право оперативного управления в чем-то схожи с трастом. Субъект права хозяйственного ведения и оперативного управления, как и доверительный управляющий, не являясь собственником переданного ему имущества, обладает правом владеть, пользоваться и распоряжаться им от своего имени, но в отличие от собственника в границах, установленных не только законом, но и собственником имущества. Не случайно И.У. Жанайдаров предлагает использовать конструкцию доверительного управления имуществом для закрепления имущества за частными учреждениями¹. Однако существенное различие сохраняется: отсутствие «расщепленной собственности». Право хозяйственного ведения и право оперативного управления при всей их обособленности от права государственной собственности не становятся и не могут стать правом собственности.

2. Национальный Банк РК является республиканским учреждением, которому имущество принадлежит на праве оперативного управления (ст. 6 Закона о Национальном Банке РК), однако правовой статус Национального Банка существенно отличается от статуса обычного учреждения.

Особенности правового статуса Национального Банка РК предопределены целями и задачами его деятельности и выражаются в следующем:

1. Национальный Банк не финансируется из бюджета.

2. Национальный Банк самостоятельно управляет имуществом. На Национальный Банк не распространяется запрет на распоряжение закрепленным за ним имуществом и имуществом, приобретенным за счет средств, выделенных ему по смете.

¹ См.: Вещные права в Республике Казахстан / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы: Жеті Жарғы, 1999. С. 23. «Не имеется убедительных мотивов для использования именно конструкции права оперативного управления для обозначения прав частного учреждения. Возможно, более точным было бы использовать для данных целей право доверительного управления имуществом»

3. Собственник (государство в лице уполномоченного органа по государственному имуществу) не вправе изъять закрепленное за Национальным Банком имущество.

4. Национальный Банк имеет право учреждать предприятия и учреждения и финансирует их (не применяется п. 2 ст. 164 Закона о госимуществе) (п. 1 ст. 140 Закона о государственном имуществе).

5. Республиканские государственные предприятия, созданные Национальным Банком, не отчисляю часть чистого дохода в бюджет.

6. Республика Казахстан не отвечает по обязательствам Национального Банка РК (не применяется ст. 165 Закона о государственном имуществе).

7. Национальный Банк РК не отвечает по обязательствам Республики Казахстан.

8. Национальный Банк РК вправе осуществлять приносящую доход деятельность (п. 3 ст. 164 Закона о государственном имуществе).

9. К Национальному Банку РК не применяется п. 3 ст. 105 ГК («Принятие государственным учреждением договорных обязательств осуществляется в соответствии с Бюджетным кодексом Республики Казахстан»).

3. Однако нельзя смешивать понятия «оперативное управление» и «доверительное управление». Государственному учреждению имущество может принадлежать не только на праве оперативного управления, но и на основе иного имущественного права, в частности, права доверительного управления.

В пункте 2 статьи 885 ГК закрепляется: «Доверенное имущество подлежит учету доверительным управляющим отдельно от имущества, принадлежащего ему на праве собственности (хозяйственного ведения, оперативного управления)». Причем это касается случаев, когда в доверительное управление передаются как вещи, так и денежные активы. Поэтому оно и учитывается отдельно.

Имущество, закрепленное за Национальным Банком на праве оперативного управления, – это собственное имущество банка. Имуществом, переданным Национальному Банку РК в доверительное управление, Национальный Банк распоряжается только на время действия договора о доверительном управлении. Следовательно, активы Национального фонда, переданные Национальному Банку РК в доверительное управление, не имеют отношения к имуществу, закрепленному за Национальным Банком РК на праве оперативного управления.

4. Если взглянуть на проблему более широко, встает вопрос о

наборе прав, принадлежавших учреждению. Эта проблема, кстати, касается и государственных предприятий, и вообще всех юридических лиц. Но применительно к учреждению она вырисовывается наиболее выпукло.

Если исходить из действующего законодательства, имущество принадлежит учреждению на праве оперативного управления. Но право оперативного управления – это вещное право. Однако у любого учреждения, помимо вещных прав, есть право землепользования, права требования, исключительные права и т. п. На каком основании учреждение пользуется этими правами? Если удастся ликвидировать право хозяйственного ведения и право оперативного управления, задача решится в какой-то мере для государственных предприятий и учреждений. Но останется общая проблема для всех юридических лиц: определить четкий набор имущественных и неимущественных прав, принадлежащих юридическому лицу. Зачастую набор этих прав сводится к праву собственности (см. хотя бы ст. 33 ГК). Между тем этот набор гораздо шире и включает в себя как минимум права требования, исключительные права и другие имущественные права.

33.4. ВЕЩНЫЕ И ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННЫЕ ПРАВА В ГРАЖДАНСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ РК

Авторы работ о Национальном фонде РК утверждают, что Национальный фонд является собственностью Республики Казахстан. Так, Е.В. Порохов полагает, что: «Республика Казахстан официально является единственным и безраздельным собственником средств Национального фонда РК»¹. В статье «Правовой режим Национального фонда Республики Казахстан» А.Г. Диденко и А.Т. Кенжебаева со ссылкой на ст. 883 Гражданского кодекса Республики Казахстан утверждают, что «казахстанское право не знает института траста, при котором доверительный управляющий становится собственником имущества наряду с учредителем траста. Поэтому бесспорно, что государство, заключив договор о доверительном управлении с Нацбанком РК, остается собственником переданного в доверительное управление имущества Национального фонда»². Более того, А.Г. Диденко считает, что «в целях прозрачности использования Национального фонда на законодатель-

¹ См.: Устойчивое развитие страны и правовые механизмы реализации принципа прозрачности при использовании средств Национального фонда Республики Казахстан / Под редакцией Е.В. Порохова. Глава. Автор *Порохов Е.В.* https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=33772455#pos=3; -88.

² См.: *Диденко А.Г., Кенжебаева А.Т.* Правовой режим Национального фонда Республики Казахстан. https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30076980.

ном уровне должно быть прямо указано, что Национальный фонд является исключительной собственностью государства»¹.

Однако такой вывод противоречит казахстанскому законодательству, которое безналичные деньги относит к обязательственным, а не к вещным правам.

Деление имущественных прав на вещные и обязательственные закреплено Гражданским кодексом. Вещным правам посвящен Раздел 2 ГК (статьи 188-265), а обязательственным – Раздел 3 ГК (статьи 266-404), который содержит общие положения об обязательствах, и Раздел 4 ГК (статьи 406-960), посвященный отдельным видам обязательств. Указанными нормами Гражданский кодекс устанавливает различный правовой режим для вещных и обязательственных прав.

Перечень вещных прав содержится в ст.195 ГК, согласно которой к вещным правам наряду с правом собственности относятся:

- 1) право землепользования;
- 2) право хозяйственного ведения;
- 3) право оперативного управления;
- 3-1) право ограниченного целевого пользования чужой недвижимостью (сервитут);
- 4) другие вещные права, предусмотренные настоящим Кодексом или иными законодательными актами.

Главный признак вещных прав: объектом таких прав являются индивидуально-определенные вещи.

Вещным правом является, прежде всего, право собственности. С позиций казахстанского права собственность – абсолютная, ограниченная только законом власть собственника над имуществом. Право собственности включает права владения, пользования и распоряжения вещью. Право собственности предоставляет собственнику по своему усмотрению осуществлять эти правомочия и право «на собственные действия». Термин «собственник» применим лишь к субъекту, которому принадлежит право собственности на вещь.

Под вещами в цивилистике понимаются предметы внешнего материального мира, созданные трудом человека или находящиеся в естественном состоянии, то есть предметы, существующие как физические тела и доступные для человеческого обладания. Таким образом, вещные отношения – это отношения, связанные с принадлежностью тем или иным субъектам определенных вещей. Несомненно, вещные права объединяет один главный признак: объектом таких прав являются индивидуально-определенные вещи. При

¹ См.: *Диденко А.Г.* Анализ казахстанского законодательства о Национальном фонде Республики Казахстан на предмет его коррупционности. https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30079515#pos=129;19.

этом практическое значение имеет также признак абсолютной защиты от всех и каждого с помощью особых, вещно-правовых исков. Собственно, ради этого за тем или иным правом закрепляется статус вещного права¹.

Соответственно, в отношении входящих в состав Национального фонда материальных объектов (вещей) (например, предусмотренные ст. 21 Бюджетного кодекса роялти и доли Республики Казахстан по разделу продукции в натуральной форме) право собственности государства на них очевидно.

Однако активы Национального фонда состоят в основном из безналичных денег. Возможно ли право собственности на безналичные деньги?

33.5. ДЕНЬГИ КАК ОБЪЕКТ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ

Вопрос о правовой природе денег, как наличных, так и безналичных, в течение длительного времени является дискуссионным, а законодательство до недавнего времени оставляло этот вопрос открытым. В отношении же бездокументарных ценных бумаг законодательство Казахстана (так же, как и России) исходило всегда из концепции, что бездокументарные акции – это не вещи, а имущественные права.

По разделяемому большинством казахстанских и российских цивилистов мнению наличные деньги являются вещами и на них распространяется вещно-правовой режим, а безналичные деньги, являясь правами требования, носят обязательственный характер. Так, по мнению Е.А. Суханова, «по своей юридической (гражданско-правовой) природе безналичные деньги являются не вещами, а правами требования»².

В силу того, что место денег в системе объектов гражданских прав в ГК было определено не совсем точно и вызывало расхождения в доктрине, Законом от 12 января 2007 г. № 225-III статья 115 ГК РК была дополнена пунктом 2-1 следующего содержания:

«2-1. К деньгам и правам (требования) по денежному обязательству (правам требования по уплате денег) применяется соответственно правовой режим вещей или имущественных прав (требований), если иное не предусмотрено настоящим Кодексом, иными законодательными актами Республики Казахстан или не вытекает из существа обязательства».

Из этого пункта совершенно четко вытекает, что ГК РК различа-

¹ См.: Сулейменов М.К. Понятие и виды вещных прав. https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1017907#pos=76;-45.

² См.: Гражданское право: В 4 т. Том 1: Общая часть: Учебник. 3-е издание, переработанное и дополненное / Под ред. Е.А.Суханова. М.: Волтерс Клувер, 2008. С. 230.

ет правовой режим наличных денег как вещей и прав требования по уплате денег как иных имущественных прав (требований). Как бы ни трактовался п. 2-1 ст. 115 ГК РК, ясно одно: что безналичные деньги (права требования по уплате денег) не являются вещами. Право собственности по законодательству РК возможно только на вещи. Следовательно, признание права собственности на безналичные деньги означает прямое противоречие ГК РК.

При всем нашем отрицательном отношении к включению в ГК финансовых инструментов (статья 115 ГК в редакции Закона от 10 декабря 2008 № 101-IV называет в числе объектов гражданских прав также финансовые инструменты) нельзя не отметить, что ГК придает этим финансовым инструментам обязательственный характер. К финансовым инструментам ГК относит деньги, ценные бумаги, включая производные ценные бумаги, производные финансовые инструменты и другие финансовые инструменты, в результате операций с которыми одновременно возникают финансовый актив у одного лица и финансовое обязательство или долевой инструмент – у другого (п. 1 ст. 128-1 ГК).

Из приведенного определения финансовых инструментов (а это прежде всего деньги и ценные бумаги) с очевидностью следует их обязательственный характер. Например, п. 1 ст. 128-2 ГК определяет производный финансовый инструмент как договор (опцион, фьючерс, форвард, своп), право собственности в отношении которого невозможно.

К сказанному можно добавить, что к такому пониманию денег пришел и ГК Российской Федерации. В соответствии с Федеральным законом Российской Федерации от 2 июля 2013 г. №142-ФЗ ст. 128 ГК РФ изложена в следующей редакции: «К объектам гражданских прав относятся вещи, включая наличные деньги и документарные ценные бумаги, иное имущество, в том числе безналичные денежные средства, бездокументарные ценные бумаги, имущественные права, результаты работ и оказание услуг, охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальная собственность); нематериальные блага».

Как отметил М.А. Коростелев, «внесение изменений в ст. 128 ГК в отношении денег преследовало цель определить правовой режим безналичных денег (ведь наличные деньги так и остались включенными в состав вещей). Последние, являясь по своей природе правами требования, не могут быть объектом права собственности подобно денежным знакам (банкнотам и монетам)»¹.

¹ См.: *Коростелев М.А.* Правовой режим наличных денег: к вопросу о совершенствовании гражданского законодательства России. <https://cyberleninka.ru/article/n/pravovoy-rezhim-nalichnyh-deneg-k-voprosu-o-sovershenstvovanii-grazhdanskogo-zakonodatelstva-rossii>).

Таким образом, законодатель после определенных колебаний наконец определился с правовой природой денег: наличные деньги – это вещи, безналичные деньги – это имущественные права (обязательственные права требования).

Особую позицию в отношении денег как объекта гражданских прав занимает Ф.С. Карагузов. По его мнению, применение к деньгам правового режима вещей (п. 2-1 ст. 115 ГК) необоснованно, при этом он отдельно подчеркивает, что «ни при каких условиях правовой режим вещей не может применяться в отношении безналичных денег». Ф.С.Карагузов полагает, что деньги (как наличные, так и безналичные) являются особым объектом гражданского права, который не относится ни к вещам, ни к правам (требованиям) по денежному обязательству¹.

Аналогичную позицию занимают и некоторые другие авторы. В частности, Т.Б. Замотаева пишет: «Деньги, конечно, входят в состав имущества, но не как разновидности вещей, а как вполне самостоятельные объекты гражданских прав, имеющие собственную юридическую природу»². Соответственно Ф.С. Карагузову изменения редакции ст. 128 ГК РФ «представляются незавершенными с точки зрения упорядочивания системы объектов гражданских прав, поскольку в ней наличные деньги прямо названы вещами, а безналичные денежные средства – имущественными правами». По его мнению, «совершенно нелепой является попытка определить безналичные деньги «правами (требованиями) по денежному обязательству» для того, чтобы распространить в отношении безналичных денег правовой режим имущественных прав (требований) (п. 2-1 ст. 115 ГК)».

Не соглашаясь с автором, полагаем, что он недостаточно последователен, поскольку в этой же статье он пишет, что «... деньги на банковском счете – это деньги, и это – далеко не просто требование к банку. Это – и деньги, т.е. безусловные обязательства Национального Банка, и сумма денежного обязательства банка перед его клиентом возместить потерю денег или невозможность их использования клиентом по вине банка»³. То есть пусть даже

¹ См.: *Карагузов Ф.С.* О правовом режиме денег в качестве одного из основных видов объектов гражданских прав, создании национальной платежной системы и контроле рынка криптовалют. <https://www.zakon.kz/5016187-o-pravovom-rezhime-deneg-v-kachestve.html>

² См.: *Замотаева Т.Б.* Деньги как объект гражданских прав. <http://www.dslib.net/civil-pravo/dengi-kak-obekt-grazhdanskih-prav.html>.

³ См.: *Карагузов Ф.С.* О правовом режиме денег в качестве одного из основных видов объектов гражданских прав, создании национальной платежной системы и контроле рынка криптовалют. <https://www.zakon.kz/5016187-o-pravovom-rezhime-deneg-v-kachestve.html>.

«далеко не просто», но все же это «требование к банку» и все-таки «сумма денежного обязательства банка перед его клиентом».

Вообще проблема правового режима денег – это особая и сложная проблема, к сожалению, недостаточно разработанная в юридической литературе. Следует приветствовать усилия проф. Ф.С. Карагузова и других цивилистов, которые пытаются на основе изучения мирового опыта разработать концепцию денег как особого объекта гражданских прав. Возможно, со временем нам удастся использовать отдельные положения этой концепции для совершенствования ГК. Однако это опять же возможно только после выработки какого-то теоретического консенсуса между теоретиками-цивилистами.

33.6. ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ И ПРАВО ТРЕБОВАНИЯ В ОТНОШЕНИЯХ ПО ДОВЕРИТЕЛЬНОМУ УПРАВЛЕНИЮ ИМУЩЕСТВОМ

Статья 115 ГК РК под имуществом понимает вещи и имущественные права, включая права требования. Таким образом, понятие имущества может охватывать совокупность принадлежащих лицу (гражданину, юридическому лицу, государству) вещей, иных имущественных прав, включая права требования, и даже долгов (п. 2 ст. 119 ГК), и применять ко всем перечисленным объектам право собственности недопустимо.

Право требования – это правомочие, содержание которого состоит в возможности требовать исполнения или соблюдения юридической обязанности. По своему юридическому значению право требования включает право требовать совершения каких-то действий обязанным лицом или воздержания от совершения определенных действий (ст. 268 ГК), и в отличие от вещного права собственности, право требования – это право на «чужие» действия. Обязательственные имущественные права (права требования) являются самостоятельными объектами гражданских прав, сделки с которыми получают все большее распространение. Ш.М. Менглиев, в частности, пишет, что «имущественные права можно уступить, заложить, передать в пользование, в доверительное управление, как и все другие объекты гражданских прав, при помощи гражданско-правовых сделок, в результате которых образуется «право на право».

Иными словами, имущественные права становятся товаром и обладают такими общественными качествами, как потребительная стоимость и стоимость, чем обуславливается возможность быть объектом гражданско-правовых отношений¹.

¹ См.: Менглиев Ш. Имущественные права как объект права и правоотношения// Юрист. 2004. №9.

Права требования могут передаваться кредитором другому лицу в порядке уступки права требования (цессии) например, купли-продажи, факторинга или доверительного управления. В этом случае в обязательстве происходит замена кредитора и требовать исполнения обязательства должником может лишь новый кредитор (цессионарий). Следовательно, лицом, имеющим право заявлять данное право требования, является новый кредитор (цессионарий). Старый кредитор (цедент) из обязательства выбывает.

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. Таким образом, объектом доверительного управления наряду с вещами могут быть и права требования, которые вещами не являются.

В состав Национального фонда согласно ст. 21 Бюджетного кодекса помимо финансовых активов могут входить и иные объекты в натуральной форме (т.е. вещи). Однако в доверительное управление Национальному Банку государство в лице Правительства передает лишь финансовые активы, т.е. права требования.

Согласно пункту 1.1 Договора доверительного управления «Правительство передает Банку в доверительное управление Фонд, а Банк обязуется осуществлять доверительное управление Фондом в интересах Правительства путем инвестирования финансовых активов Фонда» (в редакции Дополнительного соглашения о внесении изменений и дополнений в Договор о доверительном управлении Национальным фондом Республики Казахстан от 14 июня 2001 года № 299, одобренного постановлением Правительства РК от 26 июля 2004 года № 792).

В связи с передачей финансовых активов Национального фонда (прав требований) Казахстаном в доверительное управление Национальному Банку РК они на период действия Договора о доверительном управлении Национальным фондом принадлежат Национальному Банку РК. Национальный Банк РК вправе размещать финансовые активы Национального фонда от своего имени в интересах Республики Казахстан лишь в разрешенные финансовые инструменты, перечень которых утверждается Правительством (ст. 23 (3) Бюджетного кодекса). Финансовые инструменты являются правами требования (ст. 128-1 ГК РК).

Таким образом, в составе активов Национального фонда, которые находятся в доверительном управлении Национального Банка РК, нет и не может быть объектов права собственности, т.к. Национальный Банк не вправе инвестировать активы Национального фонда в такие объекты (здания, сооружения и иные вещи).

Проблема соотношения права собственности и других имущественных прав заключается в том, что положения, общие для всех имущественных прав, приписываются только праву собственности. Это касается и имущественных прав государства. Мы столкнулись с этим при подготовке проекта Закона о государственном имуществе¹.

Поэтому в Закон РК от 1 марта 2011 г. № 413-IV ЗРК «О государственном имуществе» (далее – Закон о государственном имуществе) нами была включена норма, определяющая состав государственного имущества в полном соответствии со ст. 115 ГК. Согласно подпункту 23) ст. 1 Закона о государственном имуществе можно выделить следующие имущественные права государства:

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

2) иные вещные права государства (сервитуты, аренда, безвозмездное пользование имуществом и другие);

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

4) исключительные права на объекты интеллектуальной собственности (ст. 964 ГК);

5) наследственные права (п. 2 ст. 1046, ст. 1083 ГК);

6) иные имущественные права государства, предусмотренные законодательными актами.

Применительно к государству в ГК регулируется только право государственной собственности (ст. 192 ГК). Но поскольку, если исходить из состава имущества, данного в ст. 115 ГК, имущественные права государства не ограничиваются только вещными правами собственности, постольку одновременно с принятием Закона о государственном имуществе в ст. 192 ГК был включен п. 7 следующего содержания: «7. Положения настоящей статьи применяются соответственно к иным, кроме права собственности, гражданским правам на государственное имущество, если иное не предусмотрено законодательным актом о государственном имуществе или не противоречит существу гражданских прав».

¹ Закон о государственном имуществе был подготовлен рабочей группой, состоящей из сотрудников НИИ частного права Каспийского университета и юридической фирмы «Зангер».

Поскольку средства Национального фонда являются преимущественно правами требования, они, наряду со средствами государственного бюджета, согласно подпункту 1) пункта 2 статьи 2 Закона о государственном имуществе входят в состав имущества государственной казны именно в таком качестве (в виде права требования).

Применительно к договору доверительного управления имуществом, если в доверительное управление передаются вещи, учредитель (доверитель) сохраняет право собственности на объект управления, а доверительный управляющий обладает вещным правом владения, пользования и распоряжения вещью (объектом управления) в интересах выгодоприобретателя.

Если в доверительное управление передаются права требования, к доверительному управляющему переходят эти права, и он обязан осуществлять их в интересах выгодоприобретателя. Учредитель (доверитель) приобретает другие права требования, вытекающие из договора доверительного управления (право требовать соблюдения всех условий договора).

По Договору доверительного управления Национальным фондом, заключенному между Правительством РК и Национальным Банком, в доверительное управление Национальному Банку переданы финансовые активы Национального фонда, т.е. права требования, поэтому все отношения по доверительному управлению ими носят обязательственный, а не вещный характер.

В статье «Правовой режим Национального фонда Республики Казахстан» авторы со ссылкой на ст. 883 ГК утверждают, что «государство, заключив договор о доверительном управлении с Нацбанком РК, остается собственником переданного в доверительное управление имущества Национального фонда»¹.

Действительно, ст. 883 ГК предусматривает, что доверительно-му управляющему передаются учредителем определенные права в отношении имущества (владение, пользование, распоряжение), при этом собственником имущества при доверительном управлении остается учредитель. Однако приведенная норма применима в случае передачи в доверительное управление вещей. Объектами доверительного управления Национальным фондом являются финансовые активы Национального фонда, которые вещами не являются и на которые, соответственно, право собственности не возникает.

Правила ст. 883 ГК о сохранении права собственности и ст. 886 ГК о возврате доверенного имущества рассчитаны на случаи передачи в доверительное управление вещей. По смыслу ст. 886 ГК до-

¹ См.: Диденко А.Г., Кенжебаева А.Т. Правовой режим Национального фонда Республики Казахстан. https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=3007698.

верительный управляющий должен обеспечить сохранность доверенной вещи и по окончании действия договора вернуть именно это имущество. При передаче в доверительное управление денег пользование ими предполагает распоряжение путем приобретения иных активов.

Согласно п. 4 ст. 883 ГК «особенности доверительного управления государственным имуществом устанавливаются законодательными актами Республики Казахстан о государственном имуществе, государственно-частном партнерстве, концессиях и иными законодательными актами Республики Казахстан». Так, доверительное управление Национальным фондом, помимо ГК, регулируется Законом о государственном имуществе (ст. 88), Законом о Национальном Банке РК, Бюджетным кодексом и принятыми в их исполнение подзаконными нормативными актами.

Нормы ГК к управлению деньгами и ценными бумагами применяются также с учетом особенностей объекта управления. Так, во всех случаях передачи в доверительное управление права требования по денежному обязательству учредитель (доверитель) утрачивает на это требование право, так как право требования включает право требовать совершения каких-то действий обязанным лицом в отношении управомоченного лица.

Учредитель (доверитель), передав право требования, не может требовать исполнения от обязанного лица, а значит, он утрачивает это право в отличие от собственника, который, передав все или отдельные правомочия, сохраняет за собой право собственности.

При передаче в доверительное управление права требования доверитель на основании договора доверительного управления взамен приобретает право требования к доверительному управляющему на сумму переданных в доверительное управление прав требования, дохода от их управления и иные права, предусмотренные договором.

Так, Республика Казахстан, передав Национальному Банку РК по договору доверительного управления активы Национального фонда (деньги), приобрело право требования к Национальному Банку на сумму этих активов и на инвестиционный доход и право требовать ежегодного перечисления в бюджет суммы трансфера. При этом указанное право требования, за исключением трансфера, не может быть предъявлено Правительством Национальному Банку РК в период действия договора доверительного управления.

В связи с передачей финансовых активов Национального фонда (прав требования) Республикой Казахстан в доверительное управление Национальному Банку РК они на период действия Договора доверительного управления принадлежат Национальному Банку РК. Более того, Национальный Банк РК вправе размещать финан-

совые активы Национального фонда от своего имени в интересах Республики Казахстан в разрешенные финансовые инструменты, перечень которых утверждается Правительством (п. 3 ст. 23 Бюджетного кодекса) и которые в соответствии со ст. 128-1 ГК РК являются правами требования.

Таким образом, в составе активов Национального фонда, которые находятся в доверительном управлении Национального Банка РК, нет и не может быть объектов права собственности, так как Национальный Банк не вправе инвестировать активы Национального фонда в такие объекты (здания, сооружения и иные вещи).

На основании изложенного считаем, что признание активов Национального фонда собственностью государства противоречит законодательству. В отношении предложения А.Г. Диденко на законодательном уровне признать Национальный фонд объектом исключительной собственности государства¹ полагаем это невозможным еще и потому, что объекты исключительной (в настоящее время этот термин не используется) собственности исключаются из гражданского оборота, они не могут быть отчуждены и допускается лишь предоставление их в пользование. Поскольку активы Национального фонда – это, прежде всего, деньги, исключить их из гражданского оборота невозможно. Они предназначены для целей оборота.

Полагаем также, что Республика Казахстан, передав активы Национального фонда в доверительное управление, «самостоятельно и в полном объеме»² все правомочия владения, пользования и распоряжения не осуществляет. Также и Правительство непосредственное управление его средствами не осуществляет.

Непосредственное управление активами Национального фонда в интересах Республики Казахстан осуществляют Национальный Банк и внешние управляющие. В отношениях по доверительному управлению активами Национального фонда Национальный Банк не выступает как государственный орган, уполномоченный по закону осуществлять правомочия собственника государственного имущества. Национальный банк является доверительным управляющим финансовыми активами Национального фонда на основании гражданско-правового договора с Правительством.

Резюмируя изложенное, можно сделать следующие обобщающие выводы:

¹ См.: Диденко А.Г. Анализ казахстанского законодательства о Национальном фонде Республики Казахстан на предмет его коррупционности. https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30079515#pos=129; 19.

² См.: Устойчивое развитие страны и правовые механизмы реализации принципа транспарентности при использовании средств Национального фонда Республики Казахстан / под редакцией Порохова Е.В. Автор главы Порохов Е.В. https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=33772455#pos=3; -88.

Во-первых, не вызывает сомнений тот факт, что в случае передачи вещи в доверительное управление собственником остается учредитель. Также является бесспорным факт, что доверительное управление не ограничивается вещами: оно распространяется на «любое имущество»(п. 1 ст. 885 ГК).

Во-вторых, имущество, не представляющее собой вещь, не может являться объектом вещного права, такого, как право собственности. Таким образом, когда лицо имеет такое имущество и передает его другому лицу, оно не передает право собственности (в прямом смысле этого слова); вместо этого оно передает имущество в виде обязательственного права (права требования).

В-третьих, следствием доверительного управления вещью является предоставление доверительному управляющему права на владение, пользование и распоряжение вещью, переданной в доверительное управление. В случае же передачи в доверительное управление права требования оно переходит к доверительному управляющему, а учредитель взамен приобретает другие права (происходит трансформация одних его имущественных прав в другие права). Аналогично, например, в факторинге клиент уступает (передает) финансовому агенту свое денежное требование к третьему лицу в обмен на финансирование¹. Соответственно, клиент утрачивает права требования к третьему лицу в пользу финансового агента, но приобретает иное: право требовать от финансового агента финансирования.

В-четвертых, необходимо еще раз подчеркнуть, что никто не может иметь в собственности право требования. Поэтому в случае передачи права требования в доверительное управление единственным лицом, являющимся кредитором и имеющим право требовать от должника совершения тех действий, которые составляют содержание права требования, является доверительный управляющий. Учредитель такого права не имеет.

33.7. ДОВЕРИТЕЛЬНОЕ УПРАВЛЕНИЕ В КАЗАХСТАНСКОМ ПРАВЕ

Доверительное управление предусмотрено Гражданским кодексом РК, глава 44 (статьи 883-895).

В Казахстане одним из основных исследователей в этой области

¹ Статья 729. Договор финансирования под уступку денежного требования (факторинга):

«1. По договору финансирования под уступку денежного требования одна сторона (финансовый агент) передает или обязуется передать деньги в распоряжение другой стороны (клиента), а клиент уступает или обязуется уступить финансовому агенту свое денежное требование к третьему лицу, вытекающее из отношений клиента (кредитора) с этим третьим лицом (должником)».

является И.У. Жанайдаров. В 1994 году (до того как доверительное управление стало частью казахстанского законодательства) он опубликовал книгу под названием «Проблемы реализации права государственной собственности» (Алматы: Казахстан, 1994. 260 с.). Глава 3 этой книги озаглавлена: «Доверительное владение как форма собственности».

В результате исследования И.У. Жанайдаров пришел к довольно парадоксальному выводу – использовать в гражданском законодательстве Казахстана одновременно две конструкции: и англо-американской «траст», и конструкцию доверительного управления¹.

При разработке проекта ГК РК (Особенная часть) подход И.У. Жанайдарова был отвергнут, а институт доверительного управления был построен не так, как он предлагал, а как приближенный к конструкции англо-американского траста.

Прямая реализация конструкции траста в Казахстане невозможна, поскольку построение трастовой собственности не «вписывается» в казахстанскую правовую систему собственности, согласно которой имущество может принадлежать либо одному лицу (индивидуальная собственность) или нескольким лицам на праве общей (совместной или долевой) собственности. В то время как отношения, возникающие из траста, предполагают, что одновременно существует два владельца.

«В трасте имущество передается доверительному управляющему. Одновременно это имущество принадлежит на праве собственности, в зависимости от особенностей национального законодательства и от того, как составлен договор, первоначальному собственнику (учредителю траста) или выгодоприобретателю (бенефициару). Континентальная система права не признает «расщепления собственности». С ее позиций собственность – абсолютная, ограниченная только законом власть собственника над имуществом. Поэтому Республика Казахстан не восприняла концепцию траста, но ввела доверительное управление имуществом»².

Как отмечает известный российский юрист Е. Суханов: «Что же касается классического англо-американского траста, то можно констатировать, что он представляет собой результат своеобразного исторического и культурного развития, не подлежащий прямому «переносу» (рецепции) в другие правовые порядки. Как сложная систе-

¹ См.: *Жанайдаров И.У.* Проблемы реализации права государственной собственности. Алматы: Казахстан, 1994. С. 260.

² См.: *Жанайдаров И.У.* Комментарий к статье 883 Гражданского кодекса // Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть). Комментарий (постатейный). В двух книгах. Книга 2. / Ответственные редакторы: М.К.Сулейменов, Ю.Г. Басин. Алматы, 2006. С. 250.

ма отношений, основанных на многовековых традициях прецедентного права и уходящих корнями в феодальный правопорядок, траст совершенно чужд континентальной правовой системе, для которой одним из общепризнанных и основополагающих постулатов является невозможность установления двух одинаковых прав собственности на одно и то же имущество (вещь). Право собственности в таком понимании невозможно и «расщепить»: оно либо полностью сохраняется за собственником (даже при передаче им своей вещи в доверительное управление иному лицу), либо полностью утрачивается им (при отчуждении вещи). При любом ином подходе возникает неразрешимая коллизия прав нескольких «собственников», каждый из которых желает распорядиться «своим» имуществом по своему усмотрению»¹.

Поскольку прямое заимствование конструкции доверительной собственности возможно было осуществить только при радикальном изменении основ существующей правовой системы, в ГК была принята договорная концепция доверительного управления имуществом как аналог доверительной собственности англо-американского права, но имеющий иную правовую природу.

Поэтому доверительное управление фактически является адаптацией траста в казахстанское законодательство с целью закрепления его главных, с очевидностью удачных положений (выделение активов, передаваемых в доверительное управление, предоставление широких полномочий доверительному управляющему по распоряжению доверенным имуществом в интересах выгодоприобретателя, ограждение от обращения взыскания по требованиям кредиторов учредителя доверительного управления, за исключением случаев смерти учредителя или его банкротства и т.д.), базирующихся на основных принципах и концепциях казахстанского права.

Вызывает возражение вывод авторов статьи «Правовой режим Национального фонда Республики Казахстан» о том, что «распоряжение Нацфондом в строгом гражданско-правовом понимании этого правомочия осуществляет лишь Президент РК². Полагаем, что распоряжение Национальным фондом Президентом РК ограничивается лишь определением объема и направления использования Национального фонда, то есть касаются только трансфертов из Нацфонда. Активами Национального фонда распоряжается Национальный Банк РК путем инвестирования в разрешенные финансовые инструменты.

¹ См.: *Суханов Е. А.* Вещное право. <https://www.litres.ru/e-a-suhanov/veschnoe-pravo/chitat-onlayn/page-12/>.

² См.: *Диденко А.Г., Кенжебаева А.* Правовой режим Национального фонда Республики Казахстан. https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30076980.

Признание договора доверительного управления имуществом на уровне ГК в качестве самостоятельной разновидности контрактов в Казахстане произошло лишь в середине 1999 г. с введением в действие Особенной части ГК. Вместе с тем еще за несколько лет до этого на уровне законодательных актов доверительное управление имуществом нашло свое отражение. В частности, Указом Президента Республики Казахстан, имеющим силу Закона, от 23 декабря 1995 г. «О приватизации» передача государственного имущества в доверительное управление была признана предварительной стадией приватизации.

Выбор такого необычного для казахстанской экономической и правовой действительности механизма был обусловлен необходимостью выполнения инвестиционной программы и обеспечением погашения долгов государственных предприятий, подлежащих приватизации.

В сущности же мотивация передачи имущества в доверительное управление может быть разной. Это и решение экономических задач позиционирования объекта управления на рынке, и борьба с коррупцией, и желание получить максимальную выгоду от владения имуществом с использованием опыта и знаний профессионалов, и урегулирование отношений с кредиторами и должниками ликвидируемого предприятия или умершего наследодателя. Задачей же законодателя является надлежащая регламентация условий оформления отношений доверительного управления имуществом, определение статуса их участников и урегулирование динамики этих отношений¹.

А.Г. Диденко и А.Т. Кенжебаева пишут: «На настоящий договор (договор доверительного управления. – *примечание наше*) распространяются как положения ГК о договоре доверительного управления (ст.ст. 883-895), так и общие нормы договорного права». С этим мы согласны. Вызывает, однако, возражение сделанный авторами вывод о противоречии общим нормам договорного права Постановления Правительства РК от 18 мая 2001 г., которое почему-то отнесено к законодательным актам.

Они утверждают, что «это обстоятельство (т.е. применимость к договору доверительного управления общих норм договорного права. – *примечание наше*) иногда игнорируется в законодательных актах. Так, в постановлении Правительства РК от 18 мая 2001 г. «О договоре о доверительном управлении Национальным фондом Республики Казахстан» закреплено, что договор может быть расторгнут только на основании соответствующего решения Президента РК (п. 7.4). Но Президент РК не является стороной

¹ См.: *Карагузов Ф.С.* Содержание права доверительного управления имуществом. https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30061094#pos=77; -10.

данного договора и, следовательно, не может обладать правомочием по его расторжению. Данный договор может быть расторгнут по общим основаниям, предусмотренным ГК, сторонами, которые его заключили»¹.

Действительно, на договор о доверительном управлении распространяются общие нормы казахстанского договорного права. Согласно ст. 401 ГК договор по общему правилу может быть расторгнут по соглашению сторон. По требованию одной стороны он может быть расторгнут при существенном нарушении договора другой стороной и в иных случаях, предусмотренных законом или договором. Таким образом, договор доверительного управления может быть расторгнут по общим основаниям, предусмотренным законом или договором.

В то же время в соответствии с п. 1 ст. 404 ГК РК «односторонний отказ от исполнения договора (отказ от договора) допускается в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом, иными законодательными актами или соглашением сторон». Следовательно, помимо общих оснований расторжения договора, соглашением сторон может быть предусмотрено право одной из сторон на односторонний отказ от договора.

Кроме того, право учредителя прекратить действие договора доверительного управления имуществом в любое время предусмотрено законом (подпункт 3) пункта 1 ст. 891 ГК). Такое право, как правило, предусматривается законом для доверительных (фидуциарных) сделок и является средством защиты имущественного положения доверителя.

Стороной договора является не Президент РК, не Правительство РК и не Министр финансов, подписавший договор, а Республика Казахстан. От имени Республики Казахстан в данном случае выступает Правительство РК и оно может предусмотреть с согласия другой стороны любые условия одностороннего отказа, в том числе поставить необходимым условием такого отказа решение Президента РК как высшего должностного лица Республики Казахстан. На правовую природу договора это никак не влияет.

Поэтому утверждение, что Президент РК не является стороной договора и поэтому не может обладать правомочием по его расторжению, не может быть признано верным. Президент РК – не сторона договора, так же, как и Правительство не является стороной договора доверительного управления Национальным фондом. Стороной этого договора является сама Республика Казахстан, Правительство и Президент выступают от ее имени.

¹ См.: Диденко А.Г., Кенжебаева А. Правовой режим Национального фонда Республики Казахстан. https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30076980.

Не соответствует законодательству и мнение авторов об обязательной регистрации всех гражданско-правовых сделок, заключаемых Национальным Банком.

В момент заключения Договора доверительного управления между Правительством и Национальным Банком ст. 44 ГК содержала требования о регистрации сделок государственных учреждений. Так, согласно абзацу 3 пункта 1 статьи 44 ГК «гражданско-правовые сделки, заключаемые государственными учреждениями, подлежат регистрации в порядке, определяемом Правительством Республики Казахстан» (в редакции, действовавшей в 2001 году).

Постановлением Правительства РК от 5 июня 1999 года №703 утверждены Правила регистрации гражданско-правовых сделок, заключаемых государственными учреждениями за счет бюджетных денег, которые, как указано в Постановлении, разработаны в соответствии с пунктом 1 статьи 44 Гражданского кодекса Республики Казахстан (Общая часть). Правила регулировали отношения между государственными учреждениями и органами Комитета казначейства Министерства финансов Республики Казахстан в сфере регистрации гражданско-правовых сделок, заключаемых за счет бюджетных денег.

Согласно Правилам государственные учреждения, заключающие гражданско-правовые договоры на приобретение товаров (работ, услуг) **за счет средств государственного бюджета**, регистрируют их в территориальных органах Комитета казначейства Министерства финансов Республики Казахстан. Национальный Банк не заключает договоры за счет средств государственного бюджета, поэтому правило о регистрации сделок на него в то время не распространялось.

Действующая норма ст. 44 ГК не содержит требования об обязательной регистрации сделок государственных учреждений, а п. 3 ст. 105 ГК РК отсылает к Бюджетному кодексу: «Принятие государственным учреждением договорных обязательств осуществляется в соответствии с Бюджетным кодексом Республики Казахстан». Однако такая регистрация предусмотрена ст. 96 Бюджетного кодекса, при этом Кодекс (п. 2 ст. 2) делает исключение для сделок Национального Банка.

Регистрация договоров, заключаемых государственными учреждениями с поставщиками товаров (работ, услуг), и выдача разрешений производятся с целью контроля за использованием ими бюджетных средств.

В отличие от иных государственных учреждений Национальный Банк не финансируется из государственного бюджета. Так, согласно п. 12 Положения о Национальном Банке Республики Казахстан (утверждено Указом Президента РК от 31 декабря 2003 года

№1271) финансирование деятельности Национального Банка Казахстана осуществляется из бюджета (сметы расходов) Национального Банка Казахстана.

Национальный Банк и его предприятия не финансируются из государственного бюджета, товары, работы и услуги приобретаются ими за счет бюджета Национального Банка и поэтому нормы Бюджетного кодекса о государственных учреждениях не распространяются на Национальный Банк Республики Казахстан и государственные учреждения, финансируемые им, что и предусмотрено п. 2 ст. 2 Бюджетного кодекса:

«2. Положения настоящего Кодекса, касающиеся государственных учреждений, не распространяются на Национальный Банк Республики Казахстан и государственные учреждения, финансируемые из бюджета (сметы расходов) Национального Банка Республики Казахстан, за исключением случаев, предусмотренных настоящим Кодексом». Аналогичную норму содержал и п. 1-1 ст. 2 Бюджетного кодекса 2004 года.

Соответственно противоречит казахстанскому законодательству также вывод проф. А.Г. Диденко о том, что, «в соответствии с Бюджетным кодексом Национальный банк не может свободно вступать в гражданско-правовые отношения (т.е. контракты) без разрешения соответствующих государственных органов»¹.

33.8. ВЫВОДЫ И ПРАКТИЧЕСКИЕ ПРЕДЛОЖЕНИЯ

В результате проведенного исследования можно сделать следующие выводы:

1. Необходимо еще раз вернуться к проблеме объектов гражданских прав и прежде всего к ст. 115 ГК. В отличие от вещных прав (и в особенности права собственности), остальные виды объектов, особенно права требования, разработаны совершенно недостаточно. Это уже сейчас создает немало проблем и, в частности, доставило немало трудностей в защите Национального фонда от притязаний иностранных инвесторов.

2. Следует добиться четкого разграничения вещного права (как права на вещи) и права требования (как права на нематериальные активы). К сожалению, в ГК это различие четко не проводится, что приводит к распространению на права требования правил, применимых только к вещному праву.

Это можно продемонстрировать хотя бы на примере Главы 44 ГК, посвященной доверительному управлению. Практически все

¹ См.: Диденко А.Г. Анализ казахстанского законодательства о Национальном фонде Республики Казахстан на предмет его коррупционности. https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30079515#pos=129;19.

нормы этой главы рассчитаны только на передачу в доверительное управление вещей и не учитывают особенностей передачи в доверительное управление денег и ценных бумаг. Везде говорится только о владении, пользовании и распоряжении. Между тем это правомочия вещных прав. Надо выработать термины, приемлемые для прав требования, например «использование» или (термин, который мы применили в Законе о государственном имуществе применительно к акциям) «обладание». В общем, этот вопрос нуждается в тщательном изучении.

Еще более убийственный пример. В п. 1 ст. 884 ГК говорится, что учредителем может быть собственник или субъект иного **вещного** права (*выделено нами*). А где иные, кроме вещных, имущественные права? Из этой нормы совершенно определенно вытекает, что субъект права требования не может быть учредителем и, значит, передача в доверительное управление безналичных денег и бездокументарных ценных бумаг должна подчиняться правилам вещных прав, что прямо противоречит ст. 115 ГК (особенно пункту 2-1). Таких примеров можно привести много и по главам ГК о других договорах.

Надо провести ревизию всего ГК на предмет устранения подобных нелепых положений.

3. Необходимо разработать теоретические основы имущественных прав, включающих в себя право собственности, иные вещные права, права требования и другие имущественные права. На сегодняшний момент это нам удалось сделать применительно к имущественным правам государства (см. подпункт 23) п. 1 Закона о государственном имуществе, п. 7 ст. 192 ГК). Более или менее четкое разграничение между вещами и правами требования было проведено применительно к наличным и безналичным деньгам (пункт 2-1 ст. 115 ГК).

Однако это только первые шаги. Существует острая необходимость в теоретической разработке этих проблем и применения этого принципа ко всему тексту Гражданского кодекса.

4. Следует определиться с организационно-правовой формой Национального Банка как юридического лица исходя из того, что Национальный Банк не содержит ни одного из признаков учреждения, закрепленных в ГК.

5. Повторим еще раз наше предложение, которое мы неоднократно высказывали. Следует раз и навсегда решить проблему с ликвидацией государственных предприятий и учреждений и упразднения прав хозяйственного ведения и оперативного управления. Иностранные юристы не понимают этих устаревших, оставшихся от тоталитарного прошлого понятий, которые дискредитируют нас перед всем миром.

34.1. ЛИЧНЫЕ НЕИМУЩЕСТВЕННЫЕ ПРАВА: ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ

Личные неимущественные права ввиду отсутствия в них экономического содержания и свойства оборотоспособности плохо вписываются в предмет гражданского права. Поэтому юридическая наука испытывала значительные трудности в поисках оснований для включения личных неимущественных прав в предмет гражданско-правового регулирования.

Ситуацию сильно запутал О.С. Иоффе, который доказывал, что личные неимущественные отношения, не связанные с имущественными, не могут регулироваться гражданским правом, они лишь охраняются и защищаются правом¹. Этот спорный тезис в общем-то был опровергнут в юридической литературе². В самом деле, трудно объяснить, как можно охранять, не регулируя. Но тем не менее ГК Российской Федерации почему-то воспринял тезис о защите прав без их регулирования.

Действующий ГК РФ (от 21.10. 1994 г.) подразделяет личные неимущественные отношения на регулируемые и защищаемые гражданским законодательством. Личные неимущественные отношения, связанные с имущественными, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников, регулируются гражданским законодательством (п.1 ст. ГК РФ). Неотчуждаемые права и свободы человека и другие нематериальные блага защищаются гражданским законодательством, если иное не вытекает из существа этих нематериальных благ (п.2 ст. 2 ГК РФ).

Российские ученые вынуждены как-то объяснить подобное решение вопроса, признавая при этом, что есть целый ряд нормативных установлений, которые именно регулируют отношения по поводу неотчуждаемых прав и свобод человека, а также иных субъектов гражданского права.

¹ См.: *Иоффе О.С.* Охрана чести и достоинства граждан // Советское государство и право. 1962. №7. С. 62.

² См., напр.: *Красавчикова Л.О.* Личная жизнь граждан под охраной закона. М., 1983. С. 32-33; *Ярошенко К.Б.* Жизнь и здоровье под охраной закона. Гражданско-правовая защита личных неимущественных прав. М., 1990. С. 9-20; *Егоров Н.Д.* Гражданско-правовое регулирование общественных отношений. Л., 1988. С. 117; *Малеина М.Н.* Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. 2-е изд. М.:МЗ Пресс, 2001. С. 25.

Так, ст. 19 ГК РФ содержит императивное указание о том, что гражданин приобретает и осуществляет права и обязанности под своим именем, включающим фамилию и собственно имя, а также отчество, о порядке перемены гражданином имени. Статьей 18 Федерального закона от 15.11.1997 г. №143-ФЗ «Об актах гражданского состояния» установлен четкий порядок записи фамилии, имени и отчества ребенка при регистрации рождения. Статьей 20 ГК РФ определено место жительства гражданина, а из ст. 18 вытекает, что право выбора места жительства входит в правоспособность гражданина. Закон РФ от 25.06.1993 г. №5242-1 «О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации» регулирует достаточно большой круг отношений, связанных с осуществлением данного права. Аналогичные положения, касающиеся наименования и места нахождения юридических лиц, содержатся в ст. 54 ГК РФ.

Уже эти далеко не полные данные позволяют утверждать, что регулирующие начала из области неимущественных отношений вряд ли могут быть целиком исключены даже в обозримой перспективе. И это вполне объяснимо, поскольку в силу п.1 ст. 2 ГК РФ гражданское законодательство определяет правовое положение участников гражданского оборота, в формировании которого (положения) большое значение имеют нематериальные блага, перечисляемые в ст. 150 ГК РФ¹.

Гражданский кодекс Республики Казахстан избрал более гибкую формулу. В соответствии с п.1 ст. 1 ГК РК гражданским законодательством регулируются товарно-денежные и иные основанные на равенстве участников имущественные отношения, а также связанные с имущественными личными неимущественные отношения. В соответствии с п.2 ст. 2 ГК РК личные неимущественные отношения, не связанные с имущественными, регулируются гражданским законодательством, поскольку иное не предусмотрено законодательными актами либо не вытекает из существа личного неимущественного отношения.

Примерно такая же формула содержится в ГК ряда других республик СНГ, например, ст. 1 ГК Республики Таджикистан (от 30.06.1999 г.), ст. 1 ГК Республики Армения от 05.05.1998 г. и др.

Гражданские кодексы некоторых других республик решили вопрос более кардинально. ГК Украины от 16.01.2003 г. закрепляет в ст. 1, что гражданским законодательством регулируются личные неимущественные и имущественные отношения (гражданские отношения), основанные на юридическом равенстве,

¹ См.: Ланач В.А. О положении личных неимущественных благ в системе гражданского права //Объекты гражданских прав: Материалы междунар. науч.-практ.конф. (в рамках ежегодных цивилистических чтений). Алматы, 25-26 сентября 2003 г. /Отв.ред. М.К. Сулейменов. Алматы: КазГЮУ, 2004. С. 298-299.

свободном волеизъявлении, имущественной самостоятельности их участников.

Таким образом, в ГК Украины не разделяются личные неимущественные права на связанные с имущественными и не связанные с имущественными. Личные права, регулируемые другими отраслями права различаются (так же, как и имущественные права) по методу гражданского права – юридическое равенство сторон.

Еще более радикальными являются положения ГК Грузии (от 26.06.1997 г.). В соответствии с его ст. 1 «настоящий Кодекс регулирует основанные на равенстве лиц имущественные, семейные и личные отношения частного характера». Правда, термин «личные неимущественные права» употребляется один раз (ст. 18) ГК Грузии. Но в основном в ГК Грузии речь идет о личных правах.

Достаточно оригинальное решение вопроса содержится в ГК Республики Молдова от 6.07. 2002 г. в редакции Закона от 15.06.2018 г. В п. 1 ст. 2 ГК Республики Молдова закреплено, что гражданское законодательство регулирует договорные и иные обязательства, а также другие имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения. В то же время в соответствии с п. 4 ст. 2 ГК «отношения, связанные с осуществлением и защитой прав и основных свобод человека и других нематериальных благ, регулируются настоящим кодексом и другими законами в свете положений и принципов, установленных международными договорами в области прав и основных свобод человека». В ст. 21 ГК Республики Молдова говорится о личных неимущественных правах и других нематериальных благах, то есть нематериальные блага рассматриваются как вид личных неимущественных прав. Кроме того, в Кодексе содержатся нормы об охране личных неимущественных интересов (ст. ст.115–121 ГК Республики Молдова).

Позицию ГК Республики Казахстан можно назвать приемлемой. Гражданский кодекс в равной мере должен регулировать личные права как связанные, так и не связанные с имущественными. Но следует, видимо, поддержать позицию ГК Украины и ГК Грузии и отказаться вообще от такого деления. Отличие личных прав, регулируемых и не регулируемых гражданским правом, должно проводиться по методу гражданско-правового регулирования.

В юридической литературе В.А. Беловым и его учениками высказывается резкая критика в отношении термина «личные неимущественные права». По его мнению, в этом термине искусственно объединены два основания выделения прав: личные и неимущественные. В.А. Белов считает, что надо использовать термин «личные права», а в отношении нематериальных благ – термин «личные блага»¹.

¹ См.: Белов В.А. Гражданское право: Общая и Особенная части: Учеб. М.: АО «ЦентрЮрИнфор», 2003. С. 611-615; Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / Под общ. ред. В.А. Белова. М.: Юрайт-Издат, 2007. С. 613-646.

34.2. БЛАГА И ПРАВА КАК ОБЪЕКТЫ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ

ГК РК (так же, как ГК других стран СНГ) воспринял теорию множественности объектов гражданских прав и закрепил в качестве таковых имущественные и личные неимущественные блага и права (ст. 115 ГК РК).

В ГК РФ термин «блага» в статье об объектах не используется, но применяется термин «нематериальные блага» (статьи 128, 150). Аналогичная конструкция воспроизведена в ГК Армении, где этот термин используется в статьях 132, 162, и в ГК Республики Молдова (п. 3 ст. 2, ст. 21)

В ГК Республики Узбекистан (от 21.12.1995 г.) говорится о материальных и нематериальных благах (ст. 81). Глава 7 называется «Материальные блага» (вещи, имущество), гл. 8 – «Нематериальные блага» (результаты интеллектуальной деятельности, служебная и коммерческая тайна, личные и неимущественные права и другие нематериальные блага).

В ГК Кыргызской Республики (от 08.05.1996 г.) говорится о материальных и нематериальных благах (ст. 22) и есть специальная статья «Личные неимущественные права и другие нематериальные блага» (ст. 50). В ГК Республики Таджикистан конструкция примерно такая же, как и в ГК Республики Казахстан (имущественные и личные неимущественные блага и права – ст. 140), но произведено деление объектов по отдельным параграфам главы 6 на вещи (§2), действия (§3), деньги и ценные бумаги (§4), нематериальные блага и их защита (§5).

В ГК Украины говорится о материальных и нематериальных благах (ст. 177). Глава 13 называется «Вещи. Имущество», гл. 14 – «Ценные бумаги», гл. 15 – «Нематериальные блага» (ст. 199 «Результаты интеллектуальной творческой деятельности, ст. 200 «Информация», ст. 201 «Личные неимущественные права»).

По ГК Грузии объектами частноправовых отношений могут быть имеющие имущественную ценность материальные или нематериальные блага, которые не изъяты из оборота в установленном законом порядке (ст. 7).

Рассмотрев структуру объектов гражданских прав, вернемся к понятию объекта, под которым с теми или иными оговорками понимается «благо».

По ГК РК, как уже отмечалось, объектами гражданских прав могут быть имущественные и личные неимущественные права (п.1 ст. 115). Далее закреплены нормы об имущественных благах и правах (имуществе) и о личных неимущественных благах и правах.

В ГК других стран СНГ употребляется термин «блага», только в ГК Республики Таджикистан используется термин «блага и права».

Нам кажется перспективным деление объектов гражданских

прав, которое произведено в ГК РК, на блага и права (ст. 115 ГК РК).

В учебнике гражданского права, написанного на основе анализа ГК РК, автором главы об объектах гражданских прав Б.В. Покровским даются следующие понятия имущественных благ и имущественных прав:

«Под имущественными благами понимаются те материальные предметы и иные ценности (в частности, энергия, работы и услуги), которые могут удовлетворять материальные и иные потребности субъектов гражданского права, подлежат, как правило, денежной оценке и включены в сферу отношений, регулируемых гражданским правом.

Под имущественными правами понимаются субъективные гражданские права на имущественные блага (в частности, права пользования, владения и распоряжения имущественными благами)»¹.

Нам представляется, что, поскольку благо всегда конкретно, является объектом определенного правоотношения, главным в делении благ как объектов можно определить факт принадлежности и степени принадлежности благ определенному субъекту блага. По такому принципу основным будет деление благ не на материальные и нематериальные, а на «свое» благо и «чужое» благо.

Свое благо – это благо, в отношении которого управомоченный субъект обладает всей полнотой власти (по Р. Саватье), полнотой «своей власти» (по О.С. Иоффе), «хозяйской власти» (по Ю.Г. Басину).

Чужое благо – это благо, в отношении которого у управомоченного субъекта имеются только права требования, права на чужие действия, т.е. относительные (обязательственные по большей части) права. При таком подходе в первую группу попадают и материальные (вещи) и нематериальные (объекты исключительных прав) блага.

Деление объектов гражданских прав на блага и права как раз отражает деление благ на свои и чужие блага. Свои блага в ГК обозначены как блага, чужие блага – как права (право на чужое благо). Естественно, на свое благо тоже есть права (в частности, право собственности на вещь, исключительное право на объект интеллектуальной собственности), но это право неразрывно связано с самим благом и без него немыслимо. Применительно к управомоченному объекту свое благо и право на него существуют слитно и неразрывно (поэтому можно говорить просто о благе), чужое благо существует только в виде имущественного права (поэтому можно говорить только о правах).

¹ См.: Гражданское право: Учеб. (акад. курс) / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. Алматы, 2000. С.228.

Исходя из этого, вряд ли следует признать удачным приведение Б.В. Покровским прав пользования, владения и распоряжения как примера имущественных прав¹. Как известно, права владения, пользования и распоряжения – это правомочия вещного права, и эти права логичнее включить в группу имущественных благ. По моему мнению, именно на таком делении благ основана общепризнанная в литературе классификация правоотношений на абсолютные и относительные. Если провести классификацию гражданских прав по объектам (свои и чужие блага), то она будет выглядеть таким образом.

1. Абсолютные права:

- а) вещные права;
- б) исключительные права;
- в) информация;
- г) неимущественные права;
- д) права на имущественные комплексы.

2. Относительные права:

- а) право на чужие действия, в т.ч. на работы и услуги.

Неимущественные права я включил в группу абсолютных прав, потому что они неразрывно связаны с управомоченным субъектом, являются неотчуждаемыми и носят абсолютный характер. Это всегда свое благо, право на чужое благо здесь в принципе невозможно. В п. 3 ст. 115 ГК РК говорится о личных неимущественных благах и правах, а в статьях 141, 142 ГК РК – о личных неимущественных правах. В данном случае это не принципиально, понятия «благо» и «право» практически совпадают, поэтому можно эти права называть или благами, или правами. В любом случае речь будет идти о благе (своем благе).

Объекты гражданских прав мы делим на имущественные и неимущественные блага. Имущественные блага делятся:

1) на свои блага, объекты абсолютных прав (вещи, в т.ч. деньги и ценные бумаги, объекты исключительных прав, информация);

2) чужие блага, объекты относительных прав (чужие действия, в т.ч. энергия, работы и услуги).

Неимущественные блага ни на что не делятся, это всегда свои блага.

34.3. ВИДЫ ОБЪЕКТОВ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ

В юридической литературе применяются различные классификации объектов гражданских прав, но в основе их лежит следующая: 1) вещи (включая деньги и ценные бумаги); 2) услуги (действия, работа); 3) результаты творческой деятельности; 4) личные неимущественные блага.

¹ См.: Гражданское право: Учеб. (акад. курс) / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. Алматы, 2000. С.228.

Вещи и услуги (результаты действий) могут быть объединены в категорию имущественных объектов гражданских прав, а результаты творческой деятельности и личные неимущественные блага – в категорию неимущественных объектов гражданских прав¹.

Последняя классификация представляется не совсем верной с точки зрения законодательства Республики Казахстан. В ГК РК закреплено, что объектами гражданских прав могут быть имущественные и личные неимущественные блага и права (п. 1 ст. 115). Объективированные результаты творческой интеллектуальной деятельности (т.е. интеллектуальная собственность) включаются в состав имущественных благ. К личным неимущественным благам отнесены из этого разряда только право на авторство и право на неприкосновенность произведения (пункты 2 и 3 ст. 115 ГК РК).

Предложенная нами классификация имущества: вещи и имущественные права (права на действия других лиц) имеет существенный недостаток. В нее не вписывается группа объектов, перечисленная в п. 2 ст. 115 ГК: «Объективированные результаты творческой интеллектуальной деятельности, фирменные наименования, товарные знаки и иные средства индивидуализации изделий». То есть это то, что в литературе и законодательстве именуется правом интеллектуальной собственности (ст. 125 ГК). Ясно, что ни к вещам, ни к имущественным правам интеллектуальную собственность отнести нельзя.

По ГК Республики Казахстан к объектам права интеллектуальной собственности относятся: 1) результаты интеллектуальной творческой деятельности; 2) средства индивидуализации гражданского оборота, товаров, работ или услуг (п. 1 ст. 961 ГК). В отношении результатов творческой интеллектуальной деятельности их авторам принадлежат личные неимущественные и имущественные права.

Обладателям права на средства индивидуализации участников гражданского оборота, товаров и услуг (далее – средства индивидуализации) принадлежат в отношении этих средств имущественные права (ст. 963 ГК).

Исключительным правом на результат интеллектуальной творческой деятельности или средство индивидуализации признается имущественное право их обладателя использовать объект интеллектуальной собственности любым способом по своему усмотрению (п. 1 ст. 964 ГК).

Следовательно, имущественные права на объект интеллектуальной собственности – это исключительные права. Из этого вытекает, что права интеллектуальной собственности делятся на два вида: исключительные и личные неимущественные. Исключительные

¹ См. например: Гражданское право: Учеб. /Под ред. Е.А. Суханова. М.: БЕК, 1998. Т. 1. С. 295-296.

права нельзя относить к вещным правам, прежде всего к праву собственности, т.к. их объектом выступают не вещи, а бестелесные, нематериальные объекты. Основным признаком исключительных прав (и вообще всей интеллектуальной собственности) является их бестелесность и идеальность.

Таким образом, главным признаком, объединяющим исключительные права с правом собственности, – является то, что и те, и другие права – это абсолютные права. Структура абсолютных прав описывалась еще в дореволюционной литературе. Г.Ф. Шершеневич считал, что абсолютные права разделяются по объекту на три вида: а) права вещные, как право собственности, залога, пользования; в) права исключительные, как авторское право на промышленные изобретения; с) права личной власти как право мужа, право отца¹. Права личной власти в настоящее время не существуют, однако остались личные неимущественные права, которые тоже относятся к абсолютным правам.

Следовательно, классификацию объектов на вещи и обязательственные права требования можно заменить классификацией на объекты абсолютных прав (вещи, исключительные права, личные неимущественные права) и объекты относительных (обязательственных) прав.

34.4. ЛИЧНЫЕ НЕИМУЩЕСТВЕННЫЕ БЛАГА КАК ОБЪЕКТЫ ЛИЧНЫХ НЕИМУЩЕСТВЕННЫХ ПРАВ

Таким образом, можно сказать, что объектом личных неимущественных прав выступают личные неимущественные блага. В соответствии с п.3 ст. 115 ГК РК к личным неимущественным благам и правам относятся: жизнь, здоровье, достоинство личности, честь, доброе имя, деловая репутация, неприкосновенность частной жизни, личная и семейная тайна, право на неприкосновенность производства и другие нематериальные блага и права. Из этого вытекает, что понятие «личные неимущественные блага и права» и нематериальные блага и права» практически совпадают. Но соотношение здесь таково: личные неимущественные права – **это субъективные права**, личные неимущественные блага или нематериальные блага – **это объекты личных неимущественных прав**.

В литературе наблюдается попытка исключить из нематериальных благ результаты интеллектуальной деятельности на том основании, что включение результатов интеллектуальной деятельности в понятие нематериальных благ противоречит содержанию ст. 128 ГК РФ, согласно которой результаты интеллектуальной деятельно-

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып. III. М., 1911-1912//Хропанюк В.Н. Теория государства и права: Хрестоматия. М.: Интерстиль, 1998. С. 876; См.: Там же: Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула: Автограф, 2001. С. 23.

сти и нематериальные блага – это самостоятельные виды объектов гражданских прав¹.

Вообще-то неблагодарное это дело – подгонять научные выводы под редакцию действующего ГК, тем более что эта редакция явно неудачна.

Как было указано выше, права интеллектуальной собственности делятся на два вида: исключительные (имущественные) и неимущественные. Объектом второго вида прав интеллектуальной собственности выступают нематериальные блага.

В ГК РК эта проблема решена более грамотно, чем в ГК РФ. В соответствии с п.2 ст. 115 ГК РК к имущественным благам и правам (имуществу) относятся, в частности, объективированные результаты творческой интеллектуальной деятельности, фирменные наименования, товарные знаки и иные средства индивидуализации изделий (то есть исключительные права как имущественные права). В п.3 ст. 115 ГК РК в состав личных неимущественных благ и прав включены право на авторство и право на неприкосновенность произведения. Хотя надо отметить неточность формулировок. Право на авторство – это личное неимущественное право как субъективное авторское право. Объектом этого права является, видимо, само авторство как нематериальное благо.

Вопрос о соотношении понятий «нематериальное благо» и «личное неимущественное право» вызывает значительные разногласия в цивилистической литературе:

1) одни авторы настаивают на невозможности существования личных неимущественных прав, так как они вовсе не являются субъективными гражданскими правами². С их точки зрения, правовое значение имеет существование нематериальных благ;

2) другие считают, что все личные неимущественные права являются субъективными правами, имеющими в качестве объекта нематериальные блага, со всеми вытекающими из этого постулата последствиями³;

¹ См.: *Малеина М.Н.* Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. М.: МЗ-Пресс, 2001. 2-е изд. С. 13-14; *Трофимова Т.В.* К соотношению понятий «нематериальное благо» и «личное неимущественное право» // Правовые проблемы укрепления Российской государственности: Сб.ст. /Под ред. Б.Л. Хаскельберга, В.М. Лебедева, Г.Л. Осокиной. Томск: Изд-во Том.ун-та, 2005. Ч. 24. С. 109.

² См., например: *Халфина Р.О.* Общее учение о правоотношении. М., 1974; *Тархов В.А.* Ответственность по советскому гражданскому праву. М., 1973; *Пешкова О.А.* Ответственность и защита при причинении вреда неимущественным правам и нематериальным благам граждан и юридических лиц: Дис... канд. юрид. наук. Волгоград, 1997.

³ См.: *Матузов Н.И.* Вопросы теории субъективных прав. М., 1961. №4; *Недбайло П.Е.* Субъективные права // Правоведение. 1961. №4. С. 18; *Михайлич А.М.* Личные права, их осуществление и защита // Осуществление и защита гражданских и трудовых прав: Сб. науч. тр. Краснодар, 1989. С. 57-69; *Гусельникова О.Ю.* Нематериальные блага как объект гражданско-правовой защиты. <http://ego.uara.ru/en/issue/2016/02/17>.

3) третьи признают существование нематериальных благ наряду с личными неимущественными правами, причем рассматривают понятие «нематериальное благо» как собирательное, относящееся как к самому «благу», так и к личным неимущественным правам¹. В данном случае различие их видится в том, что нематериальные блага приобретаются гражданами от рождения, а личные неимущественные права предоставляются гражданам и юридическим лицам в силу закона.

Точка зрения второй группы авторов предоставляется мне единственно правильной. Вся эта путаница с разграничением личных прав и нематериальных благ возникает из-за того, что авторы не вникают глубоко в проблему разграничения субъективных прав и объектов субъективных прав.

В качестве признаков нематериальных благ можно выделить:

1) внеэкономическое содержание (нематериальный характер). Нематериальные блага относятся к духовной сфере, имеют идеальный характер и не подлежат стоимостной оценке;

2) неразрывная связь с личностью обладателя личных неимущественных прав, неотчуждаемость и непередаваемость;

3) общая направленность на обеспечение существования личности: физическое и социальное².

В соответствии с этим под нематериальными благами следует понимать такие блага, которые не имеют экономического содержания, неразрывно связаны с личностью обладателя личных прав и предполагают направленность на обеспечение физического и социального существования личности³.

В литературе приводятся различные классификации нематериальных благ, но большинство их объединяет то, что критерием классификаций выступает целевая направленность нематериальных благ⁴.

Для примера возьмем одну из последних и наиболее детальных классификаций – классификацию В.А. Белова. По его мнению, в

¹ См., например: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации / Под ред. О.Н. Садикова. М., 1999. Ч. 1. С. 329; *Костюк В.Д.* Нематериальные блага. Защита чести, достоинства и деловой репутации. М.: Лекс-Книга, 2002. С. 8; *Голубев К.И., Наружный С. В.* Компенсация морального вреда как способ защиты неимущественных благ личности. СПб.: Юрид.Центр-Пресс, 2002. С.51.

² См.: Гражданское право: Учеб. В 3 т. / Под ред. А.П. Сергеева. М.: ТК Велби, 2008. Т. 1.С. 412-413 (автор главы – Т.А. Терещенко).

³ Там же. С. 413; См. также: Гражданское право: В 3 т. / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Т. 1. Изд. 6-е. М., 2002. С. 378 (автор главы – Т.А. Федосеева).

⁴ Анализ различных классификаций см.: *Красавчикова Л.О.* Понятие и система личных неимущественных прав граждан (физических лиц) в гражданском праве Российской Федерации. Екатеринбург, 1994. С. 53-76; *Малеина М.Н.* Указ. соч. С. 19-22.

зависимости от объекта среди личных прав следует различать права на надлежащие социальные условия:

1) индивидуализации лица как субъекта, ассоциирующегося в общественном сознании с определенными представлениями, – в права этой группы следует включить право лица на формирование представлений в виде чести, достоинства, деловой репутации и профессиональной чести;

2) индивидуализации лица как средоточие определенной личной (интимной сферы), нуждающейся в сохранении конфиденциальности, – права на условия, способствующие сохранению тех или иных сведений о себе и своей деятельности в рамках служебной, коммерческой, профессиональной, личной или семейной тайны;

3) индивидуализации деятельности (права физического лица на имя и подпись, индивидуальный облик и собственное изображение; право юридического лица на наименование, в т.ч. на фирменное, а также право на вывески предприятий; права государственного образования на индивидуализирующие символы);

4) индивидуализации результатов деятельности (право авторства и охраны произведения от искажения; права творческого имени; право на специальное наименование (номинацию); право на товарный знак (знак обслуживания); право на наименование места происхождения товара;

5) стимулирования общественно полезной деятельности (права на почетные, служебные, воинские, учетные и другие звания, степени, знаки, награды, призы, символы; право рассчитывать на исполнение последней воли, достойное к телу и уважение к памяти после смерти)¹.

Однако, как считают, в частности, Л.О. Красавчикова и Т.А. Терещенко, с учетом стремления правового регулирования к простоте целесообразно провести лишь двухуровневое разделение нематериальных благ на обеспечивающие: 1) физическое существование личности (жизнь, здоровье, благоприятная окружающая среда, личная неприкосновенность) и 2) социальное существование (имя, честь, достоинство и деловая репутация, частная жизнь, свобода передвижения)².

Мне кажется, с этим можно согласиться³.

¹ См.: Гражданское право: Актуальные проблемы теории и практики / Под общ. ред. В.А. Белова. М.: Юрайт-Издатель, 2007. С. 645-646.

² См.: Красавчикова Л.О. Указ. соч. С. 67-71; Гражданское право: Учеб.: В 3 т. / Под ред. А.П. Сергеева. М.: ТК Велби, 2008. Т. 1. С. 417 (автор главы – Т. А. Терещенко).

³ Подробнее см.: Сулейменов М.К. Нематериальные блага в системе объектов гражданского права. В кн.: Личные неимущественные права: проблемы теории и практики применения: сб. статей и иных материалов/Под ред. Р.А. Стефанчука. К.: Юриком Интер, 2010. 1040 с. / Серия «Актуальные проблемы гражданского права». С. 119-138; См. также: ИС Параграф. [www.http://online.zakon.kz](http://online.zakon.kz).

34.5. НЕИМУЩЕСТВЕННЫЕ ПРАВА ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ

В литературе общепризнанным является мнение, что термин «личные неимущественные права» относится только к физическим лицам. Например, в учебнике гражданского права под ред. Е.А. Суханова утверждается, что юридическое лицо не может иметь личные права (право на деловую репутацию неразрывно связано с его имущественными интересами и не могут считаться неимущественными)¹.

Однако все более распространенной становится точка зрения, что личные неимущественные права имеют как физические, так и юридические лица².

Более того, это положение получило закрепление в ГК Украины. Ст. 94 ГК Украины называется «Личные неимущественные права юридического лица», и в ней говорится, «что юридическое лицо имеет право на неприкосновенность его деловой репутации, на тайну корреспонденции, на информацию и другие личные неимущественные права, которые могут ему принадлежать. Личные неимущественные права юридического лица защищаются в соответствии с главой 3 настоящего Кодекса». Глава 3 ГК Украины посвящена защите гражданских прав и интересов и содержит, помимо всего прочего, статью 23 «Возмещение морального вреда».

Статья 90 ГК Украины посвящена праву на наименование юридического лица, которое тоже относится к личным неимущественным правам.

Кроме того, в главе 22 «Личные неимущественные права, что обеспечивают социальное существование физического лица» ГК Украины закреплено, что к личным неимущественным правам юридического лица могут применяться аналогичные нормы как и к физическим лицам, а именно: ст. 302 (право на информацию), ст.ст. 303-304 (право

¹ См.: Российское гражданское право. Учебник: В 2-х т. Т. 1 / Отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Статут, 2010. С. 887 (автор главы – Е.А. Шерстобитов).

² См., например: Гражданское право. Том 1. Общая часть. Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы, 2013. С. 621 (автор главы – Г.А. Алиханова); Сулейменов М.К., Алиханова Г.А. Нематериальные блага как объекты гражданских прав. В кн.: Объекты гражданских прав: Монография / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы: НИИ частного права КазГЮУ, 2008. С. 395-409; См. также: Сулейменов М.К. Частное право Республики Казахстан: история и современность // Собр. соч. в 9 томах. Т. 3. Монографии об истории и общих проблемах гражданского права. Алматы: Юр. фирма Зангер, 2011. С. 733; Берычева Т.А. Понятие и правовая природа нематериальных благ юридических лиц – Юридический мир, 2012. № 9; Басс М.А. Неимущественные права и нематериальные блага юридических лиц. <http://cyberleninka.ru/article/n/neimushchestvennye-prava-i-nemateria...>; Трофимова Т.В. Нематериальные блага юридических лиц и их гражданско-правовая защита. <https://cyberleninka.ru/article/n/nematerialnyye-blagayuridicheskikh-...>; Нуржидин Т.А. Нематериальные блага юридического лица: проблемы правового регулирования // Право и экономика. 2008. №10.

на личные бумаги и распоряжение ими), ст. 305 (право на ознакомление с личными бумагами, переданными в фонд библиотек или архивов), ст. 306 (право на тайну корреспонденции), ст. 307 (защита интересов физического лица при проведении фото-, кино-, теле- и видеосъемок), ст. 308 (охрана интересов физического лица, изображенного на фотографиях и в других художественных произведениях), ст. 309 (право на свободу литературного, художественного, научного и технического творчества); ст. 311 (право на неприкосновенность жилища), ст. 312 (право на выбор рода занятий)¹.

Делаются попытки выявить общие признаки, которые относятся к личным неимущественным правам физических и юридических лиц:

1) принадлежность всем без исключения субъектам их осуществления (физическим лицам, а также юридическим лицам публичного и частного права);

2) неимущественный характер (отсутствие экономического содержания);

3) неотделимость от лица (тесная связь с субъектом их осуществления);

4) неотчуждаемость (субъект осуществления этих прав не может от них отказаться или быть их лишен);

5) специфический момент возникновения и прекращения этих прав.

Украинские цивилисты предлагают переименовать Книгу вторую ГК Украины «Личные неимущественные права физических лиц» на «Личные неимущественные права участников гражданских правоотношений», объединив права физических и юридических лиц².

Впрочем, и в ГК РФ сейчас есть немало норм, где прямо закреплены неимущественные права юридических лиц.

А.Л. Маковский писал об особом квазиправе на авторское имя, которое может принадлежать как изготовителю базы данных, так и создателю сложного объекта в целом (п. 4 ст. 1240 ГК РФ), издателю энциклопедий и периодических изданий (п. 7 ст. 1260 ГК РФ), изготовителю аудиовизуального произведения (п. 4 ст. 1263 ГК РФ) и работодателю (п. 3 ст. 1295 ГК РФ)³.

Однако, если внимательно посмотреть на эти статьи, становится ясно, что это никакие не «квазиправа», а самые настоящие, полноценные неимущественные права юридических лиц.

¹ См. об этом: *Карнаух Т.П.* Правовое регулирование личных неимущественных прав юридических лиц в гражданском законодательстве Украины. <https://cyberleninka.ru/article/n/pravovoe-regulirovanie-lichnyh-neim...>

² Там же.

³ См.: Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации / Под. ред. А.Л. Маковского. М., 2008. С. 280.

В российской литературе обосновывается также существование неимущественного права юридического лица на идентификацию организатора создания результата интеллектуальной деятельности¹, на указание на экземплярах базы данных и (или) их упаковках своего имени или наименования².

Основываясь на трудах западных авторов, которые она проанализировала, Л. Федюк выдвинула «прогрессивную концепцию личных неимущественных прав, согласно которой гражданское право охраняет и регулирует личные неимущественные права физических и юридических лиц. Юридическое лицо имеет личные неимущественные права, поскольку эти права необходимы ему для удовлетворения интересов физических лиц. Даже если юридическое лицо образуется не путем объединения физических лиц, а путем объединения имущества – все равно оно создается для обеспечения человеческих нужд. Реализуя и защищая личные неимущественные права, юридическое лицо осуществляет интересы физических лиц, которые так или иначе причастны к нему: или это участники юридического лица, или работники, или другие заинтересованные в деятельности юридического лица люди³.

Л. Федюк предлагает вписать в ГК Украины личные неимущественные права юридического лица на наименование, на место нахождения, на неприкосновенность владений, на свободу передвижения, на деловую репутацию, на информацию, на тайну коммуникации, на личные бумаги и другие виды тайн, на индивидуальность, на конкуренцию, на свободную деятельность⁴.

Такие же предложения (объединить и унифицировать разрозненные нормы о неимущественных правах в главе 8 ГК РФ с переименованием ее в «Неимущественные права и нематериальные блага граждан и юридических лиц. Способы их защиты») высказываются в российской литературе⁵.

В.С. Толстой выделяет следующие неимущественные права юридических лиц: право на существование (принадлежащая юридическому лицу возможность решать вопрос о своей деятельности в пределах правосубъектности); право на автономную деятельность, право на внешний облик, право на выбор обозначения (причем права на

¹ См.: *Полозова Д.В.* Гражданско-правовые способы защиты интеллектуальных прав в Российской Федерации. Автореф. дис. ... канд.юрид. наук. М., 2017. С. 11.

² См.: *Калятин В.О.* Право интеллектуальной собственности. Правовое регулирование баз данных: Учеб. пособие для бакалавриата и магистратуры. М.: Изд-во Юрайт, 2018. С. 98-100.

³ См.: *Федюк Л.* Прогрессивная концепция личных неимущественных прав юридических лиц. – *Legeasiviata*, noiembrie 2014. [bib.pu.ib.ua / read.php?id=2767](http://bib.pu.ib.ua/read.php?id=2767).

⁴ Там же.

⁵ См., например: *Басс М.А.* Неимущественные права и нематериальные блага юридических лиц. <https://cyberleninka.ru/article/n/neimuschestvennye-prava-i-nemateria>.

обозначения, по его мнению, не могут быть личными неимущественными правами потому, что допускается передача их другим лицам и обозначения нередко включаются в состав имущественного комплекса юридического лица), право на деловую репутацию (которое представляет собой его возможность иметь оценку своей деятельности в соответствии с качествами этой деятельности)¹.

Аналогичную классификацию личных неимущественных прав юридического лица предлагает Л.Б. Ситдикова. Она выделяет:

1) права юридического лица на существование, причем выводит это право из положений о прекращении юридического лица: оно не может быть прекращено по чьему бы то ни было произволу, а лишь в случаях и в порядке, предусмотренных законом;

2) право на автономию – юридическое лицо имеет возможность самостоятельно делать выбор при осуществлении внутренней и внешней (в том числе публичной) деятельности;

3) право на внешний облик – сохранение внешних признаков организации в естественном виде или изменение их по своему усмотрению;

4) право на выбор обозначения – право избирать любую деятельность, которое предполагает, что своей продукции организация вправе придавать любой внешний вид, в том числе ставить на ней любые знаки. Оно включает в себя право на наименование и на фирменное наименование.

Была предложена следующая классификация отношений, которые вправе выбирать юридическое лицо: 1) названия юридических лиц; 2) названия структурных подразделений организаций – и т.п.; 3) индивидуальные имена крупных имущественных объектов – морских и речных судов, космических аппаратов и т.п.; 4) товарные знаки и знаки обслуживания; 5) эмблемы и другие символы фирменного стиля коммерческой организации, не подпадающие под правовой режим фирменных наименований и товарных знаков (фирменный лозунг, особое сочетание цветов и т.д.); 6) место (доменное имя) в Интернете; 7) право на деловую репутацию².

В литературе предлагается даже классификация неимущественных прав по субъектам:

1) неимущественные права, которые могут принадлежать только гражданам (физическим лицам): право на жизнь, на здоровье, на имя и др.;

2) неимущественные права, которые могут принадлежать только юридическим лицам (предпринимателям): право на фирменное наименование, право на товарный знак и др.;

¹ См.: Толстой В.С. Личные неимущественные правоотношения. М., 2009. С. 174-177, 196-198.

² См.: Ситдикова Л.Б. Личные неимущественные права юридических лиц. - <https://wiselawyer.ru/poleznoe/83886-lichnye-neimushhestvennye-...>

3) неимущественные права, которые могут принадлежать как гражданам (физическим лицам), так и юридическим лицам (предпринимателям): право на деловую репутацию, на тайну переписки, телефонных переговоров, авторские права и др.

И дальше в каждой из обозначенных групп неимущественные права выделяются по их целевому назначению.

В этом случае неимущественные права, входящие в первую группу (принадлежащие только гражданам), следует делить: 1) на неимущественные права, обеспечивающие физическое благополучие (целостность) личности: право на жизнь, право на здоровье, право на физическую и психическую неприкосновенность, право на благоприятную окружающую среду, 2) права, обеспечивающие индивидуализацию личности в обществе: право на имя, право на индивидуальный облик и голос, право на честь, достоинство, 3) права, обеспечивающие автономию личности: право на тайну частной жизни, право на неприкосновенность частной жизни.

Неимущественные права, входящие во вторую группу (принадлежащие только юридическим лицам), делятся: 1) на права, обеспечивающие индивидуализацию юридического лица: право на фирменное наименование, право на товарный знак, 2) права, обеспечивающие автономию юридического лица: право на коммерческую и служебную тайну.

Неимущественные права, входящие в третью группу (принадлежащие как гражданам, так и юридическим лицам) делятся: 1) на права, обеспечивающие индивидуализацию субъекта: право на деловую репутацию, 2) права, обеспечивающие автономию субъекта: на тайну переписки, телефонных переговоров, 3) права, обеспечивающие охрану результатов интеллектуальной деятельности: авторские права и др.¹

34.6. ИНФОРМАЦИЯ КАК ОБЪЕКТ НЕИМУЩЕСТВЕННЫХ ПРАВ

Я прочитал массу литературы по информационному праву и мало что нашел относительно неимущественных прав, объектом которых является информация. Или высказываются вещи, не совсем для меня понятные. Например, О.В. Кириченко пишет:

«Информация выступает в правоотношении как объект в виде нематериальных благ, результатов интеллектуальной деятельности (интеллектуальной собственности, собственно информации). В первом случае информация выступает объектом в отношениях по охране чести и достоинства личности, имени человека, деловой ре-

¹ См.: Дьяченко Е.М. Право на деловую репутацию в системе неимущественных прав. – https://superinf.ru/view_helpstud.php?id=794.

путации и др. Во-втором – объектом права интеллектуальной собственности»¹.

Вроде бы нормальное деление информационных прав. Однако далее О.В. Кириченко неожиданно заканчивает:

«Представляется, что понятие информационных отношений должно охватывать последний из перечисленных случаев, поскольку информация является объектом информационных отношений, которые могут быть различными. Цель информационных отношений состоит в получении, передаче сведений или ограничении этих действий независимо от их дальнейшего использования»².

Получается, что личные неимущественные отношения имеют своим объектом информацию, но информационным правом не являются.

Более или менее внятное объяснение относительно места неимущественных прав я нашел в трудах Е.В. Кохановской. Поэтому я просто приведу выдержки из одной из ее немногочисленных публикаций не на украинском, а на русском языке.

Информационные права составляют: личные неимущественные информационные права, включая право на информацию, и (или) имущественные информационные права, в том числе на информационные продукты, ресурсы, документы, содержание которых относительно определенных объектов информационных прав определяется, прежде всего, Конституцией Украины и ГК Украины, а также другими законами.

Согласно теории информационных прав информационные права возникают в результате рождения физического лица или создания юридического лица, создания и (или) производства информации, а также приобретаются по основаниям, установленным ГК Украины, другим законом или договором.

Личными неимущественными информационными правами являются: 1) право на информацию (достоверную, актуальную, полную и т.д.), доступ лица к информации о нем (персональные данные) и другие личные неимущественные, не связанные с имущественными, права, предусмотренные книгой 2 ГК Украины; 2) право на признание человека творцом объекта информационного права, в том числе, предусмотренное книгой 4 ГК Украины; 3) право препятствовать какому-либо посягательству на информационное право, в том числе способному нанести ущерб чести или репутации создателя (производителя) объекта информационного права; 4) право получать, знать, распространять информацию и другие личные неимущественные информационные права, установленные законом.

¹ См.: *Кириченко О.В.* Информация как объект гражданских правоотношений // Современное право. 2014. №9. С. 77-82. <https://www.sovremennoepravo.ru/m/articles/view>.

² См.: Там же.

Личные неимущественные информационные права принадлежат физическому, юридическому лицу как право на информацию, т.е. личное неимущественное, не связанное с имущественным, право; создателю объекта информационного права; физическому лицу, которое знает информацию. В случаях, предусмотренных законом, личные неимущественные информационные права могут принадлежать другим лицам.

Личные неимущественные информационные права не зависят от имущественных информационных прав и не могут отчуждаться (передаваться) ни при каких условиях, если они являются правом на информацию, т.е. личным неимущественным, не связанным с имущественным, правом, предусмотренным книгой 2 ГК Украины, и не могут отчуждаться (передаваться), если они являются личными неимущественными, связанными с имущественными, правами, предусмотренными книгой 4 ГК Украины, за исключениями, предусмотренными законом.

Относительно имущественных информационных прав, то среди них можно назвать право на производство информации, право на доступ и использование информации, право разрешать использование объекта информационного права, право препятствовать неправомерному использованию и распространению объекта информационного права, в том числе запрещать такое использование; другие имущественные информационные права, установленные законом.

Право на информацию и другие информационные права, предусмотренные книгой 2 ГК Украины, не имеют имущественного эквивалента, неэкономические и не могут признаваться имущественными ни при каких условиях.

Информационными правами получать, знать, распространять и т.д. информацию, включая право на информацию, как личными неимущественными, не связанными с имущественными, правами физическое лицо владеет пожизненно, а юридическое лицо – бессрочно согласно книге 2 ГК Украины; личными неимущественными, связанными с имущественными, информационными правами физические лица обладают согласно книге 4 ГК Украины, а имущественные информационные права действуют в течение сроков, установленных ГК Украины, другим законом или договором. Имущественные информационные права могут быть прекращены досрочно в специально установленных законом или договором случаях¹.

Следовательно, информационные права четко делятся на имущественные и неимущественные. К неимущественным информационным правам относятся, в частности, право на информацию,

¹ См.: *Кохановская Е.В.* Основные теории в сфере информационных правоотношений: концепция информационных прав как частноправового института и теория информационного права как отрасли права в современной правовой доктрине Украины // Частное право. 2013. №1. С. 201-202.

доступ лица к информации, право на признание человека творцом объекта информационного права, право препятствовать какому-либо посягательству на информационное право, право получать, знать, распространять информацию и другие неимущественные информационные права.

34.7. ЦИФРОВИЗАЦИЯ И АВТОРСКОЕ ПРАВО

В соответствии со ст. 977 ГК РК автору произведения принадлежат следующие личные неимущественные права:

1) «право признаваться автором произведения и требовать такого признания при его использовании, исключаящее признание авторства других лиц на это же произведение (право авторства);

2) право использовать произведение под своим именем, под псевдонимом или анонимно (право на авторское имя);

3) право на внесение изменений и дополнений в свое произведение и на защиту произведения, включая его наименование, от внесения кем-либо без согласия автора изменений и дополнений при издании, публичном исполнении или ином использовании произведения (право на неприкосновенность произведения).

Воспрещается без согласия автора снабжать его произведение при издании иллюстрациями, предисловиями, послесловиями, комментариями или какими бы то ни было пояснениями.

После смерти автора защита неприкосновенности произведения осуществляется лицом, указанным в завещании, а при отсутствии таких указаний – наследниками автора, а также лицами, на которых в соответствии с законодательными актами возложена охрана авторских прав;

4) право на открытие доступа к произведению неопределенному кругу лиц (право на обнародование), за исключением произведений, созданных в порядке выполнения служебных обязанностей или служебного задания работодателя).

В п.1.ст. 15 Закона РК от 10 июля 1996 г. «Об авторском праве и смежных правах» изложены те же правомочия, но несколько в иной редакции.

В п.4 Нормативного постановления Верховного Суда РК от 25 декабря 2007 г. №11 и «О применении судами некоторых норм законодательства о защите авторского права и смежных прав» закреплено:

«Авторские права включают в себя:

Личные неимущественные права автора, перечисленные в статье 977 ГК и в статье 15 Закона. Эти права (право авторства, право на авторское имя, право на обнародование, право на отзыв и право на неприкосновенность произведения) являются неотчуждаемыми. Наследники автора или лицо, на которое автор возложил охрану его личных неимущественных прав, а равно уполномоченный госу-

дарственный орган при отсутствии наследников, вправе осуществлять защиту этих прав автора без ограничения каким-либо сроком исковой давности в соответствии с подпунктом 1) статьи 187 ГК.

Имущественные (исключительные) права, перечисленные в статье 978 ГК и в статье 16 Закона. Эти права при их нарушении могут защищаться как автором, так и его наследниками, лицами, которым конкретные или все имущественные права автора переданы по авторскому договору, а равно уполномоченным государственным органом способами, предусмотренными пунктом 1 статьи 49 Закона. К требованиям о защите имущественных прав автора применяется общий срок исковой давности, предусмотренный пунктом 1 статьи 178 ГК».

С развитием Интернета стали возникать проблемы в отношении авторского права.

В частности, речь идет об «электронных библиотеках» книг, диссертаций, рефератов и т.п., в большом количестве существующих в Интернете. Их нельзя признать библиотеками в обычном смысле, к ним не может применяться закон о библиотечной деятельности. По своей правовой природе это обычные сайты, содержанием которых являются литературные произведения.

Владельцы этих сайтов должны соблюдать все требования законодательства об авторском праве, в том числе и на доведение произведения до всеобщего сведения таким образом, чтобы любое лицо могло получить доступ к произведению из любого места и в любое время по собственному выбору (доведение до всеобщего сведения).

Соответственно, произведения, представляемые в электронных библиотеках, срок охраны которых не истек и они не перешли в общественное достояние, должны публиковаться в Интернете только с разрешения автора или иного правообладателя. В противном случае мы имеем дело с контрафактом, и ответственность за нарушение авторских прав ложится на владельца сайта.

Такие же требования предъявляются и к сайтам, на которых представлены и иные результаты интеллектуальной деятельности. Например, сайты фонограмм, рингтонов, в том числе и в формате mp, сайтов произведений живописи, скульптуры, архитектуры и аудиовизуальных произведений. Предоставлять доступ к этим произведениям в Интернете также можно только с разрешения авторов и правообладателей, даже если эти объекты непосредственно не включаются в коммерческий оборот.

Так, например, на сайте, предоставляющем бесплатное скачивание мультфильмов, каталог содержит более 2 тыс. произведений. Владельцы сайта заявляют: «На этом сайте вы можете абсолютно бесплатно загрузить мультфильмы для вас и ваших детей. На сайте собрана коллекция мультфильмов советских времен и не только. Самые лучшие мультики из вашего детства! Коллекция постоянно по-

полняется новыми мультфильмами. Все размещенные на этом сайте материалы (мультипликационные фильмы, флеш-анимация, аудиозаписи, видеоролики) предназначены исключительно для ознакомительного просмотра (прослушивания). Для вашего удобства коллекция мультфильмов на сайте представлена в виде каталога с названием и описанием мультиков, отсортированных в алфавитном порядке. Вы также можете использовать поиск по каталогу».

В целях легализации своей деятельности владельцы сайта разместили информацию об авторских правах и представляют пользователям свою версию прочтения Закона об авторском праве. По их мнению, если предупредить пользователей, что «все размещенные на сайте материалы (мультипликационные фильмы, флеш-анимация, аудиозаписи, видеоролики) предназначены исключительно для ознакомительного просмотра (прослушивания)» и «После просмотра (прослушивания) рекомендуется купить лицензионный продукт во избежание нарушения авторских прав производителя и смежных прав», – они освобождаются от ответственности.

Однако согласиться с такой постановкой вопроса нельзя, так как она противоречит ст. 1274 ГК РФ о свободном использовании произведения в информационных, научных, учебных или культурных целях, которая предусматривает, что правомерно обнародованные произведения могут использоваться без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения, но с обязательным указанием имени автора, произведение которого используется, и источника заимствования. Однако основным моментом, определяющим правомерность действий владельца сайта, в данном случае являются цель и объем использования произведения¹.

В приведенных примерах имело место нарушение как имущественных, так и неимущественных прав авторов, в частности, права авторства и права на обнародование произведения.

Проблемы цифровизации литературы в скором времени встанут во весь рост перед Казахстаном после перехода на латиницу. Возникнет необходимость сохранения огромного литературного наследия, опубликованного на кириллице. И специалистам в сфере авторского права необходимо быть готовыми к решению теоретических проблем, связанных с цифровизацией.

34.8. ДЕЛОВАЯ РЕПУТАЦИЯ

Деловая репутация одинаково применима и к физическим лицам, особенно к индивидуальным предпринимателям, и к юридическим лицам.

¹ См.: *Бурлистрова Е.С., Карелина М.М.* Авторское право в сети Интернет. – В кн.: Авторское право XXI век: Сборник научных статей. М.: МФСГ, РАП, 2010. С. 184-185.

Хотя встречались иногда мнения о возможности применения понятий «честь» и «достоинство» к юридическим лицам, но общее мнение таково, что эти чисто нравственные понятия к юридическим лицам неприменимы.

Аналогичная ситуация сложилась с возмещением морального вреда юридическим лицам. Пока это положение сохранялось в законодательстве, все время в литературе шла острая дискуссия о невозможности применения возмещения морального вреда к юридическим лицам. Аргументация была очень простая: моральный вред в силу его определения в качестве физических и нравственных страданий может быть причинен только физическому, но не юридическому лицу¹.

Юридическое лицо не может страдать.

Пытаясь оправдать возмещение морального вреда или вреда, аналогичного моральному вреду, юридическим лицам, в литературе нередко говорят о допустимости внедрения понятий «репутационного вреда»², «нематериального вреда»³, «нематериального репутационного вреда»⁴.

Я считаю, что юридическим лицам не должен возмещаться ни моральный, ни репутационный, ни иной нематериальный вред. Тем более, что по последним исследованиям право на деловую репутацию является имущественным правом. Для защиты деловой репутации есть другие эффективные способы. Могут возмещаться лишь реальные убытки, понесенные юридическим лицом, а не эфемерный ущерб от страданий юридического лица.

По инициативе НИИ частного права Законом от 6 февраля 2011 г. в п.6 ст. 143 ГК РК были внесены изменения.

Прежний текст п.6 ст. 143 ГК РК выглядел так:

«6. Гражданин или юридическое лицо, в отношении которого распространены сведения, порочащие его честь, достоинство или деловую репутацию, вправе наряду с опровержением таких сведений требовать возмещения убытков и морального вреда, причиненных их распространением».

¹ См., например: *Воробьев А.В.* Институт компенсации морального вреда в российском гражданском праве. СПб.: Изд-во Р. Асланова. Юрид. центр Пресс, 2018. С. 106; *Резник Г.М., Скловский К.И.* Честь. Достоинство. Деловая репутация: споры с участием СМИ. М.: Статут, 2006. С. 37-80; *Эрделевский А.М.* Компенсация морального вреда: анализ и комментарий законодательства и судебной практики. 3-е изд. М.: Волтерс Клувер, 2004. С. 119-124.

² См.: *Воробьев А.В.* Указ.соч. С. 13.

³ См., например: *Архиереев Н.В.* Защита деловой репутации юридических лиц в иностранных правовых системах.- bmpravo.ru/img/1/sravnitelnoe/3/PDF%20file.pdf

⁴ См. : *Дюбко Е.Г.* Нематериальные блага и личные неимущественные права граждан и юридических лиц: теоретические и практические проблемы их защиты. М., 2015. С. 20-25.

Новый текст существенно отличается от прежнего:

«6. Гражданин, в отношении которого распространены сведения, порочащие его честь, достоинство или деловую репутацию, вправе наряду с опровержением таких сведений требовать возмещения убытков и морального вреда, причиненных их распространением.

Правила настоящей статьи о защите деловой репутации гражданина соответственно применяются к защите деловой репутации юридического лица, за исключением требования о возмещении морального вреда. К защите деловой репутации юридического лица применяются правила о возмещении убытков в порядке, установленном настоящим Кодексом».

Таким образом, с 2011 года в Казахстане моральный вред юридическому лицу не возмещается. Возмещается только имущественный вред по общим правилам ГК.

Честно говоря, внося такое предложение, мы не очень думали о теоретических проблемах возмещения морального вреда. Основная проблема заключалась в том, что в ответ на критические статьи в газетах министерства и ведомства предъявляли иски в суды и требовали не опровержения, а возмещения морального ущерба, причем выставляли астрономические суммы. И что характерно, суды такие иски нередко удовлетворяли. Цель была – разорить неугодные власти газеты. И это порой получалось.

После 2011 г. эта практика прекратилась. Были иски от физических лиц с громадными суммами иска, но такие иски все же редко удовлетворялись, ибо не было административного ресурса.

Такое же положение было внесено Законом от 20 июля 2006 г. в п. 7 ст. 153 ГК Беларуси. Федеральным законом РФ от 2 июля 2013 г. аналогичные изменения были внесены в п. 11 ст. 152 ГК РФ.

Однако в большинстве ГК постсоветских стран норма о возмещении юридическим лицам морального вреда сохраняется (например, подпункт 4) п.2 ст. 23 ГК Украины, п. 8 ст. 174 ГК Таджикистана, ст. 16, п.2. ст. 1027 ГК Кыргызской Республики, ст. 1021 ГК Республики Узбекистан).

Определение деловой репутации дано в 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»:

«Деловая репутация – устойчивая положительная оценка деловых (производственных, профессиональных) достоинств лица общественным мнением».

В литературе даются аналогичные определения:

«Под деловой репутацией гражданина следует понимать общественную оценку, общее мнение о профессиональной, служебной

деятельности гражданина; под деловой репутацией юридического лица – общественную оценку, общее мнение об уставной деятельности данной организации»¹.

Деловая репутация коммерческого юридического лица определяется как совокупность качеств и оценок, с которыми их носитель ассоциируется в глазах своих конкурентов, клиентов, потребителей и персонифицируется среди других профессионалов в этой области².

А.Эрделевский предложил заменить понятия «честь», «достоинство», «доброе имя» и «деловая репутация» на один термин – «репутация», как это делается в англосаксонском праве. При этом вопрос о виде репутации решается, в случае необходимости, в зависимости от вида субъекта, чья репутация подверглась умалению. Так, например, коммерческое юридическое лицо защищает свою коммерческую репутацию, учреждение, выполняющее функции государственного органа, – управленческую репутацию и т.п.³ Вряд ли это предложение можно признать разумным (у нас не англосаксонское право), но оно наглядно демонстрирует возросшую роль понятия «деловая репутация» на практике.

Характерно, что в последних диссертационных исследованиях доказывается, что в отличие от репутации (деловой репутации) физических лиц деловая репутация юридических лиц является имущественным правом (возможность денежной оценки, использование при осуществлении предпринимательской деятельности) и поэтому она не может относиться к числу нематериальных благ⁴.

Как пишет, например, Е.М. Дьяченко, «представляется необходимым признать, что неимущественные права такого субъекта гражданского оборота, как коммерческое юридическое лицо, обладают характерными признаками, не совпадающими в полной мере с признаками, характеризующими неимущественные права граждан и некоммерческих юридических лиц, не занимающихся предпринимательской деятельностью, и одним из таких прав является право на деловую репутацию»⁵.

В связи с этим предлагается приравнять деловую репутацию юридического лица к результатам интеллектуальной деятельности

¹ См.: *Воробьев А.В.* Указ. соч. С. 122.

² См.: *Малеина М.Н.* Защита чести, достоинства и деловой репутации предпринимателя // Законодательство и экономика. 1993. №24. С. 18.

³ См.: *Эрделевский А.М.* Указ. соч. С. 118-119.

⁴ См.: *Тимерханов А.А.* Деловая репутация юридических лиц: Автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 2012. <http://www.dissercat.com/content/delovaya-reputatsiya-yuridiches...> *Аюпов О.Ш.* Защита деловой репутации юридического лица от диффамации в гражданском праве России: Автореф. дис... канд. юрид. наук. Томск, 2013. С. 8.

⁵ См.: *Дьяченко Е.М.* Право на деловую репутацию в системе неимущественных прав. https://superinf.ru/view_helpstud.php?id=794.

(к исключительным правам)¹. Предлагается также применять термин «деловая репутация» ко всем субъектам гражданского права, за исключением участников делового (предпринимательского) оборота. К последним применять термин «коммерческая репутация», то есть деловая репутация коммерческого юридического лица, которая имеет имущественные характеристики, поскольку подлежит денежной оценке и является оборотоспособной².

При всей спорности этих положений необходимо признать, что устоявшиеся признаки неимущественных прав не в полной мере подходят к деловой репутации, которая применительно к коммерческим юридическим лицам приобретает некоторые признаки имущественных прав (возможность денежной оценки, оборотоспособность и т.п.).

34.9. ВЫВОДЫ

Подводя итоги проведенному исследованию, я выскажу свою точку зрения на проблему нематериальных благ и личных неимущественных прав.

Вызывает сомнения сам термин «нематериальные блага». Понятия «материальное – нематериальное» пришли к нам из философии. В праве, в частности в гражданском праве, более привычными и правильными являются понятия «имущественное – неимущественное». В литературе появились даже предложения заменить понятие «нематериальные блага» на «неимущественные блага»³.

Исходя из того, что понятие «нематериальные блага» закреплено в ГК всех стран (во всяком случае, всех постсоветских стран), вряд ли можно это предложение поддержать. Однако в скобках следует, на мой взгляд, иметь в виду, что под понятием «нематериальные блага» необходимо понимать неимущественные блага. И парным этому понятию является понятие «имущественные блага».

Правда, в литературе нередко понятию «нематериальные блага» противопоставляют понятие «материальные блага», под которым понимают вещи, вещественные блага. Но тогда получается нестыковка, так как в понятие «имущество» входят вещи и имущественные права (права требования, то есть обязательственные права).

Если мы к материальным благам относим только вещи, то к нематериальным будет относиться как имущество в виде имущественных прав, так и неимущественные блага. Однако такое понимание противоречит общепринятому понятию нематериальных

¹ См.: Тимерханов А.А. Указ. соч.

² См.: Дьяченко Е.М. Деловая репутация юридических лиц: Автореф. дис... канд.юрид. наук. Краснодар, 2005. <http://www.dissercat.com/content/delovaya-reputatsiya-yuridiches...>

³ См.: Тимешов Р.П. Защита нематериальных благ в гражданском праве России: Монография. М.: Изд-во Юрист, 2010. С. 43.

благ как объекта только личных неимущественных прав, но никак не имущественных прав требования.

Вызывает сомнение также термин «личные неимущественные права».

Во-первых, этот термин появился в связи с исследованием личных прав граждан. И большинство исследователей (а в учебниках гражданского права, за исключением украинских, почти поголовно) связывают неимущественные права исключительно с личностью гражданина.

Между тем такими же правами обладают и юридические лица.

Во-вторых, неразрывность связи личных неимущественных прав с личностью гражданина нарушается при наследовании личных неимущественных прав наследниками. В ГК РК это положение не закреплено, но, например, в п.2 ст. 150 ГК РФ предусмотрено, что «в случаях и в порядке, которые предусмотрены законом, нематериальные блага, принадлежащие умершему, могут защищаться другими лицами».

В литературе этот вопрос обычно обходят молчанием (во всяком случае, в учебниках гражданского права). В научной литературе предлагаются самые различные толкования, такие, например, как «в интересах памяти умершего» (К.Б. Ярошенко, П.В. Рамзаев), «существование бессубъектных субъективных прав» (М.Н. Малеина) и т.п.¹.

Я не буду погружаться в эту сложную проблему. Для меня ясно одно, что связь личных неимущественных прав с личностью гражданина не такая уж неразрывная, как нас пытаются уверить.

Термин «личные неимущественные права» появился в советское время и был введен в оборот небезызвестным А.Я.Вышинским и постепенно внедрился в теорию и законодательство. До этого употреблялся термин «личные права»².

К этому можно добавить, что термин «личные неимущественные права» не употребляется почти нигде, кроме постсоветских стран.

Я согласен с В.А. Беловым³, что термины «личные» и «неимущественные» – это два разных термина и они должны употребляться каждый по отдельности. И нельзя согласиться с М.Н. Малеиной, когда она пишет, что термины «личное право», «неимущественное право» и «личное неимущественное право» могут рассматриваться как равнозначные, противостоящие имущественным правам⁴.

¹ См. об этом: *Белов В.А.* Проблемы теории личных прав. – В кн.: *Гражданское право. Актуальные проблемы теории и практики / Под общ. ред. В.А. Белова / М.: Юрайт-Издат, 2007. С. 634-639.*

² См. об этом: *Белов В.А.* Указ. соч. С. 624-626.

³ Там же. С. 626 -628.

⁴ См.: *Малеина М.Н.* Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. 2-е изд. М.: МЗ Пресс, 2001. С. 11.

«Личное право» и «неимущественное право» – это два различных термина. Термину «неимущественное право» по правилам логики должен противостоять термин «имущественные права», а термину «личные права» – видимо, «неличные права».

Существующая концепция личных неимущественных прав основывается на предположении, что личные права – это всегда неимущественные права. Но это не так. Личные права могут быть как неимущественными, так и имущественными. В качестве примера можно привести ту же деловую репутацию, которая может носить как неимущественный характер для граждан и некоммерческих юридических лиц, так и имущественный характер для коммерческих юридических лиц.

Как пишет В.А. Белов, общепринято отнесение к числу личных неимущественных прав права физического лица на имя, права на защиту чести и деловой репутации, права на неприкосновенность литературного произведения. При этом старательно обходится молчанием вопрос о возможности их присвоения и осуществления третьими лицами, наличие которой свидетельствует о том, что не настолько уж и «неразрывно» личные права являются личными – неразрывно связанными с личностью своего носителя.

Не подлежит сомнению существование прав, неразрывно связанных с личностью, но удовлетворяющих при этом интерес имущественного содержания. Таковы право на алименты, право требования возмещения вреда, причиненного повреждением здоровья или смертью кормильца, право требования налоговых, таможенных и иных подобных платежей, требования пенсионных выплат, выплат по социальному страхованию и т.п. Неверна, следовательно, и вторая часть тезиса: неразрывность права с личностью не предопределяет непременно неимущественного характера удовлетворяемого им интереса¹.

И в данном случае я с В.А. Беловым согласен.

Можно сделать вывод, что неимущественные права – это всегда личные права, но личные права – это не всегда неимущественные, так как могут быть и имущественными правами. Поэтому в принципе термин «личные неимущественные права» не является правильным. Однако нельзя их считать синонимами. И потом, если говорить о личных неимущественных правах, то тогда надо говорить и о личных имущественных.

Поэтому, на мой взгляд, необходимо использовать термин «неимущественные права», тем более что он одинаково применим и к физическим, и к юридическим лицам.

¹ См.: Белов В.А. Указ.соч. С. 628. сн .2.

Глава 35. ИСКОВАЯ ДАВНОСТЬ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ ПОСТСОВЕТСКИХ СТРАН: МИФЫ И РЕАЛЬНОСТЬ

35.1. ВВЕДЕНИЕ

Мне кажется, многие из положений ГК, которые представляются незыблемыми и само собой разумеющимися, на самом деле достались нам из советского прошлого, построенного совсем на иных принципах, чем сегодняшние правовые системы постсоветских стран.

Я бы назвал эти положения **мифами советского времени**.

Применительно к исковой давности эти мифы в основном связаны, как я обнаружил, с определением момента начала и окончания течения исковой давности. Проблемы применения, приостановления, перерыва и восстановления сроков исковой давности в общем и целом решаются примерно одинаково. Конечно, с большими различиями в разных юрисдикциях, но, как правило, на одних и тех же принципах.

Таких мифов я насчитал по меньшей мере четыре:

1. Субъективный критерий определения начала течения срока исковой давности.
2. Нарушение прав потерпевшего как необходимый элемент начала течения исковой давности.
3. Объективная исковая давность – установление десятилетнего пресекательного срока.
4. Начало течения срока исковой давности по обязательствам.

35.2. МИФ ПЕРВЫЙ. СУБЪЕКТИВНЫЙ КРИТЕРИЙ ОПРЕДЕЛЕНИЯ НАЧАЛА ТЕЧЕНИЯ СРОКА ИСКОВОЙ ДАВНОСТИ: «УЗНАЛ ИЛИ ДОЛЖЕН БЫЛ УЗНАТЬ»

Правило о том, что начало течения срока исковой давности начинается со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права, закреплено в п.1 ст. 180 Гражданского кодекса Республики Казахстан (далее – ГК РК), в п.1 ст. 200 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – (ГК РФ) и аналогичных статьях ГК других постсоветских стран¹.

¹ См., например: п.1 ст. 337 ГК Армении, п.1 ст. 201 ГК Республики Беларусь, ст. 154 ГК Республики Узбекистан, п. 2 ст. 216 ГК Кыргызской Республики, п.2 ст. 224 ГК Республики Таджикистан, п.1 ст. 272 Республики Молдова, п. 1 ст. 261 ГК Украины.

Этот критерий в литературе называют субъективным в отличие от объективного критерия, основанного на твердых сроках безотносительно к знанию или незнанию потерпевшего лица, чьи права были нарушены.

Подобного положения, основанного на субъективном критерии, не было в Своде законов гражданских Российской Империи, в проекте Гражданского Уложения Российской Империи, в ГК РСФСР 1922 г.

Впервые появилось оно в Основах гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик от 8 декабря 1961 г. и было продублировано в ГК РСФСР 1964 г. (ст. 83), в ГК Казахской ССР 1963 г. (ст. 78) и аналогичных статьях других союзных республик.

Подобного положения нет в большинстве иностранных юрисдикций и в международных документах, в том числе в Конвенции ООН об исковой давности в международной купле-продаже товаров от 14 июня 1994 г.

Практически единственным исключением являются Принципы УНИДРУА. В ст. 10.2 Принципов закреплено:

«1. Общий срок исковой давности составляет три года и начинается течь со дня, следующего за днем, когда кредитор узнал или должен был узнать о событиях, в результате которых право кредитора может быть осуществлено».

Субъективный критерий порождает в теории и на практике спорные проблемы, которых не было бы при применении объективного критерия.

Назову только три из них.

Неопределенность понятия «узнал или должен был узнать». Это вытекает из неопределенности самого понятия «знание».

По мнению А.Г. Диденко, в п.1 ст. 180 ГК РК имеется в виду не точное знание о нарушении, а разумное предположение, что право нарушено¹. С этим можно согласиться. Можно применить также термин «обоснованное подозрение».

Однако на практике возникают связанные с этими понятиями вопросы. Во-первых, как соотносятся понятия «узнал» или «должен был узнать» с понятиями «знание», «познание», «информация»?

Во-вторых, является ли «разумное предположение» или «обоснованное подозрение» знанием или нет?

Понятие «узнал» и «должен был узнать», несомненно, связаны с понятиями «знание» и «познание». Узнал – значит приобретает знание, происходит процесс познания.

Что касается ответа на второй вопрос, то, чтобы его дать, необ-

¹ См.: Диденко А.Г. Начало течения срока исковой давности // Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика. Вып. 43. Алматы: Раритет, Институт правовых исследований и анализа, 2014. С. 164.

ходимо понять, что означают понятия «знание», «познание», «классификация знаний».

В Толковом словаре Ожегова одно из значений слова «Знание» это слово «знать». В том же словаре слово «знать» означает: знать о ком-чем. Иметь сведения о ком-чем, знать кого-что, обладать какими-нибудь познаниями, иметь о ком-чем представление¹.

В Толковом словаре Даля слово «знать» означает: знать кого, что; о чем; ведать, разуметь, уметь, твердо помнить, быть знакомым².

Википедия определяет знание как результат познавательной деятельности. Знание индивида (или группы индивидов) – это обладание проверенной (каким-либо способом) информацией, позволяющей решить какую-либо практическую задачу. Знание противоположно незнанию (отсутствию проверенной информации о чем-либо)³. Существует множество классификаций знаний.

Одна из них – это классификация по природе знаний: декларативные знания (содержат в себе лишь представление о структуре неких понятий, приближены к данным, фактам) и процедурные знания (имеющие активную природу, определяют представления о средствах, путях получения новых знаний⁴.

По другой классификации различают следующие виды знаний:

1) знание-умение, то есть знание о том, как можно что-либо сделать;

2) знание-ознакомление – это способность человека распознавать какой-либо объект на основе аналогии;

3) знание-информация – знание, которое характеризует наличие у предметов определенных свойств, связей, закономерностей. К научным знаниям относятся только знания третьего вида⁵.

По третьей классификации знания делятся на явные и неявные (подразумеваемые)⁶.

Из этого небольшого и довольно поверхностного обзора можно сделать вывод, что понятие «знание» охватывает самые различные стадии узнавания: от декларативного, неявного ознакомительного до явного, твердого, истинного знания.

Отсюда вытекает, что «разумное предположение» и «обоснованное подозрение» – это тоже знание на более ранней, недостаточно полной стадии.

¹ См.: Толковый словарь Ожегова. www.endic.ru/ozhegov/Znat-10252.html.

² См.: Толковый словарь Даля. www.endic.ru/dal/Znat-10605.html.

³ См.: <https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%97%D0%BD%D0%B0%D0%BD%D0%B8%D0%B5>.

⁴ См.: http://istorikazov.ru/obshhestvoznanie_ege/vidy_znaniy.htm#pred3.

⁵ См.: Национальная философская энциклопедия. <http://termin.ru/termin/vidy-znaniya.html>.

⁶ См.: Структура и классификация знаний: Учебные материалы для студентов. https://studme.org/53773/pravo/struktura_klassifikatsiya_znaniy.

Можно утверждать, что абсолютного знания не существует. Любое знание относительно. Есть понятие истинного знания, но это связано, как правило, с научным знанием.

Следовательно, говорить о твердом знании, знании «без всяких сомнений» невозможно даже применительно ко времени подачи иска. Более или менее твердым знанием обладает судья, выносящий решение, но и его знание нельзя назвать истинным, ибо его решение может быть отменено в апелляции, кассации или надзоре.

Таким образом, степень познания отличается на каждой стадии развития спора между сторонами. На стадии начала течения исковой давности можно говорить о таком накоплении информации, которое позволяет утверждать о наличии у истца разумного предположения или обоснованного подозрения. На стадии подачи иска – это разумное предположение превращается в знание о наличии основных элементов иска. К концу судебного процесса у судьи складывается более или менее уверенное знание об имевших место в реальности фактах, достаточное, чтобы вынести обоснованное решение.

Причем разумное предположение применяется в случае и «узнал», и «должен был узнать». В последнем случае истец не знал в действительности, что произошло, но по всем обстоятельствам дела должен был знать.

Такая неопределенность дает возможность недобросовестной стороне заявить через 10-20 лет, что она только что узнала о нарушении его права. К сожалению, на практике такие случаи встречаются.

Осведомленность юридического лица. Если истцом является юридическое лицо, срок исковой давности начинает течь с момента, когда юридическое лицо узнало или должно было узнать о нарушении его прав.

Возникает вопрос, кто из работников юридического лица должен узнать о нарушении, чтобы это знание стало знанием юридического лица.

На практике появляются утверждения, что таким знанием может быть только знание органов юридического лица. Этот вывод делается на основании п. 1 ст. 37 ГК РК, где закреплено, что юридическое лицо приобретает гражданские права и принимает на себя обязанности только через свои органы, действующие в соответствии с законодательными актами и учредительными документами.

Такой вывод нельзя признать правильным.

Во-первых, он противоречит ряду статей ГК РК, в частности, статье 362 ГК РК, в соответствии с которой юридическое лицо несет ответственность за действия своих работников, статье 921 ГК РК об ответственности юридического лица или гражданина за вред, причиненный его работникам. То есть в результате действий

работников (а не только органов) у юридического лица возникают права и обязанности.

Мнение, что для начала течения исковой давности достаточно знания лица, обладающего правом действовать от имени юридического лица, разделяется и судебной практикой.

В п. 6.3 Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 29 сентября 2015 г. № 43 «О некоторых вопросах, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации» закреплено:

«Течение исковой давности по требованиям юридического лица начинается со дня, когда лицо, обладающее правом самостоятельно или совместно с иными лицами действовать от имени юридического лица, узнало или должно было узнать о нарушении права юридического лица и о том, кто является надлежащим ответчиком (пункт 1 статьи 200 ГК РФ). Изменение состава органов юридического лица не влияет на определение начала течения срока исковой давности».

Во-вторых, в п.1 ст. 37 ГК РК (п. 1 ст. 53 ГК РФ) речь идет о приобретении юридическим лицом гражданских прав и принятии на себя обязанностей. То есть это правомерные действия, направленные на возникновение гражданских прав и обязанностей. А такие действия называются сделкой.

Однако, кроме сделки, есть другие юридические факты, которые порождают гражданские права и обязанности. Это и деликт, и кондикция, и создание результатов интеллектуальных действий, и другие действия в соответствии со ст. 7 ГК РК (ст. 8 ГК РФ). Следовательно, п. 1 ст. 37 ГК РК не препятствует возникновению гражданских прав и обязанностей через действия иных, кроме органов, работников юридического лица.

Что касается знания о правонарушении, то трудно назвать его сделкой. Знание – это знание, а не действие. Это факт, но это не юридический факт. Из него не возникает гражданское правоотношение.

Да, знание порождает течение срока исковой давности. Однако из знания не возникает никаких прав и обязанностей для сторон спора.

Делались попытки доказать, что из знания возникает право на судебную защиту в течение срока исковой давности и обязанность предъявить иск в течение исковой давности. Эти утверждения нельзя признать обоснованными. Право на судебную защиту возникает вовсе не из знания. Оно существует всегда и вытекает из Конституции РК. Обязанности предъявить иск вообще не существует. Предъявление иска – это право, и никто не может обязать кого бы то ни было предъявить иск.

Исковая давность не имеет никакого отношения к возникновению или прекращению гражданских правоотношений между сторонами. Это правило устанавливается государством в публичных

интересах в целях обеспечения эффективности гражданского оборота. Поэтому нарушение срока исковой давности – это не нарушение обязательства перед другой стороной, это нарушение нормы, установленной государством как императивное правило. Недаром пропуск исковой давности не препятствует обращению за судебной защитой, и только в случае, если одна из сторон поднимет этот вопрос, суд начинает рассматривать, был ли пропущен срок исковой давности. Если стороны промолчат, вопрос об исковой давности вообще не поднимается.

Знание о личности нарушителя. В п. 1 ст. 180 ГК (п. 1 ст. 200 ГК РФ) закрепляется, что течение срока исковой давности начинается со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении права. В п. 1 ст. 177 ГК РК (ст. 195 ГК РФ) также говорится об исковом требовании, возникшем из нарушения права или охраняемого законом интереса.

Следовательно, для начала течения срока исковой давности недостаточно просто наличия вреда или убытков. Общество может нести потери в ходе обычной предпринимательской деятельности по разным причинам, включая предпринимательский риск (в частности, изменение условий рынка), действия работников юридического лица или обстоятельства, не связанные с действиями людей.

Для начала течения срока исковой давности необходимо, чтобы лицо узнало (или должно было узнать), какое неправомерное поведение вызвало убытки. Размер убытков при этом не имеет значения для начала течения срока исковой давности.

Из текстов статей 177 и 180 ГК РК вытекает, что установление личности правонарушителя не обязательно для начала течения срока исковой давности.

Данная ситуация вызывает определенные проблемы в судебной практике. Возникает также вопрос, насколько это соответствует принципу справедливости.

Например, если нарушитель причинил ущерб путем поджога дома или вор украл картину в музее, то после истечения срока исковой давности невозможно будет привлечь их к гражданско-правовой ответственности.

Конечно, эти случаи являются уголовными преступлениями и в случае обнаружения этих нарушителей они будут привлечены к уголовной ответственности. В уголовном праве нет исковой давности. Возможно, можно будет вернуть потерпевшим украденное или возместить стоимость уничтоженного. Тем не менее проблемы пропуска исковой давности остаются.

А.Г. Диденко пишет: «Но чтобы предполагать наличие нарушителя, достаточно того, чтобы в конкретном случае, при конкретных обстоятельствах разумный человек мог предполагать, что его право ущемила чья-то злая воля или действия каких-то третьих лиц, а не

силы природы или какой-то случай, не зависящий от людей. Именно с момента возникновения данного предположения закон дает потерпевшему определенный срок для установления личности нарушителя, сбора доказательств, предъявления иска. Пропуск этого срока является основанием для отказа в иске. В таком законодательном решении нет никакой несправедливости, которая может усматриваться в том, что личность ответчика была длительное время неизвестна и это якобы мешало защите права. Со времен римского права смысл срока исковой давности с точки зрения справедливости рассматривался как справедливость, заключающаяся в том, что даже нарушителя нельзя держать неограниченное количество времени под угрозой применения к нему санкций»¹.

Все это красиво звучит, но тем не менее в вышеприведенных случаях принцип справедливости явно нарушен.

В западных юрисдикциях установление личности нарушителя является необходимым для начала течения срока исковой давности.

В 2013 г. это положение было включено в ГК РФ. Пункт 1 ст. 200 ГК РФ теперь звучит так:

«Если законом не установлено иное, течение срока исковой давности начинается со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права и о том, кто является надлежащим ответчиком по иску о защите этого права».

У нас подобной нормы нет, и установление личности нарушителя не является необходимым для начала течения срока исковой давности. Однако, на мой взгляд, есть основания рассмотреть вопрос о включении аналогичного пункта в ГК РК.

Вывод: Установление в законодательстве постсоветских стран субъективного критерия определения начала течения исковой давности не соответствует мировой практике и ввиду его неопределенности от него, на мой взгляд, следует отказаться в ГК РК и, возможно, в законодательстве других постсоветских стран.

35.3. МИФ ВТОРОЙ. НАРУШЕНИЕ ПРАВ ПОТЕРПЕВШЕГО КАК НЕОБХОДИМЫЙ ЭЛЕМЕНТ НАЧАЛА ТЕЧЕНИЯ ИСКОВОЙ ДАВНОСТИ

В ГК РФ специальная статья посвящена понятию исковой давности:

«Исковой давностью признается срок для защиты права по иску лица, **право которого нарушено**» (ст. 195)².

¹ См.: Диденко А.Г. Указ. соч. С. 159-160.

² См. также: Ст. 211 ГК Кыргызской Республики от 8 мая 1996 г. №15; Ст. 149 ГК Республики Узбекистан от 21 декабря 1995 г. №163-1; Ст. 196 ГК Республики Беларусь от 7 декабря 1998 г. №218-3; Ст. 331 ГК Республики Армения от 5 мая 1998 г.; п.1 ст. 267 ГК Республики Молдова от 6 июня 2002 г. №1107- XV.

В п.1 ст. 177 ГК РК закреплено:

«Исковая давность – это период времени, в течение которого может быть удовлетворено исковое требование, возникшее из **нарушений прав лица или охраняемого законом интереса**»¹.

Эти положения раньше отсутствовали в российском законодательстве.

В Своде законов гражданских Российской Империи закреплялось положение о десятилетнем сроке исковой давности (ст.ст. 694, 1549), но ни словом не упоминалось ни о нарушении права, ни о том, чтобы лицо узнало или должно было узнать.

В проекте Гражданского Уложения Российской Империи одна статья посвящена определению исковой давности:

«Ст. 105. Право на иск прекращается вследствие непредъявления в течение определенного законом срока исковой давности».

Как видим, нет упоминания ни о нарушении права, ни о необходимости узнать о нарушении.

В ГК РСФСР от 11 ноября 1922 г. в ст. 44 закреплялось:

«Права на иски погашаются по истечении трехлетнего срока (исковая давность), если в законе не установлен иной срок давности».

Однако в Основах гражданского законодательства 1961 г. (ст. 16), ГК РСФСР от 11 июня 1964 г. (ст. 78), ГК Казахской ССР 1963 г. (ст. 75) уже было закреплено:

«Общий срок для защиты права по иску лица, **право которого нарушено** (исковая давность), устанавливается в три года, а по искам государственных организаций, колхозов и общественных организаций друг к другу – в один год».

Между тем привязка начала течения срока исковой давности к нарушению права отсутствует практически во всех юрисдикциях и в международных документах, в том числе в Конвенции ООН об исковой давности в международной купле-продаже товаров.

Например, в §194 (1) Германского Гражданского уложения закреплено:

«Право требовать от другого лица совершения действия или воздержания от действия (требования) ограничено сроком давности».

В соответствии с §198 ГГУ «Течение срока исковой давности начинается с момента возникновения требования. Если требование заключается в воздержании от действия, то течение срока исковой давности начинается с момента совершения указанного действия».

В §1451 Всеобщего Гражданского кодекса Австрии закреплено:

«Исковой давностью является потеря права, которое не было осуществлено в течение установленного законом срока».

¹ См. также: п. 1 ст. 220 ГК Республики Таджикистан от 30 июня 1999 г. №802.

В ст. 2219 Гражданского кодекса Франции говорится, что «давность является средством приобретения прав или погашения обязательств в силу истечения определенного срока и при наличии условий, предусмотренных законом».

В ст. 2262 ГК Франции закрепляется:

«Любое право на иски, как вещные, так и обязательственные, погашается по истечении тридцати лет, причем лицо, ссылающееся на указанное погашение, не обязано предъявлять документ, подтверждающий это обстоятельство, при этом против него не может быть выдвинуто возражение, вытекающее из его недобросовестности».

В п.1 ст. 1. 110-4 Коммерческого кодекса Франции закрепляется:

«Обязательства, возникающие ввиду коммерческой деятельности между коммерсантами или между коммерсантами и неkomмерсантами, погашаются по истечении десяти лет, если в отношении этих обязательств не действуют более короткие специальные сроки давности».

Заметный шаг в сторону закрепления общепринятых в мире положений сделал ГК Украины, в ст. 256 ГК которого закреплено:

«Исковая давность – это срок, в пределах которого лицо может обратиться в суд с требованием о защите своего гражданского права или интереса».

Отличие заключается в том, что здесь не упоминается о нарушенном праве. Просто о защите права. Это уже соответствует определениям в законодательстве других стран.

К этому можно добавить, что положение о нарушенном праве противоречит п.п.2 и 3 ст. 180 ГК РК и п.2 ст. 200 ГК РФ, где начало течения срока исковой давности никак не связано с нарушением прав кредитора. Например, в обязательствах с определенным сроком исполнения течение исковой давности начинается по наступлении срока исполнения, а нарушение прав кредитора наступит позднее, когда должник не исполнит в разумный срок обязательство о возмещении убытков. Я уже не говорю о 10-летнем сроке в части второй п.2 ст. 200 ГК РФ, который начинается со дня возникновения обязательства.

Вывод: положение о нарушенных правах потерпевшего – это анахронизм, который должен быть устранен.

35.4. МИФ ТРЕТИЙ. ОБЪЕКТИВНАЯ ИСКОВАЯ ДАВНОСТЬ

В 2013 г. в ст. 200 ГК РФ был включен 10-летний общий срок исковой давности. Это нововведение вызвало неоднозначную реакцию в российской литературе.

Некоторые авторы назвали установление 10-летнего срока исковой давности в ч. 2 п.2 ст. 200 ГК РФ неконституционным, по-

скольку оно лишает граждан права на судебную защиту (ст. 46 Конституции РФ)¹.

Мне кажется, что любое установление срока исковой давности означает лишение граждан и юридических лиц права на судебную защиту по истечении срока исковой давности. Установление срока исковой давности – это акт публичного права. Государство устанавливает срок, в течение которого права кредитора подлежат судебной защите. По окончании этого срока судебной защиты нет, хотя добровольно исполненное обязательство защищается государством. И при нарушении десятилетнего пресекающего срока лицо может обратиться в суд, если есть вероятность доказать, что этот срок не пропущен. Суд должен рассмотреть эти доводы. Отличие от трехлетнего срока в том, что споры по нему возникают лишь по заявлению ответчика, а в случае десятилетнего срока суд может и должен сам применить правило о пропуске исковой давности.

Следует в то же время отметить, что российские исследователи в основном поддержали введение объективной исковой давности.

Однако наиболее непримиримым противником выступил А.П. Сергеев, который прямо заявил: «Появление в российском законодательстве так называемой объективной исковой давности считаю глубокой ошибкой»². Это совершенно естественно, так как нововведение полностью опровергает его теорию применения во всех случаях только критерия субъективной исковой давности («узнал или должен был узнать»)³.

Необходимо отметить, что установление 10-летнего срока вызвало возражения в России из-за того, что он недостаточно большой. Возникший в связи с этим спор дошел до Конституционного суда РФ. Конституционный суд РФ принял Постановление от 15.02. 2016 г. №3-П по делу в связи с жалобой гражданина Е.В. Потоцкого⁴.

Суды отказали Е.В. Потоцкому в удовлетворении требований о

¹ См.: Мнение судьи Конституционного Суда РФ Г.А.Гаджиева по делу о проверке конституционности положений части 9 статьи 3 Федерального Закона «О внесении изменений в подразделе 3 и 4 Раздела 1 части первой и статью 1183 части третьей ГК РФ» в связи с жалобой гражданина Е.В. Потоцкого. http://www.consultant.ru/cons/static4016_00_49_299965/document_p...

² См.: Объективная исковая давность (Иванова, Сергеев А., Байбак В., Соломин С., Сарбаш С., Латыев А., Варул П., Павлов А., Белов В.) Отрасли права. Аналитический портал. <http://xn——7sbbaj7auwnffhk.xn—plai/article/19736>.

³ О теории А.П.Сергеева см. ниже, в разделе «Миф четвертый».

⁴ См.: Постановление Конституционного суда РК от 15.02.2016 г. №3-П «По делу о проверке конституционности положений части 9 статьи 3 Федерального закона №100-ФЗ «О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела I части первой и статью 1153 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина Е.В. Потоцкого».

взыскании задолженности по договорам займа на основании абз.2 п.2 ст. 200 ГК РФ (соответствует п.3 ст. 180 ГК РК). Договоры займа были заключены в 2000 г., Е.В. Потоцкий предъявил требование 15 июля 2013 года, в соответствии с законодательством должник должен был исполнить обязательство через 30 дней после предъявления требования о возврате. Следовательно, срок исковой давности начал течь 15 августа 2013 г. Суды отказали Е.В. Потоцкому на том основании, что с момента заключения договоров прошло более 10 лет, и по новым правилам срок исковой давности истек.

Конституционный суд РФ посчитал распространение нового правила о 10-летнем сроке на отношения, возникшие до принятия Закона от 7 мая 2013 г., неконституционным. Во исполнение данного Постановления был принят Федеральный закон от 28 декабря 2016 г.¹, в соответствии с которым десятилетние сроки, предусмотренные пунктом 1 статьи 181, пунктом 2 статьи 196 и пунктом 2 статьи 200 ГК РФ начинают течь с сентября 2013 г. (то есть почти через три месяца после принятия Закона от 7 мая 2013 г.).

Я привел все эти документы, чтобы показать, что в России 13-летний срок, по истечении которого было предъявлено требование, считается вполне нормальным и не нарушающим принципы законности или добросовестности. Напротив, Конституционный суд РФ посчитал непризнание справедливости такого срока неконституционным.

Однако это новое положение о 10-летнем сроке лишь на первый взгляд кажется новым. На самом деле это возвращение к истокам и восприятие европейской практики.

В Своде законов гражданских Российской Империи, Том X. часть 1, в ст. 694 было закреплено:

«Иски так же, как и тяжбы, ограничиваются общею земскою десятилетней давностью. Кто в течение оной иска не предъявил или, предъявив, хождение по оному в присутственных местах не имел, тот теряет свое право».

Аналогичный десятилетний срок был закреплен применительно к договорам (ст. 1549).

В проекте Гражданского Уложения в ст. 109 закреплено:

«Все иски начинаются общим десятилетним сроком исковой давности, за исключением тех, которые изъяты из действия давности или в отношении коих установлены иные сроки давности».

Такое же правило закреплено в большинстве западных юрисдикций.

В ГК Франции помимо общего тридцатилетнего срока давности

¹ См.: Федеральный Закон от 28 декабря 2016 г. №499-ФЗ «О внесении изменений в статью 3 Федерального закона «О внесении изменений в подразделы 4 и 5 Раздела I части первой и статью 1153 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации».

(ст. 2262) предусмотрены также десятилетний и двадцатилетний сроки давности (ст.ст. 2270, 2270-1, 2270-2), а также иные сокращенные сроки давности (ст.ст. 2271-2277-1).

Десятилетний пресекательный срок установлен и в Гражданских кодексах многих стран континентальной системы права.

Можно назвать, например, Гражданский кодекс Нидерландов 1994 г., Швейцарский гражданский кодекс 1907 г., Коммерческий кодекс Греции 1835 г., законодательство Бельгии, Словакии, Эстонии, Польши, Ирландии, ЮАР и других стран.

Объективная исковая давность установлена во многих международных документах.

Прежде всего это ст. 23 Конвенции ООН об исковой давности в международной купле-продаже товаров, в которой закреплено:

«Независимо от положений настоящей Конвенции срок исковой давности в любом случае истекает не позднее десяти лет со дня, когда началось его течение».

Аналогичное правило содержится в п.2 ст. 10.2 Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА (2010), ст. 134 Кодекса европейского договорного права, ст. 14:307 Принципов европейского договорного права (Принципы Ландо), ст. III-7:307 Модельных правил европейского частного права (DCFR).

Вывод: Установление 10-летнего срока исковой давности в России следует рассматривать как возвращение к истокам российского права и восприятие принципов континентального права. На мой взгляд, законодательство постсоветских стран должно воспринять этот положительный опыт.

35.5. МИФ ЧЕТВЕРТЫЙ. НАЧАЛО ТЕЧЕНИЯ СРОКА ИСКОВОЙ ДАВНОСТИ ПО ОБЯЗАТЕЛЬСТВАМ

В соответствии с п.п. 2 и 3 ст. 180 ГК РК (п.2 ст. 200 ГК РФ) различается начало течения срока исковой давности по обязательствам с определенным и неопределенным сроками исполнения.

Больше всего мифов существует в отношении обязательств с неопределенным сроком исполнения. Но и в отношении обязательств с определенным сроком исполнения имеется ряд нерешенных и сомнительных вопросов.

Я построю изложение этого материала в следующей последовательности:

1) соотношение п.1 ст. 180 ГК РК (п. 1 ст. 200 ГК РФ) и пунктов 2 и 3 ст. 180 ГК РК (п. 2 ст. 200 ГК РФ);

2) начало течения срока исковой давности по обязательствам с неопределенным сроком исполнения;

3) начало течения срока исковой давности при расторжении договора;

4) начало течения срока исковой давности по обязательствам с определенным сроком исполнения.

1) Соотношение п.1 ст. 180 ГК РК (п. 1 ст. 200 ГК РФ) и пунктов 2 и 3 ст. 180 ГК РК (п. 2 ст. 200 ГК РФ). Вопрос о том, применимы ли к исковой давности по обязательствам общие положения об исковой давности (субъективный критерий, нарушение прав), является дискуссионным.

В отношении того, применяется ли к пункту 2 ст. 200 правило п.1 ст. 200 ГК РФ, в юридической литературе России высказываются различные точки зрения.

Одни авторы считают, что пункт 2 является лишь уточнением п.1 ст. 200 ГК РФ¹.

Однако господствующей является другая точка зрения, а именно утверждающая, что п. 2 является исключением из п. 1 ст. 200 ГК РФ и поэтому правило «узнал или должен был узнать» в этих случаях не применяется.

В учебнике гражданского права 1998 г. Е.А. Суханов писал:

«Момент **начала течения срока исковой давности** определяется днем, когда потерпевшее лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права (п.1 ст. 200 ГК)... В ряде случаев закон непосредственно определяет момент начала течения давностного срока. Например, по обязательствам с точно определенным сроком исполнения исковая давность начинает течь с момента окончания этого срока (п. 2 ст. 200 ГК), ибо о нем заранее осведомлены обе стороны. Закон сам определяет момент начала течения сокращенных сроков исковой давности, в частности в транспортных обязательствах»². Таким образом, Е.А. Суханов рассматривал момент начала течения исковой давности по п. 2 ст. 200 ГК РФ как объективный момент в отличие от субъективного по п. 1 ст. 200 ГК РФ и как непосредственное определение этого момента законом.

В дальнейшем Е.А. Суханов повторяет свою позицию об определении момента течения давностного срока непосредственно законом применительно к п.2 ст. 200 ГК РФ³.

Данную позицию можно рассматривать как признание того, что п.2 ст. 200 ГК РФ является не уточнением, исключением из п.1 ст. 200 ГК РФ.

Другие авторы эту точку зрения высказывают более определенно.

¹ См., например: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая: Учебно-практ. комментарий / Под ред. А.П. Сергеева. М.: Проспект, 2010. С. 508-509 (автор главы – А.П. Сергеев).

² См.: Гражданское право: Учебник в 2 т. Том 1 / Отв. ред. Е.А. Суханов. Изд. 2-е. М.: БЕК, 1998. С. 471.

³ См., например: Российское гражданское право: Учебник. В 2т. Т.1: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / Отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Статут, 2010. С. 487.

Например, в одном из Комментариев к Гражданскому кодексу РФ говорится:

«Статья 200 ГК исходит из так называемого субъективного способа определения начала течения исковой давности. В отличие от Конвенции об исковой давности в международной купле-продаже (ст. 100), в силу которой право на иск, вытекающее из нарушения договора, считается возникшим в день, когда имело место такое нарушение, ГК вслед за Кодексом 1964 года предусмотрел, что исковая давность начинает течь с момента, когда лицо узнало или должно было узнать о допущенном нарушении (п.1 ст. 200).

Исключения из этого правила могут быть в силу комментируемой статьи установлены Кодексом или иным законом. Так, в частности, для обязательств с определенным сроком п.2 ст. 200 предусматривает, что течение исковой давности начинается с момента окончания срока. Другое правило действует в отношении обязательства, срок исполнения которого не определен либо определен моментом востребования. В таком случае течение исковой давности начинается с того момента, когда у кредитора возникает право требования исполнения обязательства (см. ст. 314)»¹.

В другом Комментарии написано:

«Статья 200 ГК устанавливает порядок определения начала течения срока исковой давности. В соответствии с общим правилом, установленным п.1 данной статьи, течение срока исковой давности начинается со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права. Исключения из этого правила устанавливаются ГК (п.п.2,3 ст. 200, ст. ст. 725, 797) и иными законами»².

Еще в одном Комментарии говорится:

«В п.1 комментируемой статьи установлено общее правило, определяющее начальный момент исчисления срока исковой давности. Изъятия из этого правила содержатся как в самом Кодексе (например, абз.2 п.2, п.3 комментируемой статьи), так и в отдельных Законах»³. В абз. 2 п.2 говорится об обязательствах с неопределенным сроком исполнения, в п.3 – о регрессных обязательствах».

В учебнике гражданского права В.А. Белова содержится следующее положение:

«Начало течения исковой давности. Течение исковой давности начинается со дня возникновения права на иск. В свою очередь,

¹ См.: Комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации. М.: Редакция журнала «Хозяйство и право», Фирма СПАРК, 1995. С. 263.

² См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части первой, части второй, части третьей (постатейный) с постатейными материалами. Изд. 2-е. М.: Книжный мир, 2002. С. 232.

³ См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части первой (постатейный). Изд. 2-е-/ Отв. ред. О.Н. Садилов. М.: Юрид. фирма КОНТРАКТ; ИНФРА-М, 2002. С. 467.

право на иск возникает со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права (п.1 ст.200 ГК). Естественно, предполагается, что о нарушении своего гражданского права управомоченное лицо узнает в тот самый момент, когда произошло нарушение, что не лишает его возможности доказывать обратное, а именно: что о правонарушении ему стало известно позднее. Исключения из данного общего правила могут быть установлены ГК и иными законами; в частности, самим ГК несколько иначе определяется момент начала течения исковой давности по требованиям, вытекающим из нарушения обязательств (п.2 ст. 200), «по регрессным обязательствам» (п.3 ст. 200), по искам, связанным с недействительностью сделок (ст. 181) и некоторым другим специальным исковым давностным срокам»¹.

Еще в одном учебнике гражданского права говорится:

«Начало течения срока исковой давности – решающее для правильности его исчисления, так как ошибка обязательно приведет к его искусственному удлинению или сокращению. В соответствии со ст. 200 ГК течение исковой давности начинается со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права. Изъятия из этого правила могут быть установлены кодексом или иным законом.

Так, для обязательств с определенным сроком исполнения в соответствии с п. 2 ст. 200 ГК исковая давность течет с момента окончания срока (со следующего за датой исполнения дня).

Другое правило действует для обязательств, срок исполнения которых не определен или определен моментом востребования. В таком случае течение исковой давности начинается с того момента, когда кредитор предъявит должнику требование об исполнении обязанности. При этом, если должнику предоставляются льготные семь дней, давность исчисляется с момента окончания льготного срока»².

В учебнике под ред. О.Н. Садикова тоже сначала пишется о том, что п.1 ст. 200 ГК РФ – это общее правило. Изъятия из этого правила устанавливаются ГК и иными законами. Например: и далее приводятся примеры, в том числе пункт 2 ст. 200 ГК РФ³.

В доктрине Казахстана также встречаются различные толкования соотношения п. 1 и пунктов 2 и 3 ст. 180 ГК РК.

В частности, в Учебнике гражданского права под ред. А.Г. Диденко отмечается, что «в ст. 180 ГК включены дополнительные правила, развивающие положения о начале срока исковой давности

¹ См.: Белов В.А. Гражданское право. Общая часть: Учебник. Т. II. Лица, блага, факты. М.: Изд-во Юрайт, 2011. С. 1017-1018.

² См.: Гражданское право: Учебник для вузов. Часть первая / Под общей ред. Т.И. Илларионовой, Б.М. Гонгало, В.А. Плетнева. М.: Изд. группа НОРМА-ИНФРА-М, 1998. С. 261-262.

³ См.: Гражданское право Российской Федерации: Учебник. Т. 1 / Под общей ред. О.Н. Садикова. М.: Юрид. фирма КОНТРАКТ; ИНФРА-М, 2006. С. 231-232.

относительно срочных и бессрочных обязательств». И далее перечисляются изъятия из общего правила, куда правила пунктов 2 и 3 ст. 180 ГК не включены¹.

К сожалению, в выпущенном под моей редакцией Комментарий к Гражданскому кодексу в комментарии к ст. 180 ГК говорится в отношении пунктов 2 и 3 ст. 180 ГК, что они являются уточнением п.1 ст. 180 ГК, а в списке исключений нет пунктов 2 и 3 ст. 180 ГК².

Хотя Комментарий к ГК РК выпущен под моей редакцией, я не являюсь автором комментария к главе 7 «Исковая давность», автором тоже (как и в учебнике под ред. А.Г. Диденко) являлся Б.Б. Базарбаев. Это было личное мнение Б.Б. Базарбаева.

В 2013 г. был выпущен под моей редакцией Учебник по гражданскому праву, в котором мы постарались высказать более точное мнение. В главе 14 учебника закреплено следующее положение:

«Течение исковой давности начинается со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении права (п.1 чт. 180 ГК). Изъятия из этого правила устанавливаются ГК и иными законодательными актами. Приведем некоторые примеры»³. И далее приводятся примеры, в том числе пункты 2 и 3 ст. 180 ГК РК.

В настоящее время Научно-исследовательский институт частного права, который я возглавляю, завершает подготовку к изданию нового Комментария к Гражданскому кодексу. В нем воспроизведены те же положения, которые были закреплены в Учебнике по гражданскому праву.

Таким образом, и российская, и казахстанская доктрина в основном исходят из того, что пункты 2 и 3 являются исключениями из п. 1 ст. 180 ГК РК, так же, как и п. 2 является исключением из п.1 ст. 200 ГК РФ, и что правило «узнал или должен был узнать» не применяется к обязательствам с определенным и неопределенным сроками исполнения.

Данная концепция находит подтверждение в судебной практике Казахстана. Например, в деле по иску прокурора г. Астаны в интересах государства к налоговому комитету по Сары-Аркинскому району г. Астаны и АО ПРП «Целинэнергоремонт» о восстановлении суммы задолженности по социальному налогу Коллегия по гражданским делам Верховного Суда РК в своем Постановлении от 22 февраля 2005 г. №3н-26-05 отметила следующее:

«Нельзя согласиться с доводом протеста о том, что указан-

¹ См.: Гражданское право. Общая часть: Курс лекций. Алматы: Нурпресс, 2006. С. 364-365 (автор лекции 18 – Б.Б. Базарбаев).

² См.: Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть): Комментарий (постатейный). В 2 кн. 3-е изд. / Отв.ред. М.К. Сулейменов. Алматы, 2007. Кн 1. С. 568-569.

³ См.: Гражданское право. Общая часть. Учебник для вузов. (академический курс) Том 1 / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы, 2013. С. 753-754. (автор главы – Г.А. Алиханова).

ный срок подлежит исчислению с февраля 2003 года, когда прокурору в ходе проверки правильности применения законодательства налоговыми органами г. Астаны стало известно о факте незаконного списания задолженности. В соответствии с п.2 ст. 180 ГК по обязательствам с определенным сроком исполнения течение исковой давности начинается по окончании срока исполнения. Поскольку согласно указанному выше Порядку уплаты, учета и зачисления средств в Пенсионный фонд срок перечисления акционерным обществом последних страховых взносов определен не позднее 10 января 1998 года, срок исковой давности по данному делу истек».

Таким образом, Коллегия по гражданским делам отказалась применять принцип «узнал или должен был узнать» к обязательствам, в данном случае обязательствам с определенным сроком исполнения.

Аналогично в деле по иску Конкурсного управляющего ТОО «Агропромсервис» к ТОО «Садовое» о взыскании дебиторской задолженности Коллегия по хозяйственным делам Верховного Суда РК в Постановлении от 2 мая 2001 г. №1н-107-01 указала:

«Кроме того, п.1 ст. 180 ГК РК предусматривает общее правило исчисления срока исковой давности, а изъятия из этого правила устанавливаются настоящим Кодексом и иными законодательными актами. Так, ч. 2 ст. 180 ГК РК предусматривает, что по обязательствам с определенным сроком исполнения течение исковой давности начинается по окончании срока исполнения».

Данную концепцию иногда пытаются оспорить. Например, А.П. Сергеев считает, что и в обязательствах с определенным и неопределенным сроками исполнения продолжает действовать принцип «знал или должен был знать». Он объясняет применение этого принципа тем, что «в случае обязательств с определенным сроком исполнения кредитор знал, что срок наступит, а в обстоятельствах с неопределенным сроком исполнения обязанность должника исполнить обязательство возникает в момент предъявления кредитором требования. При нарушении этого обязательства начинается течение срока исковой давности, и кредитор об этом знал или должен был знать¹.

Данное мнение представляется весьма странным и не соответствует преобладающему взгляду в российском и в казахстанском праве. Знает кредитор или не знает, от этого ничего не изменится. Все равно исковая давность начнет течь. Кроме того, по утверждению А. Сергеева исковая давность в обязательствах с неопределенным сроком исполнения начнет течь с момента нарушения должником обязанности исполнить требование кредитора. Этот срок не совпадает со сроком требования, а наступает неизменно позднее.

¹ См.: Сергеев А.: Начало течения срока исковой давности // Гражданское законодательство: Статьи. Комментарии. Практика. Избранное. Т. III. (Вып. 21-30). Алматы, 2008.

Сначала кредитор выдвигает требование, а уже после этого в разумный срок должник должен это требование исполнить.

Данное утверждение было бы справедливым, если бы проф. А.П.Сергеев жил в Республике Молдова, где такое положение закреплено в ГК. Но это утверждение никак не вытекало из ГК РФ до 2013 г., а после 2013 г. стало прямо противоречить ГК РФ, ибо в соответствии с абз. 2 п. 2 ст. 200 ГК РФ начало течения срока исковой давности совпадает со сроком предъявления требования, а не со сроком неисполнения должником обязательства. Я уже не говорю о том, что применительно к Казахстану утверждение А.П. Сергеева было противозаконным всегда.

2) Начало течения исковой давности по обязательствам с неопределенным сроком исполнения. Более сложная ситуация сложилась применительно к обязательствам с неопределенным сроком исполнения. В законодательстве и доктрине относительно этих обязательств выработалось несколько подходов.

Первый подход выражен в ГК РК, в п.3 ст. 180 которого закреплено:

« 3. По обязательствам, срок исполнения которых не определен либо определен моментом востребования, течение исковой давности начинается с момента предъявления об исполнении обязательства, а если должнику предоставляется льготный срок для исполнения такого требования, исчисление исковой давности начинается по окончании указанного срока (пункт 2 ст. 277 настоящего Кодекса)» (выделено мной. – М.С.).

Аналогичное правило было закреплено в Своде законов гражданских Российской Империи. В соответствии со ст. 1549 (6) «Земская давность по долговым обязательствам бессрочным и выданным сроком до востребования считается со дня представления такого обязательства ко взысканию».

Интересно расшифровывается в Своде законов гражданских это правило в отношениях по наследованию. В ст. 1259. Примечании говорится:

«По долговым обязательствам бессрочным и выданным со сроком до востребования, если они представлены ко взысканию по смерти заемщика, наследники его отвечают только всем принятым ими по наследству от должника имением; если же таковое обязательство будет оставлено в безопасности в течение десяти лет со времени смерти заемщика, то наследники его освобождаются от всякой по оному ответственности».

Справедливости ради следует отметить, что данное правило подвергалось критике в русской дореволюционной литературе¹.

¹ См.: *Энгельман И.Е.* О давности по русскому гражданскому праву: Историко-догматическое исследование. М.: Статут, 2003. С. 414-418. (Первое изд. книги было осуществлено в 1867 г.).

Второй подход был закреплен в абз.2 п.2 ст. 200 ГК РФ до 2013 г.:

«По обязательствам, срок исполнения которых не определен либо определен моментом востребования, течение исковой давности начинается **с момента, когда у кредитора возникает право предъявить требование об исполнении обязательства**, а если должнику предоставляется льготный срок для исполнения такового требования, исчисление исковой давности начинается по окончании указанного срока» (выделено мной. – М.С.).

Аналогичная редакция содержится в ч.2 п.2 ст. 201 ГК Республики Беларусь, в ч.2 п.5 ст. 261 ГК Украины, ст. 154 ГК Республики Узбекистан, ч.2 п.3 ст. 216 ГК Кыргызской Республики, ч.2 п.3 ст. 224 ГК Республики Таджикистан, п. 3 ст. 337 ГК Республики Армения, ст. 377.3 ГК Республики Азербайджан.

После 2013 г. редакция абз.2 п.2 ст. 200 ГК РФ практически один в один совпала с редакцией п.3 ст. 180 ГК РК, то есть ГК РФ воспринял первый подход.

Если проанализировать изменения, внесенные в абз. 2 п.2 ст. 200 ГК РФ Законом от 7 мая 2013 г., то основное заключается в том, что фраза: «Течение исковой давности начинается **с момента, когда у кредитора возникает право требования** об исполнении обязательства» заменена на фразу: «Срок исковой давности начинает течь **со дня предъявления кредитором требования** об исполнении обязательства».

Нетрудно заметить, что ГК РФ воспринял формулу, которая с самого начала была закреплена в п.3 ст. 180 ГК РК. Я приветствую это изменение, ибо момент, когда у кредитора возникает право требования, является достаточно неопределенным и может породить представления, что здесь может быть применена формула «узнал или должен был узнать». Между тем к обязательствам эта формула принципиально неприменима. Поэтому должен быть установлен точно определенный срок начала течения срока исковой давности. По законодательству Казахстана и по законодательству России в новой редакции этот срок точно установлен: день предъявления кредитором требования об исполнении обязательства.

К сожалению, в ГК других постсоветских стран прежняя неопределенная формулировка сохранилась.

Третий подход выражен в ГК Молдовы, в п.3 ст. 272 которого закреплено:

«В правоотношениях, в которых срок исполнения обязательства не определен или в которых исполнение может быть востребовано в любой момент, течение срока исковой давности начинается **с момента, когда должник должен исполнить обязательство**».

Поскольку в таких обязательствах должник должен исполнить обязательство в разумный срок после предъявления требования об исполнении, такая позиция ГК Молдовы также в какой-то степени

привязывает начало течения исковой давности к сроку предъявления требования кредитора об исполнении обязательства.

Четвертый подход был продемонстрирован в дореволюционном и послереволюционном российском законодательстве.

В ст. 112 проекта Гражданского Уложения было указано:

«По обязательствам, подлежащим исполнению по востребованию верителя, течение исковой давности начинается **со времени возникновения обязательства**, хотя бы для исполнения оно и был назначен особый, исчисляемый со дня востребования, срок».

В п. 2 ст. 45 ГК РСФСР 1922 г. закреплялось:

«По обязательствам, подлежащим исполнению по востребованию кредитора, течение исковой давности начинается **со времени возникновения обязательства**».

В Основах гражданского законодательства 1961 г. в ГК РСФСР 1964 г. и в ГК КазССР 1963 г. об исковой давности в обязательствах не упоминается.

Следует отметить, что поддержка такого подхода российскими исследователями была, естественно, в период действия ГК РСФСР 1922 г.¹

Однако эта позиция, основанная на не совсем четко определенном моменте начала течения исковой давности в абз. 2 п. 2 ст. 200 ГК РФ («когда у кредитора возникает право предъявить требование об исполнении обязательства»), поддерживается и рядом современных авторов (до внесения изменений 2013 года)². Правда, указанные авторы, критикуя редакцию абз. 2 п.2 ст. 200 ГК РФ, предлагали изменить редакцию этой части на слова «со дня предъявления требования» (что и было сделано в 2013 г.).

А.П. Сергеев, критикуя эти предложения, ссылается опять на то, что абз. 2 п.2 ст. 200 ГК РФ должен рассматриваться в сочетании с п.1 ст. 200 ГК РФ («узнал или должен был узнать»)³. В настоящее время можно констатировать, что позиция этих авторов нашла воплощение в измененной в 2013 г. редакции абз. 2 п.2 ст. 200 ГК РФ, а позиция А.П. Сергеева стала прямо противоречить действующему законодательству.

Концепция, закрепленная в п.3 ст. 180 ГК РК, разделяется и судебной практикой РК.

Приведу в качестве примера одно дело:

1 января 2004 г. между гр-нами Д. и М. был заключен договор

¹ См., например: Гражданское право. Часть 1/ Под ред. Л.Ф. Миколенко, П.Е. Орловского. М., 1938. С. 155 (автор главы – М.М. Агарков).

² См., например: Гражданское право России. Общая часть / Под ред. О.Н. Садикова. М., 2001. С. 351 (автор главы – М.Г. Масевич); *Сарбаиш С.* Вопросы исковой давности//Хозяйство и право. 2000. №5. С. 15.

³ См.: *Сергеев А.П.* Начало течения исковой давности. В сб.: Гражданское законодательство: Статьи. Комментарии. Практика. Вып. 27. Алматы: Юрист, 2007. С. 234.

займа денежных средств, согласно которому заем был предоставлен гр-ну М. сроком до 31 декабря 2004 г. с условием, что в случае непогашения займа в срок срок действия договора продлевается до момента полного исполнения обязательства.

15 ноября 2007 г. между гр-ми Д. и Н., действовавшим по доверенности гр-на М., было заключено дополнительное соглашение к договору займа о продлении срока возврата займа до 1 января 2010 г. Гр-н М. взятые на себя обязательства не выполнил.

Гр-н Д. предъявил иск о взыскании долга по договору займа 9 марта 2010 г.

Суд первой инстанции признал дополнительное соглашение от 15 ноября 2007 г. недействительным, мотивируя это тем, что гр-ну Н. не предоставлялось право заключения сделок от имени гр-на М. Суд в иске отказал за пропуском срока исковой давности. Апелляционная коллегия отменила решение суда первой инстанции в части пропуска срока исковой давности.

Постановлением надзорной судебной коллегии по гражданским и административным делам Верховного суда РК от 21 марта 2011 г. №32-90-11 было отказано в пересмотре постановлений нижестоящих судов. В постановлении было, в частности, отмечено:

«Согласно пункту 3 статьи 386 ГК, если законодательством или договором предусмотрен срок действия договора, окончание этого срока влечет прекращение обязательств сторон по договору. Договор, в котором отсутствует указание на срок его действия, признается действующим до определенного в нем момента окончания исполнения сторонами обязательства.

По обязательствам, срок исполнения которых не определен либо определен моментом востребования, в соответствии с пунктом 3 статьи 180 ГК течение исковой давности начинается с момента предъявления требования об исполнении обязательства, а если должнику предоставляется льготный срок для исполнения такого требования, исчисление исковой давности начинается по окончании указанного срока.

На основании представленных сторонами и исследованных в суде доказательств суд апелляционной инстанции, правильно руководствуясь вышеприведенными нормами закона, обоснованно указал, что в соответствии с пунктом 3 статьи 180 ГК течение срока исковой давности начинается с момента предъявления требования об исполнении обязательства, то есть с 9 марта 2010 года, в связи с чем правомерно изменил решение суда первой инстанции».

Сразу же возникает вопрос о сроке, в течение которого кредитор может предъявить требование об исполнении обязательства. Может ли он это сделать через 10, 20, 30, 50 лет? Потому что формальных ограничений нет.

На самом деле такие ограничители есть. Это ст. 8 ГК РК (ст. 10

ГК РФ), в соответствии с которой гражданские права должны осуществляться в соответствии с принципами добросовестности, разумности и справедливости.

Если кредитор предъявит иск через 20 лет и не объяснит причину такой длительной задержки, суд будет вправе (и, несомненно, сделает это) отказать в иске вследствие нарушения принципов добросовестности, разумности и справедливости.

Однако с введением в ГК РФ в 2013 г. десятилетнего срока исковой давности проблема временных ограничений (ограничений времени) для предъявления требования о исполнении обязательства с неопределенным сроком исполнения в России решена.

В Казахстане и в других постсоветских странах такую норму тоже желательно включить. Но до этого временным ограничением будет выступать соблюдение принципов добросовестности, разумности и справедливости.

3) Начало течения исковой давности при расторжении договора.

Это миф не прошлого, а настоящего времени. Задача заключается в том, чтобы превратить его в реальность.

Речь идет о возможности применения п.3 ст. 180 ГК РК (абз. второго п.2 ст. 200 ГК РФ) к правоотношениям, возникающим после расторжения договора. Я продемонстрирую это на примере договора подряда.

В соответствии с п.3 ст. 723 ГК РФ «если отступление в работе от условий договора подряда или иные недостатки результата работы в установленный заказчиком разумный срок не были устранены либо являются существенными и неустранимыми, заказчик вправе отказать от исполнения договора и потребовать возмещения причиненных убытков». Примерно похожая норма закреплена в п.2 ст. 627 ГК РК.

По мнению ВАС РФ требование о взыскании убытков при отказе заказчика от договора подряда (п.3 ст. 723 ГК РФ) признается требованием, связанным с ненадлежащим качеством работы (Консультант Плюс: Аналитический обзор от 18.03.2014 г.), и к такому требованию применяется сокращенный срок исковой давности, но, по мнению некоторых судов, к этим правоотношениям годичный срок исковой давности не применяется (Постановления ФАС Северо-Западного округа от 15.01.2013 г. №А56-100972012, Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 18.04.2011 г. №А47-9453/2010, Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 22.10.2012 г. №А56-14968/2012)¹. То есть арбитражи исчисляли трехгодичный срок исковой давности с момента расторжения договора.

¹ См.: Сроки исковой давности в строительстве. <https://lex-pravo.ru/law-comments/70/6830/>.

Решение ВАС РФ и арбитражных судов нельзя признать безусловным. Применение как сокращенного, так и общего срока исковой давности не вытекает из п. 3 ст. 723 ГК РФ. Непонятно также, с какого момента начинать исчисление срока исковой давности: с момента нарушения договора, с момента отказа от договора или с момента предъявления требования о возмещении убытков.

И когда это требование должно быть предъявлено? В какой срок после расторжения договора? Ответа на этот вопрос в законодательстве нет и он может быть получен только путем систематического толкования норм ГК.

Не претендуя на истину в последней инстанции, я предлагаю здесь свое толкование норм ГК о применении положений об исковой давности к случаям расторжения договора вследствие одностороннего отказа от договора.

Причем следует уточнить, что я здесь не рассматриваю вопрос о начале течения срока исковой давности по исполнению основного обязательства. При расторжении договора основное обязательство прекращается и требовать исполнения прекращенного обязательства невозможно. Следовательно, нет и исковой давности.

В некоторых юрисдикциях этот вопрос решается несколько по-другому. Например, в §199 Германского гражданского уложения закреплено:

«Если правомочное лицо может требовать исполнения обязательства лишь при расторжении договора, то течение срока исковой давности начинается с того момента, когда расторжение договора стало возможным. Если должник обязан исполнить обязательство лишь по истечении определенного периода времени с момента расторжения договора, то начало течения срока исковой давности отодвигается на соответствующий период».

В наших юрисдикциях это невозможно, ибо противоречит положениям ст. 403 ГК РК (ст. 453 ГК РФ) о прекращении обязательства. И хотя суды РК и РФ зачастую решают вопрос об исполнении обязательства после его прекращения, это расходится с законодательными положениями.

Однако сейчас мы говорим только об исковой давности применительно к убыткам, возникшим в результате расторжения договора.

Какие правоотношения возникают после одностороннего отказа от договора?

Во-первых, односторонний отказ от договора влечет за собой расторжение договора (п.3 ст. 401 ГК РК, п.2 ст. 450 -1 ГК РФ).

Во-вторых, расторжением договора обязательства сторон прекращаются (п.1 ст. 403 ГК РК, п.2 ст. 453 ГК РФ).

В-третьих, если основанием для расторжения договора послужило существенное нарушение договора одной из сторон, другая

сторона вправе требовать возмещения убытков, причиненных расторжением договора (п.5 ст. 403 ГК РК, п.5 ст. 453 ГК РФ).

Из этих нормативных положений вытекает то, что после расторжения договора возникает обязательство по возмещению убытков, причиненных расторжением договора. Значит, возникает новое обязательство – обязательство по возмещению убытков. Основное обязательство, вытекающее из договора, с его расторжением прекращается.

Это означает, что односторонний отказ от договора как юридический факт играет двоякую роль: с одной стороны, он является правопрекращающим юридическим фактом, то есть расторгается договор и прекращается обязательство, вытекающее из договора. С другой стороны, он является правопорождающим юридическим фактом, он порождает обязательство по возмещению убытков, причиненных расторжением договора.

Это новое обязательство является охранительным правоотношением, гражданско-правовой ответственностью. Это не деликт, не обязательство из причинения вреда. Нормы главы 47 ГК РК «Обязательства, возникающие вследствие причинения вреда», на эти отношения не распространяются. Это договорная ответственность, но в то же время это новое обязательство, возникающее в результате существенного нарушения договора с последующим его расторжением и привлечения в связи с этим нарушителя к гражданско-правовой ответственности.

В случае существенного нарушения договора, таким образом, основанием для возникновения охранительного правоотношения является не только сам факт нарушения обязательства, а фактический состав из двух элементов: 1) нарушение договора; 2) односторонний отказ от исполнения договора. В этом фактическом составе сделка по отказу выполняет функцию завершающего элемента¹.

Применительно к разным видам договоров, в частности договорам подряда и поставки, в юридической литературе делаются выводы о том, что под убытками, причиненными расторжением договора, следует понимать как убытки, причиненные недостатками результатов работ, так и убытки, причиненные расторжением и изменением договора².

Если говорить, например, о договоре строительного подряда, то можно выделить две группы убытков: убытки от задержки выполнения этапов работ подрядчиком, возникшие до расторжения договора, и убытки от затрат, которые заказчик понес уже после расто-

¹ См.: *Егорова М.А.* Односторонний отказ от исполнения гражданско-правового договора 2-е изд. М.: Статут, 2010. С. 474.

² См.: *Егорова М.А.* Указ. соч. С. 506; *Оболонкова Е.В.* Односторонний отказ от исполнения обязательства: Научно-практ. иссл.-ие. М.: Юрид. фирма Контракт. Волтерс Клувер, 2010. С. 95.

ржения договора, например, оплата за исправление недостатков и завершение строительства другому подрядчику.

Как же решается вопрос с исковой давностью в обязательстве по возмещению убытков, возникшем после расторжения договора?

Это новое обязательство. Прежнее основное обязательство, вытекающее из договора, прекратилось. В этом новом обязательстве, естественно, никаких сроков исполнения не установлено. Следовательно, это обязательство с неопределенным сроком исполнения, и оно подчиняется правилам п.3 ст. 180 ГК РК (абз. 2 п.2 ст. 200 ГК РФ).

Из этого вытекает, что течение исковой давности начинается не с момента расторжения договора или с момента нарушения договора, а с момента предъявления кредитором требования о возмещении убытков.

Если обоснованность возмещения убытков, причиненных непосредственно расторжением договора (оплата услуг нового подрядчика), сомнений не вызывает, то обоснованность возмещения убытков, возникших во время исполнения договора, до его расторжения, в рамках нового обязательства и с новым сроком начала течения исковой давности, является достаточно спорной.

Необходимо различать два варианта событий: при нормальном течении договора, когда допущено ненадлежащее исполнение (задержка выполнения этапов работ), и при расторжении договора.

При нормальном течении договора (без расторжения) обязательство по выполнению промежуточных этапов работ является обязательством с определенным сроком исполнения, поэтому срок исковой давности начинает течь с наступлением срока исполнения очередного этапа работ. Если бы заказчик не расторг договор и истек срок исполнения обязательства, начало течения исковой давности исчислялось бы по каждому этому отдельно и по договору в целом с момента окончания срока его исполнения.

Однако при расторжении договора картина меняется. Все обязательства по договору прекращаются. Раз прекратились все обязательства сторон, прекратилось и право требовать исполнения этих обязательств. Прекратилось и право кредитора требовать возмещения убытков за каждый случай задержки. Соответственно прекращается и течение исковой давности по этим правам. Нет права, нет и применения исковой давности.

Обязательство по возмещению убытков начинает течь заново, поэтому срок исковой давности по всем убыткам, в том числе возникшим до расторжения договора, начинает течь с момента предъявления заказчиком требования о возмещении убытков.

Следует отметить, что данная конструкция применима в соответствии с п. 5 ст. 403 ГК РК (п.5 ст.453 ГК РФ) только к убыткам, возникшим вследствие существенных нарушений, послуживших

основанием расторжения договора. Из этого вытекает ряд последствий. В частности, не возмещаются:

1) убытки, возникшие вследствие существенных нарушений, которые, однако, не явились основанием расторжения договора;

2) убытки, вызванные несущественными нарушениями договора;

3) неустойка, предусмотренная договором за нарушение договора.

Все эти обязательства с расторжением договора прекращаются.

4) Начало течения срока исковой давности по обязательствам с определенным сроком исполнения.

После того, как мы рассмотрели ситуацию с началом течения исковой давности при расторжении договора, обратимся к исковой давности при обычном течении договора (без расторжения). Я имею в виду обязательства с определенным сроком исполнения. Применительно к обязательствам с определенным сроком исполнения особых проблем не возникало в законодательстве и практике постсоветских стран.

ГК постсоветских стран в целом единодушны в том, что течение исковой давности по обязательствам с определенным сроком исполнения начинается по окончании срока исполнения (см., например, п. 2 ст. 180 ГК РК, ч.1 п.2 ст. 200 ГК РФ, ч. 1 п.5 ст. 261 ГК Украины, ч.1 п.2 ст. 201 ГК Республики Беларусь, ст. 154 ГК Республики Узбекистан, ч.1 п.3 ст. 216 ГК Кыргызской Республики и т.п.).

В п. 2 ст. 180 ГК РК (абз.1 п.2 ст. 200 ГК РФ) определен четкий срок начала течения исковой давности – окончание срока исполнения обязательства. Именно по этому критерию производятся различия между обязательствами с определенным и неопределенным сроками исполнения.

В судебной практике иногда происходит смешение этих обязательств.

Например, гр-ка С. заключила с Центром международных программ Договор от 24 марта 2006 г. на обучение за рубежом по международной стипендии Президента РК «Болашак». 19 марта 2010 г. решением Республиканской комиссии по подготовке кадров за рубежом гр-ка С. была лишена международной стипендии «Болашак» с обязательным возмещением всех расходов на организацию обучения. Центр международных программ обратился в суд с иском о возмещении всех расходов с 10%-ным штрафом от суммы фактически понесенных расходов, которые должны быть выплачены, в соответствии с п.5.5. Договора, в течение одного календарного года после вынесения решения Республиканской комиссии.

Гр-ка С. обратилась в суд со встречным иском, утверждая, что она выполнила все обязательства по договору. Кроме того, истцом пропущен срок исковой давности.

В решении Бостандыкского районного суда г. Алматы от 1 августа 2013 г. №2-3208/2013, которым иск Центра международных программ был удовлетворен, было отмечено:

«Доводы ответчика об истечении срока исковой давности для предъявления требований о возмещении расходов не обоснованы, поскольку установлено, что решение о возложении на ответчика обязательств возместить расходы, затраченные на обучение, приняты 19.03.2010 г.; по условиям договора (п.5.5.) стипендиат обязан возместить все затраты в течение 1 календарного года. Из указанного следует, что ответчик обязана была возместить расходы до 19.03.2011 г., а согласно п.2 ст. 180 ГК, по обязательствам с определенным сроком исполнения течение исковой давности начинается по окончании срока исполнения. При таких обстоятельствах суд приходит к выводу, что исковые требования истцом АО «Центр международных программ» заявлены в пределах сроков исковой давности».

Между тем в выступлении представителя истца на процессе было заявлено, что в адрес гр-ки С. 10.10.2011 г. было направлено уведомление об исполнении обязательства, при этом был установлен льготный срок до 15.10. 2011 г. Таким образом, срок исковой давности в три года согласно ст. 178 ГК завершится только 15.10. 2014 г.

Поскольку различные подходы к исчислению сроков исковой давности никак не повлияли на соблюдение сроков исковой давности, истец, естественно, не стал оспаривать иной подход суда к решению этого вопроса. Однако представляет интерес правильное решение с чисто теоретической точки зрения.

Если бы в п. 5.5. Договора не был установлен годичный срок исполнения после решения Республиканской комиссии, то обязательство по возмещению убытков возникло бы после даты принятия решения Республиканской комиссии, то есть 19.03. 2010 г. И это было бы обязательство с неопределенным сроком исполнения, и тогда в соответствии с п.3 ст. 180 ГК РК срок исковой давности стал бы исчисляться с момента предъявления требования о возмещении убытков плюс пятидневный льготный срок то есть с 15.10. 2011 г. Однако поскольку в данном случае установлен годичный срок, в течение которого должно быть исполнено обязательство, оно является обязательством с определенным сроком исполнения, поэтому в соответствии с п.2 ст. 180 ГК РК срок исполнения наступил 15.10.2012 г.

В любом случае и суд, и истец исходили из того, что обязательство о возмещении убытков является новым дополнительным обязательством, срок исковой давности по которому начинает течь самостоятельно или с момента предъявления требования, или с момента наступления срока исполнения обязательства по возмещению убытков. И о п. 1 ст. 180 ГК РК никто не упоминал.

Возвращаясь к обязательствам с определенным сроком исполнения, следует подчеркнуть, что под таким обязательством понимается не только обязательство, срок исполнения которого наступает по окончании срока действия договора, но и все промежуточные обязательства, которые должны быть исполнены в процессе исполнения общего обязательства.

Например, в соответствии с п. 1 ст. 651 ГК РК (п.1 ст. 740 ГК РФ) «По договору строительного подряда подрядчик обязуется в **установленный договором срок** построить по заданию заказчика определенный объект либо выполнить иные строительные работы...» (выделено мной. – М.С.).

В п.1 ст. 620 ГК РК (аналогично п.1 ст. 708 ГК РФ) закреплено:

«В договоре подряда указываются **начальный и конечный сроки выполнения работы**». По согласованию между сторонами в договоре могут быть предусмотрены также **сроки завершения отдельных работ**.

Если иное не предусмотрено договором, подрядчик несет ответственность за нарушение как начального и конечного, так и промежуточных сроков выполнения работы» (выделено мной. – М.С.).

Когда мы говорим об ответственности за задержку исполнения обязательства, речь идет в том числе и об ответственности за нарушение промежуточных сроков. Исковая давность по каждому из случаев задержки наступает в соответствии с п.2 ст. 180 ГК РК (абз. первый п.2 ст. 200 ГК РФ) с момента истечения срока исполнения обязательства, то есть в нашем случае с момента наступления промежуточного срока.

Из этого вытекает, что: (1) начало течения срока исковой давности связано не с нарушениями обязательства, а с наступлением срока исполнения обязательства; (2) наступление начала течения срока исковой давности никак не связано с тем, знал или должен был знать заказчик о нарушении обязательства; и (3) пункт 2 статьи 180 ГК РК является (так же как и п. 3 ст. 180 ГК РК) исключением из положений п. 1 ст. 180 ГК РК.

Есть обязательства, которые полностью состоят из промежуточных сроков исполнения. В частности, договор на оплату тепловой энергии или коммунальных услуг может быть заключен на один год, пять лет или десять лет, но он весь состоит из периодических промежуточных платежей (помесечных, поквартальных, ежегодных и т.п.). И исковая давность начинает течь после наступления каждого срока исполнения.

Например, в п. 4 Нормативного постановления Верховного Суда РК от 23 декабря 2005 г. №9 «О некоторых вопросах применения судами законодательства, связанного с взысканием задолженности за тепловую и электрическую энергию» закреплено:

«4. По обязательствам, возникающим из договора энергоснаб-

жения, установлен общий срок исковой давности. Граждане по договору энергоснабжения обязаны производить оплату потребленной энергии ежемесячно, поэтому течение срока исковой давности по обязательствам абонента начинается с момента окончания срока исполнения обязательства по оплате принятой энергии».

В п.п. 24-25 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 сентября 2005 года №43 «О некоторых вопросах, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации об исковой давности» утверждается:

«24. По смыслу пункта 1 статьи 200 ГК РФ течение исковой давности по иску, вытекающему из нарушения одной стороной договора условия об оплате товара (работ, услуг) по частям, начинается в отношении каждой отдельной части. Срок давности по искам о просроченных повременных платежах (проценты за пользование заемными средствами, арендная плата и и т.п.) исчисляется отдельно по каждому просроченному платежу.

25. Срок исковой давности по требованию о взыскании неустойки (статья 330 ГК РФ) или процентов, подлежащих уплате по правилам статьи 395 ГК РФ, исчисляется отдельно по каждому просроченному платежу, определяемому применительно к каждому дню просрочки».

В Обобщении судебной практики Нижегородского областного суда от 31 октября 2016 года по вопросам, связанным с применением норм закона, регулирующих исковую давность, говорится, что:

«В обязательствах по уплате периодических платежей исковая давность начинает течь по каждому платежу в отдельности. То же самое относится и к обязательствам, предусматривающим исполнение по частям.

По обязательствам, право требования по которым возникает не одновременно, а последовательно по дням или периодам (например, пени или проценты за пользование чужими денежными средствами), срок исковой давности исчисляется отдельно по каждому из них (с момента возникновения соответствующего права требования)».

Но когда начинается течение исковой давности по возмещению убытков и взысканию неустойки? Ответ как будто очевиден: с наступлением конечного или промежуточных сроков.

Однако если внимательно посмотреть на содержание п.2 ст. 180 ГК РК (абз.1 п. 2 ст. 200 ГК РФ), то станет ясно, что речь в нем идет о нарушениях срока исполнения основного обязательства. Например, в договоре подряда – это обязательство выполнить работы. Обязательство по уплате неустойки и возмещению убытков – это новое дополнительное обязательство, возникающее после наступления срока исполнения. Это тоже обязательство с неопределенным сроком исполнения и исковая давность начнет течь тогда, ког-

да кредитор предъявит требование о возмещении убытков и взыскании неустойки.

Отличие от ситуации с расторжением договора заключается в том, что здесь основное обязательство не прекращается и подлежит исполнению. Однако обязательство по возмещению убытков и здесь, и там является обязательством с неопределенным сроком исполнения.

Имеются определенные различия в исчислении исковой давности при возмещении убытков и взыскании неустойки. При возмещении убытков обязательство возникает после наступления срока исполнения и течение исковой давности начинается после однократного предъявления требования о возмещении убытков. Примерно так же обстоит дело со взысканием неустойки в виде твердой суммы штрафа.

Однако при взыскании пени за просрочку исполнения пеня взыскивается за каждый день просрочки, и в соответствии с вышеприведенными судебными документами исковая давность будет исчисляться отдельно за каждый день просрочки. Причем, если наступит, например, срок платежа пени за 10-й день просрочки, исковая давность начнет течь не с этого десятого дня, а с момента, когда кредитор предъявил требование о взыскании пени за этот самый десятый день.

Обычно в договоре устанавливают предел взыскания пени за просрочку, например: не более 10% цены договора и т.п. Но если такой предел не установлен, взыскание пени может продолжаться вечно. Ограничением может быть только десятилетний срок исковой давности в РФ и ст. 8 ГК (добросовестность) в РК.

Изложенная здесь позиция находит определенную поддержку в судебной практике Казахстана.

Решением Карагандинского областного суда от 23-24.05. 2000 г., оставленным без изменения определением Коллегии по хозяйственным делам Верховного Суда от 11 июля 2000 г., установлен долг ОАО «И-К» перед ТОО «МиК» за абротехнические изделия, поставленные по контракту от 4 января 1996 г. №554, в размере 160 266, 2 доллара США и взыскана эквивалентная ей сумма в размере 227 738 27,тенге.

Неустойка в размере 15 млн. тенге за ненадлежащее исполнение того же обязательства взыскана другим решением Карагандинского областного суда от 31 октября 2001 г. В апелляционной жалобе на последнее решение ставится вопрос об отмене и принятии нового решения об отказе в иске по мотивам, в частности, пропуска срока исковой давности.

Постановлением Коллегии по гражданским делам Верховного Суда Республики Казахстан от 25 декабря 2001 г. №3ф -772-01 решение Карагандинского областного суда от 31 октября 2001 г.

оставлено без изменения, а апелляционная жалоба без удовлетворения.

Обстоятельства дела следующие.

ТОО «МиК» (далее – истец) поставила ОАО «И-К» (далее – ответчик) абротехнические изделия в соответствии с Контрактом от 04.01. 96 г. №554. Ответчик оплату за поставленную продукцию не произвел. Истец предъявил ответчику претензию от 3 марта 2000 г. о взыскании долга, которую ответчик проигнорировал. Истец обратился в суд с иском о взыскании суммы основного долга. Иск о взыскании суммы основного долга был удовлетворен 23-24 мая 2000 г. Ответчик исполнил решение суда о погашении суммы основного долга 28 июля 2000 г. Расчет иска о взыскании неустойки в размере 15 млн. тенге был за период между востребованием и погашением долга, то есть за период с 3 марта по 28 июля 2000 г. Этот иск был удовлетворен решением суда от 31 октября 2001 г. Ответчик в апелляционной жалобе утверждал, что истцом при подаче иска о взыскании неустойки был пропущен срок исковой давности.

Ситуация в данном деле отличается от ситуации, связанной с расторжением договора. В этом деле нет расторжения договора, поэтому несколько отличается момент возникновения нового обязательства о взыскании неустойки и убытков. Если при расторжении договора нет необходимости определять момент нарушения обязательства, поскольку имеется четкий срок для начала течения срока исковой давности – момент расторжения договора, то при ответственности за нарушение договора без его расторжения новое обязательство о взыскании неустойки и убытков возникает при нарушении договора. Момент нарушения договора определяется сроком, в который должник должен был исполнить обязательство. В этом конкретном деле он наступает после поставки продукции и определяется или в договоре, или как разумный срок после исполнения истцом обязательства по поставке продукции.

Таким образом, в момент нарушения договора ответчиком наступают два различных последствия: возникает право истца требовать исполнения обязательства по уплате долга за поставленную продукцию и возникает право истца требовать взыскания неустойки и возмещения убытков, то есть возникает обязательство по уплате неустойки и возмещению. Оба этих обязательства являются обязательствами с неопределенным сроком исполнения, так как в соответствии с п. 10.6 Контракта от 4 января 1996 г. №554 последний действует до полного завершения взаиморасчетов.

В соответствии с этим Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РК указала в своем постановлении:

«Согласно п.3 ст. 180 ГК по обязательствам, срок исполнения которых не определен либо определен моментом востребования,

течение срока исковой давности начинается с момента предъявления требования об исполнении обязательства. При таких обстоятельствах срок исковой давности не пропущен, поскольку требование об исполнении обязательства предъявлено 3 марта 2000 г.».

Таким образом, Верховный Суд РК четко различает обязательство по исполнению основного долга и обязательство по взысканию неустойки и возмещению убытков.

Верховный Суд РК указал в своем постановлении, что в решении суда от 23-24 мая 2000 г. имело место установление нарушения должником обязательства по оплате принятой продукции и взыскание долга. А в соответствии со ст. 298 ГК неустойка взыскивается за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства при наличии условий привлечения должника к ответственности за нарушение обстоятельств. В соответствии со ст.ст. 293, 294 и 296 ГК неустойкой признается определенная договором денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства. Соглашение о неустойке должно быть совершено в письменной форме. Размеры неустойки определяются в твердой денежной сумме или в процентах к сумме неисполненного обязательства. Соглашение о неустойке, ее размерах и условиях выплаты, содержащиеся в пунктах 8.1.-8.4 Контракта от 4 января 1996 г. №554, соответствует этим требованиям.

Таким образом, Верховный Суд четко разграничивает обязательство о взыскании основного долга и обязательство о взыскании неустойки как самостоятельные обязательства.

Кроме того, важность этого постановления еще в том, что нигде и ни одним словом Верховный Суд не упоминает о понятиях «знал или должен был знать». В этих понятиях нет необходимости для установления начала течения срока исковой давности в обязательствах с неопределенным сроком исполнения.

Однако при применении срока исковой давности необходимо иметь в виду принципиальную разницу между взысканием неустойки и возмещением убытков.

Дело в том, что в соответствии с п.3 ст. 179 ГК РК «с истечением срока исковой давности по главному требованию истекает срок исковой давности и по дополнительным требованиям (о взыскании неустойки, об ответственности поручителя и т.п.)». То же самое закреплено в п.1 ст. 207 ГК РФ, только там перечисление дополнительных требований несколько иное: проценты, неустойка, залог, поручительство и т.п.

Возмещение убытков не входит в состав дополнительных требований в смысле п.3 ст.179 ГК РК (п.1 ст. 207 ГК РФ), хотя по своей правовой природе является все же дополнительным по сравнению к основному обязательству.

Это существенное различие между неустойкой и убытками было подчеркнуто в п. 25 вышеприведенного Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 сентября 2015 г. №43: «Признание обязанным лицом основного долга, в том числе в форме его уплаты, само по себе не может служить доказательством, свидетельствующим о признании дополнительных требований кредитора (в частности, неустойки, процентов за пользование чужими денежными средствами), а также требований по возмещению убытков, и, соответственно, не может расцениваться как основание перерыва течения исковой давности по дополнительным требованиям и требованию о возмещении убытков».

Как видим, здесь четко различаются дополнительные требования и требования о возмещении убытков.

Это различие не имеет большого значения при расторжении договора, так как при расторжении возмещаются в соответствии с п.5 ст. 403 ГК РК (п.5 ст. 453 ГК РФ) только убытки, возникшие в результате существенных нарушений договора, послуживших основанием расторжения договора. Неустойка при расторжении договора не возмещается.

Но при обычном течении договора (без расторжения) различие между неустойкой и убытками приобретает существенное значение. К взысканию неустойки применяются те же сроки исковой давности, что и к основному обязательству, поэтому теряет всякое значение вопрос, когда началось течение срока исковой давности. Иное дело – возмещение убытков, поскольку окончание срока исковой давности для возмещения убытков не связано с окончанием срока исковой давности для основного обязательства. Поэтому приобретает существенное значение момент начала течения срока исковой давности при возмещении убытков, который начинается с момента предъявления требования о возмещении убытков.

35.6. ВЫВОДЫ

1) Необходимо точно определиться в том, что, во-первых, положения об исковой давности по обязательствам являются исключением из общего правила о субъективном критерии, здесь применим только объективный критерий; во-вторых, эти положения опровергают общее определение начала течения исковой давности с момента нарушения прав потерпевшего, ибо здесь в момент начала течения исковой давности никакого нарушения прав не происходит. Пункты 2 и 3 ст. 180 ГК РК (п.2 ст. 200 ГК РФ) являются исключением из положений п.1 ст. 180 ГК РК (п.1 ст. 200 ГК РФ).

2) По обязательствам с неопределенным сроком исполнения течение срока исковой давности начинается с момента предъявления кредитором требования об исполнении обязательства. Временным

ограничением (ограничением времени) для предъявления требования является десятилетний срок исковой давности по ГК РФ и применение принципов добросовестности, разумности и справедливости по ст. 8 ГК РК.

3) При расторжении договора все обязательства по основному договору и дополнительным обязательствам (неустойка, залог, поручительство и т.п.) прекращаются. Возникает новое обязательство по возмещению убытков, вызванных существенными нарушениями, послужившими основанием для расторжения договора, в соответствии с п.5 ст. 403 ГК РК (п.5 ст. 453 ГК РФ). Это обязательство с неопределенным сроком исполнения, поэтому срок исковой давности начинает течь с момента предъявления требования об исполнении обязательства по возмещению убытков (в соответствии с п.3 ст. 180 ГК РК и абз. вторым п. 2 ст. 200 ГК РФ).

4) По обязательствам с определенным сроком исполнения течение срока исковой давности начинается с наступлением срока исполнения, причем это относится не только к конечному, но и к промежуточным срокам исполнения. По периодическим платежам (пени или проценты за пользование чужими денежными средствами) срок исковой давности исчисляется отдельно по каждому платежу.

Глава 36. ТОВАРИЩЕСТВО С ОГРАНИЧЕННОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТЬЮ: ПЕРЕХОД ПРАВА НА ДОЛЮ ПРИ ЕЕ ПРОДАЖЕ

36.1. РАЗЛИЧНЫЕ ПОДХОДЫ К ОПРЕДЕЛЕНИЮ МОМЕНТА ВОЗНИКНОВЕНИЯ ПРАВ НА ДОЛЮ В ХОЗЯЙСТВЕННОМ ТОВАРИЩЕСТВЕ

По вопросу о возникновении права на долю в хозяйственном товариществе в 2003–2004 г.г. состоялась дискуссия между А.Г. Диденко и Е.В. Нестеровой, с одной стороны, и С.И. Климкиным – с другой. По мнению А. Г. Диденко и Е.В.Нестеровой, право приобретателя на долю возникает в момент заключения договора купли-продажи доли¹. С.И. Климкин считает, что такое право возникает с момента перерегистрации хозяйственного товарищества².

Судя по тому, что авторы вновь опубликовали эти статьи в избранных трудах³, каждый остался при своем мнении.

Однако, на мой взгляд, между участниками дискуссии нет непреодолимых разногласий. С учетом того, что А.Диденко и Е.Нестерова в своих статьях говорят о «несозревших правах»⁴, а С.Климкин имеет в виду права уже состоявшиеся, созревшие, в какой-то мере правы обе стороны дискуссии.

Постараюсь объяснить, на чем основано мое утверждение.

В чем заключается концепция А.Диденко и Е.Нестеровой?

Поскольку уступка доли всегда осуществляется посредством заключения договора, приобретение права на долю должно (по их мнению) определяться в соответствии с правилом о моменте воз-

¹ См.: *Диденко А., Нестерова Е.* Порядок и последствия выбытия участника из хозяйственного товарищества // Гражданское законодательство: Статьи. Комментарии. Практика. Вып. 18. Алматы, 2003. С. 66-89; Юрист, 2003. №12; Предприниматель и право. 2003. №23-24; *их же.* Когда же все-таки возникает право на долю в хозяйственном товариществе у ее приобретателя? // Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика. Вып. 20. 2004. С. 260-268.

² См.: *Климкин С.* Еще раз к вопросу об отчуждении доли в уставном капитале хозяйственного товарищества // Юрист. 2004. №3.

³ См.: Гражданское законодательство: Статьи. Комментарии. Практика. Избранное / Под ред. А.Г. Диденко. – Алматы: Раритет, Институт правовых исследований и анализа, 2008. С. 234-273; *Климкин С.И.* Товарищество с ограниченной ответственностью: Комментарий к Закону Республики Казахстан от 22 апреля 1998 года. 2-е изд. – Алматы: Юрист, 2016. С. 229-237 (при дальнейшем цитировании С. Климкина я буду ссылаться именно на это издание).

⁴ См.: *Диденко А., Нестерова Е.* Когда же все-таки возникает право на долю в хозяйственном товариществе у ее приобретателя // Гражданское законодательство. Статьи: Комментарии. Практика. Вып. 20. Алматы, 2004. С. 263.

никновения прав и обязанностей из договора. Соответственно, в момент заключения договора приобретатель доли становится участником хозяйственного товарищества, а ее отчуждатель перестает быть таковым. По их мнению, заключение договора является **правоустанавливающим** юридическим фактом, а перерегистрация товарищества – **правооформляющим** юридическим фактом¹.

Положительным в этой концепции является то, что ее авторы признают наличие в данном случае двух юридических фактов: **правоустанавливающие** и **правооформляющие**.

Однако из этого факта они не делают логического вывода, что это совокупность юридических фактов, то есть юридический состав. Как известно, при юридическом составе правоотношение возникает при наступлении последнего юридического факта. Поэтому в качестве отрицательного момента можно назвать преувеличенное значение, которое авторы придают первому юридическому факту, выводя из него весьма спорное утверждение, что при наступлении этого юридического факта приобретатель становится участником товарищества.

В своей второй статье А. Диденко и Е.Нестерова пытаются решить закономерно встающий вопрос о правовом положении субъектов, приобретших долю, до момента перерегистрации юридического лица. Они считают, что такой субъект становится участником товарищества со всем объемом правомочий, но некоторые из этих правомочий он не сможет реализовать до перерегистрации товарищества, в частности, продать свою долю.

И далее они продолжают:

«Наличие у лица правомочий и возможность их реализации, точно так же, как и наличие у лица субъективных прав и возможность их осуществления, не всегда совпадают. Гражданскому праву известно немало случаев такого несовпадения. Наследник приобретает право на причитающееся ему наследство со времени его открытия, но отдельными видами имущества не вправе распорядиться без необходимого оформления; недееспособный собственник, не имея опекуна, оставаясь собственником, не сможет осуществить свои права. А как быть с правом государственной собственности при передаче государственного имущества в хозяйственное ведение? Государство остается собственником, но почти никаких вещных правомочий на переданное имущество у него не остается, и тем не менее оно не «чуть-чуть» собственник или несобственник, а полный юридический собственник.

Такое утверждение справедливо и для других отраслей права. Так, без удостоверения личности не реализуешь свое право изби-

¹ См.: Диденко А., Нестерова Е. Порядок и последствия выбытия участников из хозяйственного товарищества. С. 71.

рать, хотя остаешься гражданином со всеми конституционными правами, и не купишь авиабилет, имея право на его покупку, и т.д.

Крупные ученые-цивилисты неоднократно говорили о так называемых «несозревших правах». И.Б. Новицкий писал: «Право требования, поставленное в зависимость от срока, условия и вообще не окончательно выяснившееся, передать можно: положение нового субъекта права в этих случаях будет такое же неопределенное, как было и у первоначального кредитора: право нового кредитора получит полную определенность только тогда, когда вопрос об условии и прочем разрешится¹. Очевидно, о «несозревших правах» можно говорить и в иных случаях, в частности, при их недооформлении, в том числе при недооформлении путем отсутствия факта перерегистрации хозяйственного товарищества при купле-продаже доли в его уставном капитале»².

Я специально привел такую длинную цитату, чтобы отразить во всех деталях понимания авторами теории «несозревших прав». Правильное, между прочим, понимание! Однако авторы не поняли, что признанием этой теории они практически похоронили свою концепцию.

36.2. К ВОПРОСУ О ТЕОРИИ «НЕСОЗРЕВШИХ ПРАВ»

А.Диденко и Е.Нестерова правы в том, что ситуация с несозревшими правами не столь уж редко возникает при осуществлении гражданских прав. Мое положение облегчается тем, что я уже проанализировал эту теорию применительно, кстати, тоже к корпоративному праву: акционер имеет право на дивиденды, но реализовать это право он может только при распределении дивидендов³.

Поскольку в нашем случае ситуация однотипная, я приведу основные положения этого анализа.

Одним из самых спорных вопросов корпоративных отношений является их сложная структура или многоступенчатость. С момента создания корпорации или с момента вступления в корпорацию у акционера (участника) появляется право членства (участия). Из этого права вытекают права на участие в управлении, на получение дивидендов или части ликвидационного имущества и т.п. Но для того, чтобы возникло, например, непосредственное право на получение конкретных дивидендов, необходим еще один юридический факт, а именно, решение общего собрания корпорации о распреде-

¹ Цитируется по: *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Книга первая. Общие положения. Изд. второе. М.: Статут, 1999. С. 472.

² См.: *Диденко А., Нестерова Е.* Когда же все-таки возникает право на долю в хозяйственном товариществе? С. 263.

³ См.: *Сулейменов М.К.* Гражданское право и корпоративные отношения: проблемы теории и практики // Избранные труды по частному праву (2011-2016). Том 1. Алматы, 2016. С. 416-427.

лении дивидендов. А что же тогда возникает, какие права и обязанности – из юридического факта приобретения членства (права участия)?

По этому вопросу высказаны десятки точек зрения, зачастую пересекающихся, но в большей части взаимоисключающих друг друга:

- 1) концепции двух самостоятельных правоотношений;
- 2) концепции одного правоотношения, в соответствии с которыми корпоративные права возникают с момента приобретения права участия (членства), а дополнительные юридические факты есть условия реализации уже возникших корпоративных прав;
- 3) концепции единого сложного правоотношения;
- 4) концепции корпоративной правосубъектности;
- 5) другие многочисленные взгляды на корпоративные отношения, высказанные в литературе. Например, взгляд на корпоративные отношения как на секундарное право¹.

В общем-то, несмотря на существующие, иногда очень острые, разногласия между сторонниками различных концепций, между ними есть немало общего. Это общее вытекает из того очевидного факта, что реально существует два корпоративных права: право участия (членства) и право на получение дивидендов или части ликвидационного имущества. Различия заключаются в том, какое значение придается каждому из этих правоотношений. Одни называют право участия (членства) основным, а право на получение дивидендов или дополнительным, или реализацией первого, или конкретизацией прав на дивиденды, возникших в первом правоотношении. Другие признают только второе правоотношение, отказывая праву участия (членства) в этом и признавая за ним лишь право корпоративной правосубъектности.

Необходимо иметь в виду, что право участия (членства) – не единственный правовой феномен, из которого не возникает конкретных прав и обязанностей. В гражданском праве таких случаев немало.

Один из таких случаев был приведен Ю. Г. Басиным еще в 1963 г. в его монографии «Вопросы советского жилищного права»².

Анализируя права нанимателя в договоре найма жилого помещения в домах государственного жилищного фонда, Ю.Г. Басин разделил обязанности домоуправления по оказанию услуг нанимателям на три группы.

¹ См.: Подробнее см.: Сулейменов М.К. Указ. соч. С. 416-420.

² См.: Басин Ю.Г. Вопросы советского жилищного права. Алма-Ата: КазГУ им С.М. Кирова, 1963; См. также: Басин Ю.Г. Избранные труды по гражданскому праву / Предисловие М.К. Сулейменов, Е.У. Ихсанов. Составитель М.К.Сулейменов. Алматы: АЮ-ВШП Эділет, НИИ частного права КазГЮУ, 2003. С. 528-570.

К первой он отнес действия, совершаемые постоянно или по первому требованию жильца – снабжение газом, водой, текущая уборка и т.д.

Вторая группа – действия, выполняемые в предустановленные сроки или в определенное время, зависящее от существа действий: отопление, подготовка к зиме, ремонт помещений в соответствии с описью, где обозначено время исполнения ремонтных работ, и пр.

Третья группа – действия, совершаемые при наступлении обстоятельств, вызывающих их необходимость, – исправлений аварий, устранение неожиданных повреждений помещений и оборудования.

Характерной чертой правомочий, относящихся к первой группе, является их непрерывная постоянная действительность, им отвечают обязанности, также непрерывно находящиеся в активном состоянии. Несовержшение обязанным лицом должного действия в любой момент существования правоотношения дает основание предъявить требование об исполнении и добиваться осуществления такого требования всеми средствами, которыми обеспечивается реализация правомочий в социалистическом обществе.

Иной характер носят правомочия, относящиеся ко второй группе. До наступления срока или иного определенного обстоятельства правообладатель субъект не может требовать, и обязанное лицо не должно совершать обусловленных действий. И вообще поведение должника для управомоченного юридически безразлично. До наступления срока наниматель, например, не вправе претендовать на отопление квартиры, производство ремонта и т.п. Таким образом, право как обеспеченная возможность требовать определенно-го поведения не проявляет этого своего качества. Но достаточно наступления срока, как правомочие превращается в активный фактор, воздействующий на обязанного субъекта правоотношения.

Третья группа правомочий также характеризуется тем, что должник не обязан совершить что-либо до наступления срока или определенного обстоятельства, но в отличие от правомочий второй группы правомочия, охватываемые третьей группой, до наступления преобразующего факта, определены лишь общим образом; в этой части нельзя сказать заранее, какие конкретные действия совершит обязанный субъект правоотношения. Например, в обязательственных связях между нанимателем и жилищным органом последний должен немедленно устранять дефекты помещения или домового оборудования, вызванные аварийными случаями.

Значит, со дня появления жилищного обязательства стороны связаны правами и обязанностями по устранению дефектов. Но эти права и обязанности еще не наполнены определенным содержанием. Точный характер подлежащих совершению действий выясняется лишь при наступлении обусловленного обстоятельства¹.

¹ См.: *Басин Ю.Г.* Избранные произведения по гражданскому праву. С. 549-553.

Здесь мы тоже имеем классический пример «отложенного правоотношения»: правоотношение возникло из договора найма жилого помещения, но если одни права и обязанности возникают сразу, то другие – через определенное или неопределенное время.

Ю.Г. Басин приводит еще ряд аналогичных случаев: срочный договор страхования от несчастных случаев. До наступления такого случая нельзя сказать ничего определенного об основной обязанности страховщика – выплате возмещения, – ибо она целиком зависит от характера несчастного случая (если таковой вообще будет иметь место)¹.

Как отмечает Ю.Г. Басин, правильное решение этого вопроса имеет значение, далеко выходящее за пределы жилищного правоотношения, ибо известно множество обязательств, содержание которых отличается отмеченными особенностями, например, срочный заем, купля-продажа с оплатой в рассрочку или вперед, многие разновидности поставки, сделки, заключенные под отлагательным условием, и т.п. Если признать, что в подобных обязательствах права и обязанности отсутствуют до наступления сроков исполнения (обусловленных обстоятельств), то нужно сделать вывод, что до этого времени нет и правоотношений, поскольку они не могут существовать без прав и обязанностей, без своего содержания².

Подобных случаев на самом деле немало в гражданском праве. И один из самых известных и самых спорных – это условные сделки, а конкретнее – сделки под отлагательным условием.

В соответствии с п. 1 ст. 150 ГК «сделка считается совершенной под отлагательным условием, если стороны оставили возникновение прав и обязанностей в зависимости от обстоятельства, относительно которого неизвестно, наступит оно или не наступит».

Из этого определения совершенно четко вытекает, что права и обязанности возникают не с момента совершения сделки, а с момента наступления оговоренного в сделке условия. А что же тогда существует в промежутке между совершением сделки и наступлением условия? Еще одно правоотношение или опять «специальная правоспособность»?

Данная проблема возникала еще в русской дореволюционной литературе.

Так, Д.И. Мейер считал, что правоотношения изменяются лишь с наступлением условия, а потому до его наступления сделки нет³.

¹ Басин Ю.Г. Указ.соч. С. 552-553.

² Там же. С. 551.

³ См.: Мейер Д.И. Русское гражданское право: В 2 ч. Ч. 1. М.: Статут, 1997. С. 192.

Другие ученые, напротив, утверждали, что условная сделка как волевой акт существует и считается действительной с момента ее совершения, а в зависимость от наступления условия поставлены лишь ее правовые последствия¹.

В современной литературе этот вопрос также является спорным. Одни считают, что из сделки, совершенной под отлагательным условием, никаких прав и обязанностей не возникает, требуется сложный юридический состав (содержание сделки и наступление тех обстоятельств, которыми права и обязанности по сделке обусловлены)².

По мнению других, неполный юридический состав имеется уже при совершении сделки, поэтому нельзя сказать, что никакого обязательственного отношения нет³.

Сделка не получает полного юридического эффекта, потому что последствия сделки пребывают *in suspensio*, в ожидании возможного наступления предусмотренного события. Однако началом действия условной сделки является все же момент ее совершения⁴.

В литературе этот период между совершением сделки и наступлением условия называют «нерешительным состоянием».

По мнению В.Б. Исакова, в момент совершения условной сделки возникает предварительное организационное отношение, содержанием которого является обязанность сторон не препятствовать и не содействовать наступлению условия⁵.

С.А. Громов считает это правоотношение организационно-предпосылочным примерно с таким же содержанием⁶.

Л.В. Кузнецова, проанализировав все аспекты сделки с отлагательным условием, приходит к выводу, что правоотношение возни-

¹ См.: *Гамбаров Ю.С.* Гражданское право: Общ. часть. М.: Зерцало, 2003. С. 780-781; *Синайский В.И.* Русское гражданское право. М.: Статут, 2002. С. 155; *Гримм Д. Д.* Лекции по догме римского права. М.: Зерцало, 2003. С. 154; *Нерсе-сов Н.О.* Понятие добровольного представительства в гражданском праве // Избранные труды по представительству и ценным бумагам в гражданском праве. М.: Статут, 1998.

² См.: Гражданское право: Учебник: В 2-х т. Т.1 / Отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Волтерс Клувер, 2004. С. 136; Советское гражданское право: В 2 ч. Т.1 / Отв. ред. В.А. Рясенцев. М.: Юрид. лит., 1986. С. 221; *Телюкина М.В.* Условные сделки. Теоретические и практические аспекты // Юридический мир. 2002. №4. С.51.

³ См.: *Новицкий И.Б.* Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 1. М.: Статут, 2006. С. 229.

⁴ См.: *Бердникова Е.В.* Условные сделки как институт современного гражданского права // Студенты в правовой науке: Сб. науч. трудов. Вып 5 / Под ред. Ю.Н. Старилова. Воронеж: Изд. Воронеж гос. ун-та. 2006. С. 30.

⁵ См.: *Исаков В.Б.* Фактический состав в механизме правового регулирования / Науч. ред. С.С. Алексеев. Саратов: Изд. Саратов. ун-та, 1980. С. 105-110.

⁶ См.: *Громов С.А.* Спорные вопросы учения об условных сделках // Сделки: проблемы теории и практики: Сб. статей / Рук. авт. колл. и отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2008. С. 294-295.

кает при совершении сделки, а наступление отлагательного условия определяет не момент возникновения, как это установлено нормативными актами, а момент допустимого осуществления соответствующих прав и обязанностей¹.

В современной германской доктрине признается, что вещный договор может включать в себя отлагательные условия. Приобретатель в период между совершением сделки и наступлением отлагательного условия имеет ограниченное вещное право – «право ожидания», не названное в законе, но признаваемое германской доктриной. Оно определяется как разновидность секундарного права и одновременно как ограниченное вещное право, оно может быть передано как в порядке универсального правопреемства, так и в порядке сингулярного правопреемства. Для английской доктрины также характерен вывод о том, что право ожидания, существующее до наступления отлагательного условия, суть ограниченное вещное право по праву справедливости².

Исследователи условной сделки также пытаются найти сходные с условной сделкой юридические феномены. Л.В. Кузнецова называет в качестве таковых многочисленную по своему составу категорию преимущественных прав (преимущественное право покупки, аренды, найма, наследования и т.п.). Другим подобным феноменом, по ее мнению, является право участника общества с ограниченной ответственностью или акционера в АО принимать участие в распределении прибыли³.

Таким образом, мы установили наличие многочисленных ситуаций в гражданском праве, когда возникают так называемые «отложенные правоотношения» или «нерешительное состояние».

Все они одинаковы с правовой точки зрения, и поэтому выводы, скажем, по условной сделке или преимущественному праву вполне применимы к корпоративным отношениям.

Для анализа структуры корпоративных отношений мы воспользуемся теми выводами, к которым пришел Ю.Г. Басин при исследовании жилищных правоотношений.

Анализируя характер субъективных прав в предложенных им трех группах правоотношений по договору жилищного найма, он отмечает, что в первой группе права и обязанности возникают с момента заключения договора. Здесь состояние субъективных прав действительное.

Во второй группе правоотношений состояние субъективных

¹ См.: Кузнецова Л.В. Сделки, совершенные под условием // Сделки: проблемы теории и практики: Сб. статей / Рук. авт. колл. и отв. ред. М. А. Рожкова. М.: Статут, С. 232.

² См. об этом: Останина Е.А. Понятие отлагательных и отменительных условий сделки de Lege ferenda // Сделки: проблемы теории и практики: Сб. статей / Рук. авт. колл. и отв. Ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2008. С. 247-248.

³ См.: Кузнецова Л.В. Указ. соч. С. 228-231.

прав потенциально-определенное. До наступления срока наниматель не имеет права требовать ремонта. Но такой срок обязательно наступит.

По мнению Ю.Г. Басина, правоотношение возникает в момент заключения договора либо наступления иного порождающего юридического факта. В этот же момент появляется также право и корреспондирующая с ним обязанность. Срок исполнения (или другое обстоятельство, означающее переход к возможности требовать исполнения) не входит в юридический состав, необходимый для образования правоотношения. Однако до наступления срока (обстоятельства) права и обязанности еще не приведены в активное состояние и существуют в своем потенциальном качестве, как пружина, сжатая для будущего действия.

Но уже в этот период мы можем точно сказать, в чем заключается и право и отвечающая ему обязанность, нам определенно известно содержание обязательства: какой именно ремонт будет произведен, какая сумма долга выплачена, какое имущество передано и т.п., поэтому состояние правомочия и обязанности может быть охарактеризовано как потенциально-определенное¹.

Далее Ю.Г. Басин анализирует высказывание А.Г. Певзнера, который, рассматривая сделки, заключенные под отлагательным условием, отмечает, что до наступления условия правоотношение вообще не включает прав и обязанностей². Ю.Г. Басин пишет, что с этим мнением нельзя согласиться не только потому, что оно подводит нас к возможности существования бессодержательных правоотношений, но и потому, что, признав его правильным для условных сделок, мы должны были бы применить его ко всем срочным договорам, где срок имеет отлагательное значение, ибо разница между условием и сроком состоит в степени определенности наступления, а не в характере воздействия на содержание правоотношения³.

Представление же о том, что в срочных сделках права и обязанности наступают лишь при наступлении срока, – очевидно неприемлемо.

То, что право в рассматриваемом здесь состоянии остается правом, и отношения сторон уже приняли форму правоотношения, подтверждается возможностью применения к нарушителям правомочий средств государственной, в том числе судебной, защиты. Если у кредитора в этот период развития обязательства появится обоснованное сомнение в том, что обязательство будет исполнено,

¹ См.: *Басин Ю.Г.* Избранные произведения по гражданскому праву. С. 551.

² См.: *Певзнер А.Г.* Понятие гражданского правоотношения и некоторые вопросы теории субъективных гражданских прав // *Ученые записки ВЮЗИ.* Вып. V. Вопросы гражданского права. 1958. С. 13-14.

³ См.: *Гурвич М.А.* Право на иск. М: Изд. АН СССР, 1949. С. 160.

он может обратиться в суд за защитой права. Суд не обяжет должника немедленно совершить соответствующие действия, но подтвердит правомочия истца и примет нужные меры с тем, чтобы обеспечить исполнение при наступлении срока. Гражданскому процессуальному праву хорошо известно разграничение между исками о присуждении и исками о признании; последние представляют собой обычный способ защиты права в его потенциальном состоянии.

Необычно значение некоторых юридических фактов применительно к рассматриваемым случаям развития обязательства. Такие факты, как наступление срока исполнения или обусловленного обстоятельства не порождают, не прекращают и не изменяют правоотношений, их значение заключается в преобразовании состояния субъективного права и соответствующей ему обязанности, в переводе их из потенциально-определенного в действенное состояние¹.

Что касается третьей группы жилищных правоотношений, то здесь состояние субъективных прав потенциально-неопределенное. Точное содержание прав и обязанностей станет известно лишь с наступлением обстоятельств, относящихся к этой группе (аварии, например).

И при рассматриваемых условиях правоотношение (права и обязанности) существует до наступления преобразующего обстоятельства. Однако право (правомочие) и обязанность находятся в потенциально-неопределенном состоянии. Значение срока или другого факта, выводящего право из такого состояния, заключается не только в изменении его качества, но и в конкретизации, уточнении содержания правоотношения².

И, наконец, конечный вывод, к которому приходит Ю.Г. Басин:

«Следовательно, рассматривая характер прав и обязанностей участников правоотношений, мы должны различать три возможных для них состояния: потенциально-неопределенное, потенциально-определенное и действенное. Оценивая значение юридических фактов, мы также должны среди их свойств учитывать способность изменять состояние прав (обязанностей), либо одновременно и изменять и конкретизировать их»³.

Я специально привел концепцию Ю.Г. Басина так подробно, чтобы реанимировать ее, приспособив к современным реалиям, и чтобы показать теоретическую глубину исследований Ю.Г. Басина. Из вполне обыденных и приземленных вещей (обязанности домоуправления по ремонту) он создал красивую и стройную теорию по проблеме, вокруг которой ныне идут острые дискуссии. Причем,

¹ См.: Басин Ю.Г. Указ. соч. С. 551- 552.

² См.: Там же. С. 553.

³ См. Там же.

на мой взгляд, именно его концепция наиболее точно и четко решает возникшую в науке проблему.

Ю.Г. Басин вычленил потенциальное и действительное состояние субъективных гражданских прав. Он также установил, что юридические факты могут не только порождать, прекращать и изменять правоотношения, но и преобразовывать состояние субъективных прав и переводить их из потенциально-определенного в действительное состояние.

Если применить концепцию Ю.Г. Басина к корпоративным правоотношениям, то ситуация выглядит так: на основе юридического факта (приобретение статуса участника (члена) корпоративной организации) возникает корпоративное правоотношение участия (членства) в корпоративной организации, в котором субъективное право требовать дивидендов находится в потенциальном состоянии. С наступлением второго юридического факта (решение общего собрания о распределении дивидендов), который преобразует потенциальное субъективное право в действительное, возникает второе корпоративное правоотношение по получению дивидендов, содержанием которого является право участника (члена) на получение дивидендов и обязанность корпоративной организации выплатить эти дивиденды¹.

Если применить концепцию Ю.Г. Басина к нашему случаю, получается следующая картина: на основе юридического факта (заключение договора купли-продажи доли в товариществе) возникает договорное правоотношение между продавцом и покупателем доли, в котором право участия в товариществе и распоряжения долей в товариществе находится в потенциальном состоянии. С наступлением второго юридического факта (перерегистрация юридического лица), который преобразует потенциальное субъективное право в действительное, возникает второе правоотношение по распоряжению приобретателя своей долей, по приобретению приобретателем прав участника товарищества.

Следовательно, А.Диденко и Е. Нестерова правы, заявляя, что первый юридический факт имеет правоустанавливающее значение. Однако это право незрелое (по их выражению), оно находится в потенциальном состоянии. И распоряжаться этим правом невозможно. В полноценное право (действительное право) оно превращается только с наступлением второго юридического факта, который действительно является правоформирующим, но не в том смысле, в каком используют это понятие А. Диденко и Е. Нестерова. С наступлением второго юридического факта завершается формирование права, превращение потенциального (незрелого) права в действительное (полноценное) право.

Поэтому прав С. Климкин, утверждая, что право распоряжения

¹ Подробнее см.: Сулейменов М.К. Указ. соч.

своей долей возникает только с момента перерегистрации товарищества.

36.3. МОГУТ ЛИ ПРАВОМОЧИЯ ПО ДОЛЕ В ТОВАРИЩЕСТВЕ ПЕРЕХОДИТЬ ПО ЧАСТЯМ?

Я хочу подчеркнуть, что эти теоретические споры имеют важное практическое значение.

Не так давно я был на процессе в Вашингтоне, в ICSID (инвестиционный арбитраж) по делу по иску одной канадской компании (недропользователь) к Республике Казахстан о взыскании убытков за якобы незаконное расторжение договора.

Одним из центральных вопросов было определение момента приобретения прав на долю в товариществе с ограниченной ответственностью (ТОО), созданном иностранными участниками в Казахстане. Лицензия на недропользование была выдана на это ТОО, и инвестиционный контракт был заключен с ним же.

Договор купли-продажи доли одного из участников ТОО был заключен в 2002 г., перерегистрация ТОО состоялась в 2003 году, уже после отмены Закона об иностранных инвестициях от 27 декабря 1994 г. В зависимости от решения вопроса о моменте возникновения прав на долю стоял вопрос о применении к иностранным инвесторам гарантий, установленных Законом об иностранных инвестициях, в частности, ст. 6 Закона о неприменении нового законодательства.

Второй раз этот вопрос возник в указанном процессе в связи с заключением этим новым участником договора об отчуждении доли третьему лицу в 2015 г. Стороны пытались произвести перерегистрацию Устава ТОО, однако ТОО в это время находилось в предбанкротном состоянии, и судебные исполнители запретили ТОО производить какие бы то ни было действия.

Инвесторы пытались доказать, что права приобретателя на долю возникли в момент заключения договора, необходимости дожидаться перерегистрации устава не было.

При этом они пытались использовать Нормативное постановление ВС РК от 10 июля 2008 г. №2 «О некоторых вопросах применения законодательства о товариществах с ограниченной ответственностью».

В п.6 Нормативного постановления говорится, что «приобретение доли в порядке, установленном Законом, означает вступление приобретателя доли в число участников товарищества (пункт 2 статьи 28 Закона). Право распоряжения участника своей долей возникает с момента внесения изменений в учредительные документы и их регистрации в территориальном органе Министерства юстиции Республики Казахстан».

Я не понимаю, как можно из этого пункта Нормативного поста-

новления ВС РК вывести утверждение о том, что права участника ТОО возникают у покупателя в момент заключения договора на покупку?

В п. 6 Постановлении приводится норма п.2 ст. 28 Закона РК от 22 апреля 1998 г. «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» (далее – Закон о ТОО) о том, что права приобретателя доли возникают с момента приобретения доли в **порядке, установленном Законом о ТОО** (первое предложение п. 6 Нормативного постановления).

Правила п.2 ст. 28 Закона о ТОО касаются только изменений доли в ТОО, но не касаются вопросов перерегистрации ТОО в связи с изменением его участников. Но ничего в Законе о ТОО не содержится такого, что бы отменяло или изменяло правило о том, что изменение состава участников требует перерегистрации юридического лица и что без перерегистрации изменения в уставе недействительны. Поэтому ВС РК в своем постановлении добавил фразу о моменте, когда наступает право распоряжения долей (второе предложение п. 6 Нормативного постановления).

Инвесторы пытались доказать, что понятие «распоряжение долей» в Нормативном постановлении – это одно из правомочий права собственности на долю. То есть приобретатель может владеть и пользоваться, но распоряжаться сможет только после перерегистрации изменений в устав.

Это ошибочное и противоречащее закону суждение.

В той же ст. 28 Закона о ТОО, в п.4 закреплено принципиально важное положение:

«Право на долю участника в имуществе товарищества с ограниченной ответственностью носит не вещный, а обязательственный характер».

Поскольку основным вещным правом является право собственности, в данном случае неприменимы правомочия собственника: владение, пользование, распоряжение.

Поэтому распоряжение долей означает не что иное, как распоряжение всеми правомочиями участника, и оно возникает после перерегистрации.

Но даже если встать на позицию инвесторов, они сами себе роют яму. Как они сами подчеркивали, согласно казахстанскому законодательству право собственности состоит из трех прав: права владения, пользования и распоряжения имуществом (пункты 1 и 2 ст. 188 ГК РК). Но если, по их мнению, передаются права владения и пользования, а право распоряжения остается у продавца, то это не передача права собственности, ибо право собственности – это обязательное наличие всех трех правомочий.

Если передаются только права пользования и владения, то это передача прав в аренду, собственником остается продавец.

Нетрудно заметить сходство позиции иностранных инвесторов и тандема авторов. Как я уже отмечал ранее, А. Диденко и Е. Нестерова считают, что «такой субъект становится участником товарищества со всем объемом правомочий, но некоторые из этих правомочий он не сможет реализовать до перерегистрации товарищества, в частности, продать свою долю»¹.

Значит ли это, что какие-то другие правомочия приобретатель может реализовать? И какие же это правомочия? Участвовать в управлении? Получать дивиденды? Он то хотел бы, да только кто ему даст?

Лично я целиком поддерживаю мнение С. Климкина о том, что «лишь факт обладания долей в уставном капитале делает лицо участником товарищества, что и обеспечивает наличие у него всех правомочий. Иначе говоря, если лицо приобрело долю в уставном капитале, то оно одновременно приобрело и «весь пакет» прав участника товарищества. Нельзя, например, продать отдельно право на участие в голосовании, на получение дивидендов, на получение информации и т.д. Эти права органично вытекают из самой сущности статуса участника товарищества»².

Впрочем, эта дискуссия потеряла всякий смысл, ибо 29 июня 2018 г. Верховный Суд внес изменения в Нормативное постановление от 10 июля 2008 г., в том числе и в п. 6 Нормативного постановления. В новой редакции он звучит так: «Прием нового участника и изменения в составе участников без внесения записи в реестр участника товарищества, ведение которого осуществляется регистратором, либо, соответственно, 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»³.

Так что теперь и Верховный Суд ясно и недвусмысленно подтвердил, что право на долю целиком и полностью переходит к приобретателю доли в момент перерегистрации товарищества.

36.4. КАКОВ ПОРЯДОК ПЕРЕРЕГИСТРАЦИИ ТОВАРИЩЕСТВА?

Участники дискуссии упускают из виду еще одно обстоятельство, усложняющее процесс приобретения прав на долю в результате ее покупки.

¹ См.: Диденко А., Нестерова Е. Когда же все-таки возникает право на долю в хозяйственном товариществе? С. 263.

² См.: Климкин С. Указ. соч. С. 236.

³ См. об этом: Климкин С.И. Другие новеллы в законодательство о ТОО. <https://www.zakon.kz/4331945-drugie-novelly-v-zakonodatelstve-o-too.html>.

Дело в том, что сам договор, хоть он и предоставляется на перерегистрацию как дополнительный документ¹, но сам не регистрируется².

Основным документом, который представляется в регистрирующий орган, является решение либо выписка из решения уполномоченного органа юридического лица о государственной (учетной) перерегистрации, предусматривающие внесение изменений и дополнений в учредительные документы юридического лица, скрепленные печатью юридического лица (при ее наличии) (ст. 14 Закона о государственной регистрации юридического лица).

Решение уполномоченного органа по изменению устава – это решение общего собрания товарищества. Во всяком случае в отношении ТОО это прямо закреплено в ст. 18 Закона о ТОО.

Таким образом, структура оснований возникновения права на долю является более сложной, чем та, которую мы рассматривали ранее. Совокупность юридических фактов или юридический состав представляет собой три связанных между собой юридических факта:

- 1) заключение договора купли-продажи доли;
- 2) решение общего собрания товарищества о замене участников;
- 3) перерегистрация устава товарищества.

Из этого факта вытекают интересные теоретические проблемы.

Во-первых, что регистрируется в регистрирующем органе: договор или решение собрания? Ясно, что не договор. Регистрируются изменения в устав или обновленный устав в соответствии с решением общего собрания.

Во-вторых, совершенно ясно, что с включением в процесс приобретения права еще одного юридического факта – решения собрания – в концепции о потенциальных (несозревших) и действительных (полноценных) правах ничего не изменилось. И после решения общего собрания право приобретателя на долю все еще находится в потенциальном состоянии (по терминологии А. Диденко и Е. Нестеровой является «несозревшим правом»).

В-третьих, встает вопрос о правовой природе решения общего собрания.

Проблема связана с п.6 ст. 42 ГК, в котором закреплено, что изменения, внесенные в учредительные документы по указанным в этом пункте основаниям (в частности, изменение состава участни-

¹ См.: Закон РК от 17 апреля 1995 г. «О государственной регистрации юридических лиц и учетной регистрации филиалов и представительств» (ст. 14).

² См., например: Ответ Министра юстиции РК от 25 апреля 2016 г. на вопрос от 19 апреля 2016 г. № 27025 (adilet.kz); Ответ Министра юстиции РК от 25 апреля 2016 г. на вопрос от 20 апреля 2016 г. № 27035 (adilet.kz)

ков) без перерегистрации юридического лица, **являются недействительными.**

На основе этой формулы иностранные инвесторы на процессе в Вашингтоне выдвинули идею о том, что поскольку в то время, когда происходили основные события, в ГК РК не было деления сделок на ничтожные и оспоримые, то в соответствии с п.1 ст. 157 ГК сделка является действительной до тех пор, пока она не признана недействительной судом.

Из этого обстоятельства делался вывод, что изменения в устав являются действительными. Республика не заявила требование о признании этих изменений недействительными, а сейчас истек срок исковой давности.

Вроде бы все логично. Но в этой концепции есть существенный изъян.

Мы установили до этого, что изменения в устав должны регистрироваться. Если же (в соответствии с предположением, что изменения в устав являются сделкой) применять положения о сделках, то необходимо применить и ст. 155 ГК.

В п.1 ст. 155 ГК закрепляется, что сделки, подлежащие государственной регистрации, считаются совершенными с момента регистрации.

Таким образом, если исходить из того, что изменения в устав – это сделка, то возникает противоречие между п. 6 ст. 42 ГК и ст. 155 ГК, в соответствии с которой незарегистрированная сделка признается несовершенной. То есть сделки нет, она совершится только после регистрации изменений в устав.

Противоречие разрешается таким образом, что соглашение об изменении устава – это не сделка. Сделкой является договор купли-продажи доли.

Изменения в устав товарищества – это решение общего собрания участников. В ГК РФ решения собраний уже выделены как особый юридический факт, отличный от сделки, в ГК РК – это «иные действия граждан и юридических лиц» (подпункт 7) ст. 7 ГК).

Поэтому норма об основаниях признания сделки недействительной к ним не применяется. Поэтому к изменению устава по п. 6 ст. 42 ГК правило п. 1 ст. 157 неприменимо.

Это значит, что изменения в устав без перерегистрации недействительны, незаконны, не действуют независимо от наличия решения суда.

Но даже если по ст. 157 ГК решение общего собрания действительно, и что?

Для кого действительно? Только для сторон договора купли-продажи. Больше ни для кого. Если они пойдут в суд с этой бумажкой за защитой своих прав, суд им откажет в защите безусловно,

потому что прав они не приобрели, так как в Законе (п. 6 ст.42 ГК) прямо сказано, что решение недействительно. Что это за права, которые не пользуются защитой? Поэтому я и говорю, что это решение без перерегистрации – просто бумажка.

36.5. ВЫВОДЫ

Таким образом, заключение договора купли-продажи доли является правообразующим юридическим фактом: у приобретателя доли возникает право на долю. Однако это право находится в потенциальном состоянии, это незрелое право. На его основе невозможно стать участником товарищества, необходимо, чтобы оно превратилось в действенное или полноценное право.

На основе этого юридического факта возникает второй юридический факт, необходимый для превращения потенциального права в действенное: решение собрания об изменении состава участников товарищества. Это решение также не дает права приобретателю быть участником товарищества, но это необходимый шаг на пути к этому.

И, наконец, третий юридический факт, завершающий процесс превращения покупателя в участника товарищества, – перерегистрация устава. Можно назвать его и правоформирующим юридическим фактом, особой ошибки не будет.

Все три юридических факта представляют собой юридический состав. Они неразрывно связаны и друг без друга существовать не могут. Если удалить любой из них, вся конструкция разрушится. И только с наступлением последнего юридического факта – перерегистрации – происходит преобразование потенциального права в действенное право. Только после этого приобретатель доли становится участником товарищества.

Преддоговорные отношения в классической схеме описываются весьма просто: оферта – акцепт – встречная оферта и т.д. Но такая схема пригодна для простых договоров: розничная купля-продажа, бытовой подряд, договор перевозки пассажиров и т.п. В крупных предпринимательских договорах эта схема не очень работает, ибо заключению договора предшествует большая подготовительная стадия, имя которой – переговоры.

37.1. ПЕРЕГОВОРЫ КАК ПРЕДДОГОВОРНАЯ СТАДИЯ

Переговоры уже выделяются в теории частного права как институт альтернативного рассмотрения споров (АРС) или частного процессуального права (ЧПП). Причем в АРС или ЧПП институтами являются примирительные процедуры и арбитраж, в свою очередь примирительные процедуры делятся на два субинститута (непосредственные переговоры и медиация). Однако содержанием медиации являются тоже переговоры, только с участием посредника¹.

Необходимо такую стадию выделить и в договорном процессе.

Переговоры как правовое явление охватывают весь этап до заключения договора. Это могут быть:

- 1) непосредственные переговоры будущих сторон договора;
- 2) переговоры с участием посредника;
- 3) переговоры с участием юридических фирм на каждой стороне, что характерно для крупных сделок.

Для документального оформления каждой стадии договоренностей условно можно выделить четыре вида преддоговорных документов, которые обеспечивают заключение в будущем договора между сторонами, в частности:

- документы, фиксирующие факт встреч и ведения переговоров;
- документы, фиксирующие предварительные итоги переговоров;
- документы, имеющие характер предварительного договора;
- документы, опосредующие урегулирование разногласий.

Поскольку данные документы обеспечивают заключение договора в будущем, они, за исключением предварительного договора

¹ См. об этом например: Сулейменов М.К. Гражданское право Республики Казахстан: опыт теоретического исследования. Том 2. Часть вторая. Теоретическая. Раздел 1. Общие проблемы гражданского права. Алматы, 2016. С. 222-224.

и оферты, не влекут за собой каких-либо юридических последствий¹.

В России до 2015 г. в ходу был термин «преддоговорные переговоры»². Однако 8 марта 2015 г. в ГК РФ была включена ст. 434.1 под названием: «Переговоры о заключении договора», и с тех пор этот термин укоренился в российской литературе³.

Можно выделить два вида переговоров:

1. **Свободные переговоры.** Стороны в результате переговоров могут заключить договор, могут не договориться и мирно разойтись. Как сказано в п. 1 ст. 2.1. 15 Принципов УНИДРУА, «сторона свободна проводить переговоры и не несет ответственности за то, что соглашение не достигнуто»⁴.

Аналогичное положение было включено 8 марта 2015 г. в ГК РФ. Пункт 1 ст. 434¹ ГК РФ гласит:

«Если иное не предусмотрено законом или договором, граждане и юридические лица свободны в проведении переговоров о заключении договора, самостоятельно несут расходы, связанные с их проведением, и не отвечают за то, что соглашение не достигнуто».

2. **Обязательные переговоры.** Имеются в виду случаи, когда законом установлена обязанность заключения договора для одной из сторон (ст. 399 ГК). Например, при заключении публичного договора коммерческая организация не вправе отказываться от заключения договора (ст. 387 ГК). В таких случаях допускается поуждение обязанной стороны к заключению договора через суд.

Кроме того, в ходе переговоров может возникнуть **ряд промежуточных этапов**, которые не являются обязательными. Но они наглядно демонстрируют всю сложность переговорного процесса.

Недобросовестные переговоры как этап переговорного процесса могут возникнуть, когда одна из сторон допускает недобросовестность в ведении переговоров, что влечет за собой ответственность *culpa in contrahendo*. В ходе переговоров стороны могут заключить соглашение о намерениях или предварительный договор. Это не обязательные этапы, но они могут возникнуть. То есть переговоры могут быть хотя и длительными, но без проблем и эксцессов и завершиться без никаких этапов или стадий. Но такие этапы

¹ См., например: Преддоговорные отношения, ведение переговоров. <http://dogovorom.ru/article/preddogovornie-otnosheniya>

² См., например: Крашенинников Е.А., Байгушева Ю.В. Обязанности при ведении преддоговорных переговоров // Вестник ВАС РФ. 2013. №6. <http://www.center-bereg.ru/h189.html>

³ См., например: Малеина М.Н. Переговоры о заключении договора (понятие, правовое регулирование, правила) // Предпринимательство и право, информационно-аналитический портал. <http://lexandbusiness.ru/view-article.php?id=8077>

⁴ См.: Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА, 2010 / Пер. с англ. А.С. Комарова. М.: Статут, 2013. С. 59.

могут возникнуть и возникают нередко. Поэтому они нуждаются в исследовании.

1. Недобросовестные переговоры и culpa in contrahendo (преддоговорная ответственность). Могут рассматриваться как стадия переговорного процесса, если ответственность за недобросовестные переговоры установлена законом.

2. Протокол намерений (Соглашение о намерениях) (п.7 ст. 390 ГК). Можно рассматривать как промежуточный этап переговоров. Не влечет никаких гражданских прав и обязанностей, но свидетельствует о намерении сторон продолжать переговоры. Отказ от продолжения переговоров не влечет никаких последствий, кроме возможных обвинений в недобросовестности.

3. Предварительный договор (ст. 390 ГК). Предварительный договор тоже можно считать промежуточным этапом переговоров, только оформленным уже в качестве обязательного документа, нарушение которого повлечет обязанность возмещения убытков. Тем не менее главное и единственное обязательство предварительного договора – это заключение основного договора. То есть это продолжение переговоров после прохождения промежуточного и юридически оформленного этапа.

Таким образом, выделяется целый блок отношений, именуемый **преддоговорные переговоры или переговоры о заключении договора**.

В литературе делаются попытки придать этим отношениям значение правоотношений или конкретнее – гражданско-правовых обязательств. Однако эти отношения могут быть признаны правовыми, только если они регулируются правовыми нормами. Если этого нет, то отношения между переговорщиками, конечно, возникают, но это социальные отношения, а не правоотношения.

Теоретики права выделяют самые различные виды социальных норм и социальных отношений: правовые, моральные, религиозные, нормативно-технические, юридико-технические, нормы обычаев, традиций, семейные нормы, корпоративные, эстетические, правила этикета, корректности, приличия, обрядов и ритуалов¹.

Свободные переговоры регулируются любыми из этих видов социальных норм (например, нормы морали, обычаев и т.п.), но не правовыми нормами. Право не вмешивается в эти отношения, оно говорит: ведите переговоры, соглашайтесь или отказывайтесь, ничего вам за это не будет.

Правовые отношения начинаются там, где законом устанавлива-

¹ См., например: Венгеров А.Б. Теория государства и права: Учебник для юрид. вузов. 3-е изд. М.: Юриспруденция, 1999. С. 303; Сырых В.М. Теория государства и права: Учебник для вузов. 3-е изд. М.: ЗАО Юстиц-информ, 2007. С. 99-101; Теория государства и права: Учебник / Под ред. Р.А. Ромашова, В.П. Сальникова. Изд. 2-е: В 3-х т. Т.2. СПб.: Фонд Университет, 2010. С. 10.

ется какая-либо обязанность. Например, заключение договора в обязательном порядке (ст. 399 ГК РК, ст. 445 ГК РФ). Закон говорит, например, что при заключении публичного договора коммерческая организация обязана заключить договор. Если она уклоняется от заключения договора, лицо, обратившееся к ней за услугами, вправе обратиться в суд с иском о понуждении заключить договор. Кроме того, коммерческая организация обязана возместить этому лицу убытки, вызванные отказом заключить договор (ст. 387 ГК РК, ст. 426 ГК РФ). В данном случае между сторонами возникает обязательство, по которому одна сторона обязана заключить договор, а другая вправе требовать в судебном порядке заключения договора. Вот это правовые отношения.

Стороны в ходе переговоров могут заключить соглашение о намерениях и предварительный договор. Отношения, возникающие в первом случае, неправовые, и это закреплено в законе (п.7 ст. 390 ГК РК). В России законодательно это не закреплено, но и теория, и судебная практика исходят из того, что протокол о намерениях не влечет за собой никаких юридических последствий.

Отношения, возникающие в случае заключения предварительного договора, – это правовые отношения в чистом виде. Из предварительного договора возникает одно-единственное обязательство – заключить основной договор. За нарушение этого обязательства в Казахстане предусмотрено возмещение убытков (п.5 ст. 390 ГК РК). В России к этому прибавляется еще право потерпевшей стороны обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор (п.5 ст. 429 ГК РФ).

Во время разработки проекта ГК мы в рабочей группе долго обсуждали целесообразность включения данного положения в ГК РК и пришли к выводу, что делать это нецелесообразно. В какой-то мере это ограничивает действие принципа свободы договора. Не совсем правильно понуждать сторону заключать договор, если она этого явно не хочет. Ничего хорошего из такого договора не получится. Вот убытки, причиненные отказом от заключения основного договора, она возместить должна.

Других оснований для конструирования правовых отношений в преддоговорных переговорах в Казахстане не усматривается. Таких оснований не было и в России до 2015 г., когда были внесены изменения в ГК РФ. Поэтому попытки, предпринимаемые некоторыми авторами до 2015 г., доказать наличие преддоговорной обязанности по добросовестным переговорам и ответственности *culpa in contrahendo*¹, являются необоснованными. Только после введе-

¹ См., например: *Гнищевиц К.В.* Доктрина *culpa in contrahendo* в гражданском праве России. <http://www.dirittoestoria.it/8/Contributi/Gnitsevich-Culpa-contrahend...> Крашенинников Е.А., Байгушева Ю.В. Обязанности при ведении преддоговорных переговоров // Вестник ВАС РФ. 2013. №6.

ния положения о недобросовестных переговорах можно говорить и о правовых обязанностях контрагентов и о *culpa in contrahendo*.

Таким образом, правовые отношения возникают только тогда, когда их правовая природа определяется законом или договором.

Примером возможности закрепления правовой природы отношения договором может послужить п. 5 ст. 434-1 ГК РФ, который гласит:

«Стороны могут заключить соглашение о порядке ведения переговоров. Такое соглашение может конкретизировать требования к добросовестному ведению переговоров, устанавливать порядок распределения расходов на ведение переговоров и иные подобные права и обязанности. Соглашение о порядке ведения переговоров может устанавливать неустойку за нарушение предусмотренных в нем положений.

Условия соглашения о порядке ведения переговоров, ограничивающие ответственность за недобросовестные действия сторон соглашения, ничтожны».

За нарушение условий договора стороны могут понести ответственность в форме неустойки, если она установлена договором, или в форме возмещения убытков.

Помимо предварительного договора, можно назвать еще несколько случаев закрепления законом возникновения правовых отношений до заключения договора. Это, например:

1) урегулирование разногласий при заключении поставки (ст. 459 ГК РК, ст. 507 ГК РФ). Уклонение от урегулирования разногласий может повлечь обязанность возместить убытки;

2) ответственность лица, объявившего публично о выплате вознаграждения при отмене публичного обещания вознаграждения (п.2 ст. 912 ГК РК), ответственность победителя тендера или аукциона в случае его отказа заключить соответствующий договор с инициатором тендера или аукциона (п. 6 ст. 915, п. 10 ст. 916 ГК РК);

3) ответственность коммерческой организации за уклонение от заключения договора с потребителями при заключении публичного договора (п. 3 ст. 387 ГК РК);

4) в России установлена ответственность за уклонение от нотариального удостоверения или государственной регистрации сделки (п.4 ст. 165 ГК РФ). В Казахстане такой ответственности нет.

Таким образом, преддоговорный процесс – это сложный, многоэтапный, иногда – многомесячный (в отдельных случаях – многолетний) процесс переговоров сторон. Из всех разновидностей переговоров наибольший интерес представляет соотношение понятий *culpa in contrahendo*, протокола намерений и предварительного договора.

Имеет смысл вкратце рассмотреть каждое из этих понятий.

Недобросовестные переговоры. Недобросовестным переговорам посвящена статья 2.1.15 Принципов УНИДРУА. В статье рассматриваются два аспекта: понятие и последствия.

В п.2 говорится:

«Однако сторона, которая ведет или прерывает переговоры недобросовестно, является ответственной за потери, причиненные другой стороне».

В п.3 закрепляется:

«Недобросовестным, в частности, является вступление стороной в переговоры или их продолжение при отсутствии намерения достичь соглашения с другой стороной».

В Комментариях к ст.2.1.15 говорится о том, что право стороны свободно вступать в переговоры и решать, какие условия подлежат согласованию, тем не менее не является безграничным и оно не должно приводить к конфликту с принципом добросовестности и честной деловой практики, установленном в ст. 1.7. Особый случай недобросовестных переговоров, который прямо указан в п. 3 настоящей статьи, заключается в том, что сторона вступает в переговоры или продолжает переговоры, не имея намерения заключить соглашение с другой стороной. Другие случаи имеют место, когда одна сторона намеренно или по небрежности вводит в заблуждение другую сторону относительно характера или условий предлагаемого договора независимо от того, делает ли она это, представляя ложную информацию или утаивая обстоятельства, которые с учетом характера сторон и/или договора должны быть доведены до сведения другой стороны.

Право прекратить переговоры подчиняется также принципу добросовестности и честной деловой практики. Если сделана оферта, она может быть отозвана только в рамках, установленных в ст. 2.1.4. Но даже до достижения этой стадии или в случае, когда переговорный процесс не позволяет установить последовательность оферты и акцепта, сторона не может прекратить переговоры внезапно и без всякого основания. Наступление момента, после которого нельзя повернуть обратно, конечно, зависит от конкретных обстоятельств, в особенности от того, в какой степени другая сторона, основываясь на поведении первой стороны, имела повод полагаться на положительный результат переговоров, а также от количества вопросов, относящихся к будущему договору, по которым стороны уже достигли соглашения¹.

В ст. 1.7 Принципов, которая упоминается в Комментариях к статье 2.1.15, говорится, что «каждая сторона обязана действовать в соответствии с добросовестностью и честной деловой практикой в международной торговле».

¹ См.: Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА, 2010. С. 60-62.

Для наглядности можно привести несколько примеров недобросовестных переговоров из Комментариев к ст. 2.1.15 Принципов:

– А узнает о намерении В продать свой ресторан. А, который не имеет вообще намерения купить этот ресторан, тем не менее вступает в продолжительные переговоры с В с единственным намерением помешать В продать ресторан С, являющемуся конкурентом А. А, прерывающий переговоры после того, как С купил другой ресторан, является ответственным перед В, которому удастся все-таки продать свой ресторан, но по более низкой цене, чем та, которую предлагал С, в объеме, составляющем разницу в цене.

– А, ведущий переговоры с В об оказании содействия в продаже военного оборудования для вооруженных сил страны В, узнает о том, что В не получит от своего правительства необходимую экспортную лицензию, наличие которой является предварительным условием разрешения выплатить В вознаграждение. А не сообщает В об этом и в конце концов заключает договор, который не может быть исполнен в связи с отсутствием лицензии. А ответственен перед В за понесенные последним расходы, возникшие после того, как А узнал о невозможности получить требующую лицензию.

– А дает заверения В в том, что он заключит с ним договор о предоставлении франшизы, если последний предпримет определенные шаги по приобретению опыта, и что он готов вложить в это дело 150 000 долларов США. В течение следующих двух лет В осуществляет интенсивную подготовку с намерением заключить договор при постоянном заверении А, что В будет предоставлена франшиза. Когда все готово для подписания соглашения, А сообщает В, что последний должен вложить существенно большую сумму. В, отказывающийся это сделать, имеет право на возмещение от А расходов, понесенных им ввиду предполагавшегося заключения договора¹.

Примерно такое же положение закреплено Федеральным Законом РФ от 8 мая 2015 г. в п.2 ст. 434-1 ГК РФ:

«При вступлении в переговоры о заключении договора, в ходе их проведения и по их завершении стороны обязаны действовать добросовестно, в частности не допускать вступление в переговоры о заключении договора или их продолжение при заведомом отсутствии намерения достичь соглашения с другой стороной. Недобросовестными действиями при проведении переговоров предполагаются:

1) предоставление стороне неполной или недостоверной информации, в том числе умолчание об обстоятельствах, которые в силу характера договора должны быть доведены до сведения другой стороны;

2) внезапное и неоправданное прекращение переговоров о за-

¹ См.: Там же. С. 61-62.

ключении договора при таких обстоятельствах, при которых другая сторона переговоров не могла разумно этого ожидать».

Нормы о недобросовестных переговорах могут послужить примером установления правовых отношений законом. В Казахстане таких норм нет, поэтому и правоотношений нет. В России с 2015 г. эти отношения появились.

А.В. Демкина попыталась определить правовую природу этих отношений. Однако она допускает при этом определенную непоследовательность. В одном месте она пишет, что на участниках преддоговорного процесса в силу указания закона лежит обязанность действовать добросовестно¹. В другом месте она пишет, что предметом обязательства, возникающего в ходе переговоров, будут действия, направленные на заключение договора². Слишком широкое определение предмета обязательства!

Следует отметить, что у А.В. Демкиной не очень четкое представление о правовой природе преддоговорных отношений. Она утверждает, что «между участниками преддоговорных контактов возникает именно правоотношение. При этом важно определиться, что из себя представляет такое правоотношение, является ли оно обязательством»³. И далее она доказывает, что это обязательство. Между тем сама постановка этого вопроса теоретически несостоятельна. Относительное правоотношение между двумя контрагентами, в котором возникают взаимные права и обязанности, направленные друг против друга, в гражданском праве ничем иным кроме как обязательством быть не может. Возможны, конечно, относительные правоотношения, не являющиеся обязательствами, но там или нет взаимных прав и обязанностей, направленных друг против друга (отношения общей собственности, отношения соавторов, наследников), или это не гражданско-правовые отношения (административные, налоговые и т.п.)⁴.

Поскольку в 2015 г. в России законодательно введена обязанность вести переговоры добросовестно с ответственностью за нарушение этой обязанности, можно говорить о возникновении новой группы преддоговорных обязательств, содержанием которых является обязанность добросовестно вести переговоры. Причем это единственная обязанность этого обязательства, и она взаимная: обязанности каждой из сторон соответствует право другой сторо-

¹ См.: Преддоговорные отношения в российском гражданском праве: новеллы Гражданского кодекса Российской Федерации. М.: Издание Государственной Думы, 2015. (автор-составитель – А.В. Демкина). С. 22; bar.parliament.gov.ru/common/web_services/secure.../25_Preddogovornie_2015/pdb.

² Там же. С. 31.

³ Там же С. 26.

⁴ Подробнее см., например: Сулейменов М.К. Гражданское право Республики Казахстан: опыт теоретического исследования. Том 3. Часть вторая. Теоретическая. Раздел 2. Гражданское правоотношение. Алматы, 2016. С. 24-30.

ны требовать добросовестного ведения договора. За нарушение этой обязанности наступает ответственность в форме возмещения убытков – *culpa in contrahendo*.

Culpa in contrahendo. Впервые доктрина *culpa in contrahendo* была обоснована в 1860 г. Р. Иерингом¹.

При помощи фрагментов Дигест Иеринг создает самостоятельный правовой институт ответственности за вину в переговорах, приведшую к заключению недействительного договора, причем правовым средством, к помощи которого в подобной ситуации может прибегнуть потерпевшая сторона, является договорный иск – несмотря на то, что договор по вине одной из сторон не состоялся. Следовательно, в теории Иеринга недействительный договор приобретает частичное действие, а сам автор создает, таким образом, парадокс договорной и одновременно с этим преддоговорной ответственности. В этом отношении Иеринг выделяет три основания недействительности сделки, которые позволяют вести речь об ответственности за *culpa in contrahendo* __: неспособность субъекта совершить сделку в силу прямого запрета его участия в сделках данного вида (например, вследствие недостижения совершеннолетия); неспособность объекта (первоначальная невозможность исполнения); недостоверность воли или ее отсутствие (как волеизъявления, так и самой воли). Ответственность стороны по договору ограничивается в концепции Р.Иеринга «негативным интересом», то есть возмещением убытков, возникших вследствие недействительности договора, который, однако, не может превышать пределы «позитивного интереса», то есть интереса стороны в надлежащем исполнении договора².

Нормы о *culpa in contrahendo* были закреплены в Германском Гражданском уложении, причем как ответственность договорная. Эта доктрина нашла закрепление во многих странах континентальной Европы (Австрии, Франции, Швейцарии, Греции, Италии, Португалии).

Совсем иные принципы действуют в англосаксонском праве. Принцип «будь осторожен, покупатель» предполагает, что каждый вправе рассчитывать на прибыль, извлекаемую из ошибки партнера.

К.В. Гнищевич отмечает, что английское право не устанавливает обязанности давать разъяснения другой стороне относительно обстоятельств, способных повлиять на заключение договора, а более того, английское право признает правомерным замалчивание фактов даже в ответ на прямой вопрос. Противоправным будет только

¹ См.: *Иеринг Р.* *Culpa in contrahendo*, или Возмещение убытков при недействительности или незаключенности договоров // Вестник гражданского права. 2013. №3.

² См.: *Гнищевич К.В.* Доктрина *culpa in contrahendo* в гражданском праве России. <http://www.dirittoestoria.it/8/Contributi/Gnitsevich-Culpa-contrahend...>

активное поведение лица, состоящее в умышленных действиях или даче ложных ответов и гарантий качества, что может вызвать у контрагента неверное представление о предмете и характере сделки¹. А.Н. Кучер отмечает, что в англо-американском праве преддоговорная ответственность связывается с нарушением специального обещания. В ходе переговоров одна из сторон может дать обещание, подтверждающее ее намерение заключить договор, рассчитывая на которое, вторая сторона произведет определенные расходы. Если первая сторона знает, что вторая, полагаясь на обещание, произведет расходы, то обещавшая сторона не вправе прервать переговоры, не возместив указанные расходы².

Особое место в понятии *culpa in contrahendo* занимают недействительные сделки. При этом надо исходить из того, что и теория Р. Иеринга, и немецкая пандективистика в вопросе о *culpa in contrahendo* начиналась именно с недействительных сделок.

В российской литературе выделяются два вида сделок, подпадающих под понятие *culpa in contrahendo*: недействительность договора, заключенного под влиянием обмана, насилия, угрозы, злонамеренного соглашения представителя одной стороны с другой стороной или стечения тяжелых обстоятельств (ст. 179 ГК РФ, п.п. 9,10 ст. 159 ГК РК); недействительность договора, совершенного гражданином, не способным понимать значение своих действий или руководить ими (ст. 177 ГК РФ, п. 7 ст. 159 ГК РК). Идея здесь заключается в том, что умышленное нарушение преддоговорных обязанностей непременно влечет недействительность (оспоримость) совершенной сделки, вследствие чего на виновную сторону возлагается обязанность возмещения причиненного вреда³.

Эта идея, на мой взгляд, не очень соответствует понятию преддоговорной ответственности. Все-таки сделка уже совершена, она является оспоримой сделкой. И относить ответственность по уже заключенному договору к преддоговорной ответственности кажется не очень продуктивным.

В российской литературе встречались, хотя и редко, возражения против такой трактовки. Например, Д.Н. Кархалев пишет:

«Представляется спорным отнесение к преддоговорной ответственности возмещение убытков (реального ущерба) как последствия недействительной сделки, предусмотренное в ст. 171, 172, 175, 176, 178, 179 ГК РФ. Неблагоприятным последствием совер-

¹ См. об этом: Преддоговорные отношения в российском гражданском праве: новеллы Гражданского кодекса Российской Федерации. С. 75.

² См.: Кучер А.Н. Теория и практика преддоговорного этапа: юридический аспект. М.: Статут, 2005. С. 239.

³ См.: Гнищевич К.В. Преддоговорная ответственность в российском гражданском праве. <http://www.lin.ru/document.htm?id=307149841183948892>.

шения исполненной недействительной сделки является реституция, которая по юридической природе является мерой защиты (не влечет дополнительных имущественных обременений, характерных для ответственности). Убытки у сторон недействительной сделки возникают в момент исполнения сделки либо после этого и представляют собой другое правонарушение (договорное), за которое наступает ответственность в виде возмещения убытков, реализуемое соответственно в другом охранительном правоотношении (наряду с реституционным обязательством)»¹.

Между прочим, в Германском Гражданском уложении *culpa in contrahendo* вначале концентрировалась вокруг недействительных сделок (§§122, 307, 309, 179 BGB). Однако конечным результатом развития идеи преддоговорной ответственности стало появление в BGB новой редакции §311, вступившей в силу с 1 января 2002 г. Согласно этому правилу договорное правоотношение возникает не только вследствие совершения сторонами сделки, но и по причине вступления в переговоры о заключении договора. В рамках этого подготовительного правоотношения существуют преддоговорные обязанности, связанные с необходимостью добросовестного ведения переговоров. Неисполнение или ненадлежащее исполнение таких обязанностей вызывает к жизни преддоговорную ответственность. Следовательно, данное правило не только устраняет все сложности, связанные с определением основания ответственности за *culpa in contrahendo*, но и служит доказательством ее договорной природы².

Представляется, что единственным или преимущественным проявлением *culpa in contrahendo* является ответственность за недобросовестные переговоры, как это закреплено в статье 2.1.15 Принципов УНИДРУА и ст. 434-1 ГК РФ.

Возмещение убытков. Какие убытки должен возместить недобросовестный участник переговоров?

Следует обратить внимание на то, что в ст. 2.1.15 Принципов УНИДРУА говорится о «потерях, причиненных другой стороне». Чтобы понять, что это такое, надо обратиться к статье 7.4.2 Принципов УНИДРУА, в п.1 которой говорится:

«Потерпевшая сторона имеет право на полную компенсацию ущерба, возникшего в результате неисполнения. Такой ущерб включает любые понесенные стороной потери и всякую выгоду, которой она лишилась, учитывая любую выгоду потерпевшей стороны, полученную ею в результате того, что она избежала расходы или ущерб».

¹ См.: Кархалев Д.Н. Преддоговорная ответственность в гражданском праве. <http://xn-80aaacbcckp8bzatg5cb.xn--p1ai/forum/viewtopic.php?f=20&t=12290>.

² См.: Гнищевич К.В. Доктрина *culpa in contrahendo* в гражданском праве России. <http://www.dirittoestoria.it/8/Contributi/Gnitsevich-Culpa-contrahend...>

Здесь закреплено классическое деление убытков на реальный ущерб и улучшенную выгоду (аналогично п.4 ст. 9 ГК РК). Следовательно, потери, причиненные другой стороне, – это реальный ущерб. Упущенная выгода при недобросовестности в переговорах не возмещается.

Об этом же говорится в Комментариях к ст. 2.1.15:

Ответственность стороны за недобросовестные переговоры ограничивается ущербом, причиненным другой стороне (п.2). Иными словами, потерпевшая сторона может получить возмещение расходов, понесенных ею при переговорах, и может получить компенсацию за утрату возможности заключить другой договор с третьим лицом (так называемый отрицательный договорный интерес). Однако она по общему правилу не может получить возмещение выгоды, которую она имела бы, если бы первоначальный договор был все-таки заключен (так называемый ожидаемый (expectation) или положительный (positive) договорный интерес). Только если стороны прямо оговорили обязанность добросовестно вести переговоры, они могут использовать все предоставляемые им в случае нарушения договора средства правовой защиты, включая право требовать его исполнения¹.

В ГК РФ несколько иное решение вопроса об убытках. В п. 3 ст. 434-1 закреплено, что «убытками, подлежащими возмещению недобросовестной стороной, признаются расходы, понесенные другой стороной в связи с ведением переговоров о заключении договора, а также в связи с утратой возможности заключить договор с третьим лицом». То есть в п. 3 ст. 434-1 ГК РФ закреплены специальные правила определения убытков, общие правила о полном возмещении убытков не применяются.

Расходы, понесенные другой стороной, – это, несомненно, реальный ущерб. Утрата возможности заключить договор с третьим лицом – это более сложная материя, но в российской литературе эти расходы признаются реальным ущербом.

Например, А.В. Демкина считает, что по ст. 434.1 ГК РФ возмещению подлежит лишь реальный ущерб.

Реальный ущерб может быть выражен, во-первых, в тех расходах, которые сторона понесла на переговоры, например: транспортные издержки, если переговоры ведутся в другом городе или стране, расходы на аренду залов для переговоров, расходы, связанные с привлечением экспертов, расходы на нотариальные действия, если их совершение необходимо для заключения договора и т.п. Однако такие расходы следует охарактеризовать как необходимые и разумные. Представляется, что «завышенные» расходы, не являющиеся необходимыми для заключения договора, суды не

¹ См.: Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА, 2010. С. 60.

должны взыскивать, опираясь на тот же принцип гражданского права – добросовестность.

Во-вторых, убытками, подлежащими возмещению недобросовестной стороной, признаются расходы, понесенные другой стороной в связи с утратой возможности заключить договор с третьим лицом. В определении этих убытков могут быть сложности. Сразу отметим, что законодатель не относит к убыткам, подлежащим возмещению, разницу в цене, которая связана с заключением в последующем договора на худших условиях. Утрата возможности заключить договор с третьим лицом может повлечь возмещение такого размера убытков, как если бы договор был заключен и исполнен. Например, если речь идет об аренде недвижимого имущества на конкретные даты, и контрагент отказывается в заключении такого договора другим лицам, предполагая, что на эти даты будет заключен договор по уже ведущимся переговорам¹.

В литературе утрата возможности заключить договор с третьим лицом описывается как компенсация потери шанса (*loss of chance*) на получение прибыли².

В иностранной литературе и правоприменительной практике обсуждался вопрос о том, как именно потеря шанса подлежит возмещению. К.Д. Овчинникова приводит в качестве примера практику Кассационного суда Италии, неоднократно отмечавшего, что при необоснованном прекращении переговоров ущерб состоит в понесении потерпевшим ненужных расходов и упущенных альтернативных возможностях заключить аналогичный договор (*occasione i con trattuali*), но не в убытках, которых можно было избежать, или потерянных выгодах, которые можно было получить, будь договор заключен³.

Действительно, компенсация «потери шанса» на заключение договора с третьим лицом является достаточно сложным видом возмещения преддоговорных убытков, поскольку неизвестно, была бы такая упущенная возможность реализована в виде заключенного договора с третьим лицом, на каких условиях такой договор был бы заключен и исполнен. При этом, как справедливо отмечает Д.Е. Богданов, помимо доказательств реальности «упущенного шанса» необходимо также представить и доказательства размера понесенных потерь, что трудновыполнимо⁴.

¹ См.: Преддоговорные отношения в российском гражданском праве: новеллы Гражданского кодекса Российской Федерации. С. 88-89.

² См.: Богданов Д.Е. Справедливость как основное начало определения размера преддоговорной ответственности // Адвокат. 2014. №4. // СПС Консультант Плюс.

³ См.: Овчинникова К.Д. Преддоговорная ответственность // Законодательство. 2004. №3. С.14.

⁴ См.: Богданов Д.Е. Указ.соч.

37.2. СОГЛАШЕНИЕ О НАМЕРЕНИЯХ

В п. 7 ст. 390 ГК закреплено: «Протокол о намерениях (договор о намерениях), если в нем прямо не предусмотрены намерения сторон придать ему силу предварительного договора, не является гражданско-правовым договором, и неисполнение его не влечет за собой юридических последствий».

Поскольку я являюсь автором ст. 390 ГК РК, я помню, как появился в ней пункт седьмой. Это были 90-е годы, время нашествия иностранных инвесторов, и к нам часто обращались за консультациями, как относиться к многочисленным заключаемым тогда документам, называемым договор намерений, протокол намерений, соглашение о намерениях. Мы долго обсуждали этот вопрос на заседании рабочей группы по подготовке проекта Гражданского кодекса и решили, что принципиально важно отграничить эти протоколы от предварительного договора. Поэтому эти отношения просто были признаны неправовыми и не влекущими юридических последствий.

Как отличить соглашение о намерениях от предварительного договора и вообще от любого договора? Единственное отличие – это название. Если документ назван договором (без добавления «о намерениях»), то это гражданско-правовой договор, пользующийся правовой защитой. После этого можно выяснять, что это за договор: предварительный, основной, или вообще незаключенный (виду отсутствия существенных условий).

Но если в документе присутствует слово «намерения» (неважно как он называется: договор, протокол, соглашение), то это не договор и юридических последствий он не влечет. Единственная возможность придать ему силу гражданско-правового договора – указать на намерение сторон придать ему силу предварительного договора.

Поэтому нельзя признать правильным утверждение А.Г. Диденко, что название документа не имеет значения: «Еще одним вопросом, вызывающим неоднозначное толкование, является несоответствие наименования соглашения и его содержания. Имеются в виду случаи, когда соглашение именуется протоколом о намерениях, а в его тексте содержатся существенные условия основного договора. Какому из намерений сторон следует отдать предпочтение? Наименование договора не является элементом его содержания, поэтому не может характеризовать природу договора. Поэтому при установлении природы договора следует исходить из его содержания. Роль наименования соглашения как протокола о намерениях сводится к тому, что в спорной ситуации такой заголовок может служить не атрибутивным свойством самого соглашения, а лишь одним из доказательств

намерения сторон не придавать соглашению значение предварительного договора»¹.

Конечно, наименование договора не входит в его содержание. Однако наименование становится существенным признаком определения документа как договора, если это закреплено законом. В данном случае такое положение включено в ГК, и поэтому все рассуждения А.Г. Диденко прямо противоречат закону.

37.3. ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЙ ДОГОВОР (PACTUM DE CONTRAHENDO)

Понятие предварительного договора. В соответствии с ГК РК, судебной практикой Казахстана и научной литературой предварительный договор имеет узкое значение по: 1) сфере применения и целевому назначению (только для специально-идентифицированного предмета договора); 2) налагаемым им обязанностям (только для заключения основного договора); 3) вероятности нарушения (только уклонение от заключения основного договора); и 4) размеру ответственности за убытки (только расходы, понесенные в ожидании заключения основного договора и в связи с ним). Он представляет собой четко очерченное исключение из нормы гражданского права о том, что меморандум о взаимопонимании или соглашение о намерениях, по которым стороны не принимают на себя существенных обязательств, не имеет юридической силы и лишен юридических последствий. В законодательстве проводится четкое различие между ним и соглашениями о намерениях, с одной стороны, и основными договорами – с другой.

Все преддоговорные контакты в Казахстане, по общему правилу, не имеют никакого правового значения. Не предусмотрено никакой ответственности за их нарушение. Поэтому общее правило, что все письменные договоренности о намерении продолжить переговоры и заключить основной договор – это не более чем соглашение о намерениях, не имеющие правовой защиты. Эти договоренности имеют значение для сторон, они обязаны их исполнять, но эта обязанность морально-этическая, в случае отказа от них никакой правовой реакции не последует.

Единственное исключение из этого общего правила – это предварительный договор. Если стороны хотят получить правовую защиту их договоренности, они оформляют их как предварительный договор, который обязывает стороны заключить основной договор.

То есть предварительный договор заменяет собой все правовые инструменты, которые есть в английском праве относительно пред-

¹ См.: Диденко А.Г. Условия предварительного договора и их значение. В кн.: Гражданское законодательство: Статьи. Комментарии. Практика. Алматы: Каспийский университет, 2018. С. 26.

договорной ответственности: заверения, обещания, гарантии и т.п. Предварительные договоры не известны в контексте общего права. Их применение и назначение в Казахстане строго ограничены. Их основное назначение – предоставить сторонам возможность вступить в договорные отношения касательно обозначенного имущества, на которое предстоит приобрести официальные права, хотя их также можно использовать в отношении договоров оказания услуг и выполнения работ.

К примерам предварительных договоров в законодательстве РК относятся договоры на организацию перевозок грузов, кредитные договоры, предусматривающие обязательство банка предоставить средства заемщику в сумме и на условиях, оговоренных сторонами, договор передачи квартиры в будущем (жилищный контракт)¹. Главным образом, как это видно из судебной практики, предварительные договоры заключаются в отношении купли-продажи или аренды недвижимости².

Например, именно в ожидании получения и формализации права на четко обозначенное имущество, права, которое в то время было только предполагаемым, а не фактическим, стороны берут на себя обязательства по предварительному договору, а именно: обязательство заключить основной договор в будущем. Правовое обоснование предварительного договора заключается исключительно в защите необходимых расходов, связанных с подготовкой основного договора (например, расходы на приобретенное оборудование или промежуточные профессиональные услуги, такие как юридические и бухгалтерские).

Предварительный договор плохо применим для сложных коммерческих контрактов, связанных с приватизацией крупных государственных предприятий, и для коммерческих сделок с крупными и сложными объектами собственности или предприятиями, с участием нескольких сторон, будущими непредвиденными обстоятельствами и множественными и сложными отношениями.

Соглашение категорически не может быть признано предварительным договором, если существенные условия основного договора не указаны и предмет основного договора четко не определен.

Ст. 390 ГК предписывает ряд обязательных требований к содержанию предварительного договора:

(а) Во-первых, предварительный договор должен предусматривать обязательство сторон заключить основной договор в будущем

¹ Гражданское право. Том 2. Вещное право. Обязательственное право: Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред.: М.К. Сулейменов. Алматы, 2013. С. 461.

² Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан, 2014. № 11; Постановление надзорной коллегии Верховного Суда Республики Казахстан от 30 июля 2008 года № 4гп-202-08; Постановление надзорной коллегии Верховного Суда Республики Казахстан от 30 апреля 2008 года № 4гп-100-08.

на существенных условиях, изложенных в предварительном договоре (п.1 ст. 390 ГК);

(b) Во-вторых, предварительный договор должен быть в письменной форме или в форме, установленной законодательством для основного договора (п.2 ст. 390 ГК);

(c) В-третьих, предварительный договор должен содержать условия, позволяющие установить предмет и другие существенные условия основного договора (п.3 ст. 390 ГК).

Обязательство из предварительного договора. Единственное обязательство, вытекающее из предварительного договора, – это обязательство заключить основной договор на существенных условиях, оговоренных в предварительном договоре, в оговоренные сроки, или, если сроки не определены, в течение одного года с момента заключения предварительного договора (п.4 ст. 390 ГК). Если основной договор не заключен в течение соответствующего срока, предварительный договор прекращается, и стороны не имеют никаких прав или требований друг к другу, кроме как в случае «уклонения» от заключения основного договора.

Стороны должны прямо принять на себя это обязательство. Если прямо выраженного намерения сторон заключить основной договор нет, или нет явного намерения заключить предварительный договор, то не будет считаться заключенным и юридически обязательным предварительный договор. Это вытекает из п.1 ст. 393 ГК, согласно которому договор (в том числе предварительный договор в соответствии со п.1 ст. 390 ГК) считается заключенным (то есть приобретает юридическую силу) с момента, когда сторонами достигнуто соглашение по предмету и другим существенным условиям договора.

Ст. 390 ГК не предусматривает каких-либо обязательств, кроме обязательств по заключению основного договора. Она подчеркнута не предусматривает имущественных или финансовых обязательств, какие могут быть предусмотрены основным договором. Таким образом, цель или предмет предварительного договора – обязательство заключить основной договор. Предварительный договор не является и не может составлять сам основной договор, и он не дает никаких прав на существенные условия, которые должны составлять часть основного договора.

Это различие между обязательством, содержащимся в предварительном договоре о заключении основного договора, и предполагаемыми обязательствами, которые должны содержаться в будущем основном договоре, является основополагающим. Обязательства, вытекающие из предварительного договора, носят подготовительный или организационный характер.

Существенные условия. Предмет основного договора (предмет собственности, объем работ, характер услуг) должен быть

специфически определен в предварительном договоре. Это подчеркивается, в частности, в одной из публикаций А.Г.Диденко:

«Для предварительного договора, где предметом будущего договора выступает площадь в строящемся здании, важна индивидуальная определенность этого предмета. Если в предварительном договоре указано, допустим, только количество квадратных метров площади, причитающейся потенциальному покупателю или арендатору, то такой договор следует признать незаключенным, подобно тому, как рассматриваются незаключенными договоры залога, в которых предмет залога не индивидуализирован. Индивидуализация может быть достигнута путем ссылок на данные проектной документации, указания этажа и пр.»¹.

Важно, чтобы все существенные условия предполагаемого основного договора были включены в предварительный договор, как предусмотрено в п. 3 ст. 390 ГК («...должен содержать условия, позволяющие установить предмет, а также другие существенные условия основного договора»). Предмет и существенные условия основного договора должны включать не только те, которые определены законодателем для данного типа договора (например, цена договора купли-продажи), но также любые дополнительные особые условия, которым стороны соглашаются придавать юридическую силу при заключении основного договора.

Если существенные условия основного договора не указаны в предварительном договоре, это будет противоречить цели или предмету предварительного договора, а именно – обязательству сторон заключить основной договор на согласованных условиях. Все, что сторонам остается сделать после заключения предварительного договора – это заключить основной договор, а не изменять предварительный договор, тем более не вести по предварительному договору переговоры и не проводить проверку, на основе результатов которой решать, заключить ли договор или отказаться (если только стороны по взаимному согласию не пожелают внести изменения в действующий предварительный договор). Если одному из контрагентов переговоров требовалось больше времени для проверки, на основании результатов которой он мог бы решить, переходить ли к заключению основного договора и на каких конкретно существенных условиях, то такой инструмент, как предварительный договор, в данном случае неприменим.

Конечно, предварительный договор, как и любой гражданско-правовой договор, может быть изменен по соглашению сторон. Аналогичным образом стороны могут договориться о том, что существенные условия в основном договоре могут отличаться от

¹ См.: Диденко А.Г. Обязательное заключение договора // Гражданское законодательство: Статьи. Комментарии. Практика. Выпуск 35 / Под ред. А.Г. Диденко. Алматы, 2010. С. 17-18 (ЕХ -5).

условий, изложенных в предварительном договоре. Однако, как только существенные условия будут согласованы в предварительном договоре, ни одна из сторон предварительного договора не вправе потребовать согласования дополнительных и иных условий для заключения основного договора.

Как видно из вышесказанного, ст. 390 ГК предусматривает как ограниченное обязательство, так и ограниченный объем ответственности. Ст. 390 ГК предусматривает, что предварительные договоры представляют собой особую категорию соглашения, отличную как от будущих основных договоров, так и от меморандумов о намерениях, которые четко разделены.

Прекращение предварительного договора. Предварительный договор будет прекращен, если:

(а) заключен основной договор. Если заключен основной договор, то при его заключении обязательства по предварительному договору (а именно после заключения основного договора) по логике должны утратить силу, так как они были должным образом выполнены;

(б) основной договор не заключается в течение установленного срока (п.6 ст. 390 ГК). В конце периода, в течение которого должен быть заключен основной договор, обязательства предварительного договора будут прекращены; предварительный договор не может продолжать действие после указанного периода;

(с) если ни одна из сторон не направляет другой стороне предложение о заключении договора (п.6 ст. 390 ГК).

В целях прекращения предварительного договора в подпунктах (б) и (с) выше, законодатель предоставил сторонам предварительного договора молчаливую оговорку: если стороны согласны или существует обоюдное бездействие сторон, их обязательства по заключению основного договора прекращаются. Вышесказанное не будет являться нарушением предварительного договора. Однако это являлось бы нарушением, если бы одна из сторон предварительного договора стремилась уклониться от заключения основного договора.

Уклонение от заключения предварительного договора. Ст. 390 ГК предусматривает лишь одно обстоятельство, при котором обязательства предварительного договора считаются нарушенными, а не истекшими и не прекращенными по окончании периода. Это случай, «когда сторона...уклоняется от заключения предусмотренного им (основного) договора» (п.5 ст. 390 ГК).

Сторона уклоняется от заключения основного договора, когда она не заключает основной договор после получения предложения и не отвечает на предложение. Сторона также уклоняется от заключения основного договора, если она отказывается заключить договор по неосновательным или незаконным причинам.

Однако, когда сторона отказывается заключить договор, потому что контрагент сделал предложение на основе условий, отличных от тех, которые были согласованы в предварительном договоре, ее отказ не является нарушением путем уклонения в значении ст. 390 ГК.

И наоборот, когда сторона, делающая предложение на условиях, отличных от тех, которые были согласованы в самом основном соглашении, отказывается заключить основной договор, потому что контрагент не принимает измененные условия, ее отказ будет квалифицироваться как уклонение. В ст. 390 ГК требуется просто и прямо, чтобы обе стороны 1) согласились с существенными условиями основного договора и 2) заключили основной договор именно на этих существенных условиях, как то было согласовано. Стороны могут изменить положения действующего предварительного договора, как и все другие договоры, однако только по взаимному согласию сторон.

Требование, чтобы сторона сделала предложение, является неукоснительным. Казахские суды не присуждают компенсацию убытков в случае, если одна из сторон предварительного договора не направила предложение о заключении основного договора другой стороне в течение установленного срока, и основной договор никогда не был заключен.

Например, между сторонами состоялся предварительный договор от 11 апреля 2013 года, по которому стороны обязались заключить в будущем (до 11 сентября 2013 г.) договор о передаче имущества на условиях, предусмотренных предварительным договором. Договоры купли-продажи объектов недвижимости не заключены, предложений о заключении их в срок до 11 сентября 2013 года от ответчика истец не получал, соответственно, обязательства истца перед ответчиком по предварительному договору от 11 апреля 2013 года прекращены с 12 сентября 2013 года. Суд установил, что обязательства, предусмотренные предварительным договором, прекращаются, если до окончания срока, в который стороны должны заключить основной договор, он не будет заключен либо одна из сторон не направит другой стороне предложение заключить этот договор¹.

В другом случае суд отклонил применение п. 5 ст. 390 ГК по аналогичным основаниям. Поскольку предварительным договором определен срок заключения основного договора до 19 апреля 2007 года, основной договор не заключен, ни законодательными актами, ни предварительным договором не предусмотрено принудительное заключение основного договора, то [...] в силу п.6 ст. 390 ГК обязательства сторон по предварительному договору прекращены ввиду истечения срока для заключения основного договора².

¹ Бюллетень Верховного Суда. 2014. № 11. Постановление №3гп-571-14. С. 20-23.

² Постановление надзорной коллегии Верховного Суда Республики Казахстан от 30 апреля 2008 года №4 гп-100-08.

Возмещение убытков. Убытки, вызванные нарушением предварительного договора путем уклонения, взыскиваются только при условии, если будет доказано, что:

(а) такое уклонение является противоправным и виновным;

(b) у стороны, уклонившейся от заключения договора, отсутствовали правовые основания для такого уклонения;

(с) убытки должны возникать в результате прямого отказа от заключения основного договора и ограничиваться расходами, понесенными при подготовке основного договора.

Убытки строго ограничиваются убытками, понесенными в результате незаключения основного договора (если иное не предусмотрено законодательством или условиями предварительного договора) (п. 5 ст. 390 ГК). Такие убытки могут включать расходы на усилия, направленные на подписание основного договора (являющегося единственным предметом предварительного договора, и заключение которого является единственным обязательством по предварительному договору), но нельзя представить, чтобы они распространялись на убытки, вытекающие из нарушения любых предполагаемых или возможных прав и обязательств по предполагаемому основному договору или договорам, и еще менее – на упущенные выгоды и преимущества, которые могли бы вытекать из них, поскольку такие права никогда не предоставлялись и обязательства не принимались по предварительному договору.

В случае нарушения путем уклонения от заключения основного договора нарушившая сторона не может требовать возмещения ущерба от нарушения самого основного договора. Нельзя смешивать два совершенно разных типа убытков: 1) убытки, вытекающие из уклонения, как единственно возможного нарушения предварительного договора – эти убытки ограничиваются промежуточными расходами (ст. 390 ГК), и 2) убытки, которые возникнут в результате будущего нарушения основного договора (п.4 ст. 9 ГК). Смешение этих двух понятий противоречит фундаментальной причинно-следственной связи между нарушением и убытками, требуемой в соответствии с п. 4 ст. 9 ГК.

В случаях, когда уклонение установлено, суды обычно ограничивают компенсацию возвратом сумм, полученных по предварительному договору. В одном из судебных дел было установлено, что 15 октября 2007 года между Б. (Продавец), с одной стороны, и А. и Е. (Покупатели), с другой стороны, был заключен предварительный договор, по условиям которого продавец обязуется продать, а покупатели купить квартиру. Покупатели оплатили продавцу первоначальный взнос до подписания основного договора. Впоследствии продавец предложила расторгнуть предварительный договор. В суде ответчик подтвердила полученную сумму по предва-

рительному договору. Суд взыскал с ответчика сумму, полученную им от Истцов в качестве взносов до подписания договора¹.

Таким образом, резкое различие, проведенное в гражданском праве Казахстана между предварительным договором и основным договором, демонстрируется крайне ограниченными последствиями нарушения первого по сравнению с потенциально широкими последствиями нарушения последнего.

Пытаясь доказать возможность взыскать убытки, связанные не только с предварительным, но и с основным договором (упущенная выгода от потерь, связанных с надеждами по получению прибыли от основного договора), А.Г. Диденко прибегает, как он говорит, к иллюстрации на самом простом уровне. Он пишет: «Допустим, что один покупатель заключил с двумя продавцами договоры на покупку елок к 25 декабря. Первый договор был обусловлен предварительным договором, который должен был быть заключенным 15 декабря. Второй договор был заключен как самостоятельный договор. Продавцы нарушили свои обязательства. По логике сторонников взыскания за нарушение предварительного договора только различных подготовительных расходов, к примеру, по аренде складских помещений, должны быть взысканы только эти расходы, но не упущенная выгода от несостоявшейся продажи новогодних елок, в то время как по второму договору убытки должны быть взысканы в полном объеме в соответствии с общими правилами ст.ст. 9 и 350 ГК. Думаю, что такое решение является явным нарушением принципа справедливости, требующего равных возможностей для субъектов в схожих ситуациях, поэтому должно действовать общее правило п.5 ст. 390 ГК о полном возмещении убытков. Разумеется, между упущенной выгодой и незаключением основного договора должна существовать и быть доказанной прямая причинная связь»².

Очень странное понимание принципа справедливости! Если исходить из принципа справедливости, то его явным нарушением будет потребовать возместить упущенную выгоду как от продавца, с которым был заключен полноценный договор, так и от продавца, с которым у покупателя нет никакого договора. Срок заключения основного договора истек 15 декабря, и потенциальный покупатель мог бы позаботиться о заключении основного договора или о поиске нового продавца, а не ждать наступления 25 декабря, чтобы потребовать упущенную выгоду от неисполнения несуществующего договора. Тем более, очень странным выглядит поведение покупателя, если он не заключает сразу основной договор, а откладывает заключение предварительного договора до 15 декабря. У продавца могут возникнуть вполне обоснованные подозрения, что елки покупателю

¹ Решение Алматинского районного суда г. Астана от 19 июня 2008 года.//ИС Параграф.

² См.: Диденко А.Г. Указ. соч. С. 26-27.

не очень и нужны, если он в горячую предновогоднюю пору сомневается почти до нового года, нужны ему елки или нет.

Выводы. Таким образом, предварительный договор следует отличать, с одной стороны, от протокола намерений, нарушение которого, в отличие от нарушения предварительного договора, не влечет никаких последствий, и, с другой стороны, от основного договора, в отличие от которого предварительный договор содержит одну-единственную обязанность (заключить основной договор) и в отличие от которого нарушение предварительного договора влечет за собой возмещение убытков, ограниченное только рамками предварительного договора.

37.4. ОБЩИЕ ВЫВОДЫ

Таким образом, можно сформулировать следующие выводы:

1) преддоговорные переговоры или переговоры о заключении договора представляют собой самостоятельную стадию договорного процесса – преддоговорную стадию;

2) генеральное правило данной стадии – все отношения между сторонами, если иное не предусмотрено законодательством или договором, являются неправовыми и регулируются иными социальными нормами, в частности нормами морали и нравственности. Правовой защитой эти отношения не пользуются;

3) для того, чтобы эти отношения получили правовую защиту, необходимо признание их правовым законодательством или соответствующим законодательству договором;

4) одним из таких случаев являются недобросовестные переговоры (если они предусмотрены законом), следствием которых выступает *culpa in contrahendo*;

5) протокол (соглашение, договор) о намерениях является неправовым документом и не влечет никаких юридических последствий, если в нем прямо не указано, что он имеет силу предварительного договора. Содержание этого документа не имеет никакого значения, даже если в нем были все признаки предварительного договора, в силу прямого указания п. 7 ст. 390 ГК РК;

6) предварительный договор является правовым документом, единственным обязательством которого является обязательство заключить основной договор. В случае доказанного уклонения одной стороны от заключения основного договора другая сторона вправе требовать возмещения убытков, вытекающих из незаключения предварительного договора, состоящих в основном из реального ущерба. Убытки в форме реального ущерба и упущенной выгоды, которые вытекали бы из нарушения основного договора, если бы стороны его заключили, возмещению не подлежат.

Глава 38. СПЕЦИАЛЬНЫЕ ДОГОВОРНЫЕ КОНСТРУКЦИИ (ОБЩИЕ ДОГОВОРЫ) И ИХ МЕСТО В СИСТЕМЕ ПРАВА

38.1. ВВЕДЕНИЕ

О специальных договорных конструкциях широко начали говорить во время проведения реформы гражданского права в Российской Федерации. Родоначальником или, во всяком случае, активным пропагандистом этой концепции стал проф. В.В. Витрянский¹. Благодаря его высокому авторитету данная концепция обрела многочисленных сторонников и стала господствующей.

К специальным договорным конструкциям относят закрепленные в ГК РК и ГК других постсоветских стран публичный договор (ст. 387 ГК РК), договор присоединения (ст. 389 ГК РК), предварительный договор (ст. 390 ГК РК), договор в пользу третьего лица (ст. 391 ГК РК). Кроме того, в ходе реформы гражданского права в ГК РФ Федеральным законом от 8 марта 2015 г. были включены нормы еще о четырех специальных договорных конструкциях: рамочный договор (договор с открытыми условиями) (ст. 429.1), опцион на заключение договора (ст.429.2), опционный договор (ст.429.3) и абонентский договор (договор с исполнением по требованию) (ст. 429.4).

В.В. Витрянский говорит только о семи конструкциях, опционный договор он не признает за таковую. Указав на ряд недостатков в определении опционного договора, он пишет, что попытку создания единой модели специальной новой договорной конструкции (так называемого опционного договора) без широкого обсуждения с профессиональной и юридической общественностью следует признать неудачной. Общий вывод В.В. Витрянского таков, что опционный договор представляет собой пример «теневой» поправки, то есть поправки в ГК РФ, никак не согласованной с мнением научного сообщества².

С таким подходом нельзя согласиться. Опционный договор, несмотря на все его недостатки, закреплен в общей части обязательственного права ГК РФ, так же как и другие договоры. И если не

¹ См., например: *Витрянский В.В.* Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. М.: Статут, 2016 // СПС «Консультант Плюс»; *его же.* Специальные договорные конструкции в условиях реформирования гражданского законодательства // *Хозяйство и право.* 2011. №10. С. 3-17. Другие работы В.В. Витрянского подробно проанализированы далее.

² См.: *Витрянский В.В.* Реформа российского гражданского законодательства. М.: Статут, 2016.

относить его к специальной договорной конструкции, то что это, по мнению В.В. Витрянского? А тот факт, что не учтено мнение научной общественности, ни в какой мере не влияет на значимость этого договора и его действительность как конструкции, закрепленной в норме права.

38.2. КЛАССИФИКАЦИИ ДОГОВОРОВ

Деление договоров проводится по самым различным критериям, и по поводу их классификации в юридической литературе идут споры¹. На наш взгляд, наиболее приемлемым является деление договоров по видам осуществляемых должником действий (то есть по предмету договора): передача имущества, выполнение работ, оказание услуг, осуществление совместной деятельности. В соответствии с данным критерием можно выделить следующие виды договоров:

1. Договоры по передаче имущества в собственность (например, купля-продажа; мена; дарение; снабжение энергетическими и другими ресурсами через присоединенную сеть; рента).

2. Договоры по передаче имущества в пользование (например, имущественный наем (аренда), в т.ч. лизинг и концессия; безвозмездное пользование имуществом (ссуда); наем имущества).

3. Договоры по выполнению работ (например, подряд, в т.ч.: на капитальное строительство, на выполнение проектно-изыскательных работ, на капитальный ремонт, на выполнение научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ).

4. Договоры по оказанию услуг (например, транспортные обязательства, в т.ч. перевозка, буксировка, транспортная экспедиция; банковское обслуживание; поручение; комиссия; хранение; доверительное управление; франчайзинг; факторинг).

5. Договоры о совместной деятельности (например, простое товарищество, учредительный договор).

Это самая общая схема. В юридической литературе идет постоянная дискуссия, какие договоры сюда еще надо включать, какие нет. Но я все это опушу, так как это может увести нас в сторону от основной темы исследования.

Это основная классификация договоров и договорных обязательств. Однако существует еще много других классификаций по самым разным критериям.

Можно, в частности, назвать деление договоров:

¹ См. например: *Красавчиков О.А.* Система отдельных видов обязательств// Советская юстиция. 1960. №5. С. 42-43; *Гордон М. В.* Система договоров в советском гражданском праве // Ученые записки Харьковского юридического ин-та. 1954. №5. С. 84; *Гражданское право. Учеб.: в 3 т. Т.1.* / Под ред. А.П. Сергеева. – М.: ТК Велби, 2008. С. 821-823.

- на реальные и консенсуальные;
- возмездные и безвозмездные;
- односторонние и взаимные (двусторонние);
- основные (окончательные) и предварительные;
- свободные и обязательные (публичный договор);
- взаимосогласованные и договоры присоединения;
- договоры в пользу их участников и договоры в пользу третьего лица¹.

Однако есть ряд договоров, которые остаются вне классификаций, хотя они занимают важное место в регулировании общественных отношений. Прежде всего, это те самые специальные договорные конструкции, закрепленные в общей части обязательственного права.

Некоторые из этих договоров попали в двухэлементные классификации (предварительный, договор присоединения, публичный, договор в пользу третьего лица). Но нет общей классификации, которая могла бы объединить эту группу договоров и включить их в единую классификацию.

Теоретиками гражданского права делаются попытки определить место этих договоров в системе гражданско-правовых договоров.

В частности, по мнению В.В. Витрянского, специальные договорные конструкции объединяет то обстоятельство, что они подлежат применению (в том числе путем их использования сторонами договора при оформлении своих договорных отношений) практически к любым типам (видам) договорных обязательств, которые обладают необходимым набором признаков, характерных для каждой специальной договорной конструкции.

Сначала В.В. Витрянский использовал также термин «типовые договорные конструкции»², но в дальнейшем отказался от его применения, говоря только о специальных договорных конструкциях³.

Применительно к абонентскому договору А.Г. Карапетов пишет: «Абонентский договор – это не некий поименованный договорный тип наряду с куплей-продажей, подрядом, арендой и т.п. Это договорная конструкция, некая форма, в которую можно об-

¹ См.: Гражданское право. Том 2. Вещное право. Обязательственное право: Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы, 2013. С. 458-465.

² См.: *Витрянский В.В.* Общие положения о договоре в условиях реформирования российского гражданского законодательства. В кн.: Кодификация российского гражданского права / Под ред. П.В. Крашенинникова. – М.: Статут, 2013. С. 95-99.

³ См.: Специальные договорные конструкции в условиях реформирования гражданского законодательства. В кн.: Гражданское право и современность: Сб. статей, посвященный памяти М.И. Брагинского / Под ред. В.Н. Литовкина и К.Б. Ярошенко; Ин-т законодательства и сравн. правоведения при Правительстве РФ. – М.: Статут, 2013. С. 416-425.

лечь, по сути, почти любой возмездный поименованный договор. Может быть абонентский договор оказания услуг, абонентский договор подряда, абонентский договор купли-продажи и т.п.»¹.

К.К. Лебедев пишет, что в главе 27 ГК РФ содержатся положения о некоторых правовых формах, которые могут, а в некоторых случаях – должны использоваться при заключении основных договоров, а именно о публичном договоре (ст. 426), примерном договоре (ст. 427), договоре присоединения (ст. 428), предварительном договоре (ст. 429) и договоре в пользу третьего лица (ст. 430). Использование таких правовых форм придает основному или даже вспомогательному договору особые правовые качества, например обязательность заключения, обеспечения баланса прав и обязанностей сторон, предоставления прав третьему лицу и т.д. Эти правовые формы названы в ГК РФ договорами, но они ими не являются. Эти правовые формы могут быть признаны специальными договорными конструкциями, которые только проявляют себя в каких-либо основных или вспомогательных договорах. Поэтому правовые договорные конструкции не входят в систему основных гражданско-правовых договоров².

Как утверждает Г.Н. Орлов, опцион на заключение договора и опционный договор не являются самостоятельными видами договоров, поименованных в ГК РФ, а представляют собой договорные конструкции. Они, так же как абонентский договор, предварительный, рамочный, публичный, выступают предпосылками к возникновению договора или основного обязательства. Однако законодатель называет эти формы договорами. В целях недопущения смешения понятий предлагаются правовые формы, которые законодатель назвал как опционный договор и опцион на заключение договора, именовать опционными договорными конструкциями, в отличие от тех правовых форм, которые, согласно части второй ГК РФ, являются самостоятельными видами договоров. Под термином «договорная конструкция», по его мнению, понимаются юридически определенные договорные условия, формирующие единый вид отношений сторон, обладающих совокупностью общих для данного вида договорных отношений признаков и общих правил правового регулирования³.

¹ См.: *Карпетов А.Г.* Новые договорные конструкции в ГК РФ: абонентский договор и опционы. Источник: http://m-logos.ru/img/Tezis_Karapetov_09042015.pdf. Дата доступа: 06.03.2018.

² См.: *Лебедев К.К.* Развитие системы договоров в России на современном этапе. – В кн.: *Гражданское право: вызовы времени: Матер. Межд. науч. конф., посвященной 70- летию юбилею д-ра юрид. наук, проф. А.Г. Диденко.* /Отв.ред. Е.В. Нестерова. – Алматы: ИК Раритет, 2014. С. 283-284.

³ См.: *Орлов Г.Н.* Опционные договорные конструкции в Гражданском кодексе Российской Федерации и их дальнейшее развитие: Дис. ... канд. юрид. наук. Санкт-Петербург, 2018. С. 12.

Как отмечает П.А. Меньшенин, «опционный договор не является самостоятельным типом или видом договорных обязательств. Он выступает, скорее, в качестве абстрактной категории (своего рода объединяющего знака), охватывающей одним понятием различные договорные модели»¹.

По мнению С.Ю. Морозова и О.С. Юренковой, специальная договорная конструкция опционного договора соглашением в собственном смысле не является, а представляет собой законодательную модель, являющуюся результатом мыслительной деятельности и обобщающую наиболее юридически значимые признаки конкретных договоров. Поэтому закономерно, что правила о нем закреплены в ст. 429 ГК РФ в одном ряду со специальными договорными конструкциями и предварительного, рамочного и абонентского договора². В другой работе С.Ю. Морозов утверждает, что специальная договорная конструкция представляет собой законодательную оболочку, которую может примерить на себя практически любой договор»³. О.С. Юренкова также дает общее понятие типовой договорной конструкции, которую она именует «специальной договорной конструкцией» и определяет ее как «гражданско-правовая форма выражения нормативной схемы регулирования, созданная в результате мысленного абстрактного обобщения однородных признаков, находящихся с нею в отношении соответствия конкретных договоров, и содержащая универсальное определение законодательной модели таких договоров, специальные требования к их субъектному составу и содержанию, а также к юридическим процедурам их заключения и (или) исполнения, расторжения»⁴.

Обобщая принципиально важное в изложенных точках зрения на понятие специальной (типовой) договорной конструкции, можно сделать однозначный вывод, что по мнению абсолютно всех исследователей смысл типовой договорной конструкции состоит в том, что она находится вне деления договора на род–вид или тип–вид⁵. Таким образом, выделение специальных (типовых) договор-

¹ См.: Меньшенин П.А. Предварительный договор в российском гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 7.

² См.: Морозов С.Ю., Юренкова О.С. Специальная договорная конструкция опционного договора // Вестник ТвГУ Серия «Право». 2015. №1. С. 66. eprints.tversu.ru/4640/1/Вестник_ТвГУ_Серия_Право_2015_1_С.65-73.pdf.

³ См.: Морозов С.Ю. Некоторые проблемы, связанные с определением правовой природы гражданско-правовых организационных договоров // Российская юстиция. 2015. №7. С. 11-14.

⁴ См.: Юренкова О.С. Специальные договорные конструкции о предоставлении субъективного права требования заключения и исполнения гражданско-правовых договоров в будущем: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2015. С.12.

⁵ См.: Садилов О.Н. Некоторые положения теории гражданского права // Советское государство и право. 1966. №9. С. 15-24; Романец Ю.В. Система договоров в гражданском праве России: Монография. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, Инфра-М, 2013. – СПС «КонсультантПлюс».

ных конструкций должно противостоять традиционному делению гражданско-правовых договоров по предмету (объекту), отраженному, в частности, в структуре части II ГК РФ¹.

Как пишет В.И. Татаренко, специальные (типовые) договорные конструкции не противопоставлены друг другу. Один и тот же договор может быть рамочным и договором в пользу третьего лица. Предварительный договор тоже может быть одновременно и договором в пользу третьего лица. В то же время трудно представить, чтобы один и тот же договор был опционным и рамочным, рамочным и абонентским. Однако указанная нелогичность выделения конструкций предварительного договора, договора в пользу третьего лица и т.д. обусловлена, прежде всего, тем, что они не представляют собой типы или виды договора, а выступают своего рода юридическим приемом, позволяющим обобщать регулирование сходных ситуаций в отношении различных правоотношений².

В качестве примера тех мучений, которые испытывают последователи одноплоскостной системы права, можно привести рассуждения Г.Н. Орлова. В частности, он пишет: «Опцион на заключение договора и опционный договор не относятся к категории самостоятельных договоров, поименованных в части второй ГК РФ. Они носят организационный характер, так же, как характер абонентского договора, предварительного, рамочного, публичного. Однако законодатель называет эти формы договорами. В целях недопущения смешения понятий предлагается правовые формы, которые законодатель назвал как опционный договор и опцион на заключение договора, именовать опционными договорными конструкциями, в отличие от тех правовых форм, которые согласно главе второй ГК РФ являются самостоятельными договорами»³.

Идея простая: поскольку опционные договоры не вписываются в число самостоятельных (основных) договоров, то это и не договоры вовсе, а договорные конструкции. В то же время эти договорные конструкции вроде бы договоры, ибо есть оферта и акцепт, условия договоров, исполнение и ответственность за неисполнение. То есть вроде бы не договор, но в то же время все существенные признаки договора налицо.

Довольно странные договорные конструкции, не находите?

В.В. Витрянский признал очевидным, что специальные договорные конструкции не относятся к числу рядовых видов (разновидностей) гражданско-правовых договоров, и по этой причине

¹ См.: *Татаренко В.И.* Рамочные и абонентские договоры в гражданском праве: Дис. ... канд.юрид.наук. М., 2018. С. 23.

² См.: *Татаренко В.И.* Указ.соч. С. 23-24.

³ См.: *Орлов Г.Н.* Указ.соч. С. 90.

они не «вписываются» в традиционные классификации гражданско-правовых договоров¹.

Однако места этим договорам в системе гражданско-правовых договоров он так и не нашел.

38.3. ЮРИДИЧЕСКИЕ КОНСТРУКЦИИ В НАУКЕ ПРАВА И В СИСТЕМЕ ПРАВА

Прежде чем проанализировать данную концепцию, необходимо выяснить, что представляют собой договорные правовые конструкции с точки зрения теории права.

Юридическая конструкция представляет собой некую идеальную модель, которая должна отражать структурное строение правоотношений, юридических фактов или их элементов, правонарушений². Если юридические конструкции выражены в нормах права, они становятся нормативными юридическими конструкциями. С.С. Алексеев писал, что «юридические конструкции представляют собой специфическое построение нормативного материала, соответствующее определенному типу или виду сложившихся правоотношений, юридических фактов, их связи между собой»³.

В более поздней работе С.С. Алексеев определял это понятие следующим образом: «Юридическая конструкция – это своеобразное модельное построение прав, обязанностей, ответственности, их типовые схемы, в которые облекается юридический материал»⁴. Как отмечал В.М. Горшенев, «юридические конструкции – это нормативные предписания, органически связанные с дефинициями, ибо они также способствуют установлению определенности и четкости в механизме правового регулирования. Однако их юридическая природа устанавливается не из прямых указаний нормативно-правовых актов, а из общих положений права и юридической практики»⁵.

Из всех этих определений ясно, что юридические конструкции могут рассматриваться как некие образования и в системе правовой науки, и в системе права⁶.

¹ См.: *Витрянский В.В.* Некоторые аспекты учения о гражданско-правовом договоре в условиях реформирования гражданского законодательства // Проблемы развития гражданского права: Сборник статей к юбилею Владимира Саурсевича Ема / Отв. ред. Е.А. Суханов, Н.В. Козлов. – М.: Статут. 2011. С. 335.

² См.: *Черданцев А.Ф.* Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике. Екатеринбург, 1993. С. 131.

³ См.: *Алексеев С.С.* Общая теория права. М., 1982. Т.2. С. 275-276.

⁴ См.: *Алексеев С.С.* Право: азбука-теория-философия: Опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. С. 108.

⁵ См.: *Горшенев В.М.* Нетипичные нормативные предписания в праве // Советское государство и право. 1978. №3. С. 117-118.

⁶ См.: Черданцев разделял юридические конструкции на теоретические и нормативные (см.: *Черданцев А.Ф.* Юридические конструкции, их роль в науке и в практике // Правоведение. 1972. №3 С.13-14.)

Но когда речь идет об юридических конструкциях в системе права, авторы говорят о специфическом построении нормативного материала, о средствах построения нормативного материала, об идеальной модели, которая должна отражать структурное строение правоотношений, юридических фактов и правонарушений. Даже если их называют нормативными предписаниями, добавляют, что их юридическая природа устанавливается не из прямых указаний нормативно-правовых актов, а из общих положений права и юридической практики.

С.С. Алексеев рассматривает юридические конструкции как модельную схему или типовое построение правомочий, обязанностей и т.п., как структуру в самом точном значении, когда все ее элементы образуют устойчивое строение, «скелет», инфраструктуру типа жесткого организма¹.

Получается, что юридическая конструкция – это модель, типовое построение, структура, построение нормативного материала и т.п. То есть это установление определенных связей между нормами права и институтами, но не сами нормы и институты.

На мой взгляд, если признавать наличие юридических конструкций в системе права, надо рассматривать в качестве таковых не нормы и институты, в взаимосвязи между нормами и институтами. Тогда это будет похоже на нечто глубинное и идеальное в системе права.

Мне кажется, что последователи С.С. Алексеева, который был сторонником внедрения юридических конструкций в правовую материю, не совсем верно восприняли его концепцию. С.С. Алексеев говорил о юридических конструкциях не как об отдельных нормах права, а как о глубинных, сущностных связях между правовыми нормами.

Например, В.И. Татаренко, анализируя юридические конструкции, утверждает следующее:

«В специальной литературе, исходя из современного опыта и классической теории юридической конструкции Р.Ф. Иеринга, отмечается, что «юридическая конструкция – это разработанная доктриной и принятая юридическим научным сообществом идеальная модель, позволяющая теоретически осмыслить, нормативно закрепить, обнаружить в правовом тексте и в реальных юридических отношениях закономерную, последовательную, логичную взаимосвязь структурных элементов различных правовых явлений»².

То есть юридические конструкции воплощаются в законода-

¹ См.: Алексеев С.С. Юридические конструкции – ключевое звено права (в порядке постановки проблемы) // Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. М.: Статут, 2001. С. 8.

² См.: Краснов Ю.К., Надвикова В.В., Шкатулла В.И. Юридическая техника: Учебник. М.: Юстицинформ, 2014 // СПС «Консультант Плюс».

тельном тексте уже после того как их признает юридическая доктрина. Такова, например, история рамочного договора. В начале рамочные договоры в России были подробно описаны в широко известной работе профессора Л.Г. Ефимовой «Рамочные (организационные) договоры»¹, затем их закрепление было предложено Концепцией совершенствования гражданского законодательства и лишь затем они нашли свое отражение в тексте ч. 1 ст. 429¹ ГК РФ»².

Это называется: делать неверные выводы из верного положения. Определение юридической конструкции, данное Ю.К.Красновым, В.В.Надвиковой и В.И.Шкатулла, можно признать правильным: это идеальная модель, существующая в правовой доктрине, то есть в науке права. Но как можно из этого сделать вывод, что юридическая конструкция, воплощаясь в законодательном тексте, остается все той же юридической конструкцией? Даже из приведенного примера с рамочным договором совершенно ясно, что рамочный договор закреплен в ст. 429.1 ГК РФ, то есть в норме права. И ст. 429.1 ГК РФ – это норма права или норма законодательства, но никак не та юридическая конструкция, которая существует в правовой доктрине. То есть юридическая конструкция или переходит из сферы правовой науки в сферу права и законодательства, превращаясь в норму права, или остается все той же идеальной моделью в сфере правовой науки.

Таким образом, говоря о применении этих теоретических положений к концепции «специальных договорных конструкций» в системе гражданского права, следует иметь в виду следующее:

Во-первых, понятие «юридические конструкции», в том числе «договорные конструкции», по моему глубокому убеждению, может применяться только в системе науки права, но не в системе права.

Во-вторых, если даже признать наличие юридических конструкций в системе права, трудно (а, по-моему, невозможно) найти им место. Право по своей структуре состоит из четырех элементов: право в целом, отрасль права, институт права, норма права. Поэтому любое правовое образование должно быть или нормой права, или институтом права. В данном случае, говоря об исследуемых договорах, мы должны определить каждый из них. Скорее всего, они будут выступать в качестве института права (вид договора), который будет состоять из отдельных разновидностей договора. Например, предварительный договор как вид договора состоит из предварительных договоров поставки, под-

¹ См.: *Ефимова Л.Г.* Рамочные (организационные) договоры. М.: Волтерс Клувер, 2006.

² См.: *Татаренко В.И.* Рамочные и абонентские договоры в гражданском праве: Дис... канд. юрид. наук. М., 2018. С. 25.

ряда и т.д. Эти разновидности будут или правовыми нормами, или субинститутами¹.

В-третьих, как бы ни характеризовали исследователи эти договоры, они называют их, как правило, видом договора. Да это вообще-то общепринятое положение в юридической литературе. В частности, М.И. Брагинский пишет, что «предварительный договор является одним из видов гражданско-правовых договоров. По этой причине ему свойственны все родовые признаки договоров»².

Г.И. Орлов, заявив, что опционный договор – это не договор, а договорная конструкция, в дальнейшем анализирует предмет договора, существенные условия договора, говорит об оферте и акцепте и т.п. Интересно, как можно заключить договор на определенных условиях, если это и не договор вовсе, а какая-то непонятная конструкция?

В литературе делаются попытки как-то систематизировать виды договоров, которые в литературе включаются в число специальных договорных конструкций.

Например, Е.Б. Подузова выделяет группу организующих договоров, которые она делит на договоры по организации договорных отношений (организационные договоры) и договоры по организации совместной деятельности. Организационные договоры, в свою очередь, делятся на (1) договоры по организации процедур, способствующих заключению основного договора (основных договоров): соглашение о процедуре переговоров и др.; и (2) договоры, непосредственно направленные на заключение основного договора (основных договоров). Последние делятся на предварительные и рамочные (собственно организационные) договоры³.

Данная классификация весьма противоречива. Вряд ли целесообразно включать в число организационных договоров договоры о совместной деятельности (которые находятся в основной сетке договоров) и предварительные договоры, которые представляют собой отличный от организационных договор). Рамочный представлен как вид организационного договора, и в то же время назван собственно организационным договором. Собственно, это так и есть, если исключить из числа организационных предварительный договор.

И где выход?

А выход, как часто бывает, в изменении изначальных координат, то есть в изменении положений теории права, лежащих в основе классификации договоров.

¹ Подробнее о структуре права см.: Сулейменов М.К. Право как система. М.: Статут, 2016.

² См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. Изд. 2-е. М.: Статут, 2003. С. 237.

³ См.: Подузова Е.Б. Организационные договоры в гражданском праве: монография. – М.: Проспект, 2014. С. 39.

На чем строится существующая классификация? Есть основная классификация договоров по видам деятельности: передача имущества, выполнение работ, оказание услуг, осуществление совместной деятельности. Это основные договоры. Все, что не вписывается в эту схему, объявляется или вспомогательными договорами, или квазидоговорами, или вообще не договорами, а договорными конструкциями.

Чтобы далеко не отходить от темы, вернемся к вышеприведенной цитате статьи К.К. Лебедева. Он утверждает, что публичный договор, предварительный договор и т.п., которые не являются договорами, а договорными конструкциями, не входят в систему основных гражданско-правовых договоров. Ключевым словом здесь является «основных договоров». Получается, если договор не входит в число основных договоров, то он не договор? Здесь кроется логическое несоответствие. Если речь идет об основных договорах, то, значит, должны быть неосновные договоры. Но если публичный и другие одностипные договоры не входят в число основных, то, значит, они являются неосновными, но все же договорами? Следовательно, объявление их недоговорами противоречит выводу, что они неосновные договоры.

Такие противоречия являются следствием общепринятой в теории гражданского права парадигме построения всех классификаций договоров в одномерной системе: есть сетка основных договоров. Все, что не вписывается, должно или как-то с этой сеткой быть скоординировано (акцессорные, предварительные и т.п.), или это не договоры, а конструкции.

Математически это можно сравнить с квадратом, где есть длина и ширина, и все, что не вписывается в эти координаты, это не существует. Но если к длине и ширине прибавить высоту, то получится не квадрат, а куб. И с точки зрения куба все, что лежит в одной плоскости (двухмерное – длина и ширина), становится трехмерным (длина-ширина-высота). И с точки зрения трехмерности то, что лежит на двухмерной плоскости, выглядит совершенно иначе.

Аналогично, если мы сетку договоров строим в одноплоскостной структуре (двухмерной), то все, что не вписывается в эту структуру, объявляется не правовым элементом, а чем-то другим (например, не договором, а эфемерной конструкцией).

Мне кажется, что цивилисты, увлекшись борьбой с хозяйственным правом, отвергали с колес все, что каким-то образом признавало хозяйственное право (в частности, то, что это комплексная отрасль права). Я являюсь учеником выдающегося цивилиста и теоретика проф. Р.О. Халфиной, и я слышал, что представители концепции «хозяйственного права» шутили, что Раиса Осиповна даже слов «хозяйственная сумка» не переносит. Это было действительно так, поэтому можно сказать, что неприятие хозяйственного (предприни-

матерского) права (и особенно предпринимательского кодекса) я впитал вместе с любовью и уважением к моему учителю.

Тем не менее я считаю, что нельзя право, как и любое другое явление, строить в одной плоскости. Право является системой, и (как любой системе ей имманентно присуща иерархия структур, то есть построение не в одной, а в двух и более плоскостях.

Я не буду это подробно разьяснять, я отсылаю к своей книге, где все это детально анализируется¹.

Из всего этого вытекает, во-первых, то, что хозяйственное право существует как комплексная отрасль права, во-вторых, то, что систему институтов договорного права можно строить не в одной плоскости, а в двух и более плоскостях, и, в-третьих, то, что построение институтов права в различных плоскостях вполне применимо к делению договоров на основные договоры и на те договоры, которые в юридической литературе называют «специальными договорными конструкциями».

Для большей ясности я приведу некоторые положения из моей книги «Право как система права».

38.4. ПРИМЕНЕНИЕ ПОЛОЖЕНИЙ СИСТЕМНОГО ПОДХОДА К ИНСТИТУТУ ПРАВА

Иерархия уровней системы. На мой взгляд, чтобы правильно решить проблему института права, необходимо применить к нему положения системного подхода. Это неизбежно, если мы утверждаем, что положения системного подхода должны быть применены к праву. Это означает применение этих положений ко всем компонентам системы права, начиная от нормы права и кончая самой системой права. Наиболее значимым, многочисленным и разветвленным компонентом системы права является институт права, и прежде всего к нему должны быть применены положения системного подхода. В юридической литературе этого почти никто не делает (за исключением, может быть, С.С. Алексеева).

Одним из важных положений системного подхода являются положения об иерархии уровней системы и иерархии структур системы.

Иерархия уровней системы заключается в том, что данная система включается в более «широкую» систему, которая тоже имеет свои элементы, иерархию структур, функции. В свою очередь, эта более «широкая» система входит в систему, охватывающую еще больше предметов и явлений и т.д.

Если говорить о вертикальной структуре системы права, здесь сложилась всем известная триада: норма права – институт права – отрасль права. И затем уже сама система права. В то же время

¹ См.: Сулейменов М.К. Право как система. М.: Статут, 2016.

между нормой права и отраслью права существует порой множество образований, которые входят одно в другое, другое в третье, третье в четвертое и т.д. Все попытки как-то обозначить все эти образования, дав им свое наименование (субинститут, группа институтов, ассоциация норм и т.п.) мне кажутся изначально обреченными на провал, ибо невозможно предусмотреть, сколько будет в том или ином случае конкретных ступенек на пути от нормы к отрасли права.

Выход заключается в том, чтобы признать, что к институту права относится все то, что шире нормы, но уже отрасли права. Это неизбежно приводит к выводу, что один институт входит в другой институт, а тот, в свою очередь, – в третий, более широкий и т.д. Например, цепочка: договор комиссии – посреднический договор услуг – договор услуг – договорное право – обязательственное право. Все эти образования выступают, по моему мнению, институтами права, хотя одно является разновидностью другого.

С.С. Алексеев пишет, что главной структурой, выражающей строение права, является триада – норма, институт, отрасль. Наряду с этими необходимыми элементами правовой системы есть и такие, не всегда необходимые правовые образования, как субинституты и подотрасли, а также ассоциации норм, объединения институтов, семьи отраслей¹. Однако применение подобных образований оправдывает себя, если рассматривать любой институт как многосистемную систему. Подавляющее большинство институтов могут включать в себя не единичные нормы, а опять же институты более низкого порядка, а сами, в свою очередь, входят в институты более высокого порядка, вплоть до отрасли права. При таком подходе любой практически институт может выступать и как субинститут, и как генеральный институт – в зависимости от аспекта рассмотрения его и от того, в соотношении с какими институтами он берется.

Иерархия структур системы. Иерархия структур системы означает, что любая система может быть разбита на элементы самым различным образом. Каждой такой совокупности элементов соответствует своя совокупность связей, т.е. своя структура предмета как системы. Каждая система объективно имеет множество структур, например, пространственную, временную и т.д. Все структуры системы объективно связаны между собой, образуя иерархию структур системы.

При построении своей концепции об удвоении структуры права² С.С. Алексеев исходил из реальной действительности, которая не укладывалась в одноплоскостную структуру. В частности, на уровне институтов он оперирует такими образованиями, как хозяй-

¹ См.: Алексеев С.С. Структура советского права. М.: Юрид. лит.-ра, 1975. С. 23.

² См.: Алексеев С.С. Структура советского права. С. 23.

ственный договор и договор на обслуживание населения¹. В одной из своих ранних работ я пытался доказать, что эти договоры действительно не могут быть расположены в одной плоскости с институтами поставки, купли-продажи, комиссии и другими видами договоров. Выделение хозяйственных договоров и договоров по обслуживанию граждан производится с иной плоскости и по иным основаниям, нежели классификация на виды договоров, принятая в законодательстве и литературе².

Поэтому специфика общественных отношений может потребовать выражения в параллельной дополнительной структуре права, расположенной в иной плоскости, чем главная структура. Основным критерием структуры в данном случае могут быть субъекты отношений. Одним из проявлений данной структуры являются, на наш взгляд, такие правовые образования, как предпринимательский договор и договор на обслуживание потребностей граждан.

Классификация гражданско-правовых договоров в этой дополнительной структуре производится прежде всего по субъектам (договоры между юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями, договоры между гражданами и организациями, договоры между гражданами), а затем уже из этих групп выделяются предпринимательские и договоры по обслуживанию граждан по дополнительному критерию цели (обслуживание хозяйственной деятельности организаций или потребностей граждан)³.

Существование пересекающихся институтов может быть объяснено наличием в рамках права иерархии структур, тем, что институты могут существовать в различных плоскостях, входить в различные структуры в рамках отрасли права. Такое положение вытекает в общем из философских основ структурного подхода к объекту. «В действительности не существует элемента, связанного только с той или иной конкретной структурой. Элемент всегда различными группами своих сторон входит в несколько структур одновременно и при своем истолковании обязательно требует учета специфики взаимосвязи между этими структурами»⁴. «Одни и те же элементы, взаимодействуя с различными сторонами, могут образовывать различные системы»⁵.

¹ См.: *Алексеев С.С.* Гражданское право в период развернутого строительства коммунизма. М., 1962. С. 226.

² Подробнее см.: *Масевич М.Г., Покровский Б.В., Сулейменов М.К.* Правовые формы хозяйственного расчета производственных объединений и предприятий. Алма-Ата, 1975. С. 196-203; См. также: *Сулейменов М.К.* Частное право Республики Казахстан: история и современность // Собрание сочинений в 9 томах. Том 1. Общие проблемы. – Алматы: Юридическая фирма Зангер, 2011. С. 305-309.

³ См.: *Масевич М.Г., Покровский Б.В., Сулейменов М.К.* Указ соч. С. 202.

⁴ См.: *Свидерский В.И., Зобов Р.А.* Новые философские аспекты элементарно-структурных отношений. Л., 1970. С. 13.

⁵ См.: *Аверьянов А.Н.* Категория «система» в диалектическом материализме. М., 1974. С. 21.

Конечно, эти положения нельзя полностью применять к такому специфичному объекту, как право, но следует признать наличие в пределах отраслей права институтов, объединенных в различные системы и вследствие этого перекрещивающихся друг с другом.

Наличие иерархии структур применительно к институту права может быть объяснено, на мой взгляд, именно тем, что на структуру права действуют одновременно несколько системообразующих факторов¹, что связано со сложностью и многофакторностью общественных отношений. Поэтому можно классифицировать институты по различным отношениям и определять их в различных структурах в зависимости от системообразующего фактора, который мы в данном случае применяем.

38.5. ОБЩИЕ ДОГОВОРЫ В СИСТЕМЕ ПРАВА

Таким, образом, выход из ситуации заключается в признании того, что договоры могут строиться в одной плоскости, в двух, трех и более плоскостях. Наряду с основными договорами могут существовать договоры, сгруппированные в иной плоскости и по другим основаниям. Это в полной мере относится к так называемым «специальным договорным конструкциям».

Я предлагаю назвать группу договоров, объединяемых под эгидой специальных договорных конструкций, – «общие договоры». Это вытекает из того, что они расположены в общей части обязательственного права и реализуются во всех или в большинстве договоров особенной части обязательственного права, то есть в основных договорах.

В то же время эти договоры не являются полностью идентичными. Правовая природа их различна. Я предлагаю выделить в составе группы «общие договоры» как минимум две группы договоров.

Первая группа договоров – это договоры, предворяющие заключение основных договоров, являющихся их основой. К ним относятся: предварительный договор, рамочный договор, опцион на заключение договора (ст.429² ГК РФ).

Эту группу договоров можно назвать «организационно-предварительные договоры».

Вторая группа договоров – это те же основные договоры, только осложненные дополнительным обременением. К ним относятся: публичный договор, договор присоединения, договор в пользу третьего лица, абонентский договор (договор с исполнением по требованию), опционный договор (ст. 429³ ГК РФ).

Предлагаю назвать эту группу договоров «договоры с дополнительным обременением». При этом имеются в виду только обремене-

¹ См.: *Алексеев С.С.* Структура советского права. С. 47.

нения, установленные общей частью ГК для договоров определенного вида.

В свое время мы с моим учителем проф. Ю.Г. Басиным сформулировали понятие «обременение» применительно к вещным правам:

«Понятие «обременение» понимается как ограничение прав на имущество. Это довольно широкое понимание, так как само ограничение можно понимать по-разному. Внешней границей такого понимания может служить понятие «пределы осуществления гражданских прав»¹. В ст. 9 ГК под такими общими «пределами» понимается, например, то, что осуществление гражданских прав не должно нарушать прав и охраняемых законодательством интересов других субъектов права, не должно причинять ущерба окружающей среде; граждане и юридические лица должны действовать при осуществлении принадлежащих им прав добросовестно, разумно и справедливо; гражданские права должны осуществляться в соответствии с их назначением; и т.п. Видимо, понятие «обременение» находится в рамках понятия «пределы осуществления гражданских прав», так как пределы осуществления – это тоже определенное ограничение прав, рамки, за которые нельзя выходить при осуществлении права. Но это – общие ограничения, они установлены законом и изначально присущи всем гражданским правам, в том числе вещным. Обременение же – это дополнительное ограничение прав, налагаемое на собственника или иного обладателя вещного права в соответствии с договором либо более конкретным законодательством»².

Это определение дано применительно к вещным правам. Но я не вижу препятствий к тому, чтобы применить это определение ко всем субъективным правам. Поэтому в данном случае обременение – это дополнительное ограничение прав, налагаемое на сторону договора в соответствии с договором или законодательством.

Организационно-предварительные договоры – это самостоятельные договоры, которые не сливаются с основными договорами. Поэтому я категорически не согласен с теорией единого договора³. В современной литературе эту теорию отстаивает Г.Н. Орлов применительно к опциону на заключение договора⁴.

¹ Подробнее об общих обременениях вещных прав см., например: *Ильслова К.М.* Понятие и виды обременений на недвижимое имущество в Казахстане // *Гражданско-правовые записки: Межвузовский сборник научных трудов.* М.: Статут, 2001. С. 234-250.

² См.: *Сулейменов М.К., Басин Ю.Г.* Обременения вещных прав в гражданском обороте. – В кн.: *Сулейменов М.К.* Частное право Республики Казахстан: история и современность // *Собрание соч. в 9 томах.* Том 2. Алматы: Юрид. фирма Зангер, 2011. С. 437- 438.

³ О теориях построения договорных связей в данных видах договоров см.: *Ефимова Л.Г.* Указ.соч. С. 41-44.

⁴ См.: *Орлов Г.Н.* Указ.соч. С. 13.

Организационно-предварительные договоры заключаются с целью обеспечить заключение основного договора. С заключением основного договора действие организационно-предварительного договора прекращается целиком (как в случае предварительного договора и опциона на заключение договора), или частично (как в случае рамочного договора, если он предусматривает заключение несколько договоров).

Рассмотрим это на примере предварительного договора. В зависимости от того, для заключения какого основного договора заключается предварительный, различаются предварительный договор купли-продажи, предварительный договор аренды, предварительный договор подряда и т.д. С заключением, например, договора купли-продажи действие предварительного договора прекращается. Таким образом, предварительный договор является не договорной конструкцией, а полноценным гражданско-правовым договором, только существующим не в сетке основных договоров, а в сетке другой группы договоров, а именно, – организационно-предварительных договоров.

Схематически это можно выразить так (см. Схему 1)

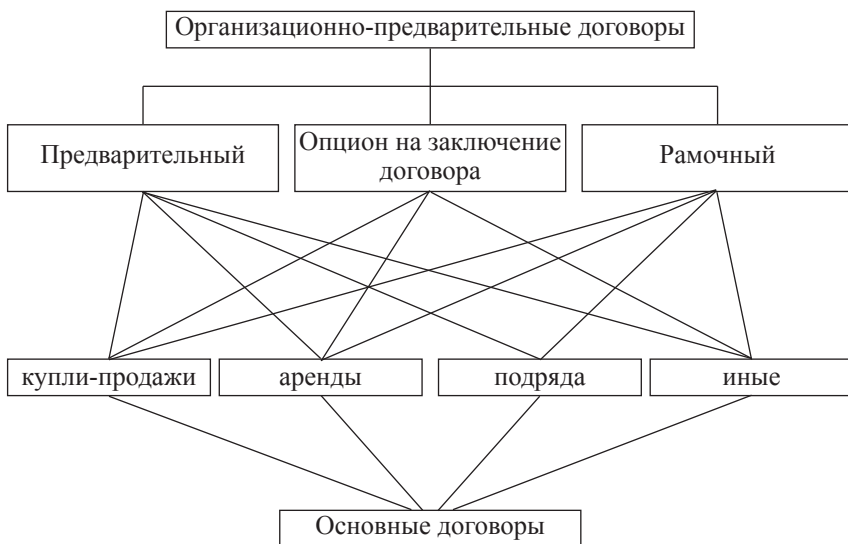


Схема 1

Иная ситуация в группе договоров с дополнительным обременением. Это не отдельные отличные от основных договоры. Это те же основные договоры, только отягощенные дополнительным обременением. Можно считать их видом основного договора. Например, договор купли-продажи делится на обычный договор купли-продажи и договор купли-продажи с дополнительным обременением. То же в отношении договоров аренды, подряда и т.д.

Дополнительным обременением выступает, например, обязанность заключить договор в публичном договоре, заключение договора в пользу третьего лица в одноименном договоре, опцион в опционном договоре и т.п.

Схематически это выглядит так (см. Схема 2)

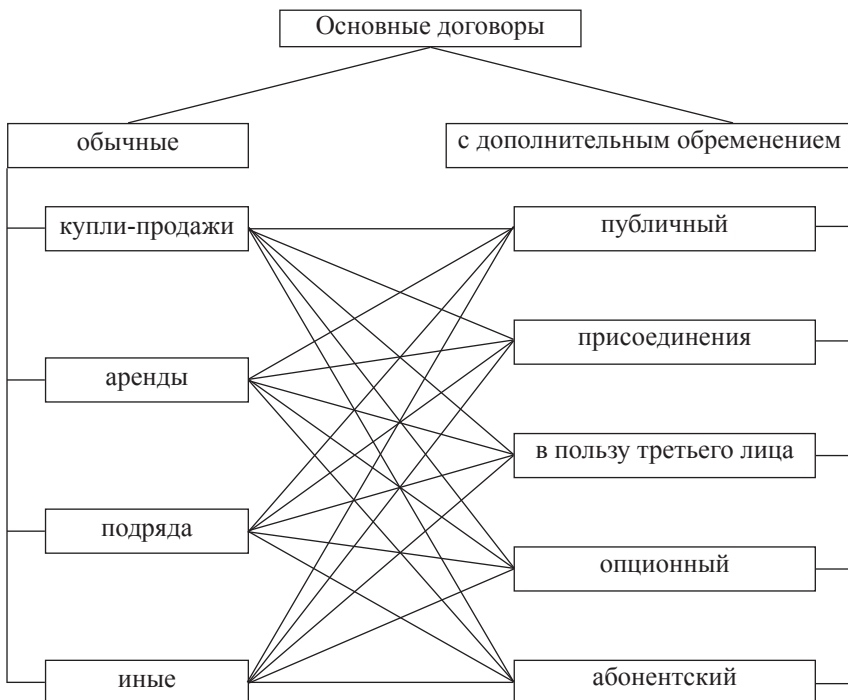


Схема 2

Эта схема читается так. Если взять, например, договор купли-продажи из сетки обычных договоров, то договор купли-продажи может быть публичным договором купли-продажи, договором купли-продажи присоединения, договором купли-продажи в пользу третьего лица, опционным договором купли-продажи, абонентским договором купли-продажи. Если взять любой договор из сетки договоров с дополнительным обременением, например, абонентский, то этот договор может выступать как абонентский договор купли-продажи, абонентский договор аренды, абонентский договор подряда, иной абонентский договор с дополнительным обременением. Эту схему можно применить к любому договору из левой или правой сетки.

Некоторые проблемы возникают с отнесением опциона на заключение договора к группе организационно-предварительных договоров, а опционного договора – к группе основных договоров с

дополнительным обременением. Например, Г.Н. Орлов считает, что опцион на заключение договора и опционный договор – это различные субинституты одного общего договорного института – опциона. Это, в свою очередь, предопределяет необходимость закрепления в ГК РФ легального определения опциона в целом как базового понятия, которое учитывалось бы при применении норм об отдельных видах опционов, предусмотренных в ст. 429.2 и ст. 429.3 ГК РФ, а также в тех видах опционов, которые не предусмотрены в ГК¹.

Г.Н. Орлов пишет, что разница между двумя опционными конструкциями существует **лишь** в объективном составе – опцион на заключение договора в качестве своей конечной цели порождает заключение иного договора, а опционный договор своей конечной целью содержит реальное исполнение обязательства². Г.Н. Орлов не подозревает, что это **лишь** является определяющим в определении правовой природы этих двух договоров и существенным для отнесения их к двум различным группам договоров.

Опцион на заключение договора – это самостоятельный договор, на основе которого заключается другой договор (основной). Он относится к группе организационно-предварительных договоров. Опционный договор – это самостоятельный договор, являющийся основным договором, только с обременением в виде опциона. Поэтому он относится к группе договоров с обременением.

Опционные договоры признаются во многих правовых порядках, как англосаксонских (под именем optioncontract), так и континентально – европейских, где они часто отделяются от предварительных договоров (Италия, Германия, Франция, Румыния и др.).

В принципе существует две основные правовые модели оформления отношения сторон такой опционной сделки. Первая (модель соглашения об оферте) состоит в том, что стороны заключают особый вид договора, согласно предмету которого одна из сторон предоставляет другой безотзывную оферту на заключение в будущем некоего основного договора (например, купли-продажи, аренды и т.п.), а эта другая сторона получает секундарное право в течение установленного срока ее акцептовать и тем самым «запустить» правоотношения по основному договору. При возмездности конструкции стороны предусматривают в таком случае внесение опционной премии за получение секундарного права на акцепт. Иначе говоря, при подобной модели мы имеем такую двухступенчатую схему: заключенная вначале опционная сделка в момент акцепта трансформируется в основной договор того или иного типа.

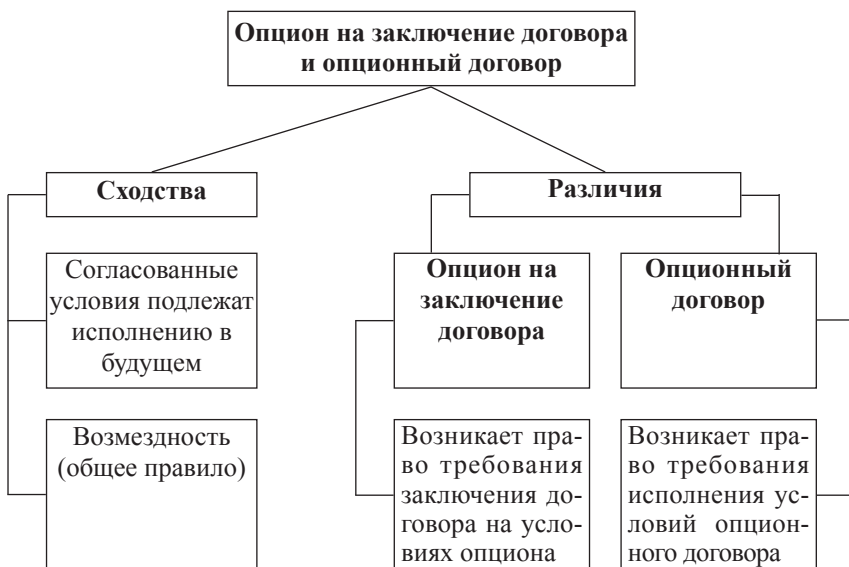
Вторая модель (модель востребования исполнения) состоит в том, что стороны сразу заключают основной договор (купли-

¹ См.: Орлов Г.Н. Указ.соч. С. 85-86.

² См.: Орлов Г.Н. Указ.соч. С. 83-84.

продажи, аренды и т.п.), но откладывают исполнение основных обязательств по нему до момента востребования одной из сторон исполнения. Востребование исполнения в данном случае является чисто потестативным (т.е. зависящим от одного лишь волеизъявления) условием, наступление которого приводит к созреванию обязательств сторон по заключенному договору. Иначе говоря, если в рамках первой модели опционная сделка была направлена на предоставление секундарного права на акцепт, то в рамках второй модели секундарное право состоит в востребовании исполнения по уже заключенному договору. При возмездности опционной конструкции за получение секундарного права востребования исполнения вносится соответствующая опционная премия¹.

Как правильно отмечает А.Садыков, при опционе на заключение договора возникает право требовать заключения одного или нескольких договоров, при заключении опционного договора возникает право требовать исполнения заключенного договора. Кроме того, опционный договор, в отличие от опциона, не требует заключения основного договора².



¹ См.: *Караетов А.Г.* Опцион на заключение договора и опционный договор согласно новой редакции ГК РФ // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2016. №3. С. 52 -53. https://m-logos.ru/img/Karapetov_Opcioni_statiya.pdf.

² См.: *Садыков А.* Опцион на заключение договора и опционный договор – это не одно и то же. <https://lawyerlife.ru/izmeneniya-v-zakonodatelstve/opcion-na-zakl...>

38.6. НЕКОТОРЫЕ ОСОБЕННОСТИ ДОГОВОРОВ, ВХОДЯЩИХ В ГРУППУ ОБЩИХ ДОГОВОРОВ

Характерной особенностью договоров, входящих в группу общих договоров (специальные договорные конструкции), является то, что они носят общий характер и проявляются если не в большинстве, то во многих договорах, входящих в группу основных договоров.

Например, среди рамочных (организационных) можно выделить:

1) банковские договоры (договоры, направленные на привлечение и размещение межбанковских депозитов, договор купли-продажи безналичной валюты (конверсионные сделки), прочие межбанковские сделки, за исключением купли-продажи наличной валюты, договор о предоставлении кредитной линии, договор банковского счета)¹;

2) транспортные организационные договоры:

а) направленные на организацию разовых перевозок (о подаче транспортных средств под погрузку и предъявлении груза к перевозке, предварительные транспортные договоры);

б) между грузоотправителями (грузовладельцами) и перевозчиками (об организации перевозок грузов, об организации перевозок пассажиров, об эксплуатации железнодорожных подъездных путей и на подачу и уборку вагонов);

в) между транспортными организациями (о порядке перевозки грузов, о порядке организации перевозок пассажиров и багажа, между владельцами транспортных инфраструктур)²;

3) в сфере страхования (генеральный полис, договор обязательного перестрахования, страховой пул);

4) на рынке ценных бумаг и в биржевой деятельности (генеральные соглашения по договорам репо, по производным финансовым инструментам, по ценным бумагам и иностранной валюте);

5) в сфере энергетики (соглашения о порядке осуществления технологического взаимодействия: соглашение, регулирующее взаимодействие системного оператора и организации единой национальной электрической сетью; соглашение, регулирующее взаимодействие системного оператора и организации коммерческой инфраструктуры оптового рынка; договор о присоединении к торговой системе оптового рынка)³.

¹ См.: Подузова Е.Б. Организационные договоры в гражданском праве: Монография. – М.: Проспект, 2014. С. 125-135; Ефимова Л.Г. Рамочные (организационные) договоры. М.: Волтерс Клувер, 2006.

² См.: Морозов С.Ю. Система транспортных организационных договоров. – М.: Норма, 2011. С. 171-347.

³ См.: Подузова Е.Б. Указ.соч. С.111-148.

К публичным договорам можно отнести:

- 1) публичные договоры в сфере передачи имущества (договоры розничной купли-продажи, энергоснабжения);
- 2) публичные договоры в сфере передачи имущества во временное пользование (договор проката);
- 3) публичные договоры в сфере выполнения работ (договор бытового проката);
- 4) публичные договоры в сфере оказания услуг (договоры перевозки транспортом общего пользования, хранения, о депонировании произведений, являющихся объектами авторами, в сфере банковского обслуживания, оказания гостиничных услуг, оказания образовательных услуг и многие другие)¹.

Если договоры группы договоров с дополнительным обременением довольно легко отграничить друг от друга, то договоры группы организационно-предварительных договоров настолько близки по содержанию друг к другу, что их постоянно смешивают между собой.

Например, Е.Б.Подузова включает предварительные договоры в группу организационных договоров наряду с рамочными договорами², то есть практически предварительный договор отождествляется с организационным.

Трудности возникают при разграничении предварительного и рамочного договоров. Воспользуемся анализом, проведенным Л.Г. Ефимовой:

«В отличие от предварительного договора предметом рамочного договора не является обязательство заключить конкретный договор в будущем. Рамочный договор заключается с целью организации будущих экономических взаимоотношений сторон, и для ее реализации требуется заключение не одного, а целой серии договоров, общее количество которых заранее неизвестно, а правовая природа может быть различной. Кроме того, стороны рамочного договора, как правило, не возлагают на себя твердое обязательство заключать договоры-приложения. В отличие от предварительного договора рамочный договор никогда не содержит все существенные условия будущих договоров. В нем согласовывают только наиболее важные условия будущих договоров-приложений, которые, как правило, носят для них общий характер»³.

Достаточно сложным является разграничение предварительного и опционного договоров.

¹ См.: *Иорышева С.К.* Публичный договор в гражданском праве Казахстана: Монография: Астана: ГУ Ин-т законодательства РК, 2010. С. 182-344.

² См.: *Подузова Е.Б.* Организационные договоры в гражданском праве: Монография. – М.: Проспект, 2014. С. 39.

³ См.: *Ефимова Л.Г.* Рамочные (организационные) договоры. М.: Волтерс Клувер, 2016. С.59.

Например, Л.Г. Ефимова приводит цитату из книги Е.Годэмэ и пишет, что Е. Годэмэ иллюстрирует предварительные договоры на примере обязательства заключить договор продажи:

«Лицо может иметь желание купить нечто впоследствии, но не желает связывать себя немедленно. Следовательно, очень важно получить от собственника обязательство согласиться продать вещь по первому требованию, вовсе не связывая себя непосредственно в качестве покупателя. Обязательство продажи дает для этого средство». И далее она продолжает: «В современной предпринимательской практике примером описанных Годэмэ предварительных договоров могут служить опционы»¹.

Таким образом, и Е.Годэмэ, и Л.Г. Ефимова рассматривают договор, который в современной интерпретации выглядит как опцион, в качестве предварительного договора.

Е.В. Иванова также отмечает как основную особенность опционных конструкций односторонность предварительного договора, то есть чистое наличие права без корреспондирующей ему обязанности². То есть она рассматривает опционный договор как вид предварительного договора.

Г.Н.Орлов приводит достаточно убедительные доводы о невозможности отождествлять опционный и предварительный договоры в связи с их полной несовместимостью³. Однако несомненное сходство опциона на заключение договора и предварительного договора не подлежит сомнению.

У специальных договорных конструкций предварительного и опционного договора имеются общие черты, которые позволили объединить их в рамках ст. 429 ГК РФ. Обе они предусматривают предоставление субъективного права на заключение в будущем гражданско-правового договора. Однако следует согласиться с С.С. Лебедевым в том, что, во-первых, в отличие от предварительного договора по опционному соглашению право на заключение сделки приобретает лишь одна сторона⁴. Во-вторых, это право приобретается за плату, которая не входит в цену будущего договора. В-третьих, конкретный опционный договор в отличие от предварительного не порождает обязанности заключить договор у держателя опциона. На это, в частности, обращает внимание Р.В. Речкин, полагающий, что «из опционного договора возникает только право, но не обязанность заключить договор, что свойственно предварительному договору»⁵. В-четвертых, в отличие от стороны предва-

¹ См.: *Ефимова Л.Г.* Указ.соч. С. 58.

² См.: *Иванова Е.В.* Финансовые деривативы. М.: Ось-89, 2005. С. 142.

³ См.: *Орлов Г.Н.* Указ.соч. С. 91.

⁴ См.: *Лебедев С.С.* Опционный договор по проекту изменений в ГК РФ. Плюсы и минусы нового соглашения сторон // *Арбитражная практика.* 2013. №8. С. 51.

⁵ См.: *Речкин Р.В.* Российское законодательство не дает возможности заключать опционные соглашения. - *Арбитражная практика.* 2011. №9. С. 28.

рительного договора, чье право нарушено, держателю опциона нет нужды в обращении в суд за принудительным заключением договора. В-пятых, в рассматриваемых договорных конструкциях различным является порядок реализации права на заключение договора. В предварительном договоре для этого заинтересованной стороне необходимо направить оферту и дожидаться ее акцепта, а держателю опциона достаточно совершить акцепт. На это обстоятельство обращает внимание С.О. Макарчук, подчеркивающий, что реализация возможности по опционному договору приводит к возникновению основного правоотношения, в то время как в предварительном договоре субъекту для достижения желаемого результата необходимо предъявить требование, которое, в свою очередь, основное обязательство автоматически не образует¹.

Важная характеристика опциона заключается в том, что приобретатель опциона «не обременяет себя обязанностью заключить эту сделку, но имеет на это право, которым может воспользоваться или отказаться от его реализации по своему усмотрению»².

38.7. ВЫВОДЫ

Таким образом, «специальные договорные конструкции» – это не что иное как виды договоров, только расположенных в иной плоскости, чем основные договоры. Поскольку эти договоры находятся в общей части обязательственного права, их можно объединить в группу под названием «общие договоры». Эта группа, в свою очередь, делится на две группы: 1) организационно-предварительные договоры, в которую входят предварительный договор, опцион на заключение договора и рамочный договор; и 2) договоры с дополнительным обременением, в которую входят публичный договор, договор присоединения, договор в пользу третьего лица, опционный договор и абонентский договор.

Договоры первой группы – это самостоятельные договоры, целью которых является заключение основных договоров, договоры второй группы – это те же основные договоры, только осложненные дополнительным обременением (обязанность заключить договор, обязанность принять стандартные формы договора, обязанность произвести исполнение третьему лицу и т.п.).

¹ См.: Макарчук С.О. О значении понятия «опцион» в условиях реформирования гражданского законодательства // Вестн. Моск. ун-та МВД России. М.: Изд-во. Моск. ун-та МВД, 2013. №4. С.71.

² См.: Сергеев С.Л. Опционный договор по проекту изменений в ГК РФ. Плюсы и минусы нового соглашения сторон // Арбитражная практика. 2013. №8. С. 49.

Глава 39. БАНКОВСКИЕ ДОГОВОРЫ (ПРОЗРАЧНОСТЬ ДЛЯ КЛИЕНТОВ И ТРЕТЬИХ ЛИЦ)

39.1. ПРОЗРАЧНОСТЬ ДЛЯ КЛИЕНТОВ

На наш взгляд, понятие «прозрачность условий банковских договоров» имеет два аспекта:

- 1) прозрачность для клиентов банка;
- 2) прозрачность для третьих лиц, то есть разглашение банковской тайны.

Зарубежный опыт. Для соблюдения условия о прозрачности для клиентов банка необходим перечень требований к банку, которые он должен соблюдать. Эти требования примерно одинаковы во всех банках мира.

Для наглядности я приведу требования к прозрачности, установленные одним из банков Сан-Марино:

ПРАВА КЛИЕНТА

Клиент имеет право:

- 1) получать информацию об основных общих или специфических рисках, связанных с операцией;
- 2) получать информацию о процедуре подачи жалоб;
- 3) получать оригинальный экземпляр заключенного договора;
- 4) получать периодические сообщения о ходе отношений, по крайней мере, один раз в год посредством аналитического сообщения, которое дает полную и ясную информацию о развитии отношений;
- 5) в случае односторонних нормативных изменений, внесенных в определенный договор, или экономических изменений с ухудшающим смыслом для Клиента, получать письменные уведомления в порядке и в сроки, предусмотренные действующим законодательством;
- 6) отказываться от договора в случае не всеобщих односторонних изменений договорных условий, в течение тридцати дней с момента получения упомянутого выше сообщения;
- 7) в случае всеобщих односторонних изменений, доведенных до сведения клиентов посредством объявлений, вывешенных во всех отделениях на видном месте с четким указанием данной действующей нормативы, изданной Центральным банком Республики Сан-Марино, всеобщие односторонние изменения должны быть также сообщены индивидуально Клиенту при первой возможности, в рамках периодических сообщений, также и для того, чтобы позво-

лить ему осуществить право отказа в порядке, предусмотренном органом Надзора в течение 60 дней;

8) получать, если позволит право отказа вследствие одностороннего изменения, применения действующих условий, касающихся ликвидации отношения;

9) получать, за свой счет, в разумные сроки и в любом случае не позднее 90 дней, копии договоров и документации, касающейся отдельных операций, проведенных за последние десять лет; это же право распространяется на его последователя в любом качестве и лица, вступившего в управление его собственностью, в соответствии с положениями статьи 36, пунктом 7 Закона о компаниях и банковских, финансовых и страховых услугах;

10) иметь в распоряжении и запрашивать копию этого уведомления.

ОБЯЗАННОСТИ БАНКА

Банк обязан:

1) составлять договоры в письменной форме, за исключением установленных законом случаев;

2) информировать клиента об односторонних договорных изменениях для обеспечения возможности права отказа;

3) обеспечивать узнаваемость рекламы и рекламных объявлений;

4) указывать для договорных условий прямые ссылки на процедуры, которым необходимо следовать, и документы для консультации для получения полной и соответствующей информации для достаточного ознакомления с рекламируемым банковским продуктом или услугой¹.

Банковская практика в Казахстане. Недостатки в обеспечении прозрачности. Что касается банковских операций в Казахстане, то здесь, наряду с соблюдением обычно принятых требований к прозрачности, имеются существенные недостатки. Это, в частности, подтверждают и события последних лет в банковском секторе Казахстана. Нельзя не вспомнить проблемы вкладчиков в RBK банке конца 2017 года². Этот год выявил существенные недостатки в деятельности банков «Qazaq banki», «Банк Астаны», «Эксимбанк», в которых наблюдались одинаковые негативные тенденции в виде оттока корпоративных депозитов и агрессивного привлечения депозитов физических лиц по высоким ставкам³. Схожие явления наблюдались в этом году и в Цеснабанке, где также на фоне снижения рейтингов международными рейтинговыми компаниями

¹ См.: <http://www.bsi.sm/ru/прозрачность/php>.

² См. об этом, например: <https://ru.sputniknews.kz/economy/20171104/3673760/bank-rbk-razvyazka-blizka.html>.

³ См. об этом, например: <https://kapital.kz/finance/69148/pochemu-regulyator-netoropitsya-pomogat-banku-astany-eksimbanku-i-qazaq-banki.html>.

и, как следствие, оттока корпоративных депозитов возникли проблемы в связи со снятием денег с депозитов розничными клиентами. Как раз последние события потребовали перехода «на ручное управление ликвидностью» и введение «в отдельных филиалах временных ограничений по выдаче наличности одному клиенту в двухнедельных срок».

И хотя Цеснабанк и преодолел возникшие трудности, но это подтверждает тот факт, что не только небольшие банки подвержены рискам, связанным с оттоком вкладов розничных клиентов, вызванных паническими настроениями на рынке.

Одной из причин паники и ажиотажа среди многочисленных розничных вкладчиков, безусловно, стали существующие проблемы в непрозрачности банковских операций и сопутствующими этому рисками волатильности на рынке банковских депозитов: «набегами» вкладчиков или паническим оттоком депозитов, основанных на внешней по отношению к банкам информации, общих негативных настроениях, даже слухах.

При отсутствии достоверной информации, которая по субъективным или объективным причинам не раскрывается банком, и отсутствии законодательных требований по раскрытию информации вкладчики вынуждены принимать решения на основании суждения о своем банке, используя доступную информацию о другом банке или информацию об общем состоянии дел в банковском секторе (по так называемой «средней температуре по больнице»), полагая, что дела в его банке идут схожим образом. Это может сыграть негативную роль как в случае, когда дела в его банке идут хуже – повышается риск убытков в связи с банкротством, так и в случае, когда дела идут даже лучше – может возникнуть «эффект заражения» на фоне банкротства другого банка и банковской паники, когда причин для этого нет.

Повышение прозрачности, безусловно, приводит к снижению риска банкротства банков, которые уже характеризуются низким уровнем риска, в то время как для наиболее рискованных банков такая мера может стать роковой.

При этом фактор времени может иметь значение для снижения негативных последствий. Так, если бы существовали равные законодательные требования по раскрытию информации, то привлечение при оттоке корпоративных вкладов розничных вкладчиков (например, в РВК банке, удачно привлечшем внешнего инвестора и решившем проблемы с возвратом вкладов, и менее удачливыми «Qazaq banki», «Банк Астаны», «Эксимбанк») было бы невозможным или затруднительным, а, как следствие этого, негативные последствия для этих банков и их вкладчиков были бы менее значительными.

При этом все благоприятные эффекты от повышения прозрач-

ности банковской системы будут иметь место в случае, если банки раскрывают информацию в достаточном объеме и – что немало важно – в обязательном порядке¹.

Вознаграждение по договору банковского займа. Обязательство займа предусматривает выплату вознаграждения. Договор денежного займа предусматривает выплату вознаграждения в виде годовых процентов от суммы займа за пользование деньгами. Как правило, в банковской деятельности так и предусматривается. В то же время, помимо выплаты процентов, договор банковского займа на практике оброс различного рода комиссиями и дополнительными платами за различного рода действия банка по оформлению кредита, организацию займа, рассмотрение заявки кредитным комитетом и так далее. Хотя по сути плата за пользование деньгами является ценой договора займа и как раз и должна была включать в себя все расходы банка и его прибыль, как это происходит по любому возмездному договору. Сложившаяся практика начисления дополнительных комиссий и платежей, помимо платы за пользование деньгами, породило понятие годовой эффективной ставки, которая образуется за счет установленной процентной ставки за пользование деньгами и всех начисленных комиссий и дополнительных платежей.

Поэтому годовая эффективная ставка, как она определяется сейчас законодательством, и является ценой договора банковского займа. Банки, получив плату за пользование кредитом, устанавливают различные комиссии за действия, составляющие предмет их деятельности, в том числе и по выдаче кредита, организации кредита, за обслуживание счетов и т.д. За что же тогда устанавливается плата за пользование займом?

Как правило, банки выдают займы за счет привлеченных денег, и разница в виде маржи между ценой привлечения денег и ставкой процента по кредиту составляет доход банка, из которого как раз и должны возмещаться расходы банка по получению прибыли от осуществления банковской деятельности. Поэтому все виды дополнительных платежей и комиссий, как правило, включаемых на практике в кредитный договор банка с клиентом, по сути, являются повторной оплатой за один и тот же товар, за одни те же действия банка, которые должны возмещаться за счет дохода, полученного в результате осуществления банковской деятельности.

Довольно странно было бы представить ситуацию, когда клиент по другому возмездному договору платил бы договорное вознаграждение и дополнительно к этому платил бы комиссию за обслуживание и иные действия контрагента. Например, купив товар в

¹ См. об этом: https://economics.hse.ru/data/2010/06/04/1219810652/%D0%A1%D0%B5%D0%BC%D0%B5%D0%BD%D0%BE%D0%B2%D0%B0_%D0%94%D0%B8%D0%9A.doc.

магазине с наценкой продавца, покупатель обязан был бы оплатить еще и комиссию за доставку товара в магазин, складское обслуживание, аренду помещения, коммунальные услуги и т.д. Все эти платежи должны быть включены в наценку товара, в которую также включается и прибыль магазина.

Такое стало возможным также в связи с непрозрачностью банковских операций, когда реальная плата по договору банковского займа маскируется за, казалось бы, установленной относительно небольшой ставкой за пользование займом, к которой дополнительно устанавливаются разовые комиссии и периодические платежи за действия, составляющие обычную деятельность банка.

Поэтому с точки зрения установления прозрачности проведения банковских операций по кредитованию, следовало бы не продолжать маскировать реальную цену договора банковского займа в виде годовой эффективной ставки вознаграждения (ГЭСВ), вводя в заблуждение вкладчиков и предусматривая возможности установления различных маркетинговых и рекламных схем маскировки реальной платы, а предусмотреть один вид платежа за выданный кредит в виде установленной процентной ставки за пользование займов, запретив все виды иных комиссий и платежей.

Разработка типового договора. В связи с повышением прозрачности банковских операций по предоставлению займов предлагается разработка типового договора банковского займа, который утверждался бы Национальным Банком Республики Казахстан. Не имея существенных возражений против этого, все же хотелось бы отметить, что большой потребности в этом нет. Была бы достаточной разработка обязательных требований по раскрытию банком информации по установленному перечню вопросов, определяемых законодательно или Национальным Банком Республики Казахстан, позволяющих потенциальному клиенту принять решение об обращении к конкретному банку по заключению договора банковского вклада, договора банковского займа или иного другого банковского договора, а также установления законодательных требований к банковским договорам с учетом требований по открытости банковских операций. Применительно к договору банковского займа такими законодательными требованиями могли бы стать установление единственной платы за пользование займом и запрет на установление дополнительных комиссий и платежей. В этой ситуации большой необходимости в разработке типового договора не будет, поскольку будут установлены одинаковые условия для всех банков по заключению договора банковского займа.

Аннуитетный и дифференцированный методы по кредиту. Другой проблемой, связанной с непрозрачностью операций по банковскому кредитованию, является применение аннуитетного мето-

да начисления ежемесячного платежа по погашению кредита в том виде, как он используется сейчас.

Преимущественное использование в банковской практике аннуитетного метода обусловлено по большей части тем, что при применении дифференцированного метода существенно сокращается клиентская база как по клиентам, имеющим достаточный доход, чтобы платить по такой системе, так и по сумме кредита, который может быть выдан отдельному клиенту, и срокам кредита.

Например, при использовании дифференцированного метода по кредиту, выданному под 12% годовых на 10 лет, первый платеж составит 1,83% (двенадцатый платеж – 1,63%) от суммы займа и в первый год заемщик обязан заплатить часть основного долга и проценты на сумму, равную примерно 19% от суммы выданного займа. Безусловно, в последующие годы этот размер будет уменьшаться соразмерно сроку займа, но критичным при дифференцированном методе является первый год выплаты долга и процентов по нему. При дифференцированном методе ежемесячно будет уменьшаться как платеж по погашению основного долга, так и платеж за пользование займом, поскольку процент будет начисляться на остаток основного долга. Увеличив срок в два раза, клиент все равно в первый год обязан оплатить основной долг и проценты по нему примерно в 15% от суммы выданного займа. При этом при дифференцированном методе начисления процентов сумма выданного займа в связи с требованиями к платежеспособности заемщика и обязательством по возврату большей части займа в первый год будет ограничиваться определенным кратным размером подтвержденного годового дохода. При условии выдачи займа на 10 лет под 12% годовых сумма кредита будет ограничена 2,5-кратным размером годового подтвержденного дохода заемщика в связи с правилами определения платежеспособности заемщика, по которым ежемесячный платеж не должен превышать половины ежемесячного дохода (и это при условии, что заемщик не имеет иждивенцев, других ежемесячных обязательств перед третьими лицами, например, алиментов, платежей по возмещению ущерба, обязательств по другим займам, в том числе и по договорам купли-продажи товара в рассрочку).

При аннуитетном методе расчета берется усредненный фиксированный платеж на весь срок договора банковского займа, при котором первоначальный платеж существенно меньше первоначального платежа, устанавливаемого при дифференцированном методе, но для оправдания начисления процента за пользование кредитом на весь срок договора устанавливается график погашения основного долга и процентов по займу, по которому основной долг погашается нарастающим методом, а проценты по займу – убывающим. Иначе банк не будет вправе начислить всю сумму вознаграждения,

которую он мог бы получить при дифференцированном методе. То есть при аннуитетном методе суммы выплаты основного долга в первые годы незначительны и заемщик практически изначально выплачивает проценты за пользование займом прежде, чем начнет реально погашать основной долг по кредиту¹.

Отказ от аннуитетного метода приведет к сложностям получения кредита как раз нуждающимися в нем заемщиками, а также снизит возможности банков по кредитованию из-за ужесточения требований к платежеспособности заемщика, которая произойдет при переходе исключительно к дифференцированному методу.

Даже при преимущественно аннуитетном методе начисления платежа по погашению кредита существуют, как показывает банковская практика, проблемы по платежеспособным заемщикам, способным осилить ипотеку по наиболее комфортным ипотечным программам для покупки однокомнатной стандартной квартиры площадью 35,5 квадратных метров со средней стоимостью в Казахстане (по ноябрьским данным 2018 года Комитета по статистике) в 9,4 миллиона тенге. Даже по существующим наиболее комфортным условиям льготного кредитования под 7% годовых, при условии минимального 20%-ного первоначального взноса ежемесячный платеж составит 53,3 тысячи тенге. При существующих требованиях, предъявляемых банками к заемщикам, о том, чтобы сумма ежемесячного платежа не превышала 50% от ежемесячного дохода (как более «мягкие» требования), а некоторые банки требуют, чтобы ежемесячный платеж не превышал 30% ежемесячного дохода заемщика (как более «жесткие» требования), заемщик по более «мягким» требованиям должен получать не менее 106,7 тысячи тенге, а по более «жестким» требованиям – не менее 177,8 тысячи тенге. По данным Комитета статистики только 42% трудоустроенных граждан (а это всего лишь 15% населения Казахстана) могут осилить такую ипотеку по наиболее комфортным условиям, требующим наличия ежемесячного дохода в 106,7 тысячи тенге².

Что уж говорить о дифференцированном методе начисления платежа, который для получения кредита в 7,5 миллиона тенге на 300 месяцев для покупки квартиры в 9,4 миллиона тенге при условии 20%-ного первоначального взноса и 7% годовых будет предусматривать первый платеж в 68 750 тенге (второй платеж примерно в 68 604 тенге, стопятидесятый платеж в размере примерно в 47.000 тенге, последний 300-й платеж – примерно в 25 145 тенге) и потребует с заемщика с ежемесячным доходом около 137,5 тысячи

¹ Примерный расчет можно произвести на любом доступном кредитном калькуляторе, который можно найти в Интернете, например: <http://calculator-credit.ru/calculator.php>.

² См. об этом, например: <https://prodengi.kz/lenta/lish-15-kazahstancsev-sposobny-osilit-ipoteku/>.

тенге при «мягких» требованиях и около 230 тысяч тенге – при «жестких» требованиях.

Но непрозрачность применения аннуитетного метода изначально заложена и в методе расчета среднеарифметического ежемесячного платежа в привязке к расчету процента за пользование кредитом на весь срок действия займа, который приводит к тому, что общий размер уплаченных процентов по такому кредиту выше, чем если бы применялся дифференцированный платеж. Применительно к выше-рассмотренному примеру кредита 7 500 000 тенге, предоставленного под льготные 7% годовых на 300 месяцев, переплата процентов на весь срок кредита на условиях аннуитетного метода будет составлять около 8 402 500 тенге против 6 584 000 тенге при дифференцированном методе, то есть разница на весь срок займа составит чуть меньше 2 000 000 тенге. При досрочном погашении кредита при аннуитетном методе выплаченные вперед проценты будут потеряны. При досрочном погашении займа, рассчитанного по дифференцированному методу расчета ежемесячных платежей, погашение будет происходить без таких финансовых потерь даже в начале срока займа¹.

В связи с этим возникают проблемы при досрочном погашении займа, рассчитанного по аннуитетному методу, в том числе и в связи с дефолтом заемщика.

Представляется необходимым поиск экономического компромисса между дифференцированным и аннуитетными методами и разработка какого-то нового метода путем установления минимальной фиксированной части погашения основного долга при установлении аннуитетного метода расчета. Например, законодательно установив, что не менее 1/3 (или любого иного экономического рассчитанного размера) ежемесячного платежа должно идти на погашение основного долга. В этом нет ничего противоречащего договору банковского займа, так как по его условиям платежи за пользование займом устанавливаются по соглашению сторон и могут предусматривать не только аннуитетный или дифференцированный метод расчета ежемесячных платежей, но и комбинированные методы, предусматривающие, например, частично дифференцированный и аннуитетный методы. К тому же сейчас банки могут, помимо платежа за использование денег, устанавливать периодические платежи и комиссии за иные якобы оказываемые услуги по ведению счета, организации займа и т.д. С точки зрения прозрачности начисления ежемесячного платежа необходимо законодательно решить вопрос минимального размера ежемесячного погашения основного долга по любому договору банковского займа.

Это, безусловно, приведет к увеличению ежемесячного платежа, ужесточению требований к заемщику, к уменьшению доходов банка как в связи с уменьшением возможностей по кредитованию

¹ См. об этом, например: <http://calculator-credit.ru/articles/credit-calc.html>.

из-за ужесточения требований к заемщику, так и в связи с уменьшением процентного дохода, который банк может начислить, если ему установят минимальную фиксированную часть ежемесячного платежа, направляемого на погашение основного долга. Но в то же время это улучшит возможности заемщиков по погашению займа и снизит проблемы просрочек и дефолтов, придаст прозрачность процессу установления ежемесячного платежа.

Начисление двойного вознаграждения. Еще одной проблемой, связанной с непрозрачностью операций по кредитованию, является проблема начисления двойного вознаграждения в виде начисления процентов на просроченное вознаграждение. Эта проблема вполне актуальна для договора банковского займа по большей части в связи с тем, что предоставление займа является предпринимательской деятельностью банка. Соответственно, в просрочке возврата займа и процентов по нему и возникновении задолженности содержится как предпринимательский риск банка, так и в определенной степени вина самого банка как кредитора, так как он должен нести ответственность и за выбор заемщика.

В установлении запрета начисления платы на просроченную сумму основного долга и процентов (вознаграждения) по нему имеется определенная справедливость, поскольку по договору предусматривается определенная плата, которая предусмотрена для нормального исполнения договора. При просрочке речь идет о ненадлежащем исполнении договора, и начислять на сумму просрочки повторно предусмотренную ставку вознаграждения по займу для предпринимательского договора банковского займа представляется несправедливым. Начисление на просроченную сумму вознаграждения предусмотренной ставки вознаграждения за пользование займом противоречит природе займа. Начислять плату, предусмотренную за пользование займом, на начисленную пенью за просрочку противоречит природе неустойки.

В случае просрочки и нарушения условий договора имеет место незаконное пользование чужими деньгами и возможно начисление как договорной, так и законной неустойки, предусматриваемой на случай, если договором не предусмотрена такая неустойка.

В то же время для договора банковского займа необходимо законодательное установление как предельного размера начисляемого размера неустойки, так и ограниченного срока для начисления такой неустойки. То есть нужно законодательно ограничить размер неустойки, например, ставкой рефинансирования Национального Банка Республики Казахстан, предусмотрев либо предельный размер возможности начисления неустойки (например, 5 или 10% от суммы задолженности), либо срок начисления такой неустойки (например, ограничив начисление неустойки 6 месяцами), либо и то, и другое.

Это должно и защитить заемщика как более слабую сторону до-

говора, и повысить ответственность банка при выборе заемщика, а также при взыскании им возникшей задолженности. Существующая ситуация, когда банки наделены возможностью начисления платы на просрочку, а также установления бессрочно и без ограничений дополнительно иных видов неустойки за просрочку, является результатом доминирующего положения банка в договоре банковского займа, а также отсутствием реальной конкуренции среди казахстанских банков, что приводит к злоупотреблению банком этими правами и существенно ухудшает положение заемщика. Это приводит также к увеличению случаев возникновения просрочки в связи с необоснованным геометрическим возрастанием долга в случае просрочки. Безусловно, риск уплаты неустойки содержит в себе обеспечительные функции. Но нужно исключить грабительский характер его использования в банковской деятельности.

Использование публичного договора и договора присоединения. Еще одним предложением, обычно высказываемым в связи с повышением прозрачности банковских операций, является установление запрета для банков использования института публичного договора или договора присоединения. На наш взгляд, нельзя согласиться с утверждениями, что к договорам банковского займа неприменима конструкция публичного договора и договора присоединения. Такие предложения уже претворялись в жизнь ранее, и это привело к повсеместному заключению двустороннего договора с банковскими клиентами по поводу и без него даже по стандартным банковским услугам, таким как открытие банковского счета, сейфовое хранение и т.д.

Форма публичного договора как раз и призвана установить равные условия предоставления банками займов всем своим клиентам, а также ограничить злоупотребление банками своим положением сильной стороны договора, что должно способствовать защите прав заемщика и предотвратить дискриминацию одних заемщиков по сравнению с другими. То есть с точки зрения прозрачности форма публичного договора, наоборот, наиболее подходит к большинству банковских операций. Безусловно, в каких-то случаях нельзя применять форму публичного договора к отдельным банковским операциям, обусловленным доверительным характером отношений между банком и клиентом, когда каждая сторона должна иметь право отказаться от договора без объяснения причин, но как раз эти случаи должны быть предусмотрены в законе, а не установлен запрет на применение формы публичного договора ко всем банковским операциям.

Договор присоединения также не ущемляет какие-то права заемщиков, если в стандартных условиях, к которому присоединяется клиент, нет кабальных или иных условий злоупотребления правом со стороны банка.

Проблема заключается в установлении банками необоснованных комиссий и платежей, в установлении взимания двойной платы в виде начисления процента на просрочку задолженности. Такого рода злоупотребления могут устанавливаться как с использованием формы публичного договора или договора присоединения, так и в виде заключения с каждым отдельного письменного договора.

Если закрепить требования к договору банковского займа, например, установив:

один вид платежа в виде вознаграждения за пользование займом в форме процента годовых, запретив установление каких-либо дополнительных комиссий и других платежей;

минимальный размер погашения основного долга в ежемесячном платеже;

законодательный запрет на начисление ставки вознаграждения за пользование займом на просроченную сумму основного долга или процентов по нему;

правила начисления пени (неустойки) на сумму просрочки, в том числе установив предельные размеры пени и сроков ее взимания;

правила и критерии рефинансирования или досрочного взыскания займа,

то никаких проблем в использовании формы публичного договора или договора присоединения при заключении договора банковского займа не возникнет.

К тому же сама идея разработки Национальным Банком или законодательно типового договора банковского займа предполагает использование форм публичного договора и договора присоединения для заключения договора банковского займа. Конкуренция между банками в этом случае будет заключаться в установлении процентной ставки вознаграждения.

При этом у банков будут пути повышения дохода за счет оптимизации своих расходов при осуществлении деятельности по предоставлению займов, в том числе за счет внедрения новых технологий, повышения эффективности и производительности труда. Немаловажной задачей является поиск более дешевого фондирования, которая становится актуальной на случай прихода на рынок Казахстана крупных иностранных банков, имеющих доступ к более дешевому фондированию на иностранных финансовых рынках, использующих более передовые технологии.

Страхование банковских операций. В связи с необходимостью повышения прозрачности банковских операций также высказываются предложения по запрету страхования риска невозврата платежа. Но проблема страхования по большей части не является

банковской проблемой. Проблема страхования касается банковской деятельности только, возможно, в части предотвращения злоупотребления со стороны банков в виде лоббирования отдельных аффилированных страховых компаний. То есть, установив запрет на страхование клиента в аффилированных страховых компаниях, эту проблему можно решить.

В остальном незначительное использование страхования для обеспечения возврата банковских займов или для страхования рисков смерти заемщика связано с проблемами деятельности страховых компаний, неразвитостью страховой деятельности в Казахстане, отсутствием достаточного уровня конкуренции в этой сфере, дороговизной страховых продуктов в Казахстане.

Возможно, необходимо разработать какие-то экономические механизмы развития страхового рынка в Казахстане, например, за счет предоставления налоговых преференций для деятельности по страхованию банковских услуг, страхованию жизни, предоставления каких-то льгот и преимуществ в этой сфере деятельности. Но устанавливать полный запрет нежелательно.

Деятельность коллекторов. Аналогичные проблемы наблюдаются в деятельности коллекторов в Казахстане. Неразвитость коллекторской деятельности в Казахстане связана с малой емкостью финансового рынка банковского кредитования по сравнению, например, с Российской Федерацией. Как правило, функции коллекторов в Казахстане исполняют частные судебные исполнители. Большой необходимости в более широком развитии коллекторской деятельности в Казахстане нет. Необходимо приложить большие усилия для уменьшения количества задолжников по договорам банковского займа, в том числе путем ужесточения требований к заемщикам, снижения рисков невозврата займов путем развития рынка страхования займов, усиления требований к повышению степени обеспеченности займов реальными залогами, развития государственных механизмов оказания помощи в получении жилья на приемлемых условиях для молодых и многодетных семей, работников социально значимых организаций – медиков, учителей и т.д.

Для повышения прозрачности банковских операций необходимо дальнейшее совершенствование механизмов реструктуризации и рефинансирования просроченных банковских кредитов. С высоким уровнем такой просрочки в казахстанских банках на настоящий момент эта проблема довольно актуальна, особенно в отношении должников – физических лиц. Проблема реструктуризации и рефинансирования банковских займов напрямую связана с проблемой разработки законодательства о банкротстве физических лиц. Бесконечная формальная реструктуризация и рефинансирование задолженности, не ведущие к уменьшению долговой нагрузки и усу-

губляющие положение заемщика, ставит задачу создания механизма прекращения этой задолженности через признание банкротом заемщика – физического лица при условии отсутствия злоупотребления со стороны заемщика со списанием задолженности по банковскому займу. Необходимо в связи с этим решить и вопросы списания налоговой нагрузки с банков при списании задолженности банкрота.

Досрочное взыскание долга. Другой проблемой, связанной с просрочкой по договорам банковского займа, является нерешительность или нежелание банков использовать свое право на досрочное взыскание долга в случае явной неспособности заемщика исполнять ежемесячные платежи и выполнять условия договора банковского займа. Даже в ситуации, когда заемщик сам объявляет о своей неплатежеспособности, банки не торопятся досрочно взыскивать заем и это приводит к искусственному увеличению просрочки, то есть к увеличению права требования банка.

Большую часть проблемы искусственного увеличения сумм задолженности в связи с нереализацией банками права на досрочное взыскание должен решить запрет на начисление установленного вознаграждения за пользование займом на сумму просрочки по основному долгу и начисленному вознаграждению, ограничение размера, суммы и сроков начисления на задолженность неустойки (пени), а также распространение исковой давности на взыскание задолженности по договору банковского займа.

Возможно, ужесточение требований по досрочному взысканию займа в случае просрочки повлечет на определенный период времени увеличение судебных дел по взысканию задолженности, но по прошествии определенного периода времени число таких дел должно существенно снизиться.

Просрочка возврата банковских кредитов, особенно физическими лицами, затрагивает и такую проблему банковского сектора, как некачественная оценка платежеспособности заемщика при заключении договора банковского займа. При этом любая просрочка возврата займа или процентов по нему влечет за собой начисление дополнительного платежа, повышенный размер платы за пользование займом, увеличение базы начисления вознаграждения, то есть существенное увеличение доходов банка. Но ненадлежащая оценка банком кредитоспособности заемщика, в первую очередь, приводит к неблагоприятным последствиям и для самого банка, поскольку может повлечь за собой полный дефолт заемщика, когда он фактически становится неспособным погасить начисленную просрочку или когда задолженность превысит стоимость обеспечения (залога, гарантии) и возникнет риск безвозвратной просрочки. Распространение срока исковой давности на договор банковского зай-

ма, а также установление запрета на начисление платы за пользование займом на просрочку, установление ограничений по начислению неустойки на просрочку должны в определенной степени повысить уровень оценки кредитоспособности заемщика банками в будущем, так как в противном случае убытки от просрочки или невозврата займа должны привести к убыткам таких банков и прекращению ими банковской деятельности.

В то же время необходимо более четко установить правила, когда банк обязан предпринять действия по досрочному возврату займа в связи с просрочкой ежемесячных платежей.

39.2. ПРОЗРАЧНОСТЬ ДЛЯ ТРЕТЬИХ ЛИЦ

Прозрачность банковских договоров для третьих лиц означает не что иное, как разглашение банковской тайны (правомерное или неправомерное).

Что касается неправомерного разглашения банковской тайны, то это обычно связано с правонарушением – административным или уголовным (мошенничество или банковские преступления). Поэтому в данной статье речь может идти только о правомерном разглашении банковской тайны.

Банковская тайна согласно п. 1 ст. 50 Закона Республики Казахстан от 31 августа 1995 года 2444 «О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан» (далее – Закон о банках) включает в себя сведения о наличии, владельцах и номерах банковских счетов депозиторов, клиентов и корреспондентов банка, об остатках и движении денег на этих счетах и счетах самого банка, операциях банка (за исключением общих условий проведения банковских операций), а также сведения о наличии, владельцах, характере и стоимости имущества клиентов, находящегося на хранении в сейфовых ящиках, шкафах и помещениях банка.

Должностные лица и работники банков за разглашение банковской тайны несут уголовную ответственность, за исключением случаев предоставления информации, предусмотренной пунктами 4-8 статьи 50 Закона о банках. В соответствии с этими пунктами правомерным является разглашение в предусмотренных случаях банковской тайны налоговым органам (с 1 января 2017 г. – и по счетам нерезидентов), правоохранительным органам, судам, судебным исполнителям, таможенным органам, нотариусам, иностранным консульским учреждениям.

Зарубежное законодательство о разглашении банковской тайны: классический вариант. Законодательством большинства развитых стран сегодня допускаются исключения из режима банковской тайны в отношении ряда государственных органов и их

должностных лиц. При этом перечень данных органов определяется каждой страной самостоятельно.

Как правило, допуск к сведениям, составляющим банковскую тайну, имеют судебные органы и органы, осуществляющие предварительное следствие. Согласно статье 57 Закона Франции 1984 года «О банках и банковской деятельности» сведения о клиентах и их счетах не могут скрываться от судебных органов, проводящих уголовное расследование. С другой стороны, подобные сведения не будут раскрыты агентам и другим служащим французской полиции, действующим не по поручению суда. В соответствии с Законом Германии «Об обязанности дачи свидетельских показаний и информации в уголовном суде» доступ к счету клиента банка могут получить только национальные правоохранительные органы. Для этого необходима санкция суда. А для предоставления прокуратуре такой санкции нужно конкретное и серьезное подозрение органов правопорядка о совершении клиентом преступления¹.

Исключения из банковской тайны установлены законодательством ряда стран в отношении налоговых органов.

Так, в соответствии с Общим налоговым кодексом Франции кредитные организации обязаны объявить налоговым службам об открытии и закрытии счетов вкладов ценных бумаг или денежных средств, текущих авансовых счетов и т.д. Признаваясь национальным законодательством как один из видов конфиденциальной информации, банковская тайна в то же время не является препятствием к получению сведений о физических и юридических лицах для налоговых органов таких стран, как Италия и Ирландия.

В США Закон «О банковской тайне» включил налоговые ведомства в состав государственных органов, имеющих право получать соответствующие конфиденциальные сведения. В дальнейшем полномочия налоговых органов в части контроля за счетами клиентов кредитных организаций были расширены. Так, Служба внутренних доходов США (Internal Revenue Service) была наделена полномочиями начислять штрафные санкции в отношении лиц, не подавших декларации о принадлежащих им счетах в иностранных банках (Report of Foreign Bank and Financial Account (FBAR)). Как известно, Закон «О банковской тайне» требует, чтобы резиденты Соединенных Штатов и лица, занимающиеся бизнесом на территории страны, декларировали принадлежащие им банковские счета в иностранных банках, оборот по каждому из которых превышает 10 тыс. долларов США. Умышленное сокрытие этих данных расценивается властями как уголовное преступление.

¹ См.: Демидова Н. Банковская тайна в России и за рубежом // Второй паспорт. 2003. №5. С. 45-56.

В Швейцарской конфедерации национальные налоговые органы не входят в состав лиц, имеющих право доступа к сведениям, составляющим банковскую тайну. В соответствии со швейцарским законодательством исключительным правом на получение конфиденциальных сведений о клиентах кредитных организаций и их счетах обладают органы расследования. При этом подобная информация предоставляется только на основании решения суда и в отношении лиц, подозреваемых в совершении деяния, уголовно наказуемого по законам Швейцарии. Подобное обстоятельство существенно для сохранения банковской тайны, так как налоговые нарушения относятся в Швейцарии к административным нарушениям и уголовно не наказуемы. Швейцарское законодательство четко разграничивает понятия «уклонение от уплаты налогов» (непредставление сведений о доходах) и «налоговое мошенничество» (подделка документов, фальсификация данных). В Швейцарии уклонение от уплаты налогов не является достаточным юридическим основанием для разглашения сведений, составляющих банковскую тайну. Если же совершено налоговое мошенничество, возбуждается уголовное дело, в связи с которым банковская тайна может быть раскрыта.

Аналогичные подходы к классификации налоговых правонарушений, связанных с уклонением от уплаты налогов, имеют место в законодательстве таких стран, как Австрия, Лихтенштейн, Монако. Для кредитных организаций данных стран наличие информации о фактах неуплаты налогов их клиентами не является достаточным основанием для раскрытия сведений о состоянии счетов клиентов и операций по ним. Подобная ситуация неизбежно приводит к миграции капиталов из стран с наиболее строгим налоговым законодательством в страны с «щадящим» законодательством о налогах и сборах, требующих четкого соблюдения норм о конфиденциальности сведений, составляющих банковскую тайну¹.

Законодательство и банковская практика о разглашении банковской тайны: современный период. Однако этот классический вариант сохранения банковской тайны, примерно одинаковый в Казахстане и большинстве зарубежных стран, в последние годы дал трещину. И связано это в первую очередь с современными угрозами, такими как финансирование терроризма и экстремизма, незаконное отмывание денег, уклонение от уплаты налогов и пр.

FATCA – Закон США о соблюдении налогового законодательства в связи с иностранными банковскими счетами. В начале 2010 года в США был принят Закон о соблюдении налогового законодательства в связи с иностранными банковскими счетами (Foreign Accounting Tax Compliance Act – FATCA). Указанный за-

¹ См.: *Конюшко Е.В.* Банковская тайна: опыт правового регулирования зарубежных стран и международного права//Аспирант и соискатель. 2006. №2. С. 32.

кон вступил в силу с 1 января 2013 года (в полном объеме применяется с 01.01.2017 г., передача информации начинается с 01.07.2014 г.) и направлен на предотвращение уклонения от налогов американскими гражданами и резидентами посредством использования иностранных счетов или оффшорных юрисдикций.

В соответствии с FATCA иностранные финансовые организации (прежде всего банки и депозитарии) обязаны заключить с Налоговым управлением США (Службой внутренних доходов – IRS) соглашения, на основании которых они должны будут идентифицировать владельцев счетов американских граждан и резидентов, а равно компаний, контролируемых гражданами или резидентами США, и предоставлять информацию о данных счетах в IRS (оборот, остатки и т.п.).

В случае, если организация откажется заключить такое соглашение или раскрывать информацию о банковских счетах, то применяется специальная санкция в виде 30-процентного налога у источника (пока только в отношении процентов, дивидендов, роялти, впоследствии – дохода от продажи активов и по транзитным платежам). Данный налог подлежит удержанию американской или иностранной финансовой организацией, заключившей названное выше соглашение (напр., германским банком).

Многие страны (в частности, Германия, Франция, Италия, Великобритания и др.) заключили межправительственные соглашения об исполнении FATCA, обеспечивая централизованное участие в соблюдении его требований, взаимодействие через государственные органы.

В России в июне 2014 года был принят Федеральный закон №173-ФЗ «Об особенностях осуществления финансовых операций с иностранными гражданами и юридическими лицами». Указанным Законом определяется порядок передачи российскими кредитными, страховыми и иными финансовыми организациями (брокерами, депозитариями, инвестиционными фондами и т.п.) информации в иностранные налоговые органы согласно законодательству иностранного государства о налогообложении иностранных счетов (в частности, FATCA). Согласно Закону №173-ФЗ на российские финансовые организации возложена обязанность выявлять лиц, в отношении которых необходимо предоставлять информацию в иностранные налоговые органы (критерии отнесения клиентов к таким лицам должны публиковаться на сайте в Интернете), и сообщать о таких лицах в уполномоченный государственный орган РФ. При этом передача сведений в иностранный налоговый орган допускается только при условии получения согласия клиента, которое означает также согласие на предоставление такой информации в Центральный Банк РФ, Росфинмониторинг и Федеральную налоговую службу. При неполучении от клиента согласия какие-либо

финансовые операции с указанным клиентом прекращаются. Также запрещается предоставление такой информации при наличии запрета со стороны уполномоченного государственного органа РФ (при нарушении налагается штраф в размере до 1 млн. руб.).

Закон №173-ФЗ запрещает осуществлять сбор и передачу информации о физических лицах – гражданах РФ (за исключением клиентов, имеющих двойное гражданство или вид на жительство в иностранном государстве), а также о юридических лицах, созданных в соответствии с законодательством РФ, которыми более чем на 90 % владеют граждане РФ.

Законом №173-ФЗ, кроме того, возлагается на иностранные финансовые организации обязанность сообщать в Федеральную налоговую службу о реквизитах открытых у них счетов (вкладов) граждан Российской Федерации и юридических лиц, которые прямо или косвенно контролируются гражданами Российской Федерации, ежегодно в срок до 30 сентября 2014 года, следующего за годом, в течение которого указанные счета (вклады) были открыты. В случае неисполнения данной обязанности к данным организациям применяются меры, предусмотренные законодательством Российской Федерации (последствия пока до конца неясны)¹.

Единый стандарт отчетности CRS (Common Reporting Standart). Оптимизация бизнеса и повышение его эффективности с использованием оффшорных компаний является неотъемлемой частью мировой экономики. По оценкам Transparency International, благодаря этому в оффшорных зонах осело уже более 10 трлн. долларов.

Такая ситуация не могла устраивать страны с более высокими уровнями налогов, которые из-за оттока средств столкнулись со снижением налоговых поступлений и растущим бюджетным дефицитом. Чтобы ограничить вывод денег в оффшоры, а также вернуть уже выведенные деньги, высоконалоговые страны стали инициаторами отмены не только банковской тайны, но и конфиденциальности информации о владельцах оффшорных компаний.

Поскольку FATCA показал свою эффективность, было принято решение расширить этот механизм до мирового уровня с привлечением большого числа стран-участниц. При этом обмен финансовой информацией между фискальными службами было решено проводить в автоматическом режиме и на основе взаимности.

Европейские страны перестали быть надежным местом для хранения денег инкогнито.

В странах Европейского союза отменен принцип банковской тайны. Информация о любом открытом банковском счете доступна

¹ См.: *Падалко А.* Применение FATCA в России: предоставление российскими банками информации в службу внутренних доходов США. – <http://www.roedl.net/ru/pl/publications/newsletters/newsletterarchi...>

налоговым органам. Также расширен список доходов налогоплательщиков, по которым налоговые службы стран ЕС обязаны автоматически обмениваться информацией. В такой обмен включены данные об остатках средств на счетах, доходы от продажи финансовых активов, проценты и дивиденды.

Главным достижением ЕС в вопросе отказа от банковской тайны стало то, что в этом соглашении принимают участие все страны Европы, в том числе не входящие в ЕС – Швейцария, Сан-Марино, Лихтенштейн, Монако и Андорра. Хотя некоторые страны, особенно Швейцария и Лихтенштейн, долгое время были популярными финансовыми гаванями, славились надежностью своей банковской системы и закрытостью информации о банковских операциях. Таким образом, в Европе не осталось стран, в которых можно прятать деньги или доходы, которые хочется сохранить в тайне.

В общей сложности многостороннюю конвенцию о взаимной помощи в налоговых вопросах подписало более 100 мировых юрисдикций. В 2018 году к ним присоединились Россия, а также Бразилия, Китай, Монако, Сингапур.

Таким образом, стандарт CRS распространяется не только на страны ЕС. Он закреплен и на международном уровне. Автоматический обмен финансовой информацией постепенно выводится на глобальный уровень, куда будет вовлечена большая часть стран мира, включая и популярные оффшорные юрисдикции, через которые сейчас проводится большая часть сделок по минимизации налогов.

Страны, включая и оффшорные юрисдикции, которые откажутся противодействовать уклонению от уплаты налогов, рискуют оказаться под экономическими санкциями. Так, в декабре 2017 года решением министров финансов Евросоюза утвержден список из 17 стран, которые могут в будущем оказаться под санкциями. В список попали Южная Корея, Макао, Маршалловы Острова, Монголия, Намибия, Палау, Панама, Сент-Люсия, Самоа, Тринидад и Тобаго, Тунис, ОАЭ, Американское Самоа, Бахрейн, Барбадос, Гренада и Гуам¹.

FATCA и CRS в Казахстане. FATCA и CRS нашли отражение и в законодательстве Казахстана.

Постановлением Правительства РК от 24 октября 2016 г. №613 «О подписании Соглашения между Правительством Республики Казахстан и Правительством Соединенных Штатов Америки о совершенствовании международной налоговой дисциплины» был одобрен новый проект межправительственного соглашения по FATCA.

В целях гармонизации местного законодательства с требованиями FATCA в Казахстане были пересмотрены некоторые законы и нормативно-правовые акты. Стоит отметить, что Законом от 30 но-

¹ См., например: <https://www.segodnya.ua/economics/business/ukrainasobiraetsya...>

ября 2016 года №26-VI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам налогообложения и таможенного администрирования» были внесены изменения в Налоговый кодекс Республики Казахстан. Данные изменения в полной мере могут быть использованы и для целей CRS.

Согласно новым положениям с 2017 года расширены полномочия налоговых органов, которые получили право обмениваться информацией с уполномоченными органами иностранных государств, в том числе составляющей коммерческую, банковскую и иную охраняемую законом тайну, а также получать соответствующую информацию от банков, в том числе кастодианов, и организаций, осуществляющих отдельные виды банковских операций, кастодианов, единого регистратора, брокеров и дилеров, обладающих правом ведения счетов клиентов в качестве номинальных держателей ценных бумаг, управляющих инвестиционным портфелем, а также страховых организаций.

В свою очередь, банки и организации, осуществляющие отдельные виды банковских операций, обязаны предоставлять в уполномоченный орган сведения о наличии, номерах банковских счетов, остатках денег на этих счетах, а также сведения о наличии, виде и стоимости иного имущества, в том числе размещенного на металлических счетах или находящегося в управлении, физических лиц-нерезидентов, юридических лиц-нерезидентов, а также юридических лиц, бенефициарными собственниками которых являются нерезиденты.

Данные сведения должны предоставляться в порядке и сроки, установленные уполномоченным органом по согласованию с Национальным Банком Республики Казахстан. Стоит отметить, что дополнительно могут быть запрошены сведения об иных лицах, указанных в запросе уполномоченного органа иностранного государства, направленного согласно международным правилам.

Аналогичные обязанности появились у кастодианов, единого риэлтора, брокеров и (или)дилеров, обладающих правом ведения счетов клиентов в качестве номинальных держателей ценных бумаг, управляющих инвестициями, а также страховых организаций.

При взаимодействии с налоговыми органами, в частности, данные организации, в зависимости от вида деятельности, обязаны представлять сведения:

- о наличии счетов для учета ценных бумаг, открытых физическим лицам-нерезидентам, юридическим лицам-нерезидентам, а также юридическим лицам, бенефициарными собственниками которых являются нерезиденты, а также об остатках и движении ценных бумаг на этих счетах;

- о наличии иных активов, за исключением ценных бумаг, принадлежащих физическим лицам-нерезидентам, юридическим

лицам-нерезидентам, а также юридическим лицам, бенефициарными собственниками которых являются нерезиденты;

– о заключенных договорах накопительного страхования, выгодоприобретателями по которым являются физические лица-нерезиденты¹.

11 сентября 2017 г. в Астане Министр финансов РК Бахыт Султанов и Посол США в Республике Казахстан Джордж Крол подписали межправительственное соглашение о совершенствовании международной налоговой дисциплины посредством оказания взаимной помощи в вопросах налогообложения. Межправительственное соглашение было подписано с целью соблюдения Закона США «О налогообложении иностранных счетов» (FATCA), направленного на борьбу с уклонением от уплаты налогов со стороны налогоплательщиков США, имеющих финансовые счета за рубежом. Согласно межправительственному соглашению финансовые учреждения Казахстана будут предоставлять информацию о финансовых счетах, держателями которых являются налогоплательщики США, или о юридических лицах Казахстана, в которых налогоплательщики США имеют существенную долю участия. Посол Крол поблагодарил Казахстан за сотрудничество, отметив, что «автоматический обмен информацией о финансовых счетах для целей налогообложения становится общемировым стандартом с целью сокращения уклонения от уплаты налогов через оффшоры, и сегодняшнее подписание межправительственного соглашения по FATCA знаменует собой значительный прогресс в сотрудничестве США и Казахстана по обеспечению международной налоговой дисциплины².

Всеобщее декларирование. Окончательно банковская тайна в Казахстане будет уничтожена и договоры станут насквозь прозрачными с введением всеобщего декларирования.

Тайна в Казахстане исчезнет с введением всеобщего декларирования.

Всеобщее декларирование существует во многих странах мира. Вводится оно и в постсоветских странах, в частности в России.

В Казахстане всеобщее декларирование будет введено с 1 января 2020 г. В декларировании будет отражаться все имущество физического лица, в том числе все деньги в любой валюте на банковских счетах в Казахстане и за рубежом.

Представляется, что при нашем уровне коррупции данные о наших деньгах на счетах будут известны не только налоговым органам, но и всем заинтересованным лицам, в том числе преступным элементам.

¹ См.: *Тимур Мусин*. Новые очертания FATCA и CRS. – <https://hipo.kz/post/novye-ochertaniya-fatca-i-gatca/>

² См.: <https://kz.usembassy.gov/ru/tax-compliance-agreement-ru/>

40.1. ВНЕДОГОВОРНОЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВО КАК ВИД ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

Классификации обязательств. В юридической литературе проводятся различные классификации обязательств (регулятивные и охранительные, положительные и отрицательные, основные и акцессорные, простые и сложные, личностные и безличностные, обычные и фидуциарные, монообязательства и обязательства со множественностью лиц, долевыe и субсидиарные, первичные (исходные, прямые) и регрессные, обязательства с определенным предметом и обязательства с неопределенным предметом (альтернативные и факультативные), обычные (защищаемые иском) и натуральные, делимые и неделимые, родовые (генетические) и индивидуальные (специальные), денежные и иные, секундарные и полные (полносоставные), обычные обязательства по достижению результата и обязательства по приложению максимальных усилий и т.д.¹

Нетрудно заметить, что почти все эти виды классификаций так или иначе связаны с субъектами, объектами и содержанием обязательства, то есть с элементами самого обязательства как правоотношения.

Единой классификацией обязательств, выходящей за рамки самого обязательства, является деление обязательств на договорные и внедоговорные, ибо оно основано на различных основаниях возникновения, изменения и прекращения обязательств, то есть на различных юридических фактах. Грубо говоря, это деление на договор и остальные юридические факты, договор и не договор, на обязательства, возникающие из договора, и обязательства, возникающие не из договора².

Классификации обязательств в римском праве. В римском праве обязательства по первоначальному происхождению происходили из двух основных источников: *ex contractu* и *ex delicto*. Кроме них, упоминаются еще два: *quasi ex contractu* и *quasi ex delicto*.

¹ Эти классификации в том или ином варианте можно найти в любом учебнике гражданского права. Наиболее полную и современную версию см.: *Хохлов В.А.* Общие положения об обязательствах. М.: Статут, 2015. С. 32-49.

² См, например.: *Обязательства, возникающие не из договора.* М.: Статут, 2013.

И хотя римские юристы вначале немного по-другому понимали различия между *contractus* и *delictum* (применение такого деления только к исковым договорам и правонарушениям), но в последующем они свелись к различиям между отвлеченными понятиями договора и правонарушения¹.

Различные факты, которые не подпадали под понятия контрактов и деликтов, римские юристы вначале группировали под неопределенным названием: *varial causarum figurae*, различные виды оснований. Но потом заметили, что обязательства, возникшие из этих источников, были похожи или на обязательства из договора, или на обязательства из деликта. Так появились обязательства, возникшие *quasi ex contractu*, как бы из договора, и обязательства, возникшие *quasi ex delicto*, как бы из деликта².

Под квазиконтрактами (обязательствами как бы из договора) понимались случаи, когда договора нет, но возникает обязательство, очень напоминающее договорное обязательство: 1. *Negotiorum gestio* – ведение чужих дел без поручения; 2. Обязательства, возникающие вследствие неосновательного обогащения одного лица за счет другого.

Исследователи римского права затрудняются дать общее определение квазиделиктов и причины их выделения. Одна из наиболее обоснованных теорий заключается в том, что здесь имеются в виду те незаконные действия, которые по разным причинам не могут быть отнесены к деликтам³. К отдельным видам квази-деликтов относят: ответственность судьи за ненадлежащее осуществление судопроизводства; ответственность за вылитое и выброшенное (*actio de evvuis et deiectis*) за вред, причиненный находящимся на улице, ответственность за поставленное и подвешенное (*actio de positis et suspensis*), ответственность владельцев судов, постоянных дворов и конюшен за вредоносные действия слуг этих заведений. Все эти действия в настоящее время охватываются понятием деликта.

Р. Саватье объясняет четырехчленную классификацию следующим образом:

«Некоторые обязательства возникают из согласного волеизъявления, которое именуют в соответствии с традицией догово-

¹ См.: *Савиньи Ф.К.* Обязательственное право / Пер. с нем. СПб.: Юридический ЦентрПресс, 2004. С. 370-372.

² См.: *Годэмэ Е.* Общая теория обязательств / Пер. с франц. И.Б. Новицкого. М.: Юрид. изд-во Мин-ва юстиции СССР. М., 1948 (Ученые труды ВИЮН. Вып. XIII). С. 28-29.

³ См., например: *Чезаре Санфилино.* Курс римского частного права: Учебник. М.: Изд. БЕК, 2000. С. 268; *Римское частное право: Учебник.* / Под ред. И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского. М.: Волтерс Клувер, 2010. С. 590; *Дождев Д.В.* Римское частное право: Учебник для вузов /Под редакцией В.С. Нерсисянца. М.: Изд. группа ИНФРА. М-НОРМА, 1996. С. 559.

ром. Другие виды обязательств возникают из волевых актов, но содержание воли можно определить посредством юридических приемов, поскольку стороны прямо свою волю на возникновение обязательства не выразили. Эти акты носят название квазидоговора.

Обязательства могут возникнуть и в связи с тем, что лицо претерпело ущерб, причиненный неправомерным действием другого человека. Содержанием такого обязательства является возмещение причиненного вреда. Оно носит название деликта, если вред был причинен преднамеренно, либо квазиделикта, если вред был причинен не по злой воле.

Но поскольку эти четыре вида оснований возникновения обязательств, в известной мере искусственно различаемые, недостаточны для объяснения возникновения всех видов обязательств, то к четырем указанным выше присоединилось еще пятое основание – закон, – которое должно охватить все то, что не подпадает под другие основания»¹.

Классификации обязательств в западных юрисдикциях. Я так подробно говорю о последней классификации в силу того, что она нашла закрепление в современном законодательстве, в частности в Гражданском кодексе Франции².

В книге III Гражданского кодекса Франции (далее – ГКФ) Титул III называется «О договорах или договорных обязательствах в общем», а Титул IV называется «Об обязательствах, возникающих в отсутствие соглашения».

В Титуле IV Глава I называется «О квазидоговорах», Глава II – «О деликтах и квазиделиктах». То есть в этом титуле сосредоточены все четыре категории (кроме договора), выступающие основаниями возникновения обязательств (квазидоговоры, деликты, квазиделикты, закон).

В Германском Гражданском уложении (ГГУ) в Книге второй выделяется Раздел второй «Обязательства, возникающие из договоров». Седьмой раздел Книги второй называется «Отдельные виды обязательств» и в этом разделе помещены без особого выделения все обязательства – и договорные и внедоговорные. Например, Девятая глава называется «Публичное обещание вознаграждения», одиннадцатая глава называется «Ведение чужих дел без поручения», Семнадцатая глава – «Игры. Пари», Двадцать четвертая – «Неосновательное обогащение», Двадцать пятая – «Недозволенные действия».

Во Всеобщем гражданском кодексе Австрии (от 27 июля 2010 г.)

¹ См.: *Саватье Р.* Теория обязательств / Пер. с франц. Р.О. Халфиной. М.: Изд-во Прогресс, 1972. С. 49.

² См.: Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) / Пер. с франц. В.Захватаева. Киев: Истина, 2006.

Семнадцатый отдел Второго раздела называется «О договорах и сделках вообще. Основание личных прав на вещи». В §859 закрепляется: «личные права на вещи, в силу которых одно лицо обязано к совершению в пользу другого лица какого-либо предоставления, основываются непосредственно на законе или сделке, или на нанесенном вреде». Из внедоговорных обязательств во Всеобщем гражданском кодексе Австрии закреплены: «Публичное обещание награды» (§§860, 860а, 860в) и «О возмещении вреда и упущенной выгоды» (Тридцатый отдел)¹.

В Швейцарском обязательственном законе (от 30 марта 1911 г.) Раздел первый «Возникновение обязательств» состоит из трех глав: обязательства из договора, обязательства из неправомерных действий, обязательства из неосновательного обогащения².

Классификации обязательств в русском дореволюционном праве. В.И. Синайский разделяет обязательства на обязательства по договорам и обязательства из обещания, правонарушений и по закону. К юридически обязательному обещанию относится, в частности, публичное обещание награды, к обязательствам из правонарушений – обязательства из причинения вреда. К обязательствам по закону относятся ведение чужих дел без поручения, неосновательное обогащение и обязательства возмещения личного вреда по закону³.

К.П. Победоносцев делит обязательства на две группы: обязательства по договорам и обязательства, возникающие из одностороннего действия. Соответственно Третий отдел книги называется «Обязательства, возникающие из действий». Глава первая этого раздела – «Вознаграждение убытка от действий преступных и неправомерных». Глава вторая – «Отношения, подобные договорным», и к этим отношениям относятся три учреждения, которые, в большей или меньшей полноте, приняты во всех западных законодательствах. Во-первых – возмещение полезного приращения, сделанного в имуществе (*act.de in rem verso, nützliche Verwendung* по прусскому праву); во-вторых – полезное управление чужим делом или имуществом без поручения (*negotiorum gestio, gestion d' affaires*); в-третьих – право возвращения уплаченного даром или напрасно (*condictio indebiti, repetition de l'indu*)⁴.

¹ См.: Всеобщий гражданский кодекс Австрии = Allgemeines Buzgezliches Gesetzbuch / Пер. с нем [Маслов С.С.]. М.: Инфротропик Медиа, 2011, С. 148-149.

² См.: Швейцарский обязательственный закон. Федеральный закон о дополнении Швейцарского гражданского кодекса (Часть пятая: Обязательственный закон): от 30 марта 1911 г. (по состоянию на 1 марта 2002 г.) / Пер. с нем., фр. М.: Инфротропик Медиа, 2012. С. 3 -25.

³ См.: *Синайский В.И.* Русское гражданское право. М.: Статут, 2002. С. 356-482.

⁴ См.: *Победоносцев К.П.* Курс гражданского права. Часть третья: Договоры и обязательства. М.: Статут, 2003. С. 312, 582.

В Своде законов гражданских Российской империи деликт и кондикция отдельно не выделялись, только в Главе шестой «О праве вознаграждения за понесенные вред и убытки» выделяется отделение второе, в котором содержатся разделы о вознаграждении за владение чужим имуществом, о вознаграждении за вред и убытки, причиненные преступлением или проступком, о вознаграждении за вред и убытки, последовавшие от деяний, не признаваемых преступлениями и проступками¹.

Однако в Проекте Гражданского уложения Российской Империи уже четко выделялись обязательства по договорам и обязательства, возникающие не из договоров (публичное обещание награды, ведение чужих дел без поручения, возвращение недолжно полученного, вознаграждение за вред, причиненный деяниями)².

Современные классификации. Возникает вопрос: что же в современных условиях относится к внедоговорным обязательствам?

Многу раньше было высказано такое мнение: «Особенная часть обязательственного права состоит из отдельных институтов, регулирующих однотипные обязательства: договорные обязательства; внедоговорные обязательства. Внедоговорные обязательства, в свою очередь, делятся на: а) обязательства, возникающие из односторонних сделок (конкурсные обязательства, публичное обещание награды); б) охранительные обязательства (возникающие из деятельности в интересах другого лица без поручения, возникающие вследствие причинения вреда, возникающие вследствие неосновательного обогащения)»³.

Однако если мы говорим обо **всех** юридических фактах, кроме договора, перечисленные мной обязательства не покрывают всех обязательств, вытекающих из недоговорных юридических фактов. Недаром В.А. Хохлов выделяет обязательства, основанные на договоре, и обязательства, появление которых предопределено иными основаниями, например, принятием административного акта, судебного решения и т.п. Поэтому В.А.Хохлов говорит не о внедоговорных обязательствах, а об обязательствах, возникаю-

¹ См.: Свод законов Российской Империи. Том X. Часть I. Свод законов гражданских. Изд. 1914 г. – В кн.: Кодификация российского гражданского права: Свод законов гражданских Российской Империи, Проект Гражданского уложения Российской Империи, Гражданский кодекс РСФСР 1922 года, Гражданский кодекс РСФСР 1964 года. Екатеринбург: Издательство Института частного права, 2003. С. 136-147.

² См. Гражданское уложение. Проект Высочайше учрежденной Редакционной Комиссии по составлению Гражданского Уложения // Там же. С. 599-606.

³ См.: Гражданское право. Том 2. Вещное право. Обязательственное право: Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы, 2013. С. 277; См. также: Сулейменов М.К. Гражданское право Республики Казахстан: опыт теоретического исследования. Том. 3 Часть вторая. Теоретическая. Раздел 2. Гражданское правоотношение. Алматы, 2016. С. 317.

щих не из договора. Строго говоря, и обязательства, вытекающие из юридических поступков и событий, также относятся к внедоговорным.

В учебнике под ред. Е.А. Суханова отдельно от договорных выделяются обязательства из односторонних сделок и действий в чужом интересе (глава 53) и внедоговорные (охранительные) обязательства (Раздел XVI), к которым отнесены обязательства из причинения вреда (главы 55, 56) и обязательства из неосновательного обогащения (глава 57)¹.

В одних учебниках к внедоговорным обязательствам относят только обязательства из причинения вреда и из неосновательного обогащения², в других – в это понятие включаются, кроме них, еще и публичное обещание награды и публичный конкурс³. В третьих учебниках выделяются, помимо договорных, обязательства из односторонних действий (куда включаются действия в чужом интересе без поручения, публичное обещание награды и публичный конкурс и проведение игр и пари). Кроме этого, в отдельную группу выделяют охранительные обязательства (обязательства из причинения вреда и из неосновательного обогащения)⁴.

В нашем учебнике по гражданскому праву также выделяются, помимо договорных, обязательства из односторонних сделок (конкурсные обязательства и действия в чужом интересе без поручения) и внедоговорные обязательства (возникающие вследствие причинения вреда и вследствие неосновательного обогащения)⁵.

С отождествлением понятий «охранительные» и «внедоговорные» трудно согласиться, ибо понятие «охранительные правоотношения» гораздо шире деликта и кондикции и включает в себя практически все правоотношения, возникающие в случае нарушения (или создания угрозы нарушения) права⁶.

В Гражданском кодексе РК в отдельные главы выделяются: Конкурсные обязательства (глава 46), Действия в чужом интересе без

¹ См.: Российское гражданское право: Учебник: В 2-х т. Т. II. Обязательственное право / Отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Статут, 2010. С. 4, 28, 33.

² См.: Гражданское право (учебник для вузов в трех частях). Часть вторая / Под ред. В.П. Камышанского, Н.М. Коршунова, В.И. Иванова. М.: Эксмо, 2009. С. 13-14.

³ См.: Гражданское право: Учебник. В 2 т. / Под ред. Б.М. Гонгалов. Т. 2 М.: Статут, 2016. С. 10.

⁴ См.: Гражданское право: Учебник. Изд. шестое / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Том 2. Том 3. М.: ООО ТК Велби, 2002; Гражданское право: Учеб.: В 3-х т. Т.2., Т. 3 / Под ред. А.П. Сергеева. М.: ТК Велби, 2009.

⁵ См.: Гражданское право. Том III: Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. Алматы, 2004. С. 17-85.

⁶ См.: *Кархалев Д.Н.* Охранительное гражданское правоотношение. М.: Статут, 2009. С. 32-33; *Белов В. А.* Гражданское право. Т. IV/ Особенная часть. Относительные гражданско-правовые формы: Учебник для бакалавриата и магистратуры. М.: Юрайт, 2014. С. 579-595.

поручения (глава 42), Обязательства, возникающие вследствие причинения вреда (глава 47), Обязательства вследствие неосновательного обогащения (глава 48). Все они могут быть отнесены к внедоговорным обязательствам. Более четко это выражено в Разделе VII «Международное частное право». §6 главы 62 ГК называется «Внедоговорные обязательства» и включает в себя «Обязательства из односторонних сделок», в том числе публичное обещание награды, деятельность в чужом интересе без поручения и другие (ст. 1116 ГК), обязательства вследствие причинения вреда (ст. 1117 ГК), ответственность за ущерб, причиненный потребителю (ст. 1118 ГК), неосновательное обогащение (ст. 1119 ГК).

В ГК РФ примерно такая же структура расположения внедоговорных обязательств. Однако вместо одной главы «Конкурсные обязательства», как в ГК РК, здесь выделены три самостоятельные главы: «Публичное обещание награды» (глава 56), «Публичный конкурс» (глава 57), «Проведение игр и пари» (глава 58). Кроме того, в разделе «Международное частное право» не выделяются внедоговорные обязательства, есть одна общая глава 68 «Право, подлежащее применению к имущественным и личным неимущественным отношениям».

В ГК Республики Беларусь (от 7 декабря 1998 г. №218-3) классификация обязательств точно такая же, как в ГК РФ, но в Разделе «Международное частное право» §6 главы 75 дословно совпадает с §6 главы 42 ГК РК.

Аналогично в ГК Республики Узбекистан (часть первая от 21 декабря 1995 г. №163-1, часть вторая от 29 августа 1996г №256-1), в ГК Кыргызской Республики (часть первая от 8 мая 1996 г. №16, часть вторая от 5 января 1998 г. №2), в ГК Республики Таджикистан (часть первая от 30 июня 1999 г. №802, часть вторая от 11 декабря 1999 г. №884). (Правда, в ГК Таджикистана нет Раздела «Международное частное право»).

В ГК Республики Армения (от 5 мая 1998 г.) «Договоры о проведении игр и пари» включены как Подраздел 7 в Раздел 7 «Обязательства, возникающие из договоров». В Разделе 8 «Обязательства, возникающие из односторонних действий» содержится три главы: глава 57 «Публичное обещание награды», глава 58 «Публичный конкурс» и глава 59 «Действия в чужом интересе без поручения». Раздел 9 называется «Обязательства, возникающие вследствие причинения вреда и неосновательного обогащения».

В ГК Республики Молдова (от 16 августа 2012 г. №166-169а /571) нет деления на договорные и внедоговорные обязательства. Книга третья называется «Обязательства», и в ней приведены все виды договорных обязательств, а также «Публичное обещание награды» (Глава XXX), «Игры и пари» (Глава XXXI), «Ведение дел без поручения» (Глава XXXII), «Неосновательное обогащение»

(Глава XXXIII), «Обязательства вследствие причинения вреда» (Глава XXXIV).

В ГК Украины Раздел III «Отдельные виды обязательств» делится на два подраздела: Подраздел I «Договорные обязательства» и Подраздел II «Внедоговорные обязательства». Последний включает в себя: «Публичное обещание вознаграждения» (глава 78), «Совершение действий в имущественных интересах другого лица без его поручения» (глава 80), «Спасение здоровья и жизни физического лица, имущества физического лица и юридического лица» (глава 80), «Создание угрозы жизни, здоровью, имуществу физического лица или имуществу юридического лица» (глава 81), «Возмещение вреда» (глава 82), «Приобретение, хранение имущества без достаточного правового основания» (глава 83).

В ГК Грузии (от 26 июня 1997 г.) Книга третья называется «Обязательственное право» и состоит из Общей части «Общие положения об обязательствах» и Особенной части. В Особенную часть включены: Раздел первый «Договорное право» (в котором находится и глава двадцать седьмая «Игры. Пари»); Раздел второй «Обязательственные отношения по закону» (глава первая «Общие права», Глава вторая «Ведение чужих дел без поручения», Глава третья «Неосновательное обогащение»); Раздел третий «Деликтные обязательства».

Анализ классификаций, закрепленных в ГК и предложенных в юридической литературе, ясно показывает, какой разницей при этом существует. Это вызывает вопрос о том, возможно ли в принципе провести такое деление и есть ли вообще необходимость в классификации обязательств на договорные и внедоговорные? Собственно, такое мнение уже высказывалось в юридической литературе¹. Я тоже высказывал отрицательное мнение о такой классификации и предлагал другие критерии на примере договорной и внедоговорной ответственности².

Если применить предложенную тогда мной классификацию к обязательствам, получится деление на: 1. Обязательства, возникающие из сделок, в том числе договоров (сделочные обязательства). Их характерным признаком является то, что сделочная или договорная ответственность возникает из уже существующего правоотношения. 2. Обязательства, выступающие ответственностью и возникающие не из существующего правоотношения, а непосредственно на основании закона (деликтные обязательства, кондикционные обязательства, обязательства, возникающие из действий в чужом интересе без поручения).

Классификация обязательств на договорные и внедоговорные –

¹ См.: Белов В.А. Гражданское право. Том IV. С. 53-54.

² См.: Защита гражданских прав: Монография / Отв. ред. М.К.Сулейменов. Алматы: НИИ частного права КазГЮУ, 2011. С. 39-42.

это практически классификация юридических фактов как оснований возникновения обязательств. Договор как юридический факт и все остальные юридические факты, из которых возникают обязательства. Поэтому эта классификация носит достаточно условный характер.

Однако я не могу согласиться с В. А. Беловым, что такая классификация вообще не нужна. Иначе трудно будет объяснить, почему во всех практически юрисдикциях, начиная с римского права, с такой настойчивостью стремились выделить отдельно договорное обязательство и отдельно все иные. Именно в силу особой важности договора как основного юридического факта, порождающего многочисленные и разветвленные обязательства, возникает необходимость его выделения в особую группу. Ну а раз есть группа договорных обязательств, как назвать все остальные? Правильно: внедоговорные, недоговорные или обязательства, возникающие не из договора. Классификация этих внедоговорных обязательств тоже достаточно условна и является просто классификацией юридических фактов: односторонние сделки, деликты, кондикция, административный акт, судебное решение, юридические поступки, события.

В.А. Белов, решив отказаться от деления обязательств на договорные и внедоговорные¹, тем не менее сам практически вернулся к такому делению, только другим способом. Он объявил, что обязательствами являются правоотношения, возникающие из сделок (договоров). Все остальные правоотношения он считает относительными правоотношениями, не являющимися обязательствами (охранительные гражданские отношения, права ожидания удовлетворения, относительные секундарные права, права участия (корпоративные права)².

Нельзя сказать, что эта классификация В.А. Белова лучше, чем деление на договорные и внедоговорные обязательства. Он прав, что нельзя отождествлять относительные и обязательственные отношения. Я тоже выделял в свое время вещные относительные правоотношения, возникающие при общей собственности, авторские относительные (между соавторами), наследственные относительные (между сонаследниками), а также корпоративные права³.

¹ См.: *Белов В.А.* Гражданское право. Том IV. Особенная часть. Относительные гражданско-правовые формы: Учебник для бакалавриата и магистратуры. М.: Изд. Юрайт, 2014. С. 53-54.

² Там же. С. 64, 5-6.

³ См.: *Сулейменов М.К.* Субъективное гражданское право и средства его обеспечения // Материалы Международной научно-практической конференции, посвященной памяти Ю.Г. Басина (в рамках ежегодных цивилистических чтений). Алматы, 13-14 июня 2005 г. Алматы, 2005. С. 20-28; См. также: *Сулейменов М.К.* Частное право Республики Казахстан: история и современность // Собр. соч. в 9 т. Т. 5. Алматы: Юрид. фирма Зангер, 2011. С. 278-284.

Поэтому в принципе можно согласиться с В.А. Беловым, что некоторые относительные правоотношения, в частности корпоративные, не относятся к обязательствам. Но я не могу понять, почему к обязательствам не относятся охранительные гражданские правоотношения, в частности деликтные и кондикционные отношения¹?

В последнее время делаются попытки выделить, помимо внедоговорных охранительных обязательств, еще категорию «внедоговорные регулятивные обязательства». Например, В.Н. Игнатенко к таковым относит: публичное обещание вознаграждения (без объявления конкурса и по результатам конкурса); совершение действий в имущественных интересах другого лица без его поручения; спасение здоровья и жизни физического и юридического лица; завещательный отказ и завещательное распоряжение².

С таким выделением можно согласиться, за исключением того, что действия в имущественных интересах другого лица без его поручения, так же как и спасение здоровья и жизни физического и юридического лица логичнее отнести к охранительным обязательствам, ибо они направлены на защиту гражданских прав. В юридической литературе преобладает именно такая точка зрения³.

Исходя из сказанного, а также имея в виду то обстоятельство, что действия в чужом интересе без поручения относятся не к односторонним сделкам, а к юридическим поступкам (подробнее см. ниже: раздел Действия в чужом интересе без поручения), можно предложить следующую классификацию внедоговорных обязательств:

1. Внедоговорные регулятивные обязательства – обязательства, возникающие:

1) из односторонних сделок: а) конкурсных обязательств (включая публичное обещание награды, публичный конкурс, проведение игр и пари); б) завещательного распоряжения и завещательного отказа (при условии, что они рассматриваются как обязательственные, а не как наследственные правоотношения, отличные от обязательств); 2) решений собраний; 3) административных актов; 4) юридических поступков (например, строительство дома, написание книги, создание изобретения); 5) событий – пожар в результате удара молнии, естественная смерть, наступление срока и т.п.

2. Внедоговорные охранительные обязательства – обязательства, возникающие:

¹ См.: *Белов В.А.* Указ. соч. С. 5.

² См.: *Игнатенко В.Н.* Действия в чужом интересе без поручения как способ самозащиты гражданских прав. – dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/6377/1/Ignatenko_132pdf.

³ См., например: *Кархалев Д.Н.* Охранительное гражданское правоотношение. М.: Статут, 2009. С. 327-328; Внедоговорные охранительные обязательства: Учебное пособие/Под ред. А.В. Головизнина. М.: ООО Юстициформ, 2015-http://w.w.w.kniga.com/books/preview_txt.asp?sku=ebooks346662.

1) из правомерных действий (причинение вреда при необходимой обороне и крайней необходимости); 2) неправомερных действий: а) обязательства из причинения вреда; б) обязательства по предупреждению причинения вреда (ст. 918 ГК); в) обязательства из неосновательного обогащения; 3) юридических поступков: а) обязательства из действий в чужом интересе без поручения (включая обязательства из спасения здоровья и жизни физического лица, имущества физического лица и юридического лица – глава 80 ГК Украины); б) обязательства из создания угрозы жизни, здоровью, имуществу физического лица или имуществу юридического лица (глава 81 ГК Украины); 4) событий – пожар в результате поджога, смерть в результате убийства (в обоих случаях на самом деле два юридических факта: поджог и убийство как противоправные действия и пожар и смерть как события) и т.п. 5) иных юридических фактов.

Особняком в этой классификации стоят обязательства из неосновательного обогащения. Они могут возникать из действий (правомерных и неправомερных), юридических поступков (купил стадо, а в нем оказалась чужая корова), из событий (например, прибилась корова к стаду).

Корпоративные отношения, а также вещные относительные (между участниками общей собственности), авторские относительные (между соавторами), наследственные относительные (между сонаследниками) я в эту классификацию не включаю, так как, по моему мнению, эти относительные отношения к обязательствам не относятся, составляя самостоятельную группу относительных гражданских правоотношений¹.

40.2. ДЕЛИКТНЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

Понятие и признаки деликтного обязательства. Деликтным обязательствам посвящено не очень много работ. В советское время был издан ряд монографий, посвященных деликтным обязательствам, но наиболее классическими и фундаментальными были работы Е.А. Флейшиц и книга В.Т. Смирнова и А.А. Собчака². В современный период в российской литературе тоже не слишком много работ, посвященных непосредственно деликтным обязательствам (я не имею в виду огромную литературу по гражданско-

¹ Подробнее о юридических фактах как основаниях возникновения обязательств см.: Сулейменов М.К. Гражданское право Республики Казахстан: опыт теоретического исследования. Том 2. Часть вторая. Теоретическая. Раздел 1. Общие проблемы гражданского права. Алматы, 2016. С.348-382.

² См.: Флейшиц Е.А. Обязательства из причинения вреда и неосновательного обогащения. – В кн.: Флейшиц Е.А. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 2. М.: Статут, 2015. С. 309- 431; Смирнов В.Т., Собчак А.А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве: Учебное пособие. Л.: Изд-во ЛГУ, 1983.

правовой ответственности, которая, естественно, основана на исследовании, в первую очередь, ответственности, связанной с возмещением вреда)¹. В казахстанской литературе следует прежде всего назвать работы Т.Т. Шиктыбаева².

Деликтные обязательства – один из основных видов обязательства, ибо главным делением обязательств по основанию возникновения является деление их на договорные и деликтные обязательства. В литературе даже высказывалось мнение, что понятие обязательства в его современном виде выросло из понятия деликта (так называемая деликтная теория)³. И хотя эта теория была подвергнута убедительной критике В.А. Беловым, тем не менее и в интерпретации В.А. Белова деликтные обязательства занимают важное место в истории возникновения понятия обязательства⁴.

Для того чтобы четко определить понятие и содержание деликтного обязательства, необходимо ответить на несколько вопросов. Я предлагаю эти вопросы и ответы на них.

1) Соотношение понятий «обязательство» и «деликтное обязательство». Деликтное обязательство является видом обязательства из причинения вреда (наряду с обязательством по возмещению вреда, причиненного совершением правомерных действий). Обязательство из причинения вреда является видом внедоговорных обязательств (наряду с обязательствами, возникающими из односторонних сделок, неосновательного обогащения, ведения чужих дел без поручения). Внедоговорные и договорные обязательства вместе составляют гражданско-правовые обязательства.

2) Соотношение понятий «обязательство из причинения вреда» и «деликтное обязательство». Деликтное обязательство возникает из правонарушения, поэтому деликтная ответственность – это всегда ответственность за неправомерные действия. В то же время существуют обязательства из причинения вреда, возникшего в результате правомерных действий, например, причиненного в состоянии крайней необходимости (ст. 920 ГК). Поэтому обязательство из причинения вреда – это родовое понятие, включающее в

¹ См., например: *Поляков И.Н.* Ответственность по обязательствам из причинения вреда. М., 1998; *Шевченко А.С., Шевченко Г.Н.* Деликтные обязательства в российском гражданском праве: Учебное пособие. М.: Статут, 2013.

² См.: *Шиктыбаев Т.Т.* Деликтные обязательства: Учебное пособие. В 2 частях. Часть 1. Алматы: ТОО Изд. Норма К., 2001.

³ См., например: *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 236; *Гусаков А.Г.* Деликты и договоры как источники обязательств в системе гражданского права Древнего Рима. М., 1896. С. 67 и сл.; *Канторович Я.А.* Основные идеи гражданского права. Харьков, 1928. С. 42.

⁴ См.: *Белов В.А.* Проблемы общего учения об обязательствах. – В кн.: *Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики* / Под общ. ред. В.А. Белова. М.: Юрайт, 2007. С. 647-655.

себя два вида: 1) обязательство из причинения вреда, возникшего в результате совершения деликта (деликтное обязательство); 2) обязательство из причинения вреда, возникшего в результате совершения правомерных действий.

3) Соотношение понятий «деликтное обязательство» и «деликтная ответственность». Эти понятия нередко употребляются как тождественные. В этом нет ничего противоречивого, так как эти понятия взаимосвязаны. Деликтная ответственность возникает из факта правонарушения – деликта. Совершением деликта определяется момент возникновения деликтного обязательства, это обязательство имеет своим содержанием деликтную ответственность. Поэтому в данном случае ответственность не является дополнительным обязательством, как при договорной ответственности, она составляет содержание обязанности правонарушителя в деликтном обязательстве.

Деликтное обязательство может быть исполнено добровольно, в этом случае нет необходимости применять принудительные меры ответственности. То есть деликтная ответственность существует, но она реализуется без привлечения принудительной силы государства. В случае отказа исполнить деликтное обязательство меры ответственности реализуются в принудительном порядке.

4) Соотношение понятий «деликтная ответственность» и «гражданско-правовая ответственность». Гражданско-правовая ответственность различается на договорную и внедоговорную. Одним из видов внедоговорной ответственности является деликтная ответственность. Другими видами внедоговорной ответственности выступает ответственность за нарушение обязательств, возникающих из односторонних сделок, ответственность из обязательства, возникающего вследствие неосновательного обогащения. Основное отличие деликтной ответственности от договорной заключается в том, что договорная ответственность возникает из уже существующего правоотношения – договорного обязательства и представляет собой дополнительное и самостоятельное обязательство.

5) Соотношение понятий «деликт» и «деликтная ответственность». Деликт – это гражданское правонарушение, юридический факт. Деликтная ответственность – это последствие деликта, содержание деликтного обязательства как гражданского правоотношения. Деликтная ответственность возникает вне обязательства. Своими действиями причинитель вреда нарушает не существующее обязательство, а абсолютное право потерпевшего на неприкосновенность своих имущественных и личных неимущественных прав и благ. Деликтная ответственность возникает в результате деликта и составляет содержание деликтного обязательства.

6) Соотношение понятий «деликт» и «иные виды правона-

рушений». Деликт – это гражданское правонарушение. Помимо этого, существуют уголовное правонарушение (преступление), административное правонарушение (административный проступок) и материальное правонарушение. Деликт имеет гораздо больше общего с уголовным и административным правонарушениями, чем договорное правонарушение, именно в силу того, что оно внедоговорное (как и иные, не гражданско-правовые правонарушения). И в то же время он, конечно, отличается от иных видов правонарушений именно тем, что это гражданское правонарушение и именно поэтому главным последствием деликта является не наказание, а возмещение причиненного вреда¹.

Таким образом, деликтное обязательство: является простым односторонним обязательством, то есть у потерпевшего есть только права – право требовать возмещения вреда, а у причинителя вреда – обязанность по его возмещению; возникает в результате нарушения абсолютных прав; носит внедоговорный характер; является охранительным правоотношением.

Основания деликтной ответственности. Обычно выделяют четыре основания или условия гражданско-правовой ответственности: противоправность, наличие вреда, причинная связь между действиями (бездействием) правонарушителя и наступившим вредом (объективные условия) и вина (субъективное условие).

В отношении применения оснований ответственности между деликтной и договорной ответственностью существуют значительные расхождения.

Поскольку деликтное обязательство направлено на возмещение вреда и вред является неперенным основанием ответственности, деликтная ответственность наступает, как правило, при наличии всех оснований. Во всяком случае, обязательно наличие объективных условий. Вина может отсутствовать при ответственности за вред, причиненный источником повышенной опасности.

Однако для наступления договорной ответственности не обязательно наличия всех четырех условий. Например, при взыскании неустойки не обязательно наличие вреда и причинной связи, а при взыскании ее с предпринимателя и наличие вины.

Единственное условие, которое является обязательным всегда и везде – это противоправность нарушения субъективного гражданского права.

В то же время у деликта много общего с другими правонарушениями (уголовным и административным). Во всяком случае, основания ответственности у них одинаковые. Это привело к излишнему увлечению в доктрине гражданского права теоретическими изысканиями и практическими выводами других отраслей права

¹ О различиях между деликтом и иными правонарушениями см.: *Смирнов В.Т., Собчак А.А.* Указ. соч. С. 105 – 111; *Шиктыбаев Т.Т.* Указ. соч. С. 141-163.

(уголовного и административного). Наблюдается криминализация гражданско-правовой ответственности.

Я уже писал об этом в предыдущих работах применительно к основаниям гражданско-правовой ответственности¹. Меня всегда смущало несоответствие двух основных положений гражданско-правовой ответственности: принцип ответственности за вину и принцип полного возмещения убытков. Ведь если ответственность наступает только за вину, значит, возможны случаи, когда причинитель вреда не будет отвечать, что противоречит принципу полного возмещения вреда. С другой стороны, принцип полного возмещения вреда требует, чтобы все убытки были возмещены полностью. Но как этого добиться, если причинитель вреда совершенно законно может убытки не возмещать, доказав отсутствие вины?

Вина, в отличие от вины в уголовном праве, не играет большой роли в гражданско-правовой ответственности. Презумпция виновности, расширение ответственности без вины (источник повышенной опасности, ответственность за действия третьих лиц, предпринимательский риск), отсутствие форм вины, характерных для уголовного права, и т.д. Все эти общеизвестные обстоятельства говорят лишь о том, что нельзя строить гражданско-правовую ответственность по модели уголовной, и что вопросы о роли и значении вины в гражданско-правовой ответственности должны быть уточнены.

Исследователи нередко забывают, что главной функцией гражданско-правовой ответственности является компенсационная. Много лет назад я занимался анализом функций гражданско-правовой ответственности в целом и функций форм ответственности (взыскания неустойки и возмещения убытков). Для имущественной ответственности главной является компенсационная функция, для возмещения убытков – компенсационная, для взыскания неустойки – стимулирующая функции. Но и для взыскания неустойки компенсационная функция имеет важное значение². Сейчас я еще более утвердился во мнении, что главная и чуть ли не единственная функция ответственности – это компенсационная. Стимулирующая функция если и имеет какое-то значение, то второстепенное и дополнительное.

Между тем в юридической литературе утвердилось мнение о

¹ См., например: *Сулейменов М.К.* Ответственность как основной вид защиты гражданских прав. В кн.: *Защита гражданских прав: Монография / Отв. ред. М.К. Сулейменов.* Алматы: НИИ частного права КазГЮУ, 2011. С. 47-56; См. также: *Сулейменов М.К.* Частное право Республики Казахстан: история и современность // *Собр. соч. в 9 томах. Том 3.* Алматы: Юридическая фирма Зангер, 2011. С. 788-797.

² Подробнее см.: *Масевич М.Г., Покровский Б.В., Сулейменов М.К.* Правовые вопросы материального стимулирования предприятий. Алма-Ата: Наука, 1972. С. 207-216.

равнозначности компенсационной и стимулирующей функций. Более того, Т.Т. Шиктыбаев, например, выделяет, наряду с компенсационной, еще две функции деликтной ответственности: карательная (репрессивная) функция (название явно из уголовного права) и предупредительная функция¹. Как раз в подобных выводах и проявляется криминализация деликтной ответственности.

Главное в гражданско-правовой ответственности – это восстановление нарушенных прав, а не наказание, как в других отраслях права. А при восстановлении прав главное – это получить компенсацию. При этом никого не интересует психическое отношение нарушителя к совершенному правонарушению, важен сам факт и его противоположность.

Я считаю, что в гражданском праве происходит совершенно естественное сокращение сферы применения принципа вины и расширение сферы применения принципа причинения.

Мне кажется, стоит подумать над тем, чтобы, сохранив оба принципа гражданско-правовой ответственности – вины и причинения – поменять полюса этих принципов. Путем последовательного расширения принципа причинения можно постепенно прийти к тому, чтобы господствующим принципом гражданско-правовой ответственности был принцип причинения с тем, чтобы принцип вины применялся только тогда, когда он прямо определен законодательными актами.

40.3. ОБЯЗАТЕЛЬСТВО ПО ПРЕДУПРЕЖДЕНИЮ ПРИЧИНЕНИЯ ВРЕДА

Необходимо отметить особое обязательство, связанное с возмещением вреда, – обязательство по предупреждению причинения вреда (ст. 918 ГК РК или ст. 1065 ГК РФ).

В этих статьях закрепляется, что опасность причинения вреда в будущем может явиться основанием к иску о запрещении действий, создающих такую опасность. Данная статья является реализацией положения о закрепленном в п.1 ст. 9 ГК РК или ст. 12 ГК РФ таком способе защиты гражданских прав, как пресечение действий, не только нарушающих право, но и создающих угрозу его нарушения.

Пункт 2 статьи 918 ГК РК (ст. 1065 ГК РФ) устанавливает, что если причиненный вред является последствием эксплуатации предприятия, сооружения либо иной производственной деятельности, которая продолжает причинять вред или угрожает новым вредом, суд вправе обязать ответчика, помимо возмещения вреда, прекратить соответствующую деятельность.

Обязательство по предупреждению причинения вреда – это са-

¹ См.: Шиктыбаев Т.Т. Указ. соч. С. 145-146.

мостоятельное обязательство, отличное от обязательства по возмещению вреда. Одной из сторон обязательства выступает потенциальный причинитель вреда – лицо, осуществляющее или имеющее намерение осуществить в будущем деятельность, создающую опасность причинения вреда. Другая сторона – потенциальный потерпевший – лицо, которому может быть причинен вред, то есть существует реальная опасность его причинения в будущем.

Поскольку меры по предупреждению вреда в соответствии со ст. 918 ГК РК или ст. 1065 ГК РФ могут быть приняты только судом, обязательство возникает со вступлением в силу решения суда об удовлетворении требования о прекращении или приостановлении опасной деятельности ответчика¹.

Представляет интерес идея Ю.К. Толстого о возможности отнесения обязательств по предупреждению причинения вреда к категории квазиделиктных (*quasi ex delicto*)², известной еще римскому праву, но прямо не востребованной отечественной цивилистикой. Для сравнения: однопорядковая с ней категория квазидоговорных обязательств (*quasi ex contractu*), хотя также не известна нашему действующему законодательству, представлена в нем такими самостоятельными институтами, как обязательства вследствие неосновательного обогащения, обязательства из действий в чужом интересе без поручения. Это вселяет надежду, что и институт обязательств по предупреждению вреда, получив законодательное закрепление, будет развиваться и дальше³.

40.4. НЕОСНОВАТЕЛЬНОЕ ОБОГАЩЕНИЕ

Понятие обязательства вследствие неосновательного обогащения. Обязательство вследствие неосновательного обогащения относится к внедоговорным охранительным обязательствам, имеющим целью охрану имущества. Регулируется оно ст.ст. 953-960 ГК РК или ст.ст.1102-1108 ГК РФ. В ст. 953 ГК РК (ст. 1102 ГК РФ) раскрываются основные признаки и основания возникновения обязательства. В качестве сторон обязательства здесь выступают кредитор (потерпевший) и должник – лицо, неосновательно приобретшее или сберегшее имущество (приобретатель). Сторонами обязательства могут выступать юридические лица, граждане и государ-

¹ Подробнее см.: *Климович А.В.* Обязательства по предупреждению причинения вреда – новый вид обязательств в гражданском праве // Государственно-правовое развитие Сибири: Материалы науч.-практ.конф./Отв. ред. С.И. Шишкин. Иркутск, 2003; *его же.* Обязательства по предупреждению причинения вреда в гражданском праве России. <http://cyberleninka.ru/article/n/obyazatelstva-podpreduprezhdeniyu-prichineniya-vreda-v-grazhdanskom-prave-rossii>

² См.: *Гражданское право. Т. I.* /Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. 5-е изд. М., 2000. С. 536.

³ См.: *Климович А.В.* Указ. соч.

ство. Законодатель различает два вида обязательств вследствие неосновательного обогащения: обязательства вследствие неосновательного приобретения имущества; обязательства вследствие неосновательного сбережения имущества.

Соотношение кондикции с другими требованиями о защите гражданских прав. Для того чтобы выявить правовую природу кондикции, необходимо определить соотношение кондикции с другими требованиями. Важность такого разграничения возрастает в связи с наличием в ГК РК ст. 954 или в ГК РФ ст. 1103, которая так и называется «Соотношение требований о возврате неосновательного обогащения с другими требованиями о защите гражданских прав».

Неосновательное обогащение может применяться одновременно со следующими требованиями: 1) о возврате исполненного по недействительной сделке; 2) об истребовании имущества собственником из чужого незаконного владения; 3) одной стороны в обязательстве к другой о возврате исполненного в связи с этим обязательством; 4) о возмещении вреда, в том числе причиненного недобросовестным поведением обогатившегося лица.

Рассмотрим каждый из этих случаев.

1) Соотношение кондикционных обязательств и последствий признания сделок недействительными. Трудности разграничения связаны, во-первых, с неопределенностью самого понятия реституции как последствия признания сделки недействительной, во-вторых, с тем, что возникает необходимость разграничения сразу трех неразрывно связанных понятий: реституция, виндикация и кондикция.

По этому вопросу были высказаны различные точки зрения: 1) реституция является неосновательным обогащением (В.П. Шахматов, Ф.С. Хейфец, З.И. Шкундин); 2) реституция является либо разновидностью виндикации, либо разновидностью неосновательного обогащения (Н.В. Рабинович, Ю.К. Толстой, Е.А. Флейшиц, Д.О. Тузов, В.А. Белов, С.В. Скрябин); 3) реституцию нельзя смешивать ни с виндикацией, ни с кондикцией, это самостоятельный способ защиты гражданских прав (А.Н. Арзамасцев, Д.М. Генкин, К.И. Скловский, В.Л. Слесарев, В.В. Ровный, Л.А. Новоселова, О.В. Гутников)¹.

Термин «реституция» применительно к последствиям недействительных сделок отсутствует в законодательстве РК и других постсоветских стран. Этот термин был введен в оборот советской

¹ Обзор дискуссии см.: Гутников О.В. Недействительные сделки в гражданском праве (Теория и практика оспаривания). 3-е изд. М.: Статут, 2007. С. 184-196; Лоренц Д.В. Виндикация: юридическая природа и проблемы реализации: Монография. М.: ИНФРА-М, 2011. С. 82-84; Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. 5-е изд. М.: Статут, 2010. С. 672-718.

доктриной гражданского права. Как утверждает Д.О. Тузов¹, этот термин вместе с классификацией на двустороннюю реституцию, одностороннюю реституцию и недопущение реституции впервые был использован Д.М. Генкиным в учебнике 1944 г.² При этом советская реституция – это нечто особое, не связанное с классической реституцией, как она понималась в римском праве и понимается в современных юрисдикциях.

В большинстве зарубежных стран отношения по возврату имущества, полученного по недействительной сделке, полностью охватываются институтом неосновательного обогащения. В романских право порядках они опосредствуются требованием о возврате недолжно уплаченного, в германских – генеральным кондикционным иском, в англо-американских – различного рода реституционными требованиями³.

Изначальное понятие реституции означает только возвращение всего полученного (именно в этом смысле этот термин употребляется в международном праве). Однако в советском и постсоветском праве этому понятию сразу придали публично-правовой аспект: государство активно ведет борьбу с недействительными сделками. Отсюда и обязанность суда осуществлять реституцию при признании сделок недействительными, отсюда право суда по российскому законодательству по собственной инициативе применить последствия недействительной сделки⁴.

В ГК РК такой нормы нет, однако иск о признании сделки недействительной может предъявляться прокурором либо надлежащим государственным органом (п. 1 ст. 157 ГК). Что же касается односторонней реституции и недопущения реституции, то это конфискация в чистом виде, публично-правовая мера, лежащая за пределами гражданского права⁵.

Таким образом, реституция в постсоветском гражданском праве представляет собой оригинальное и самостоятельное правовое яв-

¹ См.: Тузов Д.О. Реституция при недействительности сделок и защита добросовестного приобретателя в российском гражданском праве. М.: Статут, 2007. С. 91.

² См.: Гражданское право /Под ред. М.М. Агаркова и Д.М. Генкина. Т. I. М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1944. С. 102.

³ См.: Новак Д.В. Неосновательное обогащение в гражданском праве. М.: Статут, 2010. С. 316.

⁴ См. об этом: Тузов Д.О. Реституция при недействительности сделок и защиты добросовестного приобретателя в российском гражданском праве. С. 89-98.

⁵ См. об этом, например: Тузов Д.О. Недопущение реституции и конфискация при недействительности сделок: Теоретический очерк. М.: Статут, 2008; Скрабин С.В. Последствия признания сделки недействительной: некоторые вопросы теории и практики применения гражданского законодательства // Зангер. 2013. № 10. С.51-52.

ление. Исходя из этого, я склонен разделить третью точку зрения о самостоятельности реституции в постсоветском праве по сравнению с виндикацией и кондикцией.

Другое дело, что применение реституции должно иметь очень ограниченный характер. Поэтому я вполне могу согласиться с конечным выводом С.В. Скрябина (хотя мы с ним придерживаемся различных взглядов, ибо он рассматривает реституцию как частный случай виндикации и кондикции):

«Реституция, как самостоятельный способ защиты гражданских прав, может быть применена только при истребовании имущества у сторон, совершивших сделку. В случае если вещь была передана по другой сделке, то ее возврат (истребование) может быть осуществлен только по правилам о виндикации или кондикции»¹.

2) Соотношение кондикционного обязательства и виндикации. Основное отличие между этими требованиями: при кондикционном иске требуется индивидуально-определенная вещь, при кондикции – вещь, определяемая родовыми признаками. Поэтому для обязательств из неосновательного обогащения не предусмотрено положение о судьбе улучшений, произведенных приобретателем, так как вещь, определяемую родовыми признаками, можно заменить на другую.

По виндикационному иску истребуется индивидуально-определенная вещь, принадлежавшая истцу на праве собственности, хозяйственного ведения или оперативного управления; по кондикционному иску истребуется имущество, обладающее родовыми признаками, которое не может быть обособлено от другого имущества ответчика.

Это самая распространенная точка зрения. В то же время широкое распространение получает концепция, что данный признак не является определяющим для разграничения виндикации и кондикции, так как в ряде случаев кондикция может применяться и в отношении индивидуально-определенных вещей².

Действительно, возможны случаи применения кондикции при взыскании индивидуально-определенной вещи, но это случаи, когда предъявитель требования утрачивает право собственности на

¹ См.: *Скрябин С.В.* Соотношение виндикации и реституции в гражданском праве Казахстана // Рольф Книппер и частное право постсоветских стран. Рольфу Книпперу *Liber amicorum* / Алматы: Дәуір кітап, 2016. С. 266.

² См., например: *Маковский А.Л.* Обязательства вследствие неосновательного обогащения (глава 60). // Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая. Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель / Под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, С.А. Хохлова. М.: Международный центр финансового развития, 1996. С. 595; *Новак Д.В.* Неосновательное обогащение в гражданском праве. М.: Статут, 2010. С. 284-291.

индивидуально-определенную вещь, и она фактически теряет свойства индивидуально-определенной вещи.

Возьмем для примера неразличимое смешение вещей, определенных родовыми признаками, о котором пишет Д.В. Новак¹.

Речь идет о вещах, определяемых родовыми признаками, которые были индивидуализированы (зерно в собственном амбаре, мешок картошки и т.п.) И эти вещи теряют свою индивидуализацию (вор, похитивший мешок картошки, смешал его со своими мешками).

Наиболее курьезный пример приводит А.О. Рыбалов. Три собутельника, каждый со своим граненым стаканом, перемешали эти стаканы на столе. Все три объекта трех субъективных прав собственности утратили индивидуальную определенность².

В этом случае владелец стакана потерял право собственности на него, так как стаканы оказались в общей собственности, и речь идет теперь о вещах, определяемых родовыми признаками, на которых не может быть права личной собственности.

Ясно, что в данном случае, поскольку нет права собственности на индивидуально – определенную вещь, виндикация неприменима, применяется кондикция.

Тем не менее вопрос о соотношении виндикации и кондикции является весьма дискуссионным, по нему существует огромная литература, в его решении имеется много подводных камней. Естественно, что в небольшой статье я не могу детально исследовать все эти вопросы.

3) Соотношение кондикции и договорного обязательства.

При анализе подпункта 3) ст. 954 ГК РК или ст. 1103 ГК РФ следует иметь в виду, что этот подпункт не может опровергнуть фундаментального положения о том, что кондикционное обязательство – это внедоговорное обязательство. Речь в данном подпункте поэтому идет о соотношении внедоговорного и договорного обязательства. Вследствие этого положения об обязательстве из неосновательного обогащения неприменимы к требованиям, вытекающим из договорного обязательства, то есть к требованиям о возврате исполненного в связи с этим обязательством. Это могут быть случаи повторного исполнения обязательства, ошибочной передачи вместо предмета, обусловленного обязательством, иного предмета. Хотя такое исполнение и связано с обязательством, оно выходит за его пределы³.

¹ См.: Новак Д.В. Указ.соч. С. 204 -312.

² См.: Рыбалов А. Право собственности и индивидуальная определенность вещи // Юрист. 2006. №26. С. 2.

³ См., в частности: Гражданское право. Часть вторая: Учебник /Под ред. А.Г. Калпина. М.: Юрист, 1999. С. 538.

По одному делу истец требовал возврата излишне выплаченных сумм, которые превышали установленный размер арендной платы по договору аренды. Ответчик считал, что стороны связаны договорными отношениями. Нарушение договорных обязательств, по общему правилу, влечет взыскание убытков. У суда отсутствуют основания для применения норм о неосновательном обогащении в отношении сторон по договору. Суд удовлетворил иск, указав, что оплата была произведена в связи с договором, но не на основании его, так как договором не предусматривалась обязанность арендатора возмещать включенные в счет расходы¹.

Как справедливо отмечает Е.С. Ем, в подпункте 3 ст. 1103 ГК РФ (соответствует подпункту 3) ст.954 ГК РК) «речь идет не о требовании о возврате исполненного по обязательству, а о требовании возврата исполненного, которое возникло в связи с обязательством, но выходит за рамки его содержания. Это может быть отгрузка незаказанного товара, передача в составе арендуемого имущества объектов, не обусловленных договором, двойной платеж за одну услугу или двойная оплата возмещения вреда и т.д.²».

4) При анализе соотношения требований из неосновательно-го обогащения и причинения вреда следует иметь в виду, что кондикционное обязательство является субсидиарным по отношению к обязательству из причинения вреда. Если причинение вреда связано с изъятием имущества, потерпевший может предъявить иск по нормам о кондикционных обязательствах. Обращение к этим нормам дает сторонам определенные преимущества. Так, имущество возвращается независимо от наличия чьей-либо вины в его отчуждении.

Однако правила ст. 954 ГК РК или ст.1103 ГК РФ подлежат применению, если иное не установлено самим ГК (например, в случаях, предусмотренных п.п.4,5 ст. 157 ГК РК, полученное по сделке может быть конфисковано), другими законодательными актами и не вытекает из существа соответствующих отношений.

Из содержания обязательства вследствие неосновательного обогащения вытекают основные принципы отграничения его от обязательства, возникающего вследствие причинения вреда. Если для последнего характерна противоправность действий причинителя, то действия неосновательного приобретателя часто бывают правомерными. Ответственность за причинение вреда наступает, как правило, при наличии вины, в то время как в действиях неосновательного приобретателя не должно быть умысла на неосно-

¹ См.: Информационное письмо ВАС РФ № 49 от 11 января 2000 // Вестник ВАС. 2000. №3.

² См.: Ем Е.С. Обязательства вследствие неосновательного обогащения // Законодательство. 1999. №7. С. 20-21.

вательное приобретение. Различен и объем возмещения: при деликтных исках полностью возмещается причиненный ущерб, при исках из неосновательного обогащения возвращается только то имущество, которое было неосновательно приобретено или сбережено.

Вопрос об основаниях разграничения деликтных и кондикционных обязательств вызывает большие дискуссии в юридической литературе¹.

Однако следует признать, что с введением положения о субсидиарности кондикции по отношению к деликтам основания для дискуссии значительно сократились.

На мой взгляд, можно согласиться с Д.В. Новаком, который считает, что «единственным критерием, позволяющим четко разграничить сферы применения деликтного и кондикционного требований, является субсидиарность последнего как общей защитной меры. Область самостоятельного юридического значения неосновательного обогащения по отношению к деликтному иску ограничена случаями, когда отсутствуют необходимые условия для возникновения между сторонами обязательства вследствие причинения вреда (наличие вреда; вина причинителя, если только законом специально не предусмотрена обязанность возмещения невиновно причиненного вреда; причинная связь между действиями причинителя и возникновения вреда), в силу чего воспользоваться деликтным иском невозможно»².

40.5. ДЕЙСТВИЯ В ЧУЖОМ ИНТЕРЕСЕ БЕЗ ПОРУЧЕНИЯ

Немного истории. Институт ведения дел без поручения появился в римском праве.

Ведение дел, *negotiorum gestio*, в специальном смысле (как источник обязательства) означает такое отношение, когда одно лицо (*negotiorum gestor*) ведет дела другого лица (*dominus*), управляет его имуществом и т.п., не имея на то поручения от этого другого лица. В тех случаях, когда ведущий дело (*гестор*) имеет соответствующее поручение от хозяина дела, имеет место договор *mandatum*, на основе которого и определяются отношения между сторонами. Если же поручения нет, нельзя говорить об обязательстве *ex contractu*; но так как в этом случае отношение имеет такой же облик, как и в первом случае, то обязательство, возникающее из такой добровольной, не вытекающей ни из закона, ни из договора

¹ Обзор дискуссии см., например: *Былков В.В., Рыженков А.Я.* Природа неосновательного обогащения: правоотношения, юридический факт, имущество. Волгоград: Изд-во Панорама, 2005. С. 164-177.

² См.: *Новак Д.В.* Указ. соч. С. 340.

заботы о чужом имуществе, называется *obligation quasi ex contractu*¹.

Ведение дел другого лица (*dominus negotii*) даже в отсутствие поручения (*mandatum*) приводило к возникновению потенциально двустороннего обязательства, защищенного *action negotiorum gestorum: dominus negotii* мог потребовать от добровольного прокуратора отчета о его деятельности, а *negotiorum gestor* – возмещения расходов посредством встречного иска (*action negotiorum gestorum contraria*). Гипотезами возникновения таких обязательств были хозяйственная деятельность, добровольное процессуальное представительство (*procurator ad litem, defensor*), отношения попечительства (*cura*). Предполагается, что этот вид обязательства сложился в практике назначения общего управляющего всеми делами – *procurator omnium bonorum*, когда доверенное лицо (обычно вольноотпущенник) отвечало перед хозяином за все хозяйство в определенном имении или на определенной территории (например, за все имения доверителя в Сицилии) и *dominus negotii* не мог в своем поручении предусмотреть все возможные акты и сделки, которые придется совершить управляющему в его отсутствие. Первоначально *procurator omnium bonorum* вообще не отвечал по *actio mandati*, и лишь со II в.н.э. отношение начинает рассматриваться как договор поручения².

Для обязательственной действительности ведения чужих дел необходимо было соблюдение следующих требований. Прежде всего это должно быть реальное ведение дел, что выражается в совершении одного или большего числа разнообразных актов и сделок. Затем ведение чужих дел должно быть начато с пользой, т.е. в ходе его должны обнаружиться его выгоды для *dominus*. Ведение чужих дел должно быть начато без побуждения извне, причём человеком, который не имеет от этого абсолютно никакой личной выгоды и сознает это. И наконец, отсутствие *prohibition domini* (запрета хозяина). Отсутствие какого-либо из этих требований могло быть компенсировано последующим «одобрением» (*ratihabitio dominus*, в силу которого имеющие место отношения будут по сути своей приравнены к поручению («*ratihabitio mandato comparatur*»)³.

Следует отметить, что институт ведения чужих дел без поручения не был законодательно закреплен в Российской Империи, и его нередко смешивали с институтом неосновательного обогащения. И

¹ См.: Римское частное право: Учебник. /Под ред. проф. И.Б. Новицкого, проф. И.С. Перетерского. М.: Волтерс Клувер, 2010. С. 556-557.

² См.: Дождев Д.В. Римское частное право: Учебник для вузов. М.: Изд. группа ИНФРА М- НОРМА, 1996. С. 544.

³ См.: Чезаре Санфилино. Курс римского частного права: Учебник. /Под ред. Д.В. Дождева. Пер. с итальянского. М.: Изд-во БЕК, 2000. С. 259.

только Проект Гражданского уложения Российской Империи предложил ввести в России институт ведения чужих дел без поручения¹.

В советском праве самостоятельное обязательство, возникающее из действий в чужом интересе, длительное время отсутствовало, хотя отдельные виды подобных действий охватывались правилами о последствиях заключения сделки неуполномоченным представителем (ст. 61 ГК КазССР) и о возмещении вреда, понесенного при спасении социалистического имущества (ст. 443 ГК КазССР). В остальных случаях по аналогии закона применялись правила об обязательствах, возникающих из неосновательного приобретения или сбережения имущества без достаточных оснований (ст.ст. 467-470 ГК КазССР).

Впервые обязательство из действий в чужом интересе без поручения появилось в Основах гражданского законодательства Союза ССР и Республик, принятых Верховным Советом СССР 31 мая 1991 г. Согласно ст. 118 Основ такое обязательство могло быть порождено как сделкой, совершенной в интересах другого лица без поручения, так и фактическими действиями по предотвращению угрозы имущественным интересам других лиц без соответствующих полномочий. Основы не предусмотрели скольконибудь развернутого регулирования возникающих при этом отношений, ограничившись решением ряда принципиальных вопросов, касающихся условий возникновения рассматриваемого обязательства.

В ст. 855 ГК РК действия в чужом интересе без поручения определяются как действия без поручения, иного указания или заранее обещанного согласия заинтересованного лица в целях предотвращения вреда его личности или имуществу, исполнения его обязательства или в его иных непротивоправных интересах. Аналогичное определение содержится в ст. 980 ГК РФ.

В ГК Украины данный институт разделен на два самостоятельных:

1) Совершение действий в имущественных интересах другого лица без его поручения. В п.1 ст. 1158 ГК Украины закреплено: «Если имущественным интересам другого лица угрожает опасность наступления невыгодных для него имущественных последствий, лицо имеет право без поручения совершать действия, направленные на их предупреждение, устранение или уменьшение». Другими словами, но суть изложена точно.

1) Спасение здоровья и жизни физического лица, имущества физического лица или юридического лица (Глава 80). Характер-

¹ См.: *Синайский В.И.* Указ. соч. С. 477.

но, что вред, причиненный лицу, которое без соответствующих полномочий спасало здоровье и жизнь физического лица (1161 ГК Украины), а также от реальной угрозы имуществу другого лица, которое имеет большую ценность (п. 1ст. 1161 ГК Украины), возмещается государством в полном объеме. Замечательная норма! Украинцы трансформировали применительно к условиям постсоветского общества те нормы, которые были в законодательстве советского периода относительно спасания социалистического имущества.

Определенные исследования действий в чужом интересе без поручения проводятся¹. В последние годы в основном в России и в Украине появляется все больше кандидатских диссертаций по названной проблеме².

В странах Центральной Азии исследования этой проблемы почти не проводились. Можно назвать только книжку Д.В. Бозорова³. В Казахстане же мы можем ограничиться только небольшой статьей С.И. Климкина⁴.

Правовая природа действий в чужом интересе без поручения. В ГК не названы стороны обязательства. Говорится о лице, действующем в чужом интересе, и о лице, в интересе которого предпринимаются действия без его поручения (заинтересованном лице). В Проекте Гражданского уложения Российской Империи были выбраны термины «хозяин» и «распорядитель», но, как признавались разработчики, «за неимением лучшего»⁵. Поэтому в

¹ См., например: *Новицкий И.Б.* Деятельность в интересе другого лица без поручения. В кн.: *Новицкий И.Б.* Избранные труды по гражданскому праву: В 2 т. Т. II. М., 2006; *Рябенцев В.А.* Ведение чужого дела без поручения. – В кн.: *Рябенцев В.А.* Представительство и сделки в современном гражданском праве. М., 2006; *Свалова Н.А.* Обязательства вследствие действий в чужом интересе без поручения в российском гражданском праве: Монография. Екатеринбург, 2009.

² См., например: *Харитонов Е.О.* Обязательства, возникающие из ведения дел без поручения, в советском гражданском праве (Одесса, 1980); *Балькин Д.А.* Действия в чужом интересе без поручения (Рязань, 2002); *Алексеев Д.О.* Действия в чужом интересе без поручения по российскому гражданскому праву (Москва, 2003); *Егорова Е.Н.* Обязательства, возникающие из действий в чужом интересе без поручения (Волгоград, 2004); *Карнов К.В.* Обязательства, возникающие вследствие предотвращения вреда личности или имуществу заинтересованного лица (Москва, 2005); *Мельник Е.А.* Действия в чужом интересе без поручения (юридическая природа и правовые последствия (СПб, 2006); *Свалова Н.А.* Обязательства вследствие действий в чужом интересе без поручения (Екатеринбург, 2008).

³ См.: *Бозоров Д.В.* Действия в чужом интересе. Душанбе, 2001.

⁴ См.: *Климкин С.И.* Обязательства из действий в чужом интересе без поручения. <https://www.zakon.kz/203655-objazatelstva-iz-dejstvij-v-chuzhom.html>

⁵ См. об этом: *Брагинский И., Витрянский В.В.* Договорное право. Том V. С. 381-382.

юридической литературе обычно применяются привычные римские термины: «гестор» и «доминус» (хозяин). Гестор выступает в обязательстве в качестве кредитора, а доминус – в качестве должника.

Из анализа ст. 855 ГК или ст. 980 ГК РФ можно вывести основные условия действий в чужом интересе: 1) лицо должно действовать в чужом интересе, осознавая это; 2) чужой интерес должен быть непротивоправным; 3) действия гестора должны совершаться непременно в интересах доминуса; 4) свои действия гестор должен осуществлять с заботливостью и осмотрительностью, необходимыми по обстоятельствам дела; 5) лицо, осуществляющее действия, не должно исключать для себя возможности получения компенсации от тех, в чьих интересах оно действовало; 6) действия лица должны совершаться добровольно; 7) действия лица совершаются за его счет¹.

Обычно действия в чужом интересе без поручения относят к односторонним сделкам. В ГК РК это даже закреплено в ст. 1116, в которой говорится: «к обязательствам из односторонних сделок (публичное обещание награды, деятельность в чужом интересе и другие) применяется право места совершения сделки».

Однако данная позиция вызывает сомнения, так как сделка предполагает наличие воли лица, направленной на возникновение правоотношения. В рассматриваемом же случае действия гестора направлены не на возникновение обязательства по возмещению ему понесенных убытков или ущерба, а на предотвращение вреда имуществу или личности доминуса. Обязательство возникает независимо от воли гестора. Поэтому для его возникновения не имеет значения, желал или нет гестор вступить в обязательственное отношение с доминусом. Обязательство возникает в силу закона. Сам факт совершения гестором действия в интересе доминуса влечет возникновение между этими лицами обязательства². Поэтому действия в чужом интересе без поручения следует признать, на мой взгляд, не юридическими актами, к которым относятся сделки, а юридическими поступками.

Для возникновения обязательства между гестором и доминусом требуется наличие сложного юридического состава, включающего в себя три юридических факта: 1) действие гестора в чужом интересе (доминуса) без поручения; 2) уведомление гестором отсутствующего доминуса о действии в его интересе; 3) неодобрение доминусом действий гестора, совершенного в его инте-

¹ См.: Брагинский И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 376-379.

² См.: Внедоговорные охранительные обязательства: Учебное пособие / Под ред. А.В. Голованова. М.: ООО Юстицинформ, 2015. С. 9-10.

ресе. Все эти три юридических факта являются юридическими поступками¹.

Можно, видимо, согласиться с авторами, которые доказывают, что действия в чужом интересе без поручения относятся к способам самозащиты гражданских прав².

Действия в чужом интересе без поручения изначально не зависят от воли лица, в чьих интересах они были исполнены. При этом оно не может защитить свое имущество из-за отсутствия на месте происшествия или по каким-либо иным причинам само не в состоянии позаботиться о своих интересах. У лица, совершающего такие действия, не должно быть вытекающих из договора доверенности или характера профессиональной деятельности полномочий на соответствующие действия, равно как и предварительного согласия на них заинтересованного лица.

Так, гражданин, выполняя за свой счет ремонт объекта недвижимости, может добросовестно заблуждаться по поводу его принадлежности, считая его своим на основании составленного в его пользу завещания. В случае признания такого завещания недействительным и возникновения права собственности на него у другого лица считается, что гражданин фактически действовал в его интересах, поэтому он вправе рассчитывать на получение компенсации своих затрат.

О совершенных в чужих интересах без поручения действиях необходимо поставить в известность лицо, в пользу и выгоде которого они осуществлялись. Если лицо, действующее в чужих интересах без поручения, своевременно не поставило в известность о них заинтересованное лицо, оно обязано представить доказательства уважительности этого, сообщить при первой возможности и обобщать, что раньше оно сделать не могло.

Действия в чужом интересе предполагают отсутствие договорных отношений. Если действия совершались в рамках заключенного договора, то оснований для применения главы 42 ГК РК или главы 50 ГК РФ не имеется. В таком случае вопрос о возмещении понесенных расходов подлежит разрешению по правилам, установленным для данного договора.

Не подлежат компенсации по правилам главы 42 ГК РК или

¹ См.: Внедоговорные охранительные обязательства. С. 9; См. также: *Свалова Н.А.* Обязательства вследствие действий в чужом интересе без поручения: Автореф. дис... канд. юрид.наук. Екатеринбург, 2008. <http://www.dslib.net/civil-pravo/objzatelstva-vsledstvie-dejstvij-v-chuzhom-interese-bez-poruchenija.html>.

² См.: *Свердлык Г., Страуниг Э.* Способы самозащиты гражданских прав и их классификация // *Хозяйство и право.* 1999. №2 С. 27; *Кархалев Д.Н.* Охранительное гражданское правоотношение. М.: Статут, 2009. С. 327; *Игнатенко В.Н.* Указ. соч.

главы 50 ГК РФ расходы, понесенные лицом не в чужих интересах, а в своих собственных, если оно осуществило вложения в имущество другого лица, предоставленного ему по договору аренды.

Под действие главы 42 ГК РК или главы 50 ГК РФ могут попасть и медицинские услуги, когда они оказываются, например, в экстренном порядке при отсутствии согласия пациента, находящегося в бессознательном состоянии¹.

¹ См. об этом: *Булеца С.Б.* Особенность института действий в чужом интересе без поручения // Наука. Общество. Государство. 2013. №3(3): <http://cyberleninka.ru/article/n/osobennost-instituta-deystviy-v-chuzhom-interese-bez-porucheniya>.

МАЙДАН СУЛЕЙМЕНОВ

**ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО
РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН:**

**ОПЫТ ТЕОРЕТИЧЕСКОГО
ИССЛЕДОВАНИЯ**

Том 4

Часть вторая. ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ

Раздел 3

**Гражданское право в современном мире:
общие проблемы и отдельные институты**

Редактор *А.Б. Баирова*

Техн. редактор *К.К. Мухамедин*

Подписано в печать 19.04.21. Формат 60×90^{1/16}.

Гарнитура «Times New Roman». Печ.л. 22,0.

Тираж 300 экз. Заказ №

Республика Казахстан. ТОО «Тамыр».

050012, г. Алматы, ул. Толе би, 127, тел.: 383-60-87.

E-mail: zaine777@mail.ru.

Отпечатано в типографии ТОО «Курсив»

тел.: 269-62-26.