

Майдан Сулейменов

**ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО
РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН:**

**ОПЫТ ТЕОРЕТИЧЕСКОГО
ИССЛЕДОВАНИЯ**

Том 5

**Часть третья
ПРАКТИЧЕСКАЯ**

Раздел 4

Цифровизация и гражданское право

Раздел 5

**Предпринимательство, инвестиции
и недропользование**

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 5 / М.К. Сулейменов. Часть третья. Практическая. Раздел 4. Цифровизация и гражданское право. Раздел 5. Предпринимательство, инвестиции и недропользование. – Алматы: Казахстанский Международный Арбитраж, 2021. – 384 с.**

ISBN 978-601-275-634-0

Т. 5-2021-392 с.

ISBN 978-601-80855-1-2

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 5-м томе исследуются гражданско-правовые проблемы цифровизации, вопросы правового регулирования предпринимательства, инвестиций и недропользования. Особое внимание уделяется проведению нефтяных операций.

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 978-601-80855-1-2 (т. 5)
ISBN 978-601-275-634-0 (общ.)

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

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 вторая. 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 третья
ПРАКТИЧЕСКАЯ

Раздел 4
ЦИФРОВИЗАЦИЯ И
ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

Раздел 5
ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВО,
ИНВЕСТИЦИИ И НЕДРОПОЛЬЗОВАНИЕ

ОГЛАВЛЕНИЕ

Раздел 4. ЦИФРОВИЗАЦИЯ И ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

Глава 41. Пятый этап развития гражданского законодательства: этап четвертой промышленной революции	14
41.1. Введение	14
41.2. Основные положения, имеющие отношение к гражданскому праву	15
41.3. Основные задачи гражданского права, вытекающие из четвертой промышленной революции	20
Глава 42. Цифровизация. Технологический аспект	27
42.1. Основные понятия	27
42.2. Блокчейн	29
42.3. Токены	40
42.4. Криптовалюта	44
42.5. Смарт-контракты	49
Глава 43. Цифровое право как отрасль права	52
43.1. Введение	52
43.2. Анализ юридической литературы об информационном праве, интернет-праве и цифровом праве	52
43.2.1. Информационное право	52
43.2.2. Интернет-право	58
43.2.3. Цифровое право	63
43.3. Место комплексных отраслей в системе права	68
43.4. Место цифрового права в системе отраслей права	74
43.5. Заключение	88

Глава 44. Гражданско-правовые проблемы цифровизации	89
44.1. Общие положения	89
44.2. Закон РФ о внесении изменений в ГК РФ	95
44.3. Закон Республики Казахстан о цифровых технологиях	105
44.4. Выводы	110

Раздел 5. ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВО, ИНВЕСТИЦИИ И НЕДРОПОЛЬЗОВАНИЕ

Подраздел IX. Гражданское право и предпринимательство

Глава 45. Вопросы теории	112
45.1. Опять о концепциях предпринимательского права	112
45.2. Основные и комплексные отрасли права	116
45.3. Экономическая сфера деятельности (экономическое право)	118
45.4. Предмет и метод предпринимательского права	121
45.5. Отношения внутри юридического лица (внутриорганизационные отношения)	122
45.6. Корпоративные отношения	123
45.7. Внутриуправленческие отношения	128
Глава 46. Хозяйственный (Предпринимательский) кодекс: улучшение правовой системы или ее развал?	132
46.1. Еще раз о концепции Предпринимательского кодекса Республики Казахстан	132
46.2. Нужен ли нам сейчас Предпринимательский кодекс? ..	136
46.3. Сколько кодексов нам нужно?	147
Глава 47. Проект Предпринимательского кодекса Республики Казахстан: кодекс или закон?	151
47.1. Мнение цивилистов Республики Казахстан	151
47.2. Анализ всех вариантов проекта Предпринимательского кодекса Республики Казахстан	157
47.3. Предпринимательский кодекс Республики Казахстан: много шума из ничего	175

Подраздел X. Гражданское право и инвестиции

Глава 48. Становление и развитие законодательства Республики Казахстан об инвестициях: теоретический аспект	182
48.1. Основные законодательные акты об инвестициях	182
48.2. Понятие инвестиций	184
48.3. Понятие иностранного инвестора	187
48.4. Гарантии иностранным инвесторам	188
48.5. Гарантии от изменения законодательства	191
48.6. Международные соглашения в сфере инвестиций	194

Глава 49. Становление и развитие законодательства Республики Казахстан об инвестициях: практический аспект	196
49.1. Введение	196
49.2. Закон Казахской ССР «Об иностранных инвестициях в Казахской ССР» от 7 декабря 1990 г.	197
49.3. Закон «Об иностранных инвестициях в Республике Казахстан» от 27 декабря 1994 г.	201
49.4. Закон Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Казахстан «Об иностранных инвестициях»	210
49.5. Закон «О государственной поддержке прямых инвестиций в Республике Казахстан»	224
49.6. Замечания по Плану действий, пункт 2 «Улучшить механизм разрешения споров с участием иностранных инвесторов»	226
49.7. Закон «Об инвестициях» от 8 января 2003 г.	227
49.8. Предпринимательский кодекс Республики Казахстан от 25 октября 2015 г.	233
49.9. Закон «О свободных экономических зонах» в Республике Казахстан от 30 ноября 1990 г.	235
49.10. Заключение	236

Подраздел XI. ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И НЕДРОПОЛЬЗОВАНИЕ

Глава 50. Развитие законодательства Республики Казахстан о недрах и недропользовании: теоретический аспект	238
---	-----

50.1. Становление законодательной базы для инвестиций в нефтегазовый сектор Казахстана	238
50.2. Размышления о совершенствовании законодательства о недрах и недропользовании. Нужен ли такой закон?	251
50.3. Кодекс о недрах и недропользовании от 27 декабря 2017 г.: достоинства и недостатки.....	258
Глава 51. Разработка законодательства о нефтяных операциях на море	275
51.1. Определение статуса Каспийского моря	275
51.2. Проект Закона «О нефтяных операциях на море и во внутренних водоемах» 1993 г.	278
51.3. Проект Закона о шельфе Каспийского моря 2001 г. ...	284
51.4. Закон РК «О соглашениях о разделе продукции при проведении нефтяных операций на море»	286
51.5. Определение в законах РК норм о проведении нефтяных операций на море	307
51.6. Заключение	307
Глава 52. Разработка закона о нефти	308
52.1. Общие положения	308
52.2. Принятие Закона о нефти: попытка №1	311
52.3. Принятие Закона о нефти: попытка №2	315
52.4. Принятие Закона о нефти: попытка №3	321
52.5. Указ о нефтяных операциях	328
52.6. Закон о государственном регулировании производства и оборота нефтепродуктов	329
52.7. Заключение	332
Глава 53. Закон о нефти и иностранная помощь	333
53.1. Общие положения	333
53.2. Отдельные заключения иностранных фирм и организаций на проект Закона о нефти	336
53.3. Заключение	356
Глава 54. Закон о недрах и недропользовании	357
54.1. Предпосылки	357

54.2. Указ Президента РК, имеющий силу Закона, от 27 января 1996 г. «О недрах и недропользовании», который впоследствии был переименован в Закон «О недрах и недропользовании»	358
54.3. Закон «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам недропользования и проведения нефтяных операций в Республике Казахстан» от 11 августа 1999 г.	361
54.4. Закон РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам недропользования и проведения нефтяных операций в Республике Казахстан» от 1 декабря 2004 г.	361
54.5. Разработка проекта Закона РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам недропользования и проведения нефтяных операций в Республике Казахстан» 2005 года	362
54.6. Закон Республики Казахстан от 14 октября 2005 г. 379-III «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам недропользования и проведения нефтяных операций в Республике Казахстан»	370
54.7. Различные подходы к отношениям между государством и недропользователем	371
54.8. Закон «О недрах и недропользовании» от 24 июня 2010 г.	372
54.9. Заключение	383

Раздел 4
ЦИФРОВИЗАЦИЯ И
ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

Глава 41. ПЯТЫЙ ЭТАП РАЗВИТИЯ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА: ЭТАП ЧЕТВЕРТОЙ ПРОМЫШЛЕННОЙ РЕВОЛЮЦИИ

41.1. ВВЕДЕНИЕ

Развитые экономические страны более или менее успешно преодолевают последствия кризиса. Идет постепенный отказ промышленности от нефтяной зависимости, развитие альтернативных источников энергии, развитие IT-технологий и пр. и пр. Вполне реальным видится наступление четвертой промышленной революции.

Поэтому можно говорить о наступлении пятого этапа развития гражданского законодательства: этапа четвертой промышленной революции.

Я хотел бы изложить сейчас основные положения книги Клауса Шваба, основателя и бессменного президента Всемирного экономического форума в Давосе¹.

Первая промышленная революция (1760-е по 1840-е годы) – строительство железных дорог и изобретение парового двигателя. Вторая промышленная революция (конец XIX – начало XX века) – распространение электричества и внедрение конвейера. Третья промышленная революция началась в 1960-х годах – компьютерная или цифровая революция. По мнению К. Шваба, сегодня мы стоим на пороге четвертой промышленной революции. Она началась на рубеже нового тысячелетия и опирается на цифровую революцию. Ее основные черты – это «вездесущий» и мобильный Интернет, миниатюрные производственные устройства (которые постоянно дешевеют), искусственный интеллект и обучающие машины.

Однако четвертая промышленная революция связана не только с умными и взаимосвязанными машинами и системами. Спектр ее действия значительно шире. Одновременно возникают волны дальнейших прорывов в самых различных областях: от расшифровки информации, записанной в человеческих генах, до нанотехнологий, от возобновляемых энергоресурсов до квантовых вычислений. Именно синтез этих технологий и их взаимодействие в физических, цифровых и биологических доменах составляют фундаментальное отличие четвертой промышленной революции от всех предыдущих революций.

¹ См.: Шваб К. Четвертая промышленная революция. М.: Эксмо, 2016 (Top Business Awards).

В ходе этой революции новейшие технологии и универсальные инновации распространяются значительно быстрее и куда более масштабно, чем во время ее предшественниц, которые, кстати, еще продолжают в некоторых странах мира. В ожидании второй промышленной революции находится население 17% мировой территории, так как около 1,3 млрд человек все еще не имеют доступа к электричеству. Примерно половина населения земного шара, или 4 млрд человек, ожидает третью промышленную революцию, поскольку большинство из них живут в развивающихся странах, где нет доступа к сети Интернет. При этом только на распространение веретена (символа первой промышленной революции) за пределами Европы понадобилось почти сто двадцать лет. Для сравнения, Интернет распространился по всему миру меньше чем за десять лет¹.

Впервые официальное признание четвертая промышленная революция получила в Германии, где в 2011 г. власти страны провозгласили курс на внедрение «умного производства» или «Индустрии-4.0».

Четвертая промышленная революция – продолжение третьей, но на более высоком уровне, ее главный лозунг – так называемые киберфизические системы, то есть тесный синтез вычислительных и технологических процессов, когда компьютерные программы управляют производством, и при этом чипы и датчики делают все материальные элементы производства частями единой информационной системы.

В качестве примера действия «Индустрии 4.0» можно привести немецкое предприятие Adidas. Если на заводах этого производителя спортивной одежды в Азии и Мексике используется дешевая рабочая сила, то в Германии на заводе Adidas человеческое участие минимально. Люди лишь задают программу на компьютере и периодически контролируют ее работу.

Четвертая промышленная революция ставит задачи перед всеми науками, прежде всего медициной, биологией, IT-технологиями, социальными и экономическими науками. Но она неминуемо коснется также и правовых наук, и в первую очередь, – гражданского права.

41.2. ОСНОВНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ, ИМЕЮЩИЕ ОТНОШЕНИЕ К ГРАЖДАНСКОМУ ПРАВУ

Я приведу несколько цитат из книги **Клауса Шваба**, которые, на мой взгляд, имеют прямое или косвенное отношение к гражданскому праву.

¹ См.: Шваб К. Указ. соч. С. 11-12.

Общие проблемы.

– Наука развивается такими темпами, что на пути прогресса встают уже не технические, а юридические, нормативные и этические ограничения.

– Четвертая промышленная революция изменяет не только то, что мы делаем, но и то, кем мы являемся. На нас, индивидуумов, это окажет многоплановое влияние, скажется на нашей идентичности и различных гранях ее проявления: на наших представлениях о неприкосновенности частной жизни, о собственности, характере потребительского поведения.

– Сегодня существует два концептуальных подхода к решению проблемы. Первый состоит в том, что все, что в открытой форме не запрещено, – разрешено. В соответствии со вторым подходом все, что в явной форме не разрешено, – запрещено. Правительства должны объединить оба этих подхода. Они должны научиться сотрудничать и приспособливаться, но в то же время обеспечивать такое положение дел, чтобы в центр всех решений ставились интересы человека.

– Необходимо развивать взаимодействие между вещами (продуктами, услугами, местами и прочее) и людьми, которое обеспечивает взаимосвязанными технологиями и различными платформами.

Проблемы личной идентичности и неприкосновенности частной жизни.

– Переопределение личной идентичности. В прошлом люди в наибольшей степени идентифицировали себя и свою жизнь по определенной местности, этнической группе, конкретной культуре или даже языку. Возникшая вовлеченность в онлайн-взаимодействия и большая возможность соприкосновения с идеями других культур означают, что идентичность в настоящее время стала более многосторонней, чем прежде. Люди сейчас испытывают гораздо меньше неудобств при использовании и управлении своими множественными идентичностями.

– Еще только началась глобальная дискуссия, которую отчасти подогрели откровения Эдварда Сноудена, о значении неприкосновенности частной жизни в мире, где достигнута большая степень прозрачности, а мы уже наблюдаем, что Интернет может быть беспрецедентным инструментом либерализации.

– Пересмотр семейной идентичности. Благодаря сочетанию исторических моделей миграции и наличию недорогой связи в настоящее время формируется новое представление о структуре семьи. Теперь она уже не связана в пространственном отношении, а простирается по всему миру, постоянно поддерживая диалог внутри себя с помощью цифровой техники. Традиционная семейная ячейка все больше и больше заменяется семейной сетью, раскинувшейся в нескольких государствах.

– Одна из проблем – неприкосновенность частной жизни. Использование сети Интернет, все большее подключение к разного рода сетям.

Управление в корпорации.

– Успешные организации будут все дальше уходить от иерархической структуры к моделям, в большей степени определяемым сетевым взаимодействием и сотрудничеством. Мотивация будет носить все более внутренний характер, движущей силой станет стремление сотрудников к совместной деятельности, а также управление, направленное на достижение мастерства, независимости и обретение смысла. Это говорит о том, что предприятия все в большей степени будут организованы на основе распределенных команд, удаленных сотрудников и динамичных по составу коллективов с непрерывным обменом данными и знаниями о вещах или задачах, над которыми ведется работа.

– Крупные организации выживут за счет использования преимуществ, которые дает их масштаб, и с помощью инвестирования в развитие своей экосистемы стартапов и малых и средних компаний, путем приобретения более мелких и инновационных предприятий или налаживания партнерских отношений с ними. Это позволит им сохранить самостоятельность своих предприятий, а также обеспечит большую эффективность и быструю адаптивность операций.

– Массовые корпорации не ограничиваются корпоративными границами. Определение общих платформ и языков, на которых свободно будут общаться машины разных корпораций, остается одной из основных задач в распределении киберфизических систем (CPS).

– Чрезмерная однородность тоже может быть опасной. Горстка влиятельных компаний может завладеть неестественным преимуществом в Индустрии-4.

Трудовые отношения в корпорации.

– В будущем мире возникнет много новых специальностей и профессий, обусловленных не только четвертой промышленной революцией, но и факторами, не связанными с технологиями, включая демографические проблемы, геополитические сдвиги и новые социокультурные нормы. Их трудно прогнозировать сейчас, но основным производственным фактором все-таки будет не капитал, а кадровый потенциал. По этой причине именно дефицит компетентных кадров, а не наличие капитала, будет являться сдерживающим ограничением для инноваций, конкурентоспособности и роста. Это может вызвать растущее разделение рынка занятости на сегменты низкоквалифицированной /низкооплачиваемой и высококвалифицированной/высокооплачиваемой рабочей силы или, со-

гласно прогнозам автора и предпринимателя Кремниевой долины Мартина Форда, вытеснение основания пирамиды профессиональных навыков, что в свою очередь приведет к усилению неравенства и социального напряжения, если мы не подготовимся к такой ситуации уже сегодня.

– Сегодня «экономика по требованию» кардинально меняет наши взаимоотношения с работой и общественной структурой, в которую она встроена. Работодатели все чаще используют «человеческое облако» для решения вопросов. Профессиональная деятельность рассекается на точечные задания и конкретные проекты, которые затем выносятся в виртуальное облако готовых исполнителей, расположенных в любой стране мира. Это новая «экономика по требованию», где поставщики труда больше не являются сотрудниками в традиционном смысле, а скорее могут считаться независимыми исполнителями конкретных заданий. Эту идею сформулировал Арун Сандарарян, профессор Школы бизнеса Стера Нью-Йоркского университета, в колонке журнала Фархада Манью в газете The New York Times: «Мы можем оказаться в мире, где часть рабочей силы выполняет пакет задач для создания дохода: вы можете быть водителем Uber, покупателем в Instacart, хозяином гостиницы в Airbnb, участником проекта Taskrabbili».

– Компании должны научиться работать на основе концепции «talentism» (ориентация на высококвалифицированные кадры). Это один из наиболее важных из недавно возникших факторов развития конкурентоспособности. В мире, где личные способности сотрудников предприятия являются доминирующей формой его стратегического преимущества, требуется переосмыслить природу организационных структур. Гибкие иерархии, новые способы измерения профессиональных результатов и вознаграждение в соответствии с этим, новые стратегии для привлечения и удержания квалифицированных специалистов – все это будет играть ключевую роль в успехе организации. Потенциал маневренности будет в той же степени определяться мотивацией сотрудников и коммуникацией, как и установкой бизнес-приоритетов и управлением физическими активами.

– Появление мира, где доминирующей рабочей парадигмой является серия транзакций между работником и компанией, а не прочные взаимоотношения, было описано пятнадцать лет назад Дэниелом Пинком в книге «Нация свободных агентов».

– Если раньше роботы программировались через автономные устройства, то теперь они могут получать информацию в удаленном режиме при помощи облачных технологий, соединяясь с сетью роботов. Следующее поколение роботов сможет развиваться с

ориентацией в сторону усиления взаимодействия между человеком и машиной.

– Такие профессии, как юристы, финансовые аналитики, врачи, журналисты, бухгалтеры, страховые агенты или библиотекари, могут быть частично или полностью автоматизированы значительно раньше, чем можно предположить.

Сделки и совместное потребление.

– Если в настоящее время технология цепочки блоков, например Bitcoin, регистрирует финансовые сделки с цифровыми валютами, то в будущем эта технология будет выполнять функции регистратора самых различных документов, включая свидетельства о рождении и смерти, права собственности, свидетельства о браке, дипломы об образовании, страховые требования, медицинские процедуры и участие в голосовании – в сущности, любой вид сделки, которая может быть закодирована.

– Известные примеры экономики совместного потребления существуют в транспортном секторе. Компания Zipcar предоставляет возможность совместного использования транспортного средства на более короткие промежутки времени и более разумным образом, чем обычные компании, занимающиеся прокатом автомобилей. Компания RelayRides предоставляет платформу для поиска и аренды чьего-то личного автомобиля на определенный промежуток времени. Компания Uber и Lyft предлагают намного более эффективные услуги по типу такси, но от физических лиц. Их особенность состоит в том, что они собраны воедино в одном сервисе, позволяющем определить местоположение и доступном через мобильные приложения. Кроме того, эти услуги предоставляются моментально.

– Хранилище на всех. Переломный момент: 90% могут иметь возможность неограниченного и бесплатного (поддерживаемого рекламой) хранения данных. Растет число компаний, предлагающих своим пользователям услуги по хранению почти бесплатно в составе услуг. Услуги хранения уже стали товаром, причем такие компании, как Amazon Web Services и Dropbox, являются лидерами этого направления. Мир движется к полному превращению услуг хранения в товар, с предоставлением неограниченного бесплатного доступа для пользователей. Наилучшим сценарием извлечения доходов для компаний потенциально может стать рекламная деятельность или телеметрия.

– Цепочка блоков, известная как «распределенная база данных», является безопасным протоколом, в рамках которого сеть компьютеров коллективно заверяет сделку до ее регистрации и подтверждения.

– Крупнейшая в мире компания такси Uber не является соб-

ственником транспортных средств. Самый популярный в мире медийный собственник Facebook не создает контента. Самый дорогостоящий розничный продавец Alibaba не имеет товарного запаса. Крупнейший в мире поставщик услуг по временному проживанию Airbnb не является владельцем недвижимости.

– Новые деловые и организационные модели обещают породить инновационные способы создания стоимости и совместного использования, которые, в свою очередь, приводят к целой системе изменений и могут активно приносить не меньшую пользу окружающей природе, чем экономике и обществу. Автономные транспортные средства, экономика совместного пользования и лизинговые модели – все это в итоге приводит к значительно более высоким уровням использования активов, а также позволяет гораздо проще отслеживать отжившие материалы, повторно их использовать и «давать им новую жизнь» в соответствующий момент.

Информация.

– Информация начинает играть центральную роль как в принятии решений, так и в моделях ведения бизнеса в различных отраслях промышленности, сотрудникам требуются новые навыки, в то время как применяемые процессы необходимо вывести на новый технологический уровень (например, чтобы воспользоваться доступностью информации в режиме реального времени) при выработке соответствующей культуры.

41.3. ОСНОВНЫЕ ЗАДАЧИ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА, ВЫТЕКАЮЩИЕ ИЗ ЧЕТВЕРТОЙ ПРОМЫШЛЕННОЙ РЕВОЛЮЦИИ

Я еще раз повторяюсь, что не надо торопиться вносить изменения в ГК и другие законы. Все эти проблемы, связанные с наступлением эры компьютеризации, роботизации и цифровизации, являются настолько непроработанными с точки зрения гражданского права, что включение их в законодательство может привести к непредвиденным последствиям. Это не означает, что не надо проводить исследования в этой области. Напротив, следует постепенно перестраивать научные исследования с переориентацией их на эти проблемы. Мне кажется, можно наметить несколько направлений научных исследований в области гражданского права на ближайшую перспективу:

1. Необходимо усилить разработку и пересмотр общих теоретических положений гражданского права: принципы гражданского права, объекты гражданского права, юридическое лицо и право собственности.

2. Усилить разработку личных неимущественных прав в условиях угрозы неприкосновенности прав личности, личной и семейной идентификации.

3. Особое внимание уделить проблемам корпоративного права в новых условиях, особенно проблемам управления и трудовых отношений.

4. Откорректировать теорию сделок и совместной деятельности в условиях усиления роли онлайн-сделок.

Например, что представляет собой криптовалюта с точки зрения гражданского права? Самый близкий институт гражданского права, который должен быть применен, чтобы понять сущность криптовалют – это объекты гражданских прав. В литературе высказано мнение, что больше всего к криптовалюте подходят такие объекты, как безналичные деньги и драгоценные металлы. Первые – с точки зрения функционирования всей системы расчетов между пользователями, вторые – с точки зрения отсутствия эмитента и наличия таких признаков, присущих золоту, как новизна, ограниченность, сохраняемость. Недаром биткоин называют цифровым золотом¹. Есть нерешенные вопросы и с правовой природой сделок с биткоинами.

5. Как ни странно, наименьшим вниманием среди цивилистов пользуются право интеллектуальной собственности и право информации. Специалисты по интеллектуальной собственности составляют замкнутую касту и варятся в собственном соку. Что касается информации, то этим очень мало кто регулярно и систематически занимается. Между тем в эпоху четвертой промышленной революции именно эти институты гражданского права выдвигаются на передовые позиции. Причем углубление исследований в этой сфере должно касаться не тех замшелых положений, которыми занимается наука права интеллектуальной собственности (авторское право, изобретательское право, смежные права и т.п.), а права Интернета, права социальных сетей, электронной торговли, криптовалют и т.п.

В качестве примера реализации положения о давно назревших в свете четвертой промышленной революции изменениях в сфере интеллектуальной собственности можно привести реформу авторского права во Франции.

Недавно во Франции вступил в силу Закон, позволяющий отключать от Интернета пользователей, трижды замеченных в скачивании из нелегального контента. В 2013 г. закон был отменен, но в 2012 г. во Франции был принят Закон «О недоступных книгах XX века».

Согласно этому Закону французское государство решило приступить к оцифровке сотен тысяч книг французских писателей, не спрашивая на то их разрешения. Принудительной оцифровке для

¹ См.: *Вепренцев И.* Криптовалюта с точки зрения гражданского права. <https://habrahazb.ru/post/33428>

начала будет подвергнуто около полумиллиона книг, изданных до начала XXI века (отобранных специальной комиссией). Речь идет не обо всех книгах, а о тех, которых нет в свободной продаже. После оцифровки книги окажутся в продаже, но уже в оцифрованном виде.

Скандалность Закону придает то, что он предусматривает оцифровку книг без всякого разрешения авторов и независимо от того, закончился ли срок охраны прав на эти произведения. Закон предусматривает, что в течение полугода правообладатели (авторы или издатели) могут заявить об изъятии своих книг из проекта. Но при этом издателям дается два года на то, чтобы книга, которой уже нет в продаже, снова появилась на рынке. Если правообладатель не справится с этой обязанностью, то книга снова попадет в проект.

Новый закон, что неудивительно, вызвал бурное обсуждение во французской читательской среде, а некоторые авторы уже заявили, что будут его обжаловать из-за нарушения принципов авторского права. И эти обвинения совершенно справедливы: закон действительно нарушает фундамент, на котором держится современная система охраны прав автора, предполагающая, что автор имеет абсолютную власть над своим произведением.

Почему же французский законодатель пошел на столь явный подрыв основ авторского права? Как ни странно, в интересах самих авторов и в интересах защиты французской культуры с пониманием того, что принципы права XIX в. уже не слишком подходят для XXI в.

Французская культура в лице печатных книг остается неостребованной и уходит в небытие перед лицом вздымающейся волны электронных книг, накатывающейся на Европу из Американского континента, на гребне которой – Amazon с ее дешевой читалкой Kindle и канадская Kobo со своим букридером. Противостоять этой волне сложно – и главным образом из-за бедности ассортимента национальной электронной литературы.

Принятие Закона о недоступных книгах – констатация того, что свободный рынок, регулируемый несовершенными (точнее, просто устаревшими) законами, не справляется с решением задач, которого от него ждут: обеспечить творцов достаточными средствами, а культуру – массивом знаний.

Регулируемый запретительными механизмами рынок не способен решить проблемы большинства авторов, не рассчитывающих на доходы, и громадного количества книг – в силу своей «невыгодности» не переиздающихся и исчезающих из актуального культурного пространства. Не способен он решить и проблему книг-«сирот», все еще охраняемых законом, но не способных вернуться

на рынок просто потому, что найти их правообладателя или, скорее всего, его наследников, слишком сложно или неоправданно дорого (и авторы не всегда разглашают псевдонимы).

Можно ожидать, что реализация амбициозного проекта по массовой оцифровке книг и возвращению их на рынок позволит Франции не только наверстать отставание от США и Великобритании в индустрии электронных книг, но и, как рассчитывают авторы закона, вернуть Франции былое культурное влияние хотя бы в Европе или хотя бы конкурировать с Германией, в которой ситуация с электронными книгами несколько лучше, чем во Франции.

Что касается Закона об отключении интернет-пользователей, который назвали Законом о «трех страйках» (NADOPI), то он показал свою неэффективность и привел к падению доходов музыкальной и киноиндустрии. Такое сокращение доходов в сочетании с падением реальной доли файлового обмена дает основания предполагать, что в современном мире жесткое ограничение «пиратского маркетинга» может иметь прямо противоположные ожидаемым последствия для реального рынка.

Современной культуре и медиа-индустрии требуется не ужесточение устаревшего авторского права, а его реальная реформа, как расширяющая возможности для индустрии, так и создающая фундамент для развития культуры, увеличивающая ее разнообразие.

Как сказал перед началом очередного экономического кризиса лауреат Нобелевской премии по экономике Пол Кругман, «шаг за шагом все, что может быть оцифровано, будет оцифровано, и интеллектуальная собственность будет становиться все более доступной для копирования, а продать ее дороже, чем по номинальной стоимости, будет все труднее. И мы должны разработать коммерческие и экономические парадигмы, учитывающие такую возможность». Эти слова актуальны до сих пор и будут становиться все более актуальными¹.

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.

6. Можно назвать некоторые гражданско-правовые проблемы, требующие своего решения

¹ См.: Эннан П.Е. Реформа авторского права во Франции в XXI веке // Принципы і тенденції застосування приватного права ЄС і пострадянських країн: Матеріали VII Міжнародного цивільно-правового форуму. Київ, 11-12 травня 2017 року. – К. ТОВ Білоцерківдрук, 2018. С. 358-361.

1) **Цифровая среда доверия.** Главная проблема – заключение онлайн-сделок. Регулирование этих сделок практически нет. Электронная подпись, цифровая электронная подпись пока не получили широкого распространения. Необходимо решить проблему идентификации лица, в том числе для заключения сделок (например, по кредитной карте или номеру мобильного телефона). Необходимо совершенствовать законодательство об электронной цифровой подписи, установить государственный контроль над совершением определенного вида сделок (например, предоставлять информацию о сделках с ювелирными изделиями свыше определенной суммы). Признавать доказательствами распечатки с сайта.

2) **Момент заключения договора.** Являются ли предложения компании на сайте офертой или предложением делать оферты? Согласно зарубежным правовым порядкам это, скорее, второе.

3) **Правовая природа онлайн-сделок.** Например, различаются ли с правовой точки зрения вызов такси с помощью мобильных приложений Uber или Яндекс.такси и заказ еды из ресторана? В первом случае вы не выбираете конкретный автомобиль. Логично предположить, что платформа, через которую вы вызываете такси, сама отвечает за качество оказываемой услуги. Но когда вы заказываете еду, вы выбираете и ресторан, и конкретный набор блюд. В этом случае платформа выступает лишь посредником между вами и рестораном. Ответственность за качество услуг несет ресторан.

4) **Правовая природа отношений между таксистами и Uber?** Суд в Англии пришел к выводу, что это трудовые отношения. Здесь же возникает вопрос о возможности доступа к платформе, что пересекается с антимонопольным регулированием. Если существует только одна платформа, и единственный способ получить доступ к профессии таксиста – это подключиться к ней, а платформа по каким-то необоснованным причинам не подключает человека, – то она лишает его возможности для фактического занятия извозом.

5) **База данных как объект права.** В случае структурированной базы данных кому принадлежат права на данные: владельцам социальных сетей или пользователям, которые эти данные передавали? Изначально права на эти данные должны принадлежать тому, кто их создает (т.е. человеку), и по своей природе являются неотчуждаемыми. Другое дело, что человек сам разрешает пользоваться его данными либо они могут использоваться без его разрешения в силу какого-то указания закона. Возникает целый пласт отношений, никак не обозначенный в законодательстве об интеллектуальной собственности.

6) **Отдельная история – условия предоставления доступа к информации.** По подходу Европейского союза эти условия определяются тем, кто обладает правами на эти данные. Однако с точки зрения нашего законодательства неструктурированные данные – это и не база данных, и не коммерческая тайна. То есть это **категория информации**, которая не охватывается существующими объектами гражданских прав. Из этого вытекает вопрос о правовой природе сделок, связанных с передачей информации: о доступе к информации, купле-продаже информации.

7) **Информация как объект гражданско-правовых отношений** пока находится вне внимания специального законодательства. Имеются случаи злоупотребления предоставлением информации, предоставлением недостоверной информации (например, о покупке наиболее выгодного по цене и качеству товара). Следовательно, возникает необходимость совершенствования законодательства о защите прав потребителей и антимонопольного законодательства.

8) **Появление особых форм заключения договоров, например, смарт-контрактов**, которые предполагают автоматизированное исполнение. То есть исчезает основополагающее положение, что исполнение обязательства – всегда осмысленное волевое действие. В смарт-контрактах волевая деятельность на стадии исполнения отсутствует, и в момент заключения договора вы фактически договариваетесь, что его исполнение будет происходить автоматически и что от вас ничего не будет зависеть. То есть деньги автоматически, без вашей воли, списываются тогда, когда получено подтверждение, что товар пришел. Из этого вытекает **идея об алгоритмизации некоторых видов договоров**. То есть некоторые договоры, например потребительские, можно оформлять в виде смарт-контрактов, чтобы исключить возможность их нарушения. Для этого потребуется, возможно, утверждение каких-то типовых форм договоров, подобных договорам присоединения.

9) **Технология блокчейн.** Сейчас активно обсуждается ее применение в регистрации прав на недвижимость и сфере нотариата. Многие полагают, что нефинансовый блокчейн имеет больше перспектив, чем финансовый для финансовой сферы (типа bitcoin и других криптовалют). Есть идеи применить эту технологию для авторского права (типа регистрации авторских прав, создать с помощью технологии блокчейн реестр авторских прав, который не имеет правоустанавливающего значения, но имеет значение доказательства). Речь идет о том, чтобы приравнять факты, удостоверенные при помощи технологии блокчейн, к фактам, удостоверенным нотариусом. Технологию блокчейн можно применить, в частности, к записям в реестре уведомлений о залоге движимого имущества.

Очень осторожно обсуждается вопрос о применении технологии блокчейн к фиксации прав на недвижимое имущество, ибо это может повлечь за собой целый клубок проблем, пока неразрешимых на данном этапе.

10) **Гражданско-правовые проблемы роботизации.** Например, **автопилотируемые машины.** Кто и как отвечает в случае дорожно-транспортного происшествия, должен ли в автопилотном транспорте присутствовать квазиводитель, который может нажать на кнопку? Видимо, нуждается в пересмотре понятие «**транспортное средство**». Что касается понятия «**искусственный интеллект**», то здесь большое количество правовых проблем, которые надо решать постепенно, по мере развития искусственного интеллекта. Прежде всего надо решить теоретические проблемы: это помощник или полноценная замена человека, насколько его решения являются юридически значимыми, кто отвечает за ошибки искусственного интеллекта, есть у него воля или нет, является ли такая система субъектом или объектом права?¹

¹ См.: Дроздов И. Юристов нужно подтолкнуть к тому, чтобы они овладели современными технологиями / Интервью журналу «Закон». 2018. №2 / https://zakon.ru/discussion/2018/03/05/yuristovnuzhno_podtolknut_k_tomu_chtoby_ovladevali_sovremennymi_tehnologiyami_intervyu_igorya_d (15.04.2018).

Глава 42. ЦИФРОВИЗАЦИЯ. ТЕХНОЛОГИЧЕСКИЙ АСПЕКТ

42.1. ОСНОВНЫЕ ПОНЯТИЯ

Влияние современной технологической революции («цифровой революции») распространилось на систему права как на национальном, так и на международном уровне. Применяемые в самых разнообразных областях человеческой деятельности передовые цифровые технологии, такие как Интернет вещей (Internet of things), искусственный интеллект и машинное обучение (Artificial intelligence & Deep learning), технологии на принципах распределенного реестра (Blockchain), «облачные» компьютерные сервисы и вычисления (Cloud computing), «умные» комплексы и устройства (Smart everything), большие данные (Big Data), виртуальная и дополненная реальность (Augmented & additive reality), современные биоинженерные технологии (Biotech), системы кибербезопасности (Cybersecurity), а также социальные сети (Facebook, VK, Twitter), цифровые двойники (Digital twins), цифровые технологические платформы (агрегаторы) и связанные с ними иные технологии, создали технологический базис для формирования принципиально новой среды гражданско-правового регулирования¹.

Цифровые технологии вызвали появление и стремительное развитие таких объектов цифрового оборота, как правовые интернет-платформы, позволяющие любому лицу подготовить онлайн простые правовые документы (формы завещания, исковые заявления, простые формы договоров или запросов), а также обеспечили возможность проведения онлайн-аукционов по оказанию юридических услуг и онлайн медиации («e-медиация» – разрешение споров посредством сети Интернет в режиме онлайн). Искусственный интеллект и современная робототехника позволяют проводить быстрый и всеобъемлющий анализ, систематизацию и даже прогнозирование судебных решений по различным категориям гражданских дел. Цифровой формат современной жизни изменяет естественные законы, а виртуальное пространство Интернета, ставшее реальным фактором общественных отношений, переформатирует традиционные представления о способах и механизмах хранения, оборота и защиты данных, иных объектов современного гражданского оборота².

¹ См.: *Карцхия А.А.* Гражданско-правовая модель регулирования цифровых технологий: Дис. ... доктора юрид.наук. М., 2019. С. 3.

² Там же. С. 35.

В техническом смысле цифровизация (digitization) – это преобразование информации в цифровую форму. На технологическом языке это звучит так: цифровая трансмиссия данных, закодированных в дискретные сигнальные импульсы.

Для начала, чтобы четко разобраться с понятиями, применяемыми в процессе цифровизации, приведем глоссарий терминов:

Децентрализованная автономная система ('Decentralised autonomous organization' (DAO)) – организация, участники которой взаимодействуют друг с другом на основе свода правил, установленных протоколом компьютерной сети. Протокол позволяет достигать соглашения по поводу упомянутых правил, приводить их в действие. Свод правил предполагает, что DAO может быть запрограммирована функционировать самостоятельно, без вмешательства человека.

Биткойн (bitcoin) – первая в мире криптовалюта, оборот которой производится в блокчейне. Единица стоимости, подобная золоту или реально необеспеченной валюте, такой, как, например, американский доллар, британский фунт стерлингов, японская иена.

Блокчейн (blockchain) – децентрализованная информационная система, состоящая из цепочки блоков, обеспечивающая учет и хранение транзакций (контрольных характеристик данных), а также тождественность данных у всех участников децентрализованной системы, подтверждение валидности блоков которой обеспечивается консенсусом между участниками системы.

В зависимости от контекста под блокчейном понимается:

- технология,
- конкретный распределенный децентрализованный реестр.

Криптоактив – цифровой знак (токен), выпущенный эмитентом и удостоверяющий определенные права владельца(ев) и корреспондирующие им обязанности эмитента и (или) третьих лиц.

Криптовалюта (cryptocurrency) – один из видов цифрового знака (токена), находящийся в массовом обращении в качестве средства платежа и являющийся базовой единицей самостоятельной блокчейн-системы.

Нода – компьютер или сервер, на котором установлен клиент блокчейн-сети.

Токен – вид криптографически защищенного представления информации (цифрового знака), учет владения и/или транзакций которого ведется в системах распределенных реестров.

Майнинг – процесс создания блоков транзакций в блокчейне путем решения криптографических задач с целью получения вознаграждения.

Публичный блокчейн – децентрализованная информационная система, в которой не ограничено количество участников, имеющих право на создание новых блоков и на проведение и проверку транзакций.

Приватный (частный) блокчейн – децентрализованная информационная система, в которой ограничены участники, имеющие право на создание блоков, на проведение и на проверку транзакций, или имеется контроль над ними.

Смарт-контракты (умные контракты) (Smartcontracts) – программы для ЭВМ, эмулирующие логику договорных положений, которые являются способом реализации соглашений между сторонами путем исполнения заложенного алгоритма, исключающего воздействие при его исполнении сторон или третьих лиц.

Фиатная валюта – денежные средства, номинальная стоимость которых устанавливается и гарантируется государством, функционируют как платежное средство на основе государственных законов, обязывающих принимать их по номиналу.

Хэш-код (хэш) – контрольная сумма в виде результата фиксированной длины, который получается вследствие применения алгоритма преобразования к входящей информации (массива данных). Хэш-код используется для проверки целостности информации, защиты от несанкционированного доступа и создания эффективной структуры данных.

ICO (Initial Coin Offerings) – процесс распределения компанией собственного криптоактива с целью привлечения средств в форме других криптоактивов¹.

42.2. БЛОКЧЕЙН

А. Генкин и А. Михеев приводят самые различные определения блокчейна, высказываемые учеными и практиками.

Воспользуемся их исследованием.

Так, Morgan Stanley определяет блокчейн как «совместное использование данных через сеть отдельных компьютеров», или «компьютеры, передающие блоки записей в хронологической цепочке». По сути, это распределенный реестр – два термина взаимозаменяемы.

По мнению специалистов из Банка Англии, «блокчейн-технология, которая позволяет людям, не знающим друг друга, доверено использовать вместе запись событий».

Согласно дефиниции Мелани Свон, блокчейн – это децентрализованный журнал записи транзакций, являющийся частью более широкой вычислительной инфраструктуры, которая также должна

¹ См., например: *Кислый В.* Юридические аспекты применения блокчейнов и исполнения токенов. http://medium.com/юридические_аспекты-применение_блокчейнов-и-и...; Блокчейн и его влияние на право: Изложение доклада Международной ассоциации юристов (International Bar Association) (ноябрь 2017 г.). https://zakon.ru/blog/2018/5/2/blokchejn_i_pravo.

включать в себя функции хранения, коммуникации, обслуживания файлов и архивирования.

Для Л. Паркера на самом базовом уровне блокчейн является просто коррупционнотойким реестром записей, совместно используемых по сети многочисленными сторонами.

Вот еще одна формулировка: «Блокчейн – это технология распределенных баз данных (реестров), основанная на постоянно продлеваемой цепочке записей и устойчивая к фальсификации, пересмотру, взлому и краже информации».

Для Д.А. Леви это «первый финансовый инструмент нарождающейся нетократии: общемировой среды, где идея сама по себе стоит дороже, чем финансы, необходимые для ее воплощения».

Свою лепту в определение блокчейна вносит Н. Лихачев: это «не более чем дневничок записей, который можно записывать совместно и в котором де-факто невозможно подделать старые записи».

В соответствии с докладом Управления по науке правительства Великобритании, это «база данных активов, которые могут быть разделены по сети нескольких сайтов, географических регионов или учреждений».

Н. Карп напоминает: главное при определении блокчейна все же не забывать о том, что это в первую очередь технология, которая может стать ключевой в самых разных сферах общественной жизни. По сути, он является одноранговым публичным реестром, поддерживаемым распределенной сетью компьютеров, которая не требует никакого центрального администратора или третьих лиц-посредников. Он состоит из трех ключевых компонентов: сделки, записи о транзакции и системы, которая проверяет и хранит транзакцию. Блоки генерируются через общедоступное программное обеспечение и содержат информацию о том, когда и в какой последовательности совершались транзакции. Один блок в хронологическом порядке хранит информацию обо всех сделках, которые имели место в цепочке, отсюда и название *blockchain*¹. Другими словами, блокчейн – это база данных неизменной информации с меткой времени о каждой транзакции, которая растиражирована на серверах по всему миру. Эта технология лежит в основе криптовалюты биткоин.

Некоторые эксперты в описании блокчейна прибегают к красочным сравнениям: «Это технология хранения данных, прав и обязательств, защищенная математическими правилами так, что никто посторонний не может завладеть ими. Права на Вашу собственность не смогут украсть, подделать или удалить. Иными словами, блокчейн – это как бы параллельная реальность типа SWIFT на международном уровне. Напомним, что SWIFT играет роль посредника: если я хочу сделать трансграничный перевод, я это сде-

¹ От англ. *block* – блок и *chain* – цепочка.

лаю через SWIFT, который гарантирует, что знает банк, который переводит, знает банк, которому переводят, и тем самым выступает в качестве посредника-гаранта. И в этом смысле блокчейн может также рассматриваться как своеобразный «СВИФТ».

Еще один подобный пример: «Иногда эту технологию называют распределенным реестром, или децентрализованной верификацией. Для простоты блокчейн можно сравнить с прозрачной банковской ячейкой, содержимое которой на виду, но забрать или модифицировать предмет может лишь владелец».

Для Э. Пишини и его соавторов блокчейн – это «демократизированное доверие», «распределенная книга, предоставляющая путь к информации, которая будет зарегистрирована и разделена сообществом».

Статья в журнале «Economist» под красноречивым заголовком «Великая цепь доверия» уточняет: «Блокчейн позволяет незнакомым и не доверяющим друг другу людям поддерживать реестр записей о том, кто чем владеет, изменения в котором требуют согласия всех заинтересованных сторон. Блокчейн – способ создания и сохранения правды».

В некоторых дефинициях блокчейн связывают исключительно с оборотом криптовалют, говоря, что это:

- учетная база данных, содержащая все записи об операциях с криптовалютой;
- цифровой реестр, в котором хронологически и публично учитываются все транзакции в сети биткоин;
- защищенная с помощью методов криптографии открытая база транзакций.

Другие не согласны с такими формулировками: «Поскольку мы говорим о блокчейне как технологии, выходящей за рамки криптовалют и биткоина в частности, наше определение будет носить характер, не связанный с применением в транзакциях криптовалют. Блокчейн – это распределенный публичный реестр, содержащий базу данных обо всех ранее осуществленных операциях, носящий децентрализованный характер и содержащийся в публичных источниках сети Интернет».

Как указал С. Харрисон в статье «Чем не является блокчейн?», сама по себе его технология комбинирует четыре другие, уже существующие. Объединив эти элементы в своей основополагающей статье о биткоине, Сатоши Накамото создал нечто большее в плане возможностей, чем просто сумма всех частей. Эти слагаемые хорошо известны:

- распределенные открытые реестры – общедоступный документ;
- кодирование посредством открытых ключей – безопасный способ передачи электронных данных;

– хеширование (дерево Меркл¹) – лучшее решение для сохранения доказательности;

– согласованные протоколы – проверка новых записей для предупреждения случаев коррупции².

Для неспециалиста в сфере цифровой экономики, к которым относятся и юристы, более понятным будет определение, сделанное Д. Кэмпбеллом:

«Итак, блокчейн подобен бисерному ожерелью. Каждая бусинка – это блок, запись действия. Например, оплаты кем-то чего-то или сдачи домашнего задания – не важно, что именно было совершено. Важно то, что совершение действия доказано, потому что сразу после него и перед ним тоже есть бусины. Такое ожерелье – или «чейн» (цепь) – не может быть уничтожено или повреждено. Следовательно, блокчейн – это нерушимая цифровая запись действий».

Вот как описывает суть блокчейна С. Вильянов: «После того как данные транзакции «завизированы» несколькими майнерами (своеобразными хранителями – контролерами, работающими за умеренную плату), блок буквально отливается в граните. Его содержимое не зашифровано и доступно в открытом виде, но защищено криптографически через хеш-цепочки. База публично хранит в незашифрованном виде информацию обо всех транзакциях, подписываемых с помощью асимметричного шифрования.

В теории получаем абсолютно надежную и заведомо доверенную базу данных, в которую никто не залезет грязными лапами. Нельзя имитировать транзакцию, показав липовую платежку. Нельзя сказать, что заплатил вовремя, просто деньги долго шли. Говорят, даже с банком иногда можно договориться. А с блокчейном нельзя. Там сразу видно, кто ты есть. Все ходы записаны навеки. Причем, что характерно, вообще без участия государственных органов»³.

Блокчейн – это технология надежного распределенного хранения записей обо всех когда-либо совершенных биткойн-транзакциях. Блокчейн представляет собой цепочку блоков данных, объем которой постоянно растет по мере добавления майнерами новых блоков с записями самых последних транзакций, что происходит каждые 10 минут. Блоки записываются в блокчейн в линейном последовательно-хронологическом порядке. На каждом полном узле – то есть компьютере, подключенном к сети биткойна

¹ В криптографии и информатике хеш – дерево, или дерево Меркл, – это дерево, в котором каждый нелистовой узел маркирован хешем маркеров или значений стоимости (в случае листьев) ее дочерних узлов.

² См.: *Генкин А., Михеев А.* Блокчейн: Как это работает и что нас ждет завтра. М.: Альпина Паблишер, 2018. С. 64-66.

³ Цит. по: *Генкин А., Михеев А.* Указ. соч. С. 68.

с помощью клиента, выполняющего проверку и передачу транзакций, – хранится копия блокчейна, которая автоматически загружается, когда майнер присоединяется к биткойн-сети. В реестре сохраняется полная информация обо всех адресах и балансах, начиная с генезис-блока, то есть самого первого блока транзакций, до самого последнего добавленного блока.

Поскольку блокчейн представляет собой реестр, любое средство просмотра, например сайт <https://blockchain.info>, позволяет легко запросить транзакции, относящиеся к определенному биткойн-адресу. Так, например, в собственном электронном кошельке можно увидеть транзакцию, в которой вы получили свой первый биткойн.

Блокчейн-технология считается главной инновацией биткойна, потому что именно она служит «не требующим доверия» (trustless) механизмом верификации всех транзакций в сети. Принципиальное новшество блокчейна заключается в его архитектуре, обеспечивающей возможности децентрализованных транзакций, не требующих доверия. Вместо того чтобы устанавливать и поддерживать доверительные отношения с партнером по транзакции (другим человеком) или сторонним участником-посредником (например, банком), пользователи полагаются на общедоступную распределенную базу данных, хранимых на многих децентрализованных узлах и поддерживаемых «майнерами-бухгалтерами». Блокчейн позволяет избавиться от «доверенных посредников» и полностью децентрализовать транзакции произвольных типов между любыми участниками в глобальном масштабе¹.

Классический блокчейн во многом подобен существующим электронным платежным системам (ЭПС) и межбанковским сетям передачи финансовых сообщений (таким как SWIFT), но имеет ряд отличий в методах передачи информации и управления.

Узлы такого блокчейна, называемые кошельками (wallets), представляют собой аналоги банковских счетов, точно так же, как адрес в сети Bitcoin аналогичен номеру счета клиента в банке или идентификатору банка в системе SWIFT. Кошелек блокчейна – это экземпляр программного обеспечения для доступа к блокчейну и операции в нем. Кошелек может быть запущен практически на любом электронном устройстве с операционной системой, включая сервер, ПК, ноутбук или смартфон.

Кошелек блокчейна имеет сходство с онлайн-банкингом, который обеспечивает доступ к деньгам на банковском счете, однако пользователь блокчейна обладает единоличным и полным контролем над своими деньгами и может самостоятельно завести любое количество кошельков, не предоставляя свои персональные данные

¹ См.: *Свон М.* Блокчейн: Схема новой экономики. М.: Издательство Олимп-Бизнес, 2018. С. 22-23.

и документы какой-либо организации. В то же время за все действия пользователя с кошельком отвечает только он сам, и все технические и юридические проблемы ему придется решать самостоятельно.

В блокчейне обращаются виртуальные учетные единицы, которые могут использоваться в качестве денег или выполнять определенные технические функции. В системе Bitcoin эти единицы получили одноименное название – биткойн (bitcoin, BTC – от англ. bit – минимальная единица информации и coin – монета). Поскольку биткойн задумывался как электронный эквивалент золота, по аналогии с металлическими наличными деньгами денежные единицы криптовалют обычно называют монетами, в то время как для нефинансовых блокчейнов стал применяться более широкий термин «токен», уже давно используемый в ИТ-системах и играх¹.

Блокчейн представляет собой распределенную систему данных (децентрализованную базу данных, учетную книгу), которую можно упрощенно представить как хранящуюся сразу на многих компьютерах таблицу Excel, содержащую определенную информацию. Такой информацией могут быть, например, данные о наличии у лица активов, которые могут символизировать какое-либо обязательство или принадлежность материального объекта. В блокчейне эта информация хранится на каждом устройстве в сети, и содержащиеся в таблице данные идентичны у всех участников. Порядок внесения изменений в эту таблицу зависит от адаптированного сетью механизма консенсуса, по достижении которого изменения в блокчейне принимаются каждым участником. Участники блокчейна, установив требуемое программное обеспечение, проверяют и осуществляют транзакции, влияющие на содержание базы данных. База данных автоматически актуализируется на каждом устройстве, входящем в сеть.

Для использования технологии блокчейн и совершения транзакций, отражаемых в распределенной базе данных, каждый участник сети получает публичный и приватный ключи. Публичный ключ представляет собой случайный набор знаков и привязывается к определенному пользователю блокчейна. Транзакции, адресованные такому набору знаков, считаются совершенными в отношении соответствующего пользователя. Тем самым его можно представить как банковский счет, на который осуществляется перевод активов. Приватный ключ аналогичен паролю, необходимому для доступа к данным, привязанным к конкретному пользователю, и совершению транзакций с ними².

¹ См.: *Табернакулов А., Койфманн Я.* Блокчейн на практике. М.: Альпина Паблишер, 2019. С. 19-20.

² См.: *Федоров Д.В.* Токены, криптовалюта и смарт-контракты в отечественных законопроектах с позиции иностранного опыта. <https://urfac.ru/?p=459>.

С правовой точки зрения блокчейн можно рассматривать как базу данных.

По мнению Л.А. Новоселовой, блокчейн – это компьютерная технология, построенная на особой системе шифрования, по сути дела, информационная база, которая строится по принципу добавления блоков.

Помимо этого, это распределенный реестр, не имеющий единого центра¹.

Технология blockchain (технология по принципу распределенного реестра) как порождение цифровой революции стала технологической базой для новой цифровой экономики, а криптовалюты (Bitcoin, Ethereum и др.) стали быстрорастущим детищем цифровой революции. В отличие от официальных валют (фиатных денег), криптовалюта не имеет централизованного управления, не имеет физического воплощения в привычных денежных знаках (монеты, банкноты), но выражается в цифровых записях и кодах, IP-протоколах, криптографических системах ключей открытия и закрытия (программные средства).

При этом блокчейн-технология имеет несколько видов: (а) открытый блокчейн (public blockchain) – блокчейн, в котором отсутствуют ограничения на использование блоков для вновь присоединившихся участников, а также как разновидность – общедоступный (инклюзивный) блокчейн (permissionless blockchain), в котором не существует ограничений на привлечение участников, обладающих правом создавать блоки и осуществлять транзакции; (б) закрытый блокчейн (private blockchain), в котором доступ к операциям и транзакциям ограничен определенным кругом участников; (в) эксклюзивный блокчейн (consortium blockchain), в котором обработка транзакций осуществляется определенным кругом участников с установленными персональными данными².

Участниками блокчейн-системы являются:

– пользователи – владельцы электронных кошельков, которые могут хранить криптовалюту и переводить ее в системе другим пользователям;

– майнеры – участники, за вознаграждение обрабатывающие совершенные пользователями транзакции в сети и подбирающие хэш для формируемых блоков;

– серверы – участники, осуществляющие распределенное хранение общей книги блокчейна и выполняющие операции по проверке присылаемых блоков на соответствие правилам по сложности и допустимости³.

¹ См.: Новоселова Л.А. Открытый диалог на тему «Актуальные проблемы права информационных технологий и интеллектуальной собственности» (LF Academy, 19.05. 2017). <https://lbademy.ru/course/1333095>.

² См.: Карцхия А.А. Указ.соч. С. 53-55.

³ См.: Генкин А., Михеев А. Указ.соч. С. 72.

Посмотрим, как работает блокчейн при совершении транзакции.

Чтобы убедиться в достоверности транзакции, майнеры автоматически прогоняют ее содержание через криптоалгоритм, тем самым верифицируя корректность цифровой подписи отправителя каждой транзакции, а также подтверждая соответствие последней транзакции условиям, заложенным в алгоритме консенсуса каждого конкретного блокчейна. Затем все накопившиеся транзакции упаковываются в блок.

Функция самого блокчейна проста: регистрировать каждую транзакцию (например, с биткоинами). Любая передача какого-то количества биткоинов подтверждается в сети (с помощью майнинга) внесением транзакционного блока. Блок добавляется к длинной цепочке, которая позволяет любому желающему отследить в сети смену собственников каждого из биткоинов от момента создания.

Технически это достигается при помощи последовательного шифрования данных о каждой очередной транзакции. Любой заносимой в блок сделке присваивается криптографический идентификатор (хеш), который добавляется в заголовок записи о следующей транзакции, и это повторяется снова и снова, так что хеш транзакции на вершине цепочки содержит зашифрованные данные обо всех предыдущих операциях, записанных в блоке. Вмешаться и изменить уже записанную транзакцию нельзя, так как это скомпрометирует всю цепочку.

Сам факт, что блоки корректно встраиваются в цепь, свидетельствует о том, что сделка прошла надлежащим образом. Так что блок представляет собой одновременно и подтверждение транзакции (с электронной подписью и отметкой о времени совершения), и часть общей (в масштабах всей сети) истории транзакций.

Также для блокчейна характерен распределенный способ добавления в реестр новых записей. Нет централизованного хранилища или одного-единственного сервера. Кто угодно может создать следующий блок транзакций и обновить блокчейн с помощью майнинга. Это обеспечивает доверие к блокчейну, ведь в его дальнейшем расширении участвуют все пользователи сети.

Такая система хранения данных наиболее безопасна, поскольку вывести ее из строя можно лишь в случае поломки всех участвующих в системе компьютеров¹.

В основу экономической части концепции новой валюты Сатоши Накамото поставил свойства золота. Поэтому выпуск (эмиссию) монет в криптовалютах и подобных им блокчейнах принято сравнивать с добычей драгоценных металлов. Количество биткоинов ограничено, а получение одного биткоина сейчас требует затрат в

¹ См.: *Генкин А., Михеев А.* Указ. соч. С. 73-74.

несколько тысяч долларов, поэтому такая точка зрения более чем справедлива.

По аналогии с добычей полезных ископаемых процессе эмиссии монет (токенов) в классических блокчейнах называется майнингом (англ. mining – добыча полезных ископаемых).

Майнинг в блокчейнах осуществляют так называемые майнеры (англ. miner – шахтер), которые выполняют требуемые для создания новых блоков вычисления и получают за это вознаграждение в монетах того блокчейна, в котором они работают. Кроме того, майнерами называются специализированные устройства для майнинга, например, ASIC-майнеры или GPU – майнеры.

В 2011 году был изобретен совместный майнинг в нескольких блокчейнах (merged mining), где вычисления выполняются по одному алгоритму хеширования. Например, наиболее известен совместный майнинг в блокчейнах Bitcoin и Namecoin (алгоритм хеширования SHA256), а также Litecoin и Dogecoin (алгоритм хеширования Scrypt)¹.

ICO (Initial Coin Offering) – первичное размещение токенов, после которого токены можно направить на электронный кошелек в обмен на криптовалюту². Токены используются как внутренняя валюта на платформах или же их обменивают на биржах на фиатные деньги (эмитированные государством).

Самым первым ICO принято считать ICO MasterCoin в 2013г., собравшее 5 миллионов долларов, а самым успешным Ethereum (18 миллионов долларов). ICO используется для того, чтобы купить криптовалюту по относительно низкой цене, получить определенные льготы или привлечь инвестиции в проект. Таким образом, во время ICO выпускаются и передаются инвесторам в обмен на криптовалюту фиатные деньги. Часто ICO называют краудсейлом.

С ICO связывают такое понятие, как Bounty – возможность получить криптовалюту или токены за определенные рекламные действия или распространение информации о проекте без необходимости вложения (репосты, подписки, комментарии, реклама, рассылки и другие формы).

Правовой основой ICO фактически являются документы, которые разрабатывают сами организаторы проведения ICO (White Paper, соглашения об условиях использования).

С помощью них можно определить условия сделок по приобретению токенов, сам статус токенов, порядок их выпуска, формирования начальной и конечной цены, права и обязанности, ответственность

¹ См.: *Табернакулов А., Койфманн Я.* Блокчейн на практике. М.: Альпина Паблишер, 2019. С. 21.

² См. подробно об этом: *Попов В.А.* ICO: сущность, проблемы, закон. [Электронный ресурс]//URL:http://itsynergis.ru/assets/docs/ICO_sushnost_problemy_zakon_itsynergis.pdf.

организаторов и участников ICO. Следует отметить, что не всегда в данных документах отражены все необходимые юридические нюансы. White Paper используется в информационных целях. White Paper также часто называют информационным меморандумом¹.

Технология распределенного реестра (технология blockchain) представляет собой распределенный децентрализованный реестр (книга записей) для проверки и регистрации транзакций в цифровом пространстве Интернет. Технология применяется в качестве технологической платформы для криптовалют, «умных» контрактов (smart-contracts). Технология blockchain, лежащая в основе криптовалют (Bitcoin и др.), является типом технологии распределенного реестра («DLT») и определяется как распределенная, общая, зашифрованная база данных, служащая надежным хранилищем данных, информации.

Используя значительно возросшие технические возможности современной вычислительной техники, технология распределенного реестра (технология блокчейн) и иные цифровые технологии применяются как универсальный цифровой аппарат для решения многих задач при обработке информации, управлении имуществом оборотом, включая:

а) оборот оцифрованных изображений традиционных документов, удостоверяющих личность (паспорт, водительские права, свидетельства о рождении), а также свидетельства социального страхования и медицинской карты, регистрационные данные избирателей и результаты их голосования на выборах и т.д.;

б) использование цифровых аналогов документов (записей в государственных реестрах) о праве собственности и записи перехода прав на имущество, транспортные средства, интеллектуальную собственность, другие активы в любой форме.;

с) использование цифровых аналогов финансовых документов (записей реестров), в том числе инвестиций, страховых полисов, банковских счетов, кредитных историй, налоговых деклараций и справок о доходах;

д) криптозащита доступа к управлению кодами, которые обеспечивают идентификацию личности или искусственный интеллект робототехники;

е) управление процессами посредством сети Интернет (беспилотные транспортные средства, «умные» предприятия и производственные комплексы, «умные» города и т.д.);

ф) обеспечение хранения, обработки и использования сведений медицинской истории болезни или персональных данных человека².

¹ См.: *Нагородская В.Б.* Новые технологии (блокчейн / искусственный интеллект) на службе права: научно-методическое пособие / под ред. Л.А. Новоселовой. М.: Проспект, 2019. С. 76-78.

² См.: *Карицхия А.А.* Указ.соч. С. 40-41.

Цифровая технология распределенного реестра (технология блокчейн) в настоящее время достаточно широко используется в разнообразных сферах, в том числе: (1) в производственной цепочке и поставках, чтобы гарантировать подлинность и оригинальность происхождения продукции, для отслеживания логистики поставок, а также для работы с контрафактной продукцией, снижения рисков мошенничества и соблюдения нормативных требований; (2) в сфере финансов (финтех-индустрия); (3) в цифровой идентификации любых объектов; (4) в здравоохранении (для баз медицинских документов, результатов клинических испытаний и мониторинга лекарственных средств); и (5) учета и мониторинга объектов недвижимого имущества и прав на него, а также регистрации и мониторинга прав на интеллектуальную собственность.

Особенность технологии блокчейн как электронной базы заключается в том, что это не просто база отдельных элементов (электронных записей), а каждый блок хранит записи транзакций, совершенных на основе компьютерных программ и IP-протоколов на определенном языке программирования и с использованием программ шифрования информации. В этой технологии используются и другие программные средства, такие как «интеллектуальные» («умные») контракты (smart-contracts). Иными словами, технологии блокчейн представляют собой совокупность электронной базы и компьютерных программ, действующих по правилам, которые устанавливаются для каждой системы, использующей технологию блокчейн¹.

Нельзя сводить блокчейн только к криптовалюте. Сфера его применения гораздо шире. В литературе по цифровым технологиям существует деление различных – существующих и потенциальных – технологических аспектов блокчейн-революции на три категории: блокчейн 1.0, 2.0 и 3.0.

Блокчейн 1.0 – это *валюта*. Криптовалюты применяются в различных приложениях, имеющих отношение к деньгам, например, системы переводов и цифровых платежей.

Блокчейн 2.0. – это *контракты*. Целые классы экономических, рыночных и финансовых приложений, в основе которых лежит блокчейн, работают с различными типами финансовых инструментов – с акциями, облигациями, фьючерсами, закладными, правовыми титулами, умными активами и умными контрактами.

Блокчейн 3.0. – это *приложения*, область применения которых выходит за рамки денежных расчетов, финансовых рынков. Они

¹ См.: Дейт, К.Дж. Введение в системы баз данных/К. Дж. Дейт. 8-изд. – М.: Вильямс, 2008.; Миков А.И., Замятина Е.Б. Распределенные системы и алгоритмы. Инту-ит.ру. 2008.; Э.Таненбаум, Стеен М.. Распределенные системы. Принципы и парадигмы. СПб: Питер, 2003. Цит. по : Карцхия А.А. Указ. соч. С.53-54.

распространяются на сферы государственного управления, здравоохранения, науки, образования, культуры и искусства¹.

42.3. ТОКЕНЫ

Объект в «цифре» существует в виде **токена (Token)**, который рассматривается, с одной стороны, как цифровой код объекта, а с другой – как цифровой ключ, по которому системе удастся определить «владельца» токена. Цифровой ключ позволяет идентифицировать «своего» пользователя системы с целью допуска к токену для совершения с ним транзакций, а также дает команду системе для блокировки действий «чужого» лица с токеном. Таким образом, он выполняет в информационной системе функцию распознавания управомоченного лица.

Вместе с тем в токене закодирована и цена объекта. Используя токен в качестве товара, пользователи системы вправе совершать транзакции по его оплате посредством криптовалюты как цифровой единицы расчета в блокчейн-системе. Именно поэтому токен в бизнес-сети выступает прежде всего:

1) цифровой единицей цены:

а) доли участия лица в каком-либо бизнес-проекте; доли участника в уставном капитале общества; доли участия в инвестировании строительства, выполнении работ, оказании услуг и т.п.;

б) баланса актива или пассива имущества юридического лица или предприятия как имущественного комплекса и проч.;

2) цифровым ценовым аналогом бездокументарных ценных бумаг;

3) цифровым ценовым аналогом иных объектов гражданских прав.

Кроме того, токен может выполнять и функцию цифрового денежного знака. В этом случае он рассматривается как криптовалютный токен, т.е. как средство платежа, которое можно обменивать на иные цифровые объекты, или оплатить им (через транзакцию) предоставление в реальной действительности определенного товара, выполнение работ или оказание услуг. В последнем своем значении токен реализует функцию исполнения денежного обязательства за уже предоставленные товары, выполненные работы и оказанные услуги либо дает право на их получение. Или приведем другой пример. Отчуждение криптовалютного токена как цифрового аналога доли в уставном капитале ООО дает право пользователю системы на участие в корпорации².

¹ См.: *Свон М.* Блокчейн: Схема новой экономики. М.: Издательство Олимп-Бизнес, 2018. С. 20.

² См.: *Василевская Л.Ю.* Токен как новый объект гражданских прав: проблемы юридической квалификации цифрового права. <https://urfac.ru/?p=2398>; См. также: <https://cyberleninka.ru/article/n/token-kak-novyy-obekt-grazhdans...>

Понятие **токена** (англ.token) является многозначным и имеет германские корни (от нем. Zeichen – знак, символ). В самом общем виде этот термин обозначает знак, олицетворяющий доказательство существования определенного факта, а также иногда рассматривается в качестве синонима монеты или иного законного платежного средства. В контексте информационной безопасности под токеном может пониматься физический предмет, в котором содержится электронный ключ для доступа к определенному объекту. Такой ключ идентифицирует владельца и обеспечивает защиту от несанкционированного доступа к объекту.

В некоторых случаях данный термин имеет специализированное значение, придаваемое ему соответствующим правовым актом. Например, в ст.14 Закона Великобритании о потребительском кредите 1974 г. (UK Consumer Credit Act) упоминаются соглашения, заключенные с использованием так называемых кредитных токенов (credit-token agreements). При этом под кредитным токеном понимается «карта, чек, ваучер, купон, штамп, форма, буклет или другой документ или вещь, предоставленный физическому лицу кредитором, который обязуется по его предъявлению предоставить деньги, товары или услуги, независимо от того, требуется ли при этом иное дополнительное действие со стороны потребителя». Тем самым токен выступает средством безусловного подтверждения права на получение исполнения.

В последнее время понятие «токен» стало наиболее активно использоваться в контексте применения технологий блокчейн. В этом качестве токен представляет собой единицу учета определенной ценности, которая представлена в виде записи в базе данных, функционирующей на основе технологии блокчейн, и может быть использована в рамках определенной экономической системы. В зависимости от функциональных характеристик токенов выделяются следующие их виды: 1) «продуктовые» токены (utility tokens), которые могут использоваться для оплаты сервисов или ценностей, предоставляемых онлайн-платформой; 2) обеспеченные токены (asset –backed tokens) – оцифрованные в виде записи в блокчейне права на традиционные объекты гражданских прав (товары, работы, услуги, права на результаты интеллектуальной деятельности и др.); к этой же категории можно отнести иногда выделяемые в отдельную группу так называемые корпоративные токены (equity token), которые предоставляют право на получение части прибыли от деятельности онлайн-платформы и (или) на участие в ее развитии посредством голосования по определенным вопросам (своего рода криптоакции), поскольку такого рода права требования могут быть отнесены к категории традиционных имущественных прав; 3) платежные токены (payment token), которые выполняют функции средства платежа и пред-

ставляют собой криптовалюты в их классическом представлении (например, единицы биткоинов). При этом возможны и гибридные виды указанных токенов¹.

Управление надзора за операциями финансового рынка Швейцарии (Finanzmarktaufsicht), далее – FINMA) FINMA выделяет три категории токенов.

Первая категория – платежные токены (Zahlungs-Token), или, иначе, криптовалюта. Под ними понимаются токены, которые фактически или в соответствии с замыслом организаторов являются платежным средством для приобретения товаров или услуг или средством для денежного перевода или перевода иных ценностей. Криптовалюта не предоставляет права требования к эмитенту. Примерами являются биткоины, эфириум.

Вторая категория – утилитарные токены (Nutzungs-Token). Утилитарные токены дают доступ к использованию цифровых благ или услуг, предоставляемых с помощью инфраструктуры блокчейна.

Третья категория – инвестиционные токены (Anlage-Token). Инвестиционные токены могут предоставлять, в частности, обязательственное право требования в отношении эмитента или право участия по смыслу корпоративного законодательства. В случае инвестиционных токенов может быть обещано участие в будущей прибыли предприятия. В частности, такие токены представляют собой акции, облигации или деривативные финансовые инструменты.

FINMA отмечает, что причисление токенов к одной категории не исключает возможности их попадания и в другую категорию (гибридные токены). Так, инвестиционные или утилитарные токены также могут быть криптовалютой. В этих случаях токен может быть квалифицирован и как ценная бумага, и как платежное средство.

FINMA также особо останавливается на том, какие токены могут быть квалифицированы как биржевые активы, к которым, в частности, относятся ценные бумаги и деривативы. Криптовалюта не является биржевым активом. Утилитарные токены, где в качестве встречного предоставления инвестор получает, что нетипично для рынка капиталов, только право требовать доступа к цифровым благам или услугам, не являются биржевыми активами. Если же утилитарные токены полностью или частично содержат инвестиционный элемент, то они считаются биржевыми активами. Инвестиционные токены всегда являются биржевыми активами, в частности ценными бумагами или деривативами. В итоге к инвестиционным токенам применяется соответствующее законодательство,

¹ См.: *Савельев А.И.* Некоторые риски токенизации и блокчейнизации гражданско-правовых отношений. <https://urfac.ru/?p=147>.

например к токенам-акциям – требования о проспекте ценных бумаг¹.

Под токенами (знаками) принято понимать один из возможных видов данных, отражаемых в блокчейне, представляющих собой единицу учета определенного актива. Хранение и учет токенов ведутся с помощью блокчейна. Выпуск токенов называется ICO (initial coin offering). В ICO инвестор предоставляет эмитенту финансирование, как правило, в виде криптовалюты, взамен чего получает определенное количество токенов, которые создаются и хранятся либо в блокчейне, специально созданном для ICO, либо через смарт-контракт на базе уже существующего блокчейна. Токены могут символизировать, в частности, имущественное право в отношении эмитента (право требования, право участия) или могут вовсе не отражать наличия какой-либо дополнительной к самим данным ценности (криптовалюта)².

С ICO неразрывно связан такой термин, как токен³. Токены также иногда называются жетонами или монетами. Токен может иметь совершенно различные функции, например, быть внутренней расчетной единицей, особым цифровым купоном, цифровым товаром, наградой за совершение каких-либо действий.

Вопрос относительно унификации правовой природы токена не может и не должен быть решен одинаково применительно к разным областям использования токенов.

Так, например, можно выделить следующие виды токенов:

а) обеспеченные существующими активами в реальном мире (например, золото – токен RMG и др.);

б) обеспеченные правами в реальном мире (право голоса, право на получение дохода, права требования в отношении активов лица и др. – например, Taas – на получение квартальной прибыли).

Акционерное законодательство никак не регламентирует возможность получения прибыли с помощью токенов, поэтому сомнительно указывать, что токен равнозначен акции. Неясен статус эмитента, особенно если он не является юридическим лицом, не урегулирован выпуск токенов и учет прав, связанных с токенами. Поэтому представляется сомнительным и признание токенов в качестве бездокументарных ценных бумаг;

в) сама криптовалюта (Bitcoin, Litecoin, NEO и др.);

г) токены, которые обеспечивают права в децентрализованных платформах (например, право на создание работоспособной функции в системе, право на использование системы и др. – например,

¹ См. об этом: Федоров Д.В. Токены, криптовалюта и смарт-контракты в отечественных законопроектах с позиции иностранного опыта. <https://urfac.ru/?p=459>.

² См.: Федоров Д.В. Указ.соч.

³ См. подробный анализ об этом: Новоселова Л.А. «Токенизация» объектов гражданского права //Хозяйство и право. 2017. №12.

классические эфиры для возможности работы приложений, токен – Сryptaur как средство оплаты проведения транзакции внутри системы и в то же время средство вознаграждения пользователей платформы за вклад в ее развитие).

Следует отметить, что также можно выделить и кредитные токены (для возврата средств), инвестиционные токены (фиксирующие инвестиции в проекты; схожи с токенами, обеспеченными правами в реальном мире) и иные.

По мнению А.И. Савельева, необходимо выделить две группы отношений, возникающих в связи с использованием токена: отношения «эмитент токена – владелец токена» и отношения «владелец токена – иные участники блокчейна»¹.

Разные возможности, предоставляемые токеном, определяют различную правовую природу отношений с участием его обладателя. Держатель токена может выступать как кредитор, имеющий имущественное право при наступлении определенных обстоятельств на получение прибыли, актива или чего-либо другого. В этой связи токен выступает как способ фиксации определенных имущественных прав, и его принадлежность к конкретному лицу характеризует владельца как обладателя этого имущественного права².

42.4. КРИПТОВАЛЮТА

Биткойн был создан в 2009 году (точная дата – 9 января 2009 г.) неизвестным лицом или группой людей, работавших под псевдонимом Сатоши Накамото (Satoshi Nakamoto). Концепция и подробности работы биткойна изложены в лаконичном и легком для чтения техническом документе «Биткойн: Одноранговая система электронной наличности» Nakamoto Satoshi. Bitcoin: A Peer-to Peer Electronic Cash System. Платежи в децентрализованной виртуальной валюте записываются в публичный реестр (public ledger), который хранится на многих – потенциально на всех – компьютерах пользователей биткойна и постоянно доступен для просмотра в Интернете³.

Биткойн – это цифровая наличность. Это одновременно цифровая валюта и онлайн-платежная система, в которой технологии шифрования обеспечивают управление генерацией денежных единиц и подтверждение перевода средств и которая работает независимо от государственных центробанков.

Биткойн – первая и крупнейшая децентрализованная криптова-

¹ См.: Савельев А.И. Некоторые риски токенизации и блокчейнизации гражданско-правовых отношений//Закон. 2018. №2. С. 43.

² См.: Наградская В.Б. Указ.соч. С. 81.

³ См.: Свон М. Указ.соч. С. 21.

люта. Существуют сотни других альтернативных криптовалют, например, Litecoin и Dogecoin, но на биткойн приходится около 90% рыночной капитализации всех криптовалют, и он стал фактическим стандартом. Биткойны используются псевдонимно (а не анонимно), то есть для отправки и получения биткойнов и записи транзакций применяются биткойн-адреса – буквенно-цифровые строки длиной 27-32 символов, в чем-то аналогичные адресу электронной почты, а не личная идентификационная информация.

Биткойны создаются как вознаграждение за выполнение математических вычислений. Суть этой работы, называемой майнингом (mining), в том, что пользователи предоставляют свои вычислительные ресурсы для верификации адресов и записи транзакций в реестр. В награду за участие в майнинге пользователи получают комиссию за транзакции и вновь создаваемые биткойны. Помимо майнинга, биткойны, как и любую другую валюту, можно получить в обмен на обычные (фиатные¹) деньги, товары и услуги. Пользователи могут отправлять и получать биткойны с помощью электронного кошелька через веб-браузер или приложение, установленное на персональном компьютере или мобильном устройстве. В зависимости от размера транзакции с суммы может как взиматься комиссия, так и нет².

Особенности криптовалют, отличающие их от традиционных валют, вытекают из технологии блокчейна, на основе которой они создаются.

К таким особенностям можно отнести:

1) отсутствие единого эмиссионного центра и отсутствие единого органа, поддерживающего ликвидность и контролирующего денежные мультипликаторы. Выпуском криптовалют занимаются майнеры, то есть устройства высокой производительности, которые за вознаграждение при помощи математических вычислений создают криптовалюту;

2) децентрализованное хранение данных о собственниках и проведенных операциях;

3) отсутствие необходимости в финансовых учреждениях, ведущих счета, и в посредниках для проведения платежей между получателем и отправителем средств;

4) хранение, совершение операций и майнинг носят не только децентрализованный, но и трансграничный характер, участники данных отношений находятся в разных юрисдикциях;

¹ Фиатные (от лат. – декрет, указание), они же фидуциарные (от лат. fiducia – доверие) деньги, – деньги, номинальная стоимость которых устанавливается и гарантируется государством, традиционные деньги.

² См.: *Свон М.* Указ.соч. С. 20-22.

5) безопасность, надежность, прозрачность расчетов, возможность публичного аудита достоверности базы данных¹.

Технология блокчейн (децентрализованного реестра) используется как принципиальная основа для различных ныне действующих технологических платформ (криптовалют), таких как: Bitcoin, или открытая технологическая платформа Ethereum, осуществляющая операции на базе Ethereum virtual Machine «EVM»; платформа IBM Open Blockchain (OBC) как часть проекта общего проекта Linux Hyperledger Project; платформа ErisDB, сходная с Ethereum и использующая операционную систему DApps; технология R3CEV, используемая консорциумом нескольких крупных финансовых компаний. В настоящее время существует более сотни криптовалют и постоянно создаются новые криптовалюты (Litecoin, Dash, Zcash и др.), часть из которых достигла впечатляющей рыночной капитализации и получила признание в качестве средств платежа для крупнейших участников интернет-рынка – Amazon и Hotels.com. Вместе с тем блокчейн-технология подтверждает гораздо больше возможностей, чем только выпуск криптовалют. С запуском технологической платформы Ethereum и соответствующего маркера «эфир (Eth)» в 2015 году стало возможным построить блокчейн-приложения для практического использования в любом секторе экономики: для совершения любой сделки посредством смарт-контрактов (объектом которой могут быть традиционные («фиат») деньги, товары, золото, нефть, недвижимость и даже права интеллектуальной собственности.

Хотя универсального определения «цифровая валюта» не существует, обычно так понимается цифровое опосредование стоимости, обладающее некоторыми чертами валюты и способное иметь характеристики товара или иного актива. Поскольку цифровая валюта может быть определена либо как «виртуальная валюта» (т.е. стоимость, не привязанная к денежной (фиатной) валюте), либо как «электронные деньги» (т.е. стоимость, привязанная к денежной (фиатной, фиксированной) валюте), термины «цифровая валюта» и «виртуальная валюта» часто используются взаимозаменяемо.

Однако, в отличие от электронной валюты (e-money), где базовая стоимость – денежная (фиатная) валюта существует благодаря поддержке соответствующего Центрального банка, стоимость виртуальных валют зависит от ее общественного признания в качестве средства обмена. Например, Европейский Центральный банк определил виртуальную валюту как «цифровое представление ценности, которое не выдается центральным банковским или государ-

¹ См.: Роббек А.Е. BITCOIN как явление в мировой экономике // Вестник Северо-Восточного федерального университета им. М.К. Аммосова. 2014. №6. С.114; Бабина К.И., Тарасенко Г.В. Проблемы правового регулирования криптовалюты в российском законодательстве. <https://urfac.ru/?p=685>.

ственным органом и не обязательно привязано к валюте, но используется физическими или юридическими лицами в качестве средства обмена и может быть передано, сохранено или продано в электронном виде».

В США Комиссия по ценным бумагам (Securities and Exchange Commission («SEC»)), Комиссия по торговле фьючерсами (Commodity Futures Trading Commission (CFTC)), Налоговая служба США (Internal Revenue Service (IRS)) идентифицировали «виртуальную валюту» (virtual currency) как цифровое представление стоимости, которое функционирует как средство обмена, расчетная единица и/или хранилище стоимости, но не имеет юридического статуса платежного средства в какой-либо юрисдикции. Комиссия по торговле фьючерсами (Commodity Futures Trading Commission – CFTC) указала также, что виртуальные валюты отличаются от других «реальных валют» (т.е. монет и бумажных денег, которые распространяются как законные средства платежа и обычно используются и принимаются в качестве средства обмена)¹.

На сегодня криптовалюта не регулируется ни одним банковским надзорным органом в мире и не имеет эмиссионного центра. Создают код, добывают условный ограниченный ресурс сами пользователи за счет вычислительной мощности компьютеров. Криптовалюту можно добыть самостоятельно или купить на специализированных электронных торговых площадках (криптовалютных биржах). В целях привлечения первичного финансирования для отдельных проектов (преимущественно для стартапов и высокотехнологических компаний) используется выпуск токенов (прототипов) криптовалют. Первичное привлечение (размещение) криптовалют осуществляется на ICO – Initial Coin Offering. В настоящее время привлечение финансирования через ICO производится не только для традиционных криптотехнологий на основе технологии блокчейна, но и в реальных секторах экономики (сельхозпредприятия, оптовая торговля).

Криптовалюта представляет собой основанный на математических методах программный компьютерный код, защищенный криптографическими способами и действующий в системе распределенного реестра (базы) данных, т.е. децентрализованных распределенных узлов (блоков) как распределенных сетевых технологий (блокчейн). Шифрование в сочетании с поддающимися проверке распределенными реестрами и управляемые всеми участниками с помощью механизма консенсуса как гарантии исполнения является принципиальным отличием этой технологии. Блокчейн может быть открытый (право доступа для любых участников) или закрытый (право доступа только для определенного круга участников)².

¹ См.: Карцхия А.А. Указ.соч. С. 139-141.

² См.: Карцхия А.А. Указ.соч. С. 139-142.

Зачастую понятия «криптовалюта» и «цифровая валюта» считаются синонимами, но это в корне неверно. Необходимо хотя бы кратко исследовать, чем они принципиально отличаются и как совместить их преимущества с пользой для мировой финансовой системы.

Цифровая валюта – это деньги, которые используются в сети Интернет. Цифровые деньги существуют только в виртуальном формате, у них нет физического эквивалента в реальном мире. Тем не менее они обладают всеми характеристиками традиционных денег. Как и классические фиатные деньги, их можно получать, переводить или обменивать на другую валюту. Ими также можно оплачивать товары и услуги, например, мобильную связь, Интернет, счета в онлайн-магазинах и пр. Цифровая валюта не имеет географических или политических границ: деньги из электронного кошелька могут быть отправлены откуда угодно и куда угодно. Фактически цифровые счета и кошельки можно расценивать как банковские депозиты.

Криптовалюта – разновидность цифровой валюты. Это актив, который используется в качестве средства обмена и считается надежным, потому что в его основе лежит криптография. Одна из основных целей криптографии – безопасный обмен данными. Криптография создает и анализирует алгоритмы и протоколы, чтобы передаваемая информация не была изменена или уничтожена третьими лицами. Криптография сочетает в себе принципы различных наук, основная из которых – математика. Именно она обеспечивает точность и надежность алгоритмов и протоколов. Криптовалюта использует технологии блокчейна и распределенного реестра. Благодаря этому ни один регулятор не может контролировать то, что происходит в Сети, и так происходит на всем пользовательском пространстве.

Несмотря на то, что криптовалюта – это тип цифровой валюты, между ними можно выделить фундаментальные различия.

Во-первых, отличия по структуре. Цифровая валюта централизована: есть некая группа людей и сеть компьютеров, которые контролируют сетевые транзакции. Криптовалюта, в свою очередь, децентрализована, а правила устанавливаются большинством членов криптосообщества.

Во-вторых, разный подход к категории анонимности. Для пользования цифровой валютой нужна идентификация пользователя – система требует загрузить фотографию и определенные документы, выданные государственными органами. Для покупки, инвестирования и любых других манипуляций с криптовалютой ничего этого не требуется. Впрочем, криптовалюты не обеспечивают полной анонимности. Несмотря на то, что адреса не содержат никакой конфиденциальной информации – имен, прописки и т.д., – каждая

транзакция зарегистрирована, а отправители и получатели общеизвестны. Таким образом, любую транзакцию можно отследить.

В-третьих, прозрачность. Цифровая валюта непрозрачна. Вы не можете выбрать адрес кошелька и посмотреть все денежные переводы, эта информация конфиденциальна. Криптовалюта, например, прозрачна – можно увидеть список транзакций любого пользователя, поскольку все потоки поступления дохода размещаются в публичной цепочке.

В-четвертых, управление транзакциями. Система цифровой валюты предусматривает наличие центрального органа, который занимается решением проблем. Он может отменить или заморозить транзакцию по просьбе участника или властей, а также по подозрению в мошенничестве или отмывании денег. Криптовалюта регулируется сообществом. Крайне маловероятно, что пользователи одобряют изменения в блокчейне. Хотя редкие прецеденты случались – например, взлом DAO. Однако речь шла о крупной сумме, а решение не было единогласным.

В-пятых, неоднозначное государственное правовое регулирование данных финансовых активов. Большинство стран разработали определенные правовые рамки для цифровых валют, такие как Директива 2009/110/ЕС Европейского парламента или ст. 4А Единообразного торгового кодекса США. На данный момент в отношении криптовалюты этого нет, поскольку в большинстве стран ее официальный статус не определен. Однако создание правовой базы – лишь вопрос времени¹.

42.5. СМАРТ-КОНТРАКТЫ

Смарт-контракт в общем виде, без попытки сейчас дать ему правовую квалификацию, можно определить как запрограммированный договор, условия которого прописаны в программном коде и который автоматически исполняется с помощью блокчейна. Смарт-контракты базируются на компьютерном протоколе, который по установленным правилам посылает или получает определенную информацию или изменяет данные. Основанием является заложенный в протоколе программный код. При этом применяются простые правила «если, то»: «если» определенное условие будет исполнено, «то» будет совершено определенное действие или транзакция. Таким образом, с технической точки зрения смарт-контракт – это программный код. Примером является смарт-контракт (программный код), согласно которому мотор арендованного автомобиля заработает только в случае своевременного внесения арендной платы. Смысл использования блокчейна для

¹ См.: *Максуров А.А.* Криптовалюта как экономико-правовая категория. <https://urfac.ru/?p=545>.

смарт-контрактов состоит в обеспечении неизменности программного кода и условий «если, то» благодаря децентрализации¹.

Смарт-контракты («умные» контракты (от англ. – smart-contract) не являются договорами в традиционном юридическом смысле. Используя программы ЭВМ (компьютерная программа), разрабатывается последовательность действий – код смарт-контракта для рутинных, повторяющихся операций (купля-продажа при биржевых финансовых сделках, электронные платежи, договоры страхования и возмещения ущерба, расчет убытков при нарушении интеллектуальных прав и т.д.). Эта последовательность действий, записанная в компьютерной программе, определяет способ достижения соглашения сторон по условиям контракта, который будет исполнен автоматически. При этом риск ошибки или манипуляции минимальный, поскольку исполнение договора будет поддерживать отдельные базы данных. Работа блокчейн-протокола в форме «умного» контракта предполагает прямой контакт сторон смарт-контракта, его автоматическое выполнение и проверку результата – все без привлечения посредников и юристов. Повторяющийся процесс (сценарий) рутинных юридических операций также основан на ведении учета финансовых операций в форме блокчейн-записи. Помимо этого, принципиальным условием применения технологии «блокчейн» является исключительная добросовестность участников при осуществлении ими своих прав и обязанностей, блокчейн не предполагает возможности такого юридического действия, как признание сделки недействительной и правовые последствия этого.

«Умный» контракт (smart-contract) в физическом смысле представляет собой электронный алгоритм, программный код для ЭВМ в электронном виде (программа) и является юридически обязывающим документом – соглашением сторон в правовом понимании. «Умные» контракты, как правило, развертываются на технологической платформе blockchain, хотя возможно использование и на других платформах. В децентрализованной системе blockchain («цепочка блоков») смарт-контракт как программный код находится в пределах одного «блока». Блок представляет собой программный контейнер, объединяющий сообщения, относящиеся к определенному смарт-контракту. Эти сообщения могут выступать в качестве входных или выходных данных программирования смарт-контрактов и сами могут указывать на другой компьютерный код. В технологии blockchain применяется шифрование открытого ключа как метод криптографии, использующий два типа ключей. Первый – открытый ключ, доступный всем участникам, а второй является закрытым ключом и известен только получателю. При реализации смарт-контракта (смарт-транзакции) в системе blockchain от-

¹ См.: Федоров Д.В. Указ.соч.

правляющий получатель шифрует свое сообщение в нечитаемом, зашифрованном виде с помощью алгоритмов или математических формул, чтобы защитить данные и обеспечить устойчивость к сбоям или хакерским атакам. Распространено ошибочное представление о том, что существует только один тип «умного» контракта. На самом деле, существует целый спектр возможностей¹.

С правовой точки зрения смарт-контракт может классифицироваться как письменная форма сделки, совершенная с помощью электронных либо иных технических средств, позволяющих воспроизвести на материальном носителе в неизменном виде содержание сделки. При этом требование о наличии подписи считается выполненным, если использован любой способ, позволяющий достоверно определить лицо, выразившее волю. Закон предусматривает, что иными правовыми актами и соглашением сторон может быть предусмотрен специальный способ достоверного определения лица, выразившего волю.

¹ См.: Карцхия А.А. Указ.соч. С. 146-149.

43.1. ВВЕДЕНИЕ

XXI век называют веком информации. Информация приобретает все большее значение в жизни человека, общества и государства, становясь все более всеобъемлющей и всепроникающей. Особенно резко возросла роль информации с появлением глобальной компьютерной сети – Интернета.

В настоящее время все чаще понятие «информатизация» совпадает с понятием «цифровизация». В связи с этим все большее значение приобретает определение состава тех правовых норм, которые регулируют отношения, связанные с информатизацией и цифровизацией, уяснение места этих правовых норм в системе отраслей права.

Эта проблема, на мой взгляд, может быть решена только на основе подхода к праву как системе, признания в праве иерархии структур, признания наличия комплексных образований в системе права.

Данное исследование состоит из трех подразделов:

– анализ концепций, существующих в юридической литературе относительно места в системе права информационного права, интернет-права и цифрового права;

– изложение моей концепции построения системы права;

– мои выводы относительно определения места цифрового права в системе права.

43.2. АНАЛИЗ ЮРИДИЧЕСКОЙ ЛИТЕРАТУРЫ ОБ ИНФОРМАЦИОННОМ ПРАВЕ, ИНТЕРНЕТ-ПРАВЕ И ЦИФРОВОМ ПРАВЕ

43.2.1. Информационное право

Информационным процессам с помощью информационных технологий посвящен Закон Республики Казахстан от 11 января 2007 г. «Об информатизации», который заменил аналогичный Закон от 8 мая 2003 г.

25 июня 2020 г. был принят обширный Закон Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам регулирования цифровых технологий» (Закон о цифровых технологиях), который

основные изменения и дополнения внес в Закон об информатизации.

Соответствующий законодательный акт в России регулирует значительно более широкий круг информационных отношений. Это вытекает и из его названия: Федеральный закон РФ от 27 июля 2006 г. №149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации».

Развитие информационных отношений приводит и к изменению взглядов на правовую природу норм, регулирующих эти отношения. Становится очевидным, что в рамках традиционных отраслей права правовое регулирование информационных отношений становится малоэффективным, необходимо объединение всех правовых норм, регулирующих информационные отношения, в какую-то самостоятельную правовую общность. Встал вопрос о формировании отрасли права – информационного права.

При определении места этой отрасли права в системе права один вопрос не вызывает больших споров в юридической литературе: к каким отраслям права отнести информационное право – основным или комплексным? Большинство авторов, как правило, отвечает, что информационное право является комплексной отраслью права.

Хотя, естественно, встречаются и попытки включить информационное право в состав основных отраслей права. Например, Ю.А. Тихомиров относит информационное право к отраслям публичного права непонятно почему (он сам не объяснил): ведь основной правовой массив информационного права составляют нормы гражданского права¹. В число самостоятельных отраслей (тоже без объяснения причин) включила информационное право А.А.Головина в своем фундаментальном исследовании системы отраслей российского права².

К комплексным отраслям относит информационное право С.С. Алексеев, причем к таким отраслям, которые имеют тенденцию перерасти в основные отрасли права³.

Но дальше начинаются разногласия. На сегодняшний день сформировались **две основные концепции**:

1) информационное право определяется через понятие «информация», то есть информационное право регулирует все отношения, связанные с информацией;

2) информационное право – это право, регулирующее отношения, связанные с глобальными сетями (право Интернета).

¹ См.: Тихомиров Ю.А. Публичное право: Учебник. М.: Изд-во БЕК, 1995. С. 339.

² См.: Головина А.А. Критерии образования отраслей в системе российского права: Монография / А.А. Головина. М.:РУСАЙНС, 2018. С. 238.

³ См.: Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия: опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. С. 46.

Сторонники первой концепции примерно одинаково определяют понятие информационного права, но у них возникают проблемы с ограничением по объему предмета информационного права. Так, по мнению В.А. Копылова, можно выделить несколько предметов информационного права, считая основными из них информационные отношения, то есть отношения, возникающие при осуществлении информационных процессов – процессов производства, сбора, обработки, накопления, хранения, поиска, передачи, распространения и потребления информации¹.

Как считает И.Л. Бачило, предмет информационного права составляют общественные отношения, связанные с правовым регулированием оборота информации, формированием и использованием информационных ресурсов, созданием и использованием информационных систем, обеспечивающих процессы информации, удовлетворение потребностей пользователей, а также обеспечение информационной безопасности всех участников отношений в данной сфере².

Позднее он отнес информационное право к дочерней отрасли административного права. По его мнению, информационное право является новой комплексной отраслью публичного права, входит в семейство административного права; законодательство этой отрасли привлекает и активно использует нормы конституционного, административного, гражданского, уголовного права³. Честно говоря, не совсем понятно, как информационное право, будучи подотраслью административного публичного права, может одновременно быть комплексной отраслью, активно использующей нормы гражданского права?

О.А. Городов определяет предмет информационного права как отношения по поиску, получению, передаче, производству и распространению информации, а также смежные с ними отношения, которым действующим законодательством придано значение информационных⁴.

Из этого вытекает и определение самого информационного права по О.А. Городову: Информационное право – это система правовых норм, регулирующих на комплексной основе дозволений, позитивных обязываний и запретов в области общественных отношений по поиску, получению, передаче, производству и распростра-

¹ См.: Копылов В.А. Информационное право: Учеб. М.: Юристъ, 2002. С. 84-87.

² См.: Бачило И.Л., Лопатин В.Н., Федотов М.А. Информационное право: Учеб. / Под ред. Топорнина. СПб., 2005. С. 24-45.

³ См.: Бачило И.Л. Информационное право: Учебник для академического бакалавриата. 5-е изд., переработанное и дополненное. М.: Изд-во Юрайт, 2017. С. 29. [status.my-shop.>produkt>pdf](#)

⁴ См.: Городов О.А. Информационное право: Учеб. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. С. 19-20.

нению информации и производных от нее продуктов, а также смежных с ними отношений, признанных действующим законодательством информационными¹.

Л.Л. Попов, Ю.И. Мигачев и С.В. Тихомиров определяют информационное право как совокупность юридических норм, регулирующих общественные отношения, связанные с производством, распространением, поиском и получением информации, применением информационных технологий, а также с защитой информации². Эти авторы называют информационное право самостоятельной отраслью и в то же время утверждают, что информационные отношения регулируются конституционным, административным, гражданским и международным правом³. Получается, что информационные отношения регулируются и информационным правом, и еще пятью отраслями права. Как это может быть, авторы не объясняют. Между тем иного объяснения, кроме признания информационного права комплексной отраслью права, лично я не вижу.

Уязвимость **первой концепции** заключается в расплывчатости предмета информационного права, поэтому она подверглась жесткой и во многом справедливой критике со стороны представителей **второй концепции**.

В частности, говорится о том, что многие специалисты пишут в своих работах не о предмете правового регулирования информационного права, а о «предметной области» или «предметных областях» информационного права, словно обозначая ее (их) пунктиром. При любом подходе к определению предмета информационного права все сводится к отношениям по обороту информации. Основные отличия между взглядами на предмет информационного права во многом ограничиваются разностью признаваемых (выделяемых) отдельными учеными видов отношений, включаемых в состав этих «предметных областей», ассортиментом этих отношений. Далее А.А. Тедеев утверждает, что такой подход в принципе бесперспективен⁴.

А.А. Тедеев видит здесь по меньшей мере две проблемы. Первая (доказательство «от абсурдного»): само право являет собой информацию, то есть имеет информационную природу. Если к предмету информационного права относить все отношения по обороту информации, то вскоре окажется, что этому критерию отвечает **все** право. Вторая (доказательство «от целесообразного»): все эти отношения урегулированы нормами первичных отраслей и не нужда-

¹ См.: *Городов О.А.* Указ. соч. С. 22.

² См.: *Попов Л.Л., Мигачев Ю.И., Тихомиров С.В.* Информационное право: Учебник. М.: Норма: Инфра-М., 2010. С. 25.

³ См.: Там же. С. 30-33.

⁴ См.: *Тедеев А.А.* Информационное право (право Интернета): Учебное пособие. М.: Изд-во Эксмо, 2005. С. 5-6.

ются в каком-либо дополнительном системном регулировании, кроме отраслевого¹.

По мнению А.А. Тедеева, предметом отрасли информационного права должны выступать отношения не просто по обороту информации (необходимости в такой отрасли права, видимо, нет), а только возникающие, изменяющиеся и (или) прекращающиеся в информационной среде («киберпространстве») сети Интернет, а в будущем, возможно, – иных глобальных компьютерных сетей².

Эта критика во многом справедлива. Сами представители первой концепции признают неопределенность предмета информационного права в их понимании. В частности, тот же О.А. Городов пишет: «Очевидно, что однородность групп общественных отношений, образующих предметную область информационного права, весьма относительна. Их объединяет лишь то, что в качестве объекта данных отношений выступает информация и (или) производные от нее продукты, например, информационные ресурсы»³.

Однако во многом критика бьет мимо цели. Можно согласиться с А.А. Тедеевым по многим позициям: и что Интернет в настоящее время приобретает огромное значение, и что это совершенно новые отношения, и что регулироваться они должны совершенно новым правом. Однако при этом он упускает из виду, что это, хотя и важная, но все же только часть тех отношений, которые должны регулироваться информационным правом. И правовые нормы, регулирующие отношения в информационной среде Интернет, на самом деле являются нормами основных отраслей права (в основном гражданского и административного), поэтому право Интернета – это комплексное образование. И оно составляет только часть информационного права – его институт. Поэтому проблемы регулирования блока отношений, связанных с информацией, остаются.

Что касается проблем, которые, по мнению А.А. Тедеева, делают определение предмета информационного права абсурдным и нецелесообразным, то эти проблемы не кажутся такими уж неразрешимыми.

Первая проблема (доказательство «от абсурдного») – то, что право тоже информация. Никакого абсурда здесь нет. Информационную составляющую можно найти в любом общественном явлении, тем более нормативном (религия, обычаи и т.п.). Однако это не значит, что все эти отношения следует включать в предмет информационного права. Кроме того, даже если право признать информацией, надо иметь в виду, что право многогранно. Информационная составляющая является лишь одной из граней права. И даже если информационное право будет регулировать эту одну из

¹ См.: Тедеев А.А. Информационное право (право Интернета): Учебное пособие. М.: Изд-во Эксмо, 2005. С. 6-7.

² См.: Там же. С. 8-9.

³ См.: Городов О.А. Указ.соч. С. 20.

многих граней права, это совсем не означает, что оно регулирует все правовые отношения.

Вторая проблема (доказательство «от целесообразного») – то, что информационные отношения урегулированы нормами первичных отраслей. Это вообще не проблема. И не доказательство. Если всерьез воспринимать это доказательство, то и комплексных отраслей в принципе быть не может. Ибо комплексная отрасль потому и называется комплексной, что **все** ее нормы являются нормами первичных отраслей права. И только необходимость выделения их из основных отраслей, создание дополнительной целостности норм для более эффективного регулирования отношений определенной экономической или социальной сферы заставляет говорить о комплексной отрасли права.

Таким образом, первая концепция представляется более обоснованной. Предметом информационного права являются отношения, связанные с производством и оборотом информации. Право Интернета является одним из институтов информационного права.

Информационное право использует основные положения теории государства и права, «взаимодействует» с такими отраслями, как конституционное право, административное право, финансовое право, уголовное право, гражданское право, трудовое право, судостроительство, международное публичное и частное право¹.

Информационные отношения регулируются нормами ряда правовых отраслей как частного, так и публичного права, в том числе: конституционным правом (ст. 23, 24 и др. Конституции РФ); административным правом, устанавливающим, в частности, ответственность за административные проступки в сфере информационного обеспечения; уголовным правом, устанавливающим, например, ответственность за незаконные получение и разглашение сведений, составляющих коммерческую, налоговую или банковскую тайну (ст. 183 УК РФ и др.); уголовным процессуальным правом и уголовно-исполнительным правом, определяющим, к примеру, порядок получения информации в процессе проведения оперативно-розыскных мероприятий, следственных действий и др. (ст. 161 УПК РФ; ст. 5 Закона об оперативно-розыскной деятельности; ст. 3 Закона РФ от 11 марта 1992 г. №2487-1 «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации» и др.); гражданским процессуальным правом и арбитражным процессуальным правом, регулирующими в том числе порядок судебной защиты нарушенных информационных прав субъекта (ГПК РФ, АПК РФ и др.); трудовым правом, устанавливающим, например, порядок хранения персональных данных, соблюдения служебной тайны и пр.

¹ См.: *Боер В.М., Павельева О.Г.* Информационное право: Учебное пособие. Часть 1. ГУАП. Санкт-Петербург, 2006. 116 с. window.edu.ru/catalog/pdf2txt/004/45004/217822p_pages=4.

(ст. 90 Трудового кодекса РФ и др.); гражданским правом, в частности, регламентирующим оборот исключительных имущественных прав на секреты производства (ноу-хау), защищающим и охраняющим право граждан на личную и семейную тайну (ст. 150-152, 1465-1472 ГК РФ); предпринимательским правом¹.

Проблема, однако, заключается в том, чтобы отграничить предмет информационного права, выделить из моря отношений, так или иначе связанных с информацией, именно те отношения, которые составляют предмет информационного права.

43.2.2. Интернет-право

В американской юридической литературе известна дискуссия относительно предметной самостоятельности интернет-права как области юридического знания. Так, Ф. Истербрук выступил против обособления интернет-права, пользуясь аналогией «лошадиного права». По его мнению, никаких принципиальных особенностей право, регулирующее Интернет, не имеет. Нет необходимости выделять направления в юриспруденции по поводу того или иного предмета без учета иных юридически значимых особенностей. С тем же успехом можно обособить лошадиное право, поскольку встречаются институты права относительно сделок по поводу лошадей или причинения вреда лошадям. Иной точки зрения придерживается Л. Лессиг, который отмечает своеобразие той реальности (виртуальной, электронной), в которой складываются указанные общественные отношения. В такой среде, с одной стороны, действует цифровой код, а с другой стороны, отношения в сфере использования Интернета с учетом ее архитектуры не поддаются такому контролю, как физические общественные отношения².

Этот спор напоминает давний спор о системе советского права, когда противники комплексных отраслей права говорили о трамвайно-троллейбусном, банно-прачечном, бакалейно-гастрономическом праве³.

Когда мы говорим о правовом регулировании отношений в Интернете, речь идет не о создании новых законов, а о разумном применении законодательства, регулирующего отношения в «офлайне».

Совет ООН по правам человека в 2012 г. принял резолюцию, в

¹ См.: *Зверева Е.А.* Правовой режим информации с участием субъектов предпринимательской деятельности. М.: ЮСТИЦИНФОРМ, 2008.

² См. об этом: *Васильев А.А., Ибрагимов Ж.И., Насыров Р.В., Васев И.Н.* Термин «цифровое право» в доктрине и правовых текстах. *Legal Linguistics*, 2019, 11, 15-18 doi:[https://doi.org/10.14258/leglin\(2019\)1103](https://doi.org/10.14258/leglin(2019)1103).

³ См. об этом: *Сулейменов М.К.* Право как система. М.: Статут, 2016. С.261; См. также: *Сулейменов М.К.* Гражданское право Республики Казахстан: опыт теоретического исследования. Том 2. Часть вторая. Теоретическая. Раздел 1. Общие проблемы гражданского права. Алматы, 2016. С. 271.

которой отмечается, что «...те права, которые человек имеет в офлайне, должны защищаться и в «онлайне»¹. Похожее мнение зафиксировано в Кодексе Европейского союза об онлайн-правах, где говорится, что «настоящий Кодекс – не о создании новых прав, а о компилировании существующих прав и принципов»².

Как пишет Э.В.Талапина, приведенных иллюстраций достаточно для утверждения о том, что право – на пороге перемен под влиянием технологического фактора. Выделяемые в теории основные признаки права (система общеобязательных норм, санкционированных государством, выражающих государственную волю и обеспечиваемых государством) в цифровую эпоху теряют прежний смысл. Пока информационное право доказывало свое право на существование, логика мирового развития поставила право в целом перед насущной потребностью не просто признания информационно-компьютерных технологий и связанных с ними правоотношений, но адаптации к ним всей системы и структуры права. Причем если в частном праве Интернет во многом формально преобразует традиционные институты (в данном контексте «формально» не означает, что не влияет на содержание), то в публичном праве нейтральность и экстерриториальность Интернета представляют настоящую «угрозу» государственному суверенитету, а социальные сети – патерналистски – вертикальной организации государства. Повсеместное распространение fakenews – результат того, что новые технологии (Twitter, Facebook) «убрали» редактора и цензора как посредника между тем, кто говорит, и публикой – создают угрозу демократии³.

Некоторые авторы полностью отождествляют отношения, складывающиеся в Интернете (киберпространстве), с информационными отношениями. Например, Д.В. Грибанов пишет: «Киберпространство существует только для того, чтобы эффективно работать с информацией. Соответственно, отношения в киберпространстве складываются по поводу информации»⁴.

¹ Resolution of the Human Rights Council about the promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet. URL: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSession20/ResDecStat.aspx> (дата обращения: 15.11.2015). Цит. по: Меликов У.А. Правовой режим объектов гражданских прав в Интернете. Душанбе: ЭР-граф, 2017. С. 33-34.

² Code of EU online rights/URL:<https://ec.europa.eu/digital-genda/sites/digitalagenda/files/Code%20EU%20online%20rights%20EN%20final%202.pdf> (дата обращения: 8.11.2015). Цит. по: Меликов У.А. Правовой режим объектов гражданских прав в Интернете. Душанбе: ЭР-граф, 2017. С. 33-34.

³ См.: Талапина Э.В. Право и цифровизация: Новые вызовы и перспективы. Журнал Российского права. Том 6, №2. 2018. С. 15. <https://cyberleninka.ru/article/n/pravo-i-tsifrovizatsiya-novye-vyzovy-i-perspektivy>.

⁴ См.: Грибанов Д.В. Правовое регулирование кибернетического пространства как совокупности информационных отношений: Дис... канд.юр.наук. Екатеринбург, 2003. С. 125.

А. Абдулжалилов, подвергнув резкой критике отождествление гражданских отношений с информационными отношениями¹, в заключение дает определение гражданских правоотношений в виртуальном пространстве Интернета как правоотношений, которые возможны только способом обмена информацией². То есть фактически он свел гражданские правоотношения к информационным. Налицо давление информационной парадигмы при определении интернет-правоотношений, против которой так усиленно боролся А. Абдулжалилов.

Характерно, что эта борьба ведется впустую, против несуществующего противника. Никто ведь не спорит, что все перечисленные А. Абдулжалиловым правоотношения в Интернете являются гражданско-правовыми. Но, к сожалению, А. Абдулжалилов полностью игнорирует возможность использования положений о комплексных отраслях права. Между тем гражданско-правовые отношения в Интернете одновременно являются и информационными, и регулируются они гражданско-правовыми нормами, которые одновременно расположены и в системе информационного права как комплексной отрасли права.

Весьма противоречива позиция И.М. Рассолова. С одной стороны, он считает интернет-право составной частью международного частного права³ (а международное публичное право к этому отношению не имеет?). С другой стороны, интернет право, по его мнению, – это специфический комплексный институт права (международного частного, публичного с компонентами информационного права и др.)⁴. Говоря о предмете правового регулирования отношений в виртуальном пространстве Интернета, И.М. Рассолов утверждает, что «этот вид правового регулирования является не чисто правовым, нормативным (он использует нормы морали, этики и др.)»⁵.

Например, И.М. Рассолов пишет:

«Интернет-право – часть общей системы права. Однако, с другой стороны, оно не может считаться ни самостоятельной отраслью права, ни подотраслью какой-то одной отрасли права (скажем, формирующегося информационного права). Это заключение обусловлено рядом причин. Так, отрасль права выступает всегда как объективно обособившаяся внутри какой-то системы права совокупность взаимосвязанных между собой норм, объединенных общностью предмета и метода правового регулирования обществен-

¹ См.: *Абдулжалилов А.* Теоретические проблемы гражданских правоотношений в Интернете: Монография. Душанбе: Андалеб-Р, 2015. С. 55-93.

² См.: Там же. С. 93.

³ См.: *Рассолов И.М.* Право и Интернет. Теоретические проблемы. М.: Изд-во НОРМА, 2003. С. 83.

⁴ См.: Там же. С. 86.

⁵ См.: *Рассолов И.М.* Указ.соч. С. 34, 40, 51.

ных отношений. А интернет-право, понятно, не может выступать в такой роли. Подотрасль права есть объединение нескольких институтов одной и той же отрасли. Интернет-праву эти свойства тоже не присущи. Интернет-право, на наш взгляд, является комплексным институтом, поскольку здесь в определенных случаях «одни и те же общественные отношения регулируются нормами различных отраслей права»¹. И в этом смысле указанные нормы образуют так называемый комплексный институт права»².

Очень странная аргументация. И.М. Рассолов доказывает наличие комплексного института права тем, что здесь одни и те же общественные отношения регулируются нормами различных отраслей права. Но ведь эти же аргументы вполне применимы к обоснованию наличия в данном случае комплексной отрасли права.

Сложность регулирования отношений в Интернете можно продемонстрировать на примере регулирования соотношения Интернета и средств массовой информации (далее – СМИ).

Здесь наблюдается три подхода:

а) в Казахстане Интернет был приравнен к СМИ (ст. 1 Закона РК от 23 июля 1999 г. №451-1 «О средствах массовой информации»³), что нельзя признать правильным. СМИ являются одним из ресурсов среди многих других ресурсов в Интернете. СМИ может выступать как контент Интернета. Однако хотя сайты действительно являются результатом интеллектуальной деятельности, но не всякий сайт может быть приравнен к СМИ, например, тот же сайт электронного правительства. Если бы все сайты мы приравнивали к СМИ, то каждого владельца сайта придется признать в качестве редакция, а каждого работника такой организации – как журналиста;

б) иной подход избран в России. В соответствии со ст.ст. 1 и 8 Закона РФ «О средствах массовой информации»⁴ сайт в сети может быть СМИ. Законодатель не обязывает каждый интернет-сайт быть СМИ, а лишь предоставляет право обладателю сайта (правообладателю) регистрировать свой сайт как СМИ;

¹ См.: *Экимов А. И.* Система права и система законодательства // Теория государства и права. М., 2000. С. 257.

² См.: *Рассолов И.М.* Право и Интернет. Теоретические проблемы. М.: Изд-во НОРМА, 2003. С. 23.

³ См.: Статья 1. Основные понятия, используемые в Законе:

4) средство массовой информации – периодическое печатное издание, теле-радиоканал, кинодокументалистика, аудиовизуальная запись и иная форма периодического или непрерывного публичного распространения массовой информации, включая интернет-ресурсы;

8-1) сетевое издание – интернет-ресурс, прошедший процедуру постановки на учет в уполномоченном органе, информационно-коммуникационная инфраструктура которого размещена на территории Республики Казахстан.

⁴ См.: URL:http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_1511.

в) третий подход заключается в том, что интернет – это транспортная среда для распространения СМИ и расширения рынка СМИ¹. Согласно третьему подходу, Интернет является техническим средством для размещения и распространения СМИ (теле-радиопередачи, газеты, журналы).

Именно данный подход более других соответствует современному уровню развития Интернета. Второй подход является теоретически неверным, но практически терпимым, ибо он не ущемляет прав граждан РФ, но дает им возможность по своему желанию объявить свой сайт средством массовой информации. Первый подход является теоретически неприемлемым, практически опасным и противоправным, ибо он направлен на ущемление прав человека и гражданина и отражает стремление властей задушить ростки демократии².

Отношения, регулируемые интернет-правом, многообразны. Так, в зависимости от субъектов можно выделить следующие виды отношений:

1) между разработчиками трансграничных информационных сетей и их партнерами, которые находятся в договорных отношениях;

2) между специалистами, производящими и распространяющими информацию в Интернете;

3) между последними и специалистами, предоставляющими различные услуги;

4) между перечисленными выше субъектами и потребителями информации в Интернете;

5) между гражданами, организациями, фирмами и иными потребителями;

6) между провайдерами (операторами) и Минсвязи, выдающим лицензии на оказание онлайн-услуг;

7) между провайдерами (операторами) и пользователями (клиентами) сетей для своих собственных нужд.

Очевидно, что почти во всех видах названных отношений (кроме п. 6) не участвуют государственные органы. Значит, интернет-отношения могут обходиться и без их участия (т.е. будут частными), хотя известно, что определенные действия субъекты рассматриваемых отношений должны осуществлять на основе лицензий, которые выдаются органами государства³. Это означает, что почти

¹ Ст. 2 Закона Республики Таджикистан от 14 декабря 1996 г. «О телевидении и радиовещании». Централизованный банк правовой информации Республики Таджикистан //АДЛИЯ. Версия 7.0 /М-во юстиции Республики Таджикистан. Душанбе, 2016. 1 электрон.опт. диск (CD-ROM).

² Подробнее см.: Меликов У.А. Правовой режим объектов гражданских прав в интернете. Душанбе: ЭР-граф, 2017. С. 49-51.

³ См. об этом: Рассолов И.М. Право и Интернет. Теоретические проблемы. М.: Изд-во НОРМА, 2003. С. 55.

все отношения, возникающие в сфере Интернета, являются гражданско-правовыми.

43.2.3. Цифровое право

Еще в 2000 г. М.Ю. Радченко и В.П. Горбунов, рассматривая пути эволюционного развития концепции современного права по отношению к виртуальному пространству, говорили о том, что наряду с исследованиями теоретических проблем правового регулирования Интернета необходимо скорейшее осмысление в рамках темы «Право и Интернет» острых проблем так называемого цифрового права (оно исследует цифровые сущности разнообразных явлений), которое они называли правом будущего в теоретико-правовой мысли.

Среди этих проблем, по их мнению, выделяются: право цифрового государственного строительства (формирование государственных органов – помимо обычной формы – в цифровой через виртуальное пространство); право цифрового государственного управления (использование цифровых сетей в качестве канала передачи информации в традиционном государственном управлении); авторское право на цифровые сущности (регистрационная защита прав на тексты, программы, видео, музыку, лицензирование этих объектов и т.д.); программное право (сертификация деятельности по созданию программ, регулирование их жизненного цикла и др.); право цифровых споров (рассмотрение цифровых споров в суде), право цифровых операций, право цифровых денег, проблема защиты цифровых данных и др.¹

В юридической литературе существует масса терминов для обозначения правовых норм, регулирующих отношения, связанные с цифровыми технологиями (например, в работах Ю.М. Батурина, И.Л. Бачило, В.С. Белых, В.М. Боер, Д.В. Грибанова, М.А. Егоровой, О.Г. Павельевой, М.Ю. Радченко, И.М. Рассолова, М.А. Рожковой, Э.В. Талапиной, А.А. Тедеева и многих других):

– интернет-право (internetlaw), кибер-право (cyberlaw), право киберпространства (cyberspacelaw), веб-право (Web-law), компьютерное право (computerlaw), право информационных технологий (InformationTechnologylaw, сокр. IPlaw, Technologylaw, Techlaw), цифровое право (Digitallaw), программное право, телекоммуникационное право, право информационных магистралей (lawofinformationhighways), правовая информация, информационно-компьютерное право, право знать, право на доступ к информации, право на информацию, электронное коммерческое право (electroniccommercelaw), электронное lexmercatoria (e-merchant-

¹ См.: Радченко М.Ю., Горбунов В.П. Цифровое право будущего //Третья Всероссийская конференция «Право и Интернет: теория и практика». 28-29 ноября 2000 г. С. 47-53.

law), сетевое право, право мировых торговых площадок (типа «eBay-law, Walmartlaw») и т.п.

И, наконец, – информационное право (informationlaw), которое нередко отождествляют с интернет-правом. К интернет-праву также порою приравнивают и цифровое право.

Можно выделить основные точки зрения на место цифрового права в системе права:

- 1) самостоятельная отрасль законодательства¹;
- 2) комплексная отрасль законодательства²;
- 3) комплексный межотраслевой правовой институт³;
- 4) комплексная отрасль права⁴.

В учебнике «Цифровое право» В.С. Белых в §1 главы 1 доказывает, что цифровое право – это нечто отличное от классического права, которое он называет аналоговым правом.

Приведу некоторые выдержки из его концепции.

Цифровое право строится в межотраслевом и междисциплинарном техническом и юридическом измерении. Это форма более правового воздействия, а не только правового регулирования.

Цифровое право создает пространство, где в отличие от классического права, отсутствует отраслевая специализация. Оно перемешивает нормы и институты различной отраслевой природы, изменяя структуру права в классических правоотношениях. В цифровом праве классическое право сведено к минимуму, фактически к признакам признания эффективности (этичности). Все иные признаки права – определенности, нормативности, общезначительности – выступают в значительно преобразованном виде.

В этом смысле цифровое право – это соединение неправовых регуляторов, которые в определенных сочетаниях дают правовое качество. Цифровая среда создает юридизм нового типа. Цифровое право формирует правовое качество в доселе непредметных для права сферах, прежде всего технико-информационной и естественно-технической.

Именно поэтому вопрос классической юриспруденции – куда

¹ См.: *Архипов В.В.* Интернет-право: учебник и практикум для бакалавриата и магистратуры / В.В.Архипов. М.: Изд. Юрайт, 2018. С. 29-33; *Васильев А.А., Ибрагимов Ж.И., Насыров Р.В., Васев И.Н.* Термин «цифровое право» в доктрине и правовых текстах. <https://cyberleninka.ru/article/n/termin-tsifrovoye-pravo-v-doktrine-i-pravovyh-tekstah>.

² См., например: *Зверева Е.А.* Правовой режим информации с участием субъектов предпринимательской деятельности. М.: ЮСТИЦ ИНФОРМ, 2008. С. 8.

³ См., например: *Цифровое право: Учебник / Под общей редакцией В.В. Блажеева, М.А. Егоровой.* М.: Проспект, 2021. С. 37. (авторы параграфа 2 главы 1 В.С. Белых, М.А. Егорова).

⁴ В частности, В.С. Белых и М.А. Егорова считают, что цифровое право можно рассматривать и как комплексную отрасль права. См.: там же, с. 38.

отнести цифровое право и есть ли такое вообще – объективным ходом развития естественных и технических наук лишается смысла.

Тем не менее мы прежде всего должны задаваться именно классическими вопросами. Есть ли такая закономерная область правового регулирования, как классическое право в цифровой сфере? Имеется ли у этой сферы локализованное место в системе права? Может ли цифровое право рассматриваться как некое новое образование, рядоположенное с такими же спорными и нарождающимися нормативными массивами, как право медицинское, энергетическое, конкурентное, спортивное и т.д.?

Ответы на все эти вопросы будут скорее отрицательными. Цифровое право имеет иную юридическую природу. Это не отпочковывающиеся нормы от материнского массива; это не в чистом виде нормы права, как мы привыкли их понимать; это иной способ формирования самой юридической нормативности. Цифровое право – правоповедение, образ действий в принципиально иной регуляторной среде.

Система цифрового права определяется не предметом, не методом и даже не типом правового регулирования. Цифровое право формируется цифровыми транзакциями и выступает в этом смысле как социологическая реальность, чистое живое право.

Поэтому цифровое право – иная правовая организация, которая в настоящее время занимает локальные позиции в правовых отношениях, но потенциально гораздо более емкая и мощная регулятивная система, чем право классическое. Цифровое право постепенно втягивает в себя из аналогового права значительное его пространство. Данный процесс не ведет к замещению аналогового права цифровым. Скорее всего, аналоговое, классическое право будет частью цифрового права, его важным позитивным элементом в сферах конституционного порядка, основополагающих прав человека, в сфере безопасности. Возможно, аналоговое право будет выполнять особую функцию визуализации цифрового права там, где это диктуется политической необходимостью. Но это тоже будет уже другое классическое право, во многом видоизменившее регулятивные инструменты¹.

Что можно сказать об этой концепции? Мне кажется, что написано очень красиво и революционно, но юридически некорректно.

Во-первых, налицо отождествление понятий «правовая система» и «система права».

Если опустить многочисленные определения правовой системы и непрекращающиеся дискуссии, можно вычленить следующее:

Правовая система – это системное качество правовой надстройки. Правовая система состоит из компонентов (подсистем): 1. Си-

¹ См.: Цифровое право: Учебник /Под общ.ред. В.В. Блажеева, М.А. Егоровой. М.: Проспект, 2021. С. 17-26 (автор параграфа – В.С. Белых).

стема права – содержательный компонент правовой системы; 2. Правосознание – правовая идеология и правовая психология, индивидуальное и общественное сознание; 3. Правовая деятельность – правотворчество (создание права), реализация или применение права и его толкование.

Термин «правовая система» не отменяет и не заменяет других юридических терминов, не является синонимом, а несет самостоятельную научную нагрузку, обозначая понятие, синтезирующее на новом уровне объяснение единства всех правовых явлений общества. Этот термин тесно связан с другими правовыми категориями – правовой надстройкой, механизмом правового регулирования, наконец, правом и системой права¹.

Все рассуждения В.С. Белова не имеют никакого отношения к определению места цифрового права в системе права. Он пытается отождествить цифровое право с новой правовой системой, которая должна заменить устаревшую правовую систему. Анализ этих утверждений выходит за рамки моего исследования, но мне кажется, что в них больше лозунгов, чем аргументов.

Во-вторых, В.С. Белых отождествляет правовые и неправовые отношения. Это касается утверждений и о саморегулируемых организациях, и о включении технологий в состав права, и о цифровом праве как соединении неправовых регуляторов, которые в определенных сочетаниях дают правовое качество, и о цифровом праве как социологической реальности и т.д. и т.п.

Возможно, В.С. Белых является сторонником социологического подхода к понятию права², но это не избавляет его от обязанности соотносить все свои утверждения с нормативной концепцией, на которой основано действующее законодательство, иначе вся эта концепция непродуктивна и бесполезна.

Параграф 2 главы 1 учебника «Цифровое право» написан профессором В.С. Белых в соавторстве с профессором М.А. Егоровой. И в этом параграфе цифровое право понимается совсем по-другому. В противоречие с параграфом 1 в параграфе 2 цифровое право понимается как структурный элемент того самого аналогового права, которое В.С. Белых буквально размазал в параграфе первом.

Приведу некоторые выдержки из параграфа второго:

Цифровое право – система общеобязательных, формально-определенных, гарантированных государством правил поведения, которая складывается в области применения или с помощью применения цифровых технологий и регулирует отношения, возникающие в связи с использованием цифровых данных и применением цифровых технологий.

¹ Подробнее см.: Сулейменов М.К. Право как система. М.: Статут, 2016. С. 52-60.

² О различных типах правопонимания см.: Сулейменов М.К. Указ.соч. С. 14-27.

С точки зрения системного подхода цифровое право сегодня – это комплексный институт права, объединяющий правовые нормы, регулирующие отношения, возникающие в связи с приобретением, осуществлением и отчуждением цифровых прав, а также с применением цифровых технологий физическими и юридическими лицами.

В перспективе, в силу логики процесса «цифровизации» объективно складываются предпосылки для формирования нового направления правового регулирования – «цифрового права», которое будет включать систему нормативных актов, технических регламентов и норм, соглашений участников внутри технологических платформ для обеспечения стабильности и развития «цифрового» гражданского оборота¹.

Возможно, в связи с этим утверждением через одну страницу говорится, что цифровое право – это комплексная отрасль права². Поэтому неясно, что же такое это цифровое право: комплексный институт или комплексная отрасль права. Это различие весьма существенно.

Не совсем верным является утверждение о том, что «цифровое право в объективном смысле представляет собой структуру нормативных правовых актов (включая международные договоры в области цифрового гражданского оборота) и акты локального действия (правила, соглашения) в технологических платформах»³.

С этим согласиться нельзя. Акты локального действия (правила, соглашения) в технологических платформах не могут относиться к праву как системе общеобязательных правил поведения. Это утверждение противоречит определению цифрового права, данному на этой же странице.

Акты локального действия – это тоже нормативные акты, но не правовые. Это акты общественных объединений или объединений, основанных на технологических платформах. Это тоже вид социальных норм (социальные внутриорганизационные нормы), так же как и правовые нормы, но к правовым нормам они отношения не имеют⁴.

Как утверждают Л.В.Санникова и Ю.С.Харитоновна, электронный документ и электронный документооборот трудно отнести к цифровым объектам, так как он не требует принципиально новых технологических решений, основанных на цифровых технологи-

¹ О различных типах правопонимания см.: Сулейменов М.К. Указ.соч. С. 36.

² См.: Там же. С. 38.

³ См.: Там же. С. 36.

⁴ Подробнее см.: Сулейменов М.К. Гражданское право Республики Казахстан: опыт теоретического исследования. Том 3. Часть вторая. Теоретическая. Раздел 2. Гражданское правоотношение. LapLamberAcademicPublishingRU, 2018. С. 317-320.

ях¹. Вряд ли можно согласиться с этим утверждением. Процессы оцифровки и перехода к электронному документообороту происходят с использованием цифровой формы и независимо от вклада, который они вносят в развитие цифровой экономики, они должны регулироваться нормами цифрового права, если таковое будет признано.

43.3. МЕСТО КОМПЛЕКСНЫХ ОТРАСЛЕЙ В СИСТЕМЕ ПРАВА

Системность права. Решение проблемы дуализма права и других теоретических вопросов, на наш взгляд, невозможно без подхода к праву как к сложному системному образованию. В юридической литературе при разработке конкретных вопросов зачастую пренебрегают представлением о системе права не как о простой совокупности стоящих рядом отраслей, а именно как о системе, с точки зрения системного подхода².

Право системно по своей сути³, оно всегда было системой и применение системного подхода, в общем, не является чем-то новым, вносящим кардинальные изменения в исследование права. Просто применение системных понятий может оказать методологическую помощь в смысле более четкой постановки задач исследования, более четко расставить акценты, высветить глубинные моменты взаимосвязи элементов права.

Понятия «система права» и «структура права». Представляется, что при определении системы права и структуры права надо, во-первых, исходить из положений системного подхода, во-вторых, из того, что такие понятия, как: право как система, система права, структура права, правовая система, – при всей их близости все же разные понятия.

Термин «право как система» относится не к понятию системы права, а к понятию права. С помощью этого термина выражается такой сущностный признак права, как его системность. Право является системой, и ничем иным быть не может, ибо тогда оно уже не будет правом. Право всегда системно, и термин

¹ См.: Санникова Л.В., Харитонова Ю.С. Цифровые активы: правовой анализ: Монография / Л.В. Санникова, Ю.С. Харитонова. М.: Издательство «4 Принт», 2020. С. 12-18.

² См.: Керимов Д.А. Философские проблемы права. М., 1972; Алексеев С.С. Структура советского права. М., 1975.

³ Системность наряду с нормативностью, формальной определенностью и принудительностью является одним из свойств права, причем именно это свойство предопределяет ценность права; оно обеспечивает организованность всей системы общественных отношений в единстве, сочетании, взаимосвязи. (Алексеев С.С. Проблемы теории права. Том 1. Свердловск, 1972. С. 22, 27; *его же*. Структура советского права. С. 9, 72).

«право как система» выражает именно эту сторону сущности права.

Термин «система права» определяет, каким именно образом выражается эта системность права. Для того чтобы право было системой, необходимо, во-первых, отграничить его от других взаимосвязанных систем, и, во-вторых, показать взаимодействие элементов системы права. Если принять за основу определение системы как отграниченного множества взаимодействующих элементов¹, то систему права можно определить как отграниченное множество взаимодействующих правовых норм.

Под структурой понимают обычно способ связи, организации элементов явления, характер связи (взаимодействия) его элементов между собой². Иногда структуру определяют как форму расположения элементов и характер взаимоотношения их сторон и свойств³. Структура права – это способ связи правовых норм как элементов системы права, внутренняя организация системы права, отражающая единство составляющих право норм и их разграничение на институты и отрасли права.

Иерархия уровней системы и иерархия структур системы. Наиболее важными положениями системных представлений являются, на мой взгляд, положения об иерархии уровней системы и об иерархии структур системы.

Иерархия структур системы. Комплексные отрасли. Иерархия структур системы заключается в том, 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. Таким образом, каждая система объективно имеет множество структур, например, пространственную, временную и т.д. Все структуры системы объективно взаимосвязаны друг с другом, образуя иерархию структур системы⁴.

Наличие иерархии структур системы позволяет выделить в системе права наряду с основной структурой права комплексные отрасли (предпринимательское, экологическое, информационное и т.п.) и комплексные институты внутри отрасли права (например, институты предпринимательского договора и договора услуг внутри гражданского права).

Иерархия уровней системы. Вертикальная структура. Ие-

¹ См.: *Аверьянов А.Н.* Система: философская категория и реальность. М., 1976. С. 25.

² См.: *Свидерский В.И.* О диалектике элементов и структуры в объективном мире и в познании. М., 1962. С. 11; *Прохоренко В.К.* Методологические принципы общей динамики систем. Минск, 1969. С. 57-63.

³ См.: *Аверьянов А.И.* Указ.соч. С. 40.

⁴ См.: *Калошин П.И.* Системный подход и познание объекта как целого: Автореф. дис... канд. философ. наук. Ташкент, 1980. С. 6-10.

рархия 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. Каждый компонент системы, в свою очередь, объективно является системой, состоящей из соответствующих элементов, имеющих свои структуры, функции и т.п.¹

Отправляясь от положения об иерархии уровней системы, можно в системе права выделить элемент (первичное звено) – норму и компоненты – норма, институт и отрасль права, которые выступают подсистемами, причем институты внутри отрасли права могут быть более широкими системами, включающими в себя другие институты, те, в свою очередь, еще более мелкие институты и т.д., вплоть до нормы права. Самый широкий институт – подотрасль права.

Публично-правовые и частноправовые отрасли права. Анализ различных классификаций отраслей права, предлагаемых в юридической литературе, показал, что в них нет достаточно точного, безошибочного критерия, по которому все отрасли права могут достаточно прочно безальтернативно расположиться в той или иной группе предлагаемой классификации отраслей.

Между тем существует достаточно четкий критерий деления отраслей права на группы. Это деление права признается практически всеми юристами. О нем начали говорить еще в римском праве. Это деление на право публичное и право частное.

Однако в силу того, что есть большая группа отраслей, которые не попадают прямо ни в публичное, ни в частное право, вернее, содержат в себе признаки и публичного, и частного права, – в силу этого почти никто из юристов, за некоторыми исключениями, не пытался применить деление права на публичное и частное к классификации отраслей права. Во многом это связано с отрицанием наличия в системе права комплексных отраслей.

Хотя даже С.С. Алексеев, который и разработал теорию удвоения структуры права и обосновал наличие в системе права комплексных отраслей, который также придавал большое значение делению права на публичное и частное, называя их двумя «юридическими галактиками»², тем не менее не применил эти два взаимосвязанных положения к классификации отраслей права. Более того, он утверждает, что деление на право публичное и право частное не связано с делением права на отрасли³.

Между тем проблема классификации отраслей права решается довольно просто, если применить к этой классификации принципы

¹ См.: *Калошин П.И.* Системный подход и познание объекта как целого: Автореф. дис... канд. философ. наук. Ташкент, 1980. С. 6-10.

² См.: *Алексеев С.С.* Частное право. М.: Статут, 1999. С. 29-31.

³ См.: Там же.

системного подхода, в данном случае – положения об иерархии структур системы права.

В системе права выделяются две структуры: основная, в которой отрасли права делятся по признаку принадлежности их к публичному праву или к частному праву; и вторичная, в которой располагаются комплексные отрасли права.

Вторичность этой структуры в том, что входящие в нее нормы регулируют и публичные, и частные отношения. Соответственно в комплексных отраслях права используются методы и юридического равенства, и власти-подчинения. Причем используются в различных сочетаниях. Если применяется в большей степени метод власти-подчинения, комплексная отрасль стремится к публичному, если метод юридического равенства – к частному праву.

При таком подходе все без исключения отрасли права – и те, которые реально существуют, и те, что только появились в результате изменения и развития общественных отношений (интернет-право), и те, которые сформируются в будущем, всегда точно найдут свое место в системе права.

Если они основаны на методе правового регулирования власти-подчинения – это отрасль публичного права, если на методе равенства сторон – отрасль частного права. Если в процессе правового регулирования используются как метод власти-подчинения, так и метод равенства – это комплексная отрасль. Ясно, просто, четко и красиво, какой должна быть истинная теория.

На мой взгляд, частное право включает в себя гражданское право (системообразующая отрасль), семейное право, трудовое право (частное трудовое право), международное частное право, частное процессуальное право (право альтернативного разрешения споров).

Публичное право включает в себя государственное право, административное право (системообразующая отрасль), финансовое право (в узком смысле слова), уголовное право, уголовное процессуальное право, гражданское процессуальное право, уголовное исполнительное право, гражданское исполнительное право, право социального обеспечения.

К публичному праву относится и международное публичное право, хотя оно занимает особое положение в силу того, что не входит в национальную правовую систему.

Понятие комплексной отрасли права. Вопрос о комплексных отраслях и институтах в системе права давний и имеет свою историю. В свое время В.К. Райхер высказал мнение, что система права строится в нескольких плоскостях¹, однако это высказывание в литературе неоднократно подвергалось резкой критике,

¹ См.: Райхер В.К. Общественно-исторические типы страхования. М., Л.: Изво АН СССР, 1947. С. 186.

хотя некоторые авторы поддерживали эту идею в той или иной форме¹.

При построении своей концепции об удвоении структуры права² С.С. Алексеев исходил из реальной правовой действительности, которая не укладывалась в одноплоскостную структуру. Из этого вытекает возможность наличия в структуре права вторичных, комплексных образований.

Такие положения вытекают, в общем, из философских основ системного 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 структурами³. «Одни и те же элементы, взаимодействуя различными сторонами, могут образовывать различные системы»⁴.

Конечно, эти положения нельзя полностью применять к такому специфическому объекту, как право, но и нельзя отрицать наличие отраслей права и правовых институтов, объединенных в различные системы и вследствие этого перекрещивающихся друг с другом.

Наличие иерархии структур применительно к правовым образованиям может быть объяснено, на наш взгляд, именно тем, что на структуру права действует одновременно несколько системообразующих факторов⁵, что связано со сложностью и многофакторностью общественных отношений.

Поэтому можно проводить классификацию отраслей права по различным основаниям и определять их в различных структурах в зависимости от системообразующего фактора, который мы в данном случае применяем. Разумеется, нельзя производить выделение структур комплексных отраслей и институтов по любым основаниям, это ведет к субъективизму, и, кроме путаницы, ничего дать не может.

С.С. Алексеев утверждает, что решение вопроса о том, к основной или комплексной отрасли права относится данная правовая общность, требует в каждом случае тщательного всестороннего анализа. На пути такого анализа исследователя подстерегают труд-

¹ См.: *Гуревич И.С.* Очерки советского банковского права. Л.: Изд. ЛГУ, 1959. С. 9; *Шаргородский М.Д., Иоффе О.С.* Вопросы теории права. М., 1961. С. 362-365. О.С. Иоффе впоследствии пересмотрел свою точку зрения (см. Систематизация хозяйственного законодательства. М., 1971. С. 56).

² См.: *Алексеев С.С.* Структура советского права. С. 23, 28; *его же.* Теория права. М.: БЕК, 1993. С. 110.

³ См.: *Свидерский В.И., Зобов Р.А.* Новые философские аспекты элементарно-структурных отношений. Л.: ЛГУ, 1970. С. 13.

⁴ См.: *Аверьянов С.С.* Категория «система» в диалектическом материализме. М., 1974. С. 21.

⁵ См.: *Алексеев С.С.* Структура советского права. С. 47.

ности субъективного (сложившиеся традиции, стремление доказать, что данная общность – основная отрасль права и т.п.) и объективного (множественность системообразующих факторов), в связи с чем требуется тщательное «взвешивание» системообразующих факторов)¹.

Из изложенного положения ясно, что по концепции С.С. Алексеева формирование комплексных отраслей – это сугубо субъективный, произвольный процесс, зависящий от усмотрения отдельных исследователей. И все потому, что отсутствует четкий критерий выделения комплексных отраслей.

Между тем такой критерий существует, и он очень простой и четкий: отрасли, входящие в сферу частного или публичного права – это основные отрасли; отрасли, объединяющие нормы и частного, и публичного права – это комплексные отрасли.

Соотношение основных и комплексных отраслей права. Каково соотношение основных и комплексных отраслей права? Комплексные отрасли производны от основных отраслей, они берут часть норм основных отраслей права и строятся из этих норм. В сухом остатке ничего не остается. Нет в комплексных отраслях тех правовых норм, которых не было бы в основных отраслях права.

Наиболее важным строительным материалом для комплексных отраслей права являются нормы административного и гражданского права. Административное управление пронизывает все сферы общественной жизни, гражданское право тоже пронизывает все эти сферы. Отличие в том, что нормы одной отрасли регулируют отношения в этих сферах с помощью метода власти-подчинения, нормы другой отрасли – с помощью метода равенства участников. Эффективное комплексное регулирование каждой из отдельных сфер возможно только посредством создания комплексных отраслей права, объединяющих в себе нормы и публичного права, и частного.

Еще один вопрос: может ли комплексная отрасль перерасти в главную, как предполагает, например, С.С. Алексеев в отношении экологического права, информационного права, предпринимательского права?² Это в принципе невозможно.

Классические комплексные отрасли объединяют в себе нормы публичного права (например, административного) или частного права (например, гражданского). И сколько бы они ни развивались, сколько бы ни превращались из чего-то одного во что-то другое, никогда они не войдут в систему основных отраслей права, ибо административно-гражданского права как одной из отраслей основной структуры права не существует и существовать не может.

¹ См.: Алексеев С.С. Структура советского права. С. 199-200.

² См.: Алексеев С.С. Право: азбука-теория-философия: Опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. С. 45-46.

Но как комплексная отрасль административно-гражданское право, регулирующее группу отношений в одной из сфер деятельности, прекрасно существует, и в этом качестве будет существовать всегда, пока это будет угодно государству.

Это полностью относится, например, к экологическому праву, информационному праву и предпринимательскому праву, которые являются классическими комплексными отраслями¹.

43.4. МЕСТО ЦИФРОВОГО ПРАВА В СИСТЕМЕ ОТРАСЛЕЙ ПРАВА

Цифровое право как комплексная отрасль права. Поскольку цифровое право объединяет нормы различных отраслей и публичного, и частного права, оно может быть только комплексной отраслью права.

Противники комплексных отраслей права называют цифровое право комплексной отраслью законодательства. На мой взгляд, это мало что меняет, если исходить из этикетической (нормативистской) концепции правопонимания (право как система правил поведения, утвержденных или санкционированных государством). Согласно этой концепции законодательство является основным источником или формой права. То есть национальное право (за исключением обычая, который тоже должен соответствовать законодательству) может выражаться только в законодательстве, и поэтому комплексная отрасль права может выражаться только в комплексной отрасли законодательства. Следовательно, признание комплексной отрасли законодательства автоматически влечет признание комплексной отрасли права.

Даже если придерживаться других концепций правопонимания (естественно-правовой или социологической), все равно представители этих концепций рассматривают в качестве основного компонента правопонимания признание права как закона, и в этой части отрасль права будет совпадать с отраслью законодательства.

Проведенное исследование показало, что большинство авторов считает цифровое право комплексным правовым институтом или межотраслевым комплексным институтом.

Однако это противоречит иерархии уровней системы права, которая состоит из трех элементов по нисходящей: отрасль права, институт права, норма права. В силу этого любой институт права может существовать только в рамках определенной отрасли права. Если мы говорим о межотраслевом комплексном институте права, то он должен входить в какую-то отрасль права. Признание возможности вхождения института в систему права, минуя отрасль права, нарушает сложившуюся в постсоветских странах иерархию

¹ Подробнее см.: Сулейменов М.К. Право как система. М.: Статут, 2016.

уровней системы. Поэтому существовать вне конкретной отрасли никакой институт не может¹.

Поэтому любое комплексное образование в системе права может быть только отраслью права. При этом само оно может включать в себя институты права, которые являются не комплексными правовыми институтами, а институтами комплексной отрасли права².

Таким образом, цифровое право, если признавать его самостоятельным образованием в системе права, может быть только комплексной отраслью права или институтом другой комплексной отрасли права (например, институтом информационного права).

Соотношение с интернет-правом и информационным правом. При исследовании данной проблемы прежде всего надо ответить на ряд вопросов.

Во-первых, каково соотношение понятий «интернет-право» и «цифровое право»?

Несомненно, интернет-право целиком входит в цифровое право. Но можно ли эти понятия рассматривать как синонимы? Очевидно, что нельзя. Помимо интернет-права, цифровое право включает в себя нормы, регулирующие цифровые отношения, существующие вне Интернета.

Например, Антон Богданович пишет:

«Популярный нынче вариант «интернет-право» терминологически ограничивает исследователя лишь правовым регулированием сферы информационного обмена через сетевые протоколы, тогда как вне внимания ученого зачастую остаются (или должны остаться исходя из содержания выбранного термина) важные вопросы криптографии, киберпреступности, криптовалют, «серого» и «черного» программного обеспечения, анонимных сетей, кибервойн и прочего.

Кроме того, далеко не все правоотношения, интересующие исследователя, напрямую связаны с Интернетом. К примеру, проблема несанкционированного сбора метаданных о пользователях крупными производителями компьютерной техники сама по себе возникает не на стадии информационного обмена между устрой-

¹ То же самое можно сказать о попытках ввести такое понятие, как «комплексная подотрасль права» (См.: Головина А.А. Критерии образования отраслей в системе российского права: Монография / А.А. Головина. М.: РУСАЙНС, 2018. С.179-180).

² Я не буду погружаться в дискуссию о межотраслевых комплексных институтах и возможности их существования в системе права. Подробное описание этой дискуссии см.: Сидорова Е.В. Комплексное правовое регулирование: Учебник для магистров / Е.В. Сидорова. 3-е изд. М.: ЮСТИЦИЯ, 2016. С. 126-133. См. также: Отрасли законодательства и отрасли права Российской Федерации: общетеоретический, межотраслевой и историко-правовой аспекты: Монография / Под общ. ред. Р.Л. Хачатурова. М.: Юрлитинформ, 2017. С.82-88 (автор главы Д.Е. Петров).

ством конечного пользователя и серверами производителя (объект исследования интернет-права, исходя из семантики данного термина), а на стадии программирования операционной системы устройства, функциональность которой позволяет осуществлять подобный сбор данных.

Киберправу же интересны и вопросы информационного обмена, и вопросы разработки программного обеспечения, и вопросы функционирования интернет-ресурсов. Другими словами, киберправо, как отрасль юридической науки, претендует на то, чтоб исследовать все правовые отношения, которые существуют в неразрывной связи с компьютерной техникой и / или виртуальным пространством¹.

На мой взгляд, киберправо есть не что иное как цифровое право.

Во-вторых, цифровое право не в полном объеме совпадает с информационным правом. Информационное право включает в себя интернет-право целиком, если исходить из информационной парадигмы интернет-права, или часть интернет-права, если признать верной концепцию, что отношения, регулируемые интернет-правом, не все являются информационными.

Например, У.А. Меликов рассматривает информационные отношения лишь как часть отношений, возникающих в интернет-пространстве, наряду с интернет-услугами, результатами интеллектуальной деятельности, имущественными правами на нетрадиционные объекты гражданских прав, связанных с Интернетом (доменные имена, IP-адрес, интернет-сайт), нематериальными благами².

Кроме того, информационное право гораздо шире, чем интернет-право и цифровое право. Информационное право состоит из цифрового права (которое включается в информационное право полностью или частично) и обычного, нецифрового, аналогового права.

Это вытекает из самого понятия информации. Информация может подразделяться:

а) по степени организованности (упорядоченности) – документированная и иная информация; информационные ресурсы и свободная информация, не находящаяся в информационных системах; систематизированная (каталоги, энциклопедии, рубрикаторы и т.п.) и несистематизированная информация;

б) по виду носителя (форме закрепления) – на бумажном носителе, видео- и звуковая, компьютерная информация, в объемно-пространственной форме, устная, энергетическая (биологическая) при энергоинформационном обмене;

¹ См.: *Богданович А.* Теоретические основы исследования феноменов киберпространства. <http://jurlblog.com.ua/2015/07/teoreticheskie-osnovyi-issledovaniya-fenomenov-kiberprostranstva>

² См.: *Меликов У.А.* Правовой режим объектов гражданских прав в Интернете. Душанбе: «ЭР-граф», 2017. С. 89-99.

в) по функциональному предназначению (по сфере применения) – массовая информация, распространяемая через средства массовой информации, и отраслевая, профессиональная (по интересам);

г) по степени доступа – информация с ограниченным доступом, без права ограничения доступа, объекты интеллектуальной собственности «вредная информация» с ограничением по распространению, иная общедоступная информация¹.

Это значит, что информация может быть предметом не только интернет-права и цифрового права, но и обычного, нецифрового права.

Таким образом, интернет-право является одним из институтов цифрового права. Другим институтом является цифровое право, не входящее в интернет-право (внеинтернетное цифровое право).

Цифровое право, в свою очередь, является одним из институтов информационного права как комплексной отрасли права. Другим институтом является аналоговое право.

Однако ситуация меняется, если мы признаем, что предметом информационного права являются не все отношения, регулируемые цифровым правом. То есть предметом интернет-права будут тогда не только информационные отношения, но и другие, не являющиеся информационными. Тем более это касается внеинтернетного цифрового права.

Как пишет, например, Антон Богданович, ближе всего по предмету своего регулирования киберправо, конечно же, стоит к праву информационному, однако, очевидно, киберправо не может быть признано исключительно его структурным элементом (институтом). В отличие от информационного права киберправо регулирует не любой информационный обмен и не в любых информационных сетях, ограничиваясь только киберпространством. Кроме того, вне регулирования информационного права остаются вопросы, не связанные с информацией, как прямым или опосредованным объектом правоотношений, тогда как киберправо регулирует и другие типы правоотношений².

Влияние информационного и цифрового права на классические отрасли права. В первой части своего исследования я подробно изложил концепцию цифрового права, сформулированную профессором В.С. Белых. Концепция довольно противоречивая, но основной смысл ее заключается в противопоставлении цифрового права всему классическому праву.

¹ См.: Попов Л.Л., Мичачев Ю.И., Тихомиров С.В. Информационное право: Учебник / Л.Л. Попов, Ю.И. Мичачев, С.В. Тихомиров. М.: Норма: Инфра-М, 2010. С. 19.

² См.: Богданович А. Теоретические основы исследования феноменов киберпространства. <http://jurblog.com.ua/2015/07/teoreticheskie-osnovyi-issledovaniya-fenomenov-kiberprostranstva/>.

Эта идея может быть использована при построении еще одного варианта определения места цифрового права в системе права.

Например, в работах И. Л. Бачило отмечается системоорганизующая роль информационного права. Это как бы обратная связь особой социальной сферы через ее отрасль права со всеми остальными структурами права, позволяющая говорить о появлении новых объектов в других отраслях права (экстенсивная характеристика) и т.д.¹.

В данном случае речь идет не только о включении норм других отраслей, а также и о «встраивании» норм комплексного правового регулирования в иные отрасли права. Например, внедрение государственной интегрированной информационной системы управления общественными финансами «Электронный бюджет» в бюджетной деятельности; интегрированной информационной системы внешней и взаимной торговли Таможенного союза; электронной подписи и электронного декларирования в таможенной сфере и др.².

В.М. Бояр и О.Г.Павельева, отчаявшись определить место информационного права в системе права, предлагают радикальные меры. В своем учебном пособии «Информационное право» они пишут следующее:

«Итак, у нас пока не получилось «проникнуться» разделением права на публичное и частное, но и с отраслевым не все благополучно. По нашему мнению, стоит реанимировать подход к отраслям права, заложенный Ц.А. Ямпольской. Она считала, что отраслей в праве вообще нет. «Отрасли права не укладываются в системе права одна рядом с другой, а наползают друг на друга. Отрасль не является внутренне присущим подразделением правовой ткани. Таким подразделением служит норма права... Отраслей как таковых в праве нет. Мы их, с учетом традиций, привносим в него для удобства изучения права, для удобства пользования нормами, для кодификации. Следовательно, нет проблемы – «соотношение системы права и системы законодательства». Система права существует не как система отраслей, а как система прочно взаимосвязанных в единое целое правовых норм. При этом можно выделить и отрасли, но не возводить их в абсолют, они имеют условный характер и вспомогательное значение»³. Представляется, что это весьма реалистичный и ничуть не потерявший актуальности взгляд: до Октябрьской революции в России отрасль тоже понима-

¹ См.: *Бачило И.Л.* Информационное право: Учебник. 5-е изд., перераб. и доп. М., 2019. С. 27.

² См.: *Сидорова Е.В.* Теоретические основы комплексного правового регулирования: Монография / Е.В. Сидорова. – М.: ЮСТИЦИЯ, 2017. С. 103.

³ Система советского права и перспективы ее развития. «Круглый стол» журнала «Советское государство и право» // Советское государство и право. 1982. №6. С. 94-95.

лась как отрасль правовых норм, без обозначенной проблемы «право – законодательство»¹, а современное право многих зарубежных государств именуется отраслями именно нормативные комплексы»².

Причем здесь цифровизация? Дело в том, что она катализирует стирание граней между отраслями права. Информация и технологии – уже в каждой отрасли, они становятся общим знаменателем и способны определять единую логику права. Ценность отраслевых границ снижается в правовой практике, что неминуемо влияет и на теорию права³.

Еще одно высказывание В.М. Боера и О.Г. Павельевой:

«Информационные правовые нормы «проникают» практически во все отрасли права при регулировании ими отношений, возникающих при создании, преобразовании и потреблении информации. Это объясняется тем фактом, что информация является неотъемлемой составной частью деятельности человека, а поэтому отношения по созданию, преобразованию и потреблению информации в любых отраслях и направлениях деятельности подпадают под закономерности правового регулирования информационного права»⁴.

Таким образом, делаются попытки противопоставления информационного и цифрового права классическому праву, определения этого права как разрушающего классическое право или как стоящего над ним. Однако определить место информационного и цифрового права в системе права эти авторы так и не смогли. Поэтому они и впадают в крайности, объявляя о полном отказе от деления права на отрасли.

Между тем выход из этой ситуации существует.

Я хочу обратить внимание на одну гениальную мысль С.С. Алексеева, высказанную им очень давно, о которой, к сожалению, все забыли, в том числе и он сам. Ведь обосновывая свою теорию комплексных отраслей права, он говорил не только об удвоении структуры права. Он говорил об удвоении, утроении и т.д.⁵. То есть в принципе допустимы третичные, четвертичные и т.п. структуры. Это означает, что вторичные структуры могут перекрещиваться, порождая третичные комплексные образования. Например, пред-

¹ См.: *Кобалевский В.Л.* Советское административное право. Харьков: Юрид. изд-во Наркомюста УССР, 1929. С. 20.

² См.: *Боер В.М., Павельева О.Г.* Информационное право: Учебное пособие. Часть 1. ГУАП. Санкт-Петербург, 2006. С. 37. window.edu.ru/catalog/pdf2txt/004/45004/217822p_pages=4.

³ См.: *Талатина Э.В.* Право и цифровизация: новые вызовы и перспективы. <https://cyberleninka.ru/article/n/pravo-i-tsifrovizatsiya-novye-vyzovy-i-perspektivy>.

⁴ См.: *Боер В.М., Павельева О.Г.* Информационное право: Учебное пособие. Часть 1. ГУАП. Санкт-Петербург, 2006. С. 37. window.edu.ru/catalog/pdf2txt/004/45004/217822p_pages=4.

⁵ См., например: *Алексеев С.С.* Общая теория права: В 2 т. Т. 1. М.: Юрид. лит, 1981. С. 256.

принимательское право и инвестиционное право порождают такое комплексное образование, как инвестиционное предпринимательское право. Горное право (право недропользования) входит в природоресурсовое и через него в экологическое право, в то же время оно включается и в состав предпринимательского права.

М.И. Пискотин развивает концепцию удвоения структуры права и предлагает выделять первичные (административное, гражданское, уголовное, гражданско-процессуальное, уголовно-процессуальное) и вторичные (трудовое, финансовое, земельное, семейное, исправительно-трудовое, прокурорский надзор), а также третьи (право социального обеспечения, природоохранительное, горное, водное, лесное) отрасли права¹.

Встречаются суждения о возможности образования комплексными образованиями новых образований и в современной литературе. В частности, Е.В. Сидорова пишет, что некоторые комплексные образования, в свою очередь, оказывают на другие правовые феномены, в том числе и на отрасли, которые для них явились производными, существенное воздействие, модифицируют их. Дело в некоторых случаях доходит до формирования новых правовых институтов, отраслей в рамках самостоятельных и производных отраслей права. Формально эти нормы, как и регулируемые ими общественные отношения, не имеют отношения к комплексному правовому образованию, но фактически их можно рассматривать как результат комплексного правового регулирования. Характеризуемые подобным образом общественные отношения следует обозначить как сферу влияния комплексного правового регулирования².

В этой связи мы не согласны, пишет далее Е.В. Сидорова, с точкой зрения В.П. Мозолина³, согласно которой в связи с разнородностью правовых норм само по себе комплексное правовое образование не может выступать в роли юридической платформы, используемой в качестве основы для создания новых комплексных образований⁴.

При таком подходе информационное право (вместе с его институтом – цифровым правом) можно рассматривать как утроение структуры права. К двум структурам: основные и комплексные отрасли права – прибавляется третья структура – информационное право, которое состоит из норм и всех основных, и всех комплексных отраслей права. То есть, действительно, информационное право стоит как бы над всеми отраслями классического права.

¹ См.: Система советского права и перспективы ее развития // Советское государство и право. 1982. №6. С. 83.

² См.: Сидорова Е.В. Комплексное правовое регулирование: Учебник для магистров/Е.В. Сидорова. 3-е изд. М.: ЮСТИЦИЯ, 2016. С. 111.

³ См.: Мозолин В.П. О макро- и микроправовом регулировании комплексных имущественных отношений в сфере экономики//Журнал российского права. 2012. №9. С. 24.

⁴ См.: Сидорова Е.В. Указ.соч. С. 111.

Комплексные институты в системе информационного и цифрового права. И.Л. Бачило выделяет в информационном праве следующие институты: право на информацию, правовой режим информационных ресурсов, правовой режим документирования и представления информации, право собственности в информационной сфере, исключительные права в информационной сфере, режим свободного и ограниченного доступа к информационным ресурсам, правовой режим информационных технологий, правовой режим информационных систем¹.

Е.В. Сидорова выделяет в информационном праве институт обеспечения информационной безопасности, институт права на информацию, а также институт информационных ресурсов, информационных технологий и средств информатизации².

Предмет цифрового права и отрасли главной структуры права, нормы которых составляют те или иные институты цифрового права как комплексной отрасли права, можно определить хотя бы по оглавлениям некоторых монографий, посвященных цифровому праву.

Например, в учебнике «Цифровое право» под ред. В.В. Блажеева и М.А. Егоровой³ освещаются следующие вопросы (в скобках я указал отрасль права, нормы которой, по моему мнению, применяются к регулированию этих отношений):

Глава 1. Понятие и значение цифрового права в современной правовой системе (теория государства и права).

Глава 2. Субъекты цифрового права (гражданское право).

Глава 3. Правовое регулирование больших данных на товарных и финансовых рынках (административное право, гражданское право).

Глава 4. Правовое регулирование искусственного интеллекта (гражданское право).

Глава 5. Правовое регулирование договоров в цифровой среде (гражданское право).

Глава 6. Проблемы применения антимонопольного законодательства на цифровых рынках (административное право).

Глава 7. Правовое понятие технологии блокчейн и сферы применения (гражданское право).

Глава 8. Цифровизация государственных и муниципальных закупок (гражданское право)

Глава 9. Цифровые технологии в сфере интеллектуальной собственности и инноваций (гражданское право).

¹ См.: *Бачило И.Л.* Информационное право: Учебник для академического бакалавриата / И.Л. Бачило. 5-е изд., перер. и доп. М.: Изд-во Юрайт, 2017. С. 107 -149. static.my-shop.ru>product>pdf.

² См.: *Сидорова Е.В.* Теоретические основы комплексного правового регулирования: Монография / Е.В. Сидорова. М.: ЮСТИЦИЯ, 2017. С. 99-100.

³ См.: *Цифровое право: Учебник / Под общ. ред. В.В. Блажеева, М.А. Егоровой.* М.: Проспект, 2021. С. 3.

Глава 10. Правовое и экономическое регулирование цифровых технологий в международных отношениях (международное публичное и международное частное право).

В соответствии с этим В.С.Белых и М.А. Егорова к числу отношений, составляющих предмет цифрового права, относят, например, отношения:

- по владению, пользованию и распоряжению цифровой собственностью, цифровыми активами (гражданское право);
- личные неимущественные права, складывающиеся в связи с использованием цифровых технологий, в результате использования таких технологий и в целях создания новых цифровых технологий и иных объектов цифрового права (гражданское право);
- отношения в сфере образования, связанные с использованием цифровых технологий (гражданское право);
- отношения, связанные с использованием цифровых технологий в государственном секторе (административное и гражданское право);
- отношения, связанные с использованием цифровых технологий для оптимизации бизнес-процессов (гражданское право);
- отношения по предупреждению и пресечению нарушений, складывающихся в связи с использованием новых цифровых технологий, направленные на обеспечение соблюдения прав человека и свобод человека и гражданина, интересов лиц в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, защиту от незаконного посягательства на собственность, в том числе на интеллектуальную собственность, честь, достоинство и деловую репутацию (административное и уголовное право)¹.

Все эти правовые образования можно назвать институтами цифрового права.

Естественно, возникает вопрос: как соотносится деление этих институтов с тем делением информационного и цифрового права на институты и субинституты, которое было приведено выше.

Проблема решается достаточно просто, если мы признаем, что деление правовых образований на основные и комплексные распространяется не только на отрасли права, но и на институты внутри отрасли права. Если мы примем деление по предмету регулирования за основные институты, то деление по сфере регулирования (интернет-право, цифровое право и т.п.) можно рассматривать как комплексные институты в системе информационного права или цифрового права².

Различные варианты определения места цифрового права в

¹ См.: Цифровое право. Учебник /Под общей редакцией В.В. Блажеева, М.А. Егоровой. М.: Проспект, 2021. С. 37. (авторы параграфа 2 главы 1 – В.С. Белых, М.А. Егорова).

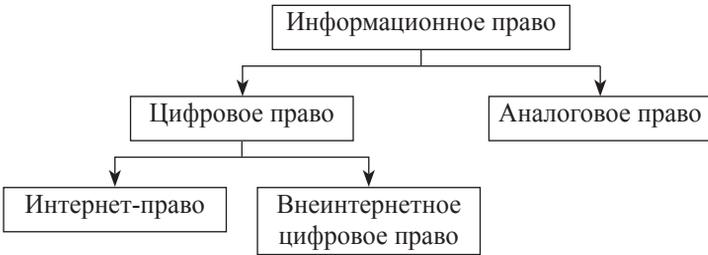
² Подробное обоснование этой концепции см.: Сулейменов М.К. Право как система. М.: Статут, 2016. С. 341-356.

системе права. Резюмируя сказанное, можно предположить наличие **четырёх вариантов** решения проблемы определения места цифрового права в системе отраслей права.

Вариант №1. Цифровое право является институтом информационного права

При этом информационное право состоит из двух институтов: цифрового права и аналогового права. Цифровое право состоит из двух субинститутов: интернет-права и внеинтернетного цифрового права.

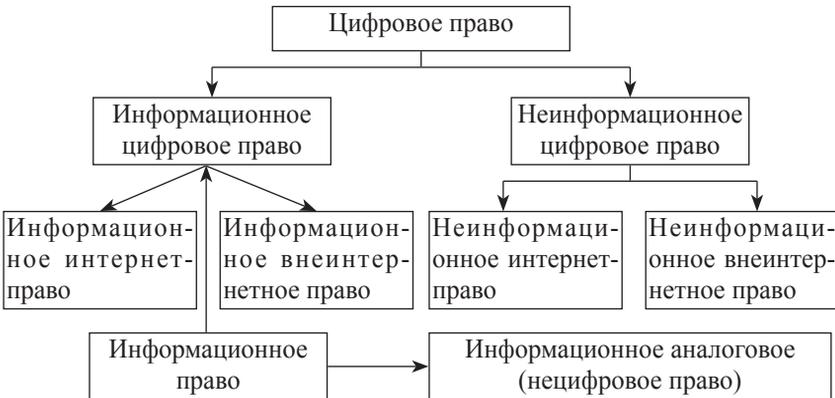
Схематически это можно выразить так:



Вариант №2. Информационное право охватывает не все цифровое право, а только его часть.

Другая часть является неинформационным цифровым правом. Информационное право состоит из двух институтов: информационное цифровое право и информационное аналоговое право (нецифровое право).

Схематически это выглядит так:



Эта схема может быть построена по-другому. Можно воспользоваться той схемой, которую я построил при определении соотношения между двумя комплексными отраслями права – предпринимательским и инвестиционным.

В силу того, что инвестиционная деятельность может быть как

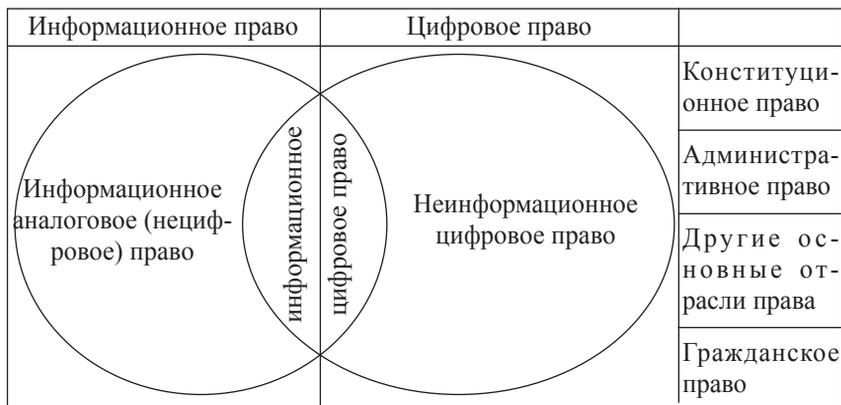
предпринимательской, так и непредпринимательской, предпринимательское и инвестиционное право совпадают только частично.

Схематически это выглядело так (схема 1):



Схема 1¹

Если применить эту схему к соотношению между информационным правом и цифровым правом, то получится такая схема:

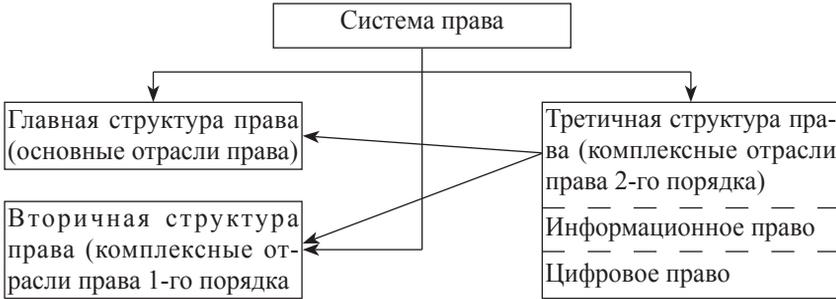


¹ См.: Сулейменов М.К. Право как система. М.: Статут, 2016. С. 305.

Вариант №3. Информационное право (и его институт – цифровое право) представляют собой отдельную структуру права, связанную с утрением структуры права.

Таким образом, оно охватывает собой все отрасли права: как основные, так и комплексные.

Схематически это можно выразить так:



Вариант №4. Отказ от деления права на отрасли.

Эта точка зрения имеет хождение в литературе, что подтверждается приведенными выше цитатами из статей Ц.А. Ямпольской и В.М. Боера с О.Г. Павельевой о необходимости вообще отказаться от деления права на отрасли. И определенные основания для признания справедливости такой точки зрения имеются.

Система права становится все более запутанной, все более усложняется, появляются все новые и новые комплексные отрасли права. А.А. Головина подсчитала, что только с 2000 по 2015 годы в российской научной литературе обсуждался вопрос об отраслевом статусе более девяноста правовых образований. В этом списке содержатся информационное право (№28), киберправо (интернет-право, право Интернета, электронное право) (№31), компьютерное право (№33)¹.

Я приведу выдержку из статьи, опубликованной мной в 2013 г.

«Много лет я занимаюсь проблемами системы права (если быть точным, то около 40 лет: свою первую статью на эту тему я опубликовал в 1976 г.

Свои многолетние исследования я завершил изданием монографии.

Не скрою, что монографию я готовил в несколько форсированном темпе, так как хотел опубликовать ее к своему юбилею. Часть вопросов я оставил на потом, собираясь существенно дополнить и переработать монографию. Однако когда она была опубликована, я

¹ См.: Головина А.А. Критерии образования отраслей в системе российского права: Монография / А.А. Головина. М.: РУСАЙНС, 2018. С. 68-70; См. также: Система права: история, современность, перспективы: Монография / Т.Н. Радько, Д.М. Азми, А.А. Головина [и др.]; под ред. Т.Н. Радько. М.: Проспект, 2018. С. 207.

вдруг понял, что, во-первых, скинул с себя груз ответственности (моральной) за ту грудку материалов, которые я собрал за 40 лет, и почувствовал себя свободным от этой темы и, во-вторых, обнаружил в себе категорическое нежелание продолжать исследования в этой области. Эта тема для меня закрыта. Что получилось, то получилось, и продолжать исследования в этой области нет никакого желания.

Кроме того, я собираюсь откорректировать некоторые свои позиции по вопросам, исследованию которых посвятил всю свою жизнь (научную, я имею в виду).

Подвигли меня к этому убеждения моего немецкого друга проф. Рольфа Книпера. Мы с ним провели уже 15 цивилистических чтений. И почти на каждой из них он спрашивал – а зачем это? – в ответ на наши рассуждения о системе права и необходимости отнесения правовых норм к той или иной отрасли права. Я долго не мог вникнуть в смысл его вопросов, пока не понял, что для немецких юристов это просто не имеет никакого значения.

Я уже не говорю о common law (общее право), где отраслей права как таковых вообще не существует. В американских вузах нет курса гражданского права (как, впрочем, и курса теории права), есть курсы контрактного права, банкротства, возмещения убытков и т.п.

В принципе это характерно для всех западных юрисдикций. Выделяются только фундаментальные отрасли: гражданское право, административное право, уголовное право. Но и то не всегда.

Постоянные дискуссии о системе права и предложения о выделении все новых и новых отраслей права в общем-то ведутся в основном в странах бывшего Советского Союза. Это и неудивительно. Несколько поколений сменилось с 1938 г., когда А.Я. Вышинский сформулировал свое знаменитое определение права и жесткую систему отраслей права¹.

Современные юристы выросли в этой системе понятий и поэтому мыслят в основном в пределах этой системы. Я не являюсь исключением. Все мы до сих пор находимся в «шинели» А.Я. Вышинского.

Я не отказываюсь ни от одного из положений, изложенных в моей монографии. Все это правильно. Я не отказываюсь от своей теории комплексных отраслей права. Просто необходимо, мне кажется, сместить акценты и не придавать слишком уж большое значение выяснению того, к какой отрасли права относится та или иная норма»².

¹ См., например: *Вышинский А.Я.* Вопросы теории государства и права. М.: Госюриздат, 1949. С. 4.

² См.: *Сулейменов М.К.* Метод правового регулирования как критерий разграничения гражданского и налогового права. Юрист. 2013. №12. С. 34-35.

Однако в этой же статье я продолжил свои рассуждения следующим образом:

«В то же время мы не можем сейчас сразу отбросить сложившееся в праве Казахстана деление на отрасли права. К сожалению, в настоящее время отнесение нормы права к той или иной отрасли имеет гораздо большее значение, чем хотелось бы. Пример с корпоративным правом это ясно показывает. Слишком много зависит от того, удастся ли нам признать корпоративные нормы частью гражданского права.

Мы не можем в настоящее время воспринять концепцию правовой системы Германии, где не придают никакого значения, куда и к чему относится та или иная норма. Но мы можем стремиться к такому восприятию. Когда мы этого достигнем, неизвестно, но ясно, что этот период не будет очень коротким»¹.

Я не сдержал своего обещания о том, что не буду больше продолжать исследования в области системы права. К сожалению, исследования системы права и отраслей в системе права в постсоветских странах продвинулись так глубоко и настолько пронизали всю теорию права, что при возникновении любого нового комплекса норм почти автоматически возникает вопрос о месте этого комплекса норм в системе права.

Поэтому, хотим мы этого или не хотим, но вопрос о структуре права и комплексных образования в системе права еще долго будет оставаться определяющим при анализе того или иного комплекса правовых норм права или законодательства.

Следовательно, чтобы продвинуться дальше в исследовании вопросов, связанных с цифровизацией и цифровыми правами, необходимо определить правовую природу норм, которые регулируют эти права.

И еще одно замечание, касающееся всех трех вариантов определения места цифрового права в системе права. Какой бы вариант мы ни приняли, нельзя забывать, что все это комплексные образования, и как комплексные образования, они **целиком и полностью** состоят из норм отраслей основной структуры права (гражданского, административного, уголовного и т.п.). Ничего своего у них нет, и любые попытки выделить в комплексных отраслях что-то специфическое, не входящее в основные отрасли права, обречены на провал, ибо они противоречат самой сущности комплексных отраслей права. Они только потому комплексные, что состоят из норм и институтов основных отраслей права.

Это касается норм цифрового права независимо от того, будет ли оно признано комплексной отраслью права или институтом комплексной отрасли права (информационного права). Это касается и Варианта №3, когда информационные права предстают комплекс-

¹ См.: Сулейменов М.К. Указ.соч. С. 35.

ными образованиями всей системы классического или аналогового права. Все равно все нормы всех этих комплексных образований состоят из норм основных отраслей права.

43.5. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Таким образом, существуют различные варианты определения места цифрового права в системе отраслей права. Лично мне больше всего нравится Вариант №1, при котором цифровое право рассматривается как институт комплексной отрасли «информационное право», и, в свою очередь, делится на субинституты: интернет-право и внеинтернетное цифровое право. Нравится, в первую очередь, из-за простоты и некоторого изящества.

Однако допустимы и другие варианты. Все зависит от того объема информации, который те или иные авторы считают необходимым включить в сферу правового регулирования, и от того, насколько понятие информации охватывает цифровые права: полностью или частично.

Возможен и более радикальный вариант отказа от деления права на отрасли, который из-за ощущения беспомощности и невозможности, по их мнению, вписать возникающие образования в систему права предлагается некоторыми авторами. Однако, к сожалению, этот вариант сейчас невозможен из-за того, что существующие концепции деления права на конкретные отрасли и институты настолько глубоко проникли в ткань правовых систем постсоветских государств, что отказаться от такого деления в настоящее время вряд ли получится.

Глава 44. ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЦИФРОВИЗАЦИИ

44.1. ОБЩИЕ ПРОБЛЕМЫ

В эпоху цифровизации классическая теория права находится под угрозой воздействия новых технологий, и в особенности Интернета. Каждый компонент правоотношения нуждается в уточнении. Фундаментальные категории гражданского права в эпоху цифровизации приобретают новый смысл, не вписывающийся в традиционное регулирование.

Общие положения. По мнению А.А. Карцхия, имеются характерные отличия цифрового гражданского оборота в сравнении с использованием электронных документов в гражданском обороте, которые заключаются в следующем:

– в отличие от классических объектов гражданского права объектами цифрового гражданского оборота (цифровыми объектами) являются нематериальные объекты (токены, криптовалюты, цифровые двойники, цифровые кошельки и др.), выраженные в компьютерном коде, генерированном компьютерной программой;

– в цифровом гражданском обороте участвуют не сами цифровые объекты, а признаваемые законом цифровые права в рамках информационной системы, функционирующей на принципах децентрализованного реестра или иных принципах используемых цифровых технологий;

– субъектами цифровых прав являются правообладатели таких прав, которые участвуют в гражданских правоотношениях посредством средств идентификации с использованием цифровых обозначений, вымышленных имен или иных цифровых идентификаторов;

– субъекты (правообладатели) цифровых прав могут создавать цифровые объекты (включая, цифровой контент), имитирующий объекты реального физического мира;

– цифровые права на цифровые объекты обладают потенциальной или реальной экономической ценностью, коммерческой значимостью, обуславливающей имущественный характер таких прав;

– распоряжение цифровыми правами осуществляется на основе договоров (соглашений) между субъектами (правообладателями) по правилам, которые могут устанавливаться третьим лицом (владельцем сайта либо оператором технологической онлайн-платформы (агрегатором))¹.

¹ См.: Карцхия А.А. Указ.соч. С. 18-19.

Субъекты гражданских прав. Здесь возникает ряд проблем.

Назовем некоторые из них:

а) идентификация. В первую очередь это персональные данные и возможность их раскрытия в Интернете.

В отношении идентификации лиц в Интернете возможны многообразные нарушения прав большого круга субъектов.

Эта проблема может быть решена по-разному. Один из предлагаемых вариантов – смириться с тем, что субъект права в Интернете может вообще не идентифицироваться: технические средства идентификации могут позволить создать юридическую фикцию или презумпцию определенного лица, но не могут позволить окончательно идентифицировать субъекта правоотношений, что приводит к «принципиально новой для теоретического осмысления ситуации, в которой цикл жизни правового отношения может происходить без юридически значимой идентификации его субъектов, которая, более того, может в принципе быть практически невозможной (например, в случае с децентрализованными сетями, построенными по принципу анонимности с использованием алгоритмов шифрования).

Другой вариант – признать за персональными данными качество объекта гражданского права, который может быть коммерциализирован, а следовательно, является отчуждаемым. К слову, программа «Цифровая экономика Российской Федерации» (далее – программа «Цифровая экономика») предполагает к 2019 г. законодательно разграничить права собственности на данные, создаваемые пользователем при взаимодействии с сетью «Интернет» или пользовательским Интернетом вещей. Иными словами, к персональным данным виртуальной личности будет применен режим права собственности.

В законодательстве ряда стран, в том числе и России, закреплено право на забвение (right to be forgotten), то есть право на выбор, сохранять ли после смерти информацию о себе.

А теперь в этот ряд стоит добавить и право на цифровую смерть. Оно предусмотрено французским Законом о цифровой республике (государстве) от 7 октября 2016 г. Как при завещании, лицо будет иметь право на соблюдение его воли по поводу дальнейшей судьбы своей персональной информации, опубликованной онлайн после его кончины поставщиками онлайн-услуг или доверенными лицами.

б) Другой проблемный аспект, связанный с субъектами права, – технологически обусловленное появление новых субъектов, например, роботов. Европейским парламентом уже одобрены нормы гражданского права о робототехнике (16 февраля 2017 г.). Появляется новая «цифровая личность», новый субъект права наряду с человеком. В связи с этим возникает важный для юристов вопрос об ответственности за действия роботов (несет ли ее собственник,

пользователь или разработчик), о возможностях страхования такой ответственности. Одновременно на Западе ведется дискуссия о правосубъектности роботов и их собственной ответственности, обсуждается проект «этической лицензии робота». Кроме того, Интернет обусловил появление информационных посредников, провайдеров, блогеров и прочих субъектов, статус которых требует коррекций в уголовном и гражданском законодательстве.

Объекты гражданских прав. Прежде всего – это информация, которая в последние годы занимает все более преобладающее значение среди объектов гражданских прав.

Уже стало расхожим утверждение, что в информационном обществе информация – это новая нефть. Соответственно, вопросы доступа к информации и владения ею приобретают ключевое значение и в экономике, и в государственном управлении, и в частных отношениях, а потому затрагивают как частное, так и публичное право. Право на доступ к отдельным документам, характерное для доцифровой эпохи, устаревает под натиском новых информационных технологий, которые «принесли вместе с собой два принципиальных изменения – интерактивный информационный обмен и возможность непрерывного доступа и обработки массивов информации (технологии «интеллектуального анализа данных» и анализа «больших данных»). Теперь «интерес и ценность представляет уже не доступ к отдельному документу или тексту, а к взаимосвязанным документам, к информационной базе, возможность интерактивного участия в нормотворческих проектах, возможность высказать свое мнение и быть услышанным»¹.

Объектами цифровых прав являются нематериальные объекты, создаваемые в результате использования цифровых технологий (в т.ч. компьютерных программ) в виде результатов математических вычислений, признаваемых в качестве объекта регулирования в силу закона либо в силу соглашения (договора) субъектов цифровых прав.

К таким объектам относятся: токен, криптовалюта, искусственный интеллект, цифровые двойники (математические модели вычислений физической реальности), «облачные» вычисления (удаленные компьютерные сервисы), цифровые хранилища криптовалют («электронные кошельки»), цифровые биржи, цифровое имущество и др.

Цифровые объекты непосредственно не участвуют в гражданском обороте, а оборотоспособными являются цифровые права на такие объекты, которые признаются и учитываются (удостоверяются) в цифровых реестрах.

¹ См.: *Войничанис Е.А.* Развитие регулирования информационной сферы и интеллектуальные права: теоретико-правовые аспекты // Государство и право. 2015. №7. С. 92.

Цифровые объекты тем не менее подлежат учету и удостоверению в цифровых реестрах посредством цифровых записей (компьютерных кодах) для подтверждения наличия соответствующего цифрового объекта и определения его режима правового регулирования¹.

Среди объектов гражданских прав, фиксация и сделки с которыми возможны благодаря распределенному реестру и технологии блокчейна – цифровых активов, можно выделить:

- криптовалюты – «crypto currency» (bitcoin, ethereum и др.);
- акции, облигации, доли в уставных капиталах корпораций;
- токены (эмитированные юридическим лицом либо индивидуальным предпринимателем цифровые финансовые активы с целью привлечения финансирования;
- объекты интеллектуальной собственности (например, музыкальные произведения, произведения искусства, книги);
- фотографии;
- электронные страховые полисы;
- смарт-контракт (в данном контексте смарт-контракт рассматривается не как сделка, а как самостоятельный объект права, имеющий ценность);
- персональные данные;
- бонусные баллы и др.².

Важной особенностью данных объектов-активов выступает их существование исключительно в электронной форме в отрыве от материального мира, по сути, в виде криптографического цифрового кода, раскрывающего их содержание. Собственно, ввиду того, что цифровые активы представляют собой электронную информацию, отмечается правовая неопределенность в их толковании как объекта права, в том числе с позиции их охраноспособности. Еще несколько десятилетий назад цифровые активы рассматривались исключительно как набор цифровых данных и представляли собой лишь собранный математический алгоритм цифр. Сейчас же рассматриваемые цифровые активы стали самостоятельными объектами сделок, в том числе инвестирования (например, криптовалюта), потребления (электронные музыкальные произведения или произведения искусства), элементами реестра данных (сведения о титулах на объекты права) и т.д.³.

Надо отметить, что в Законопроекте №419059-7 «О Цифровых финансовых активах⁴» была предпринята попытка выделения термина «цифровой финансовый актив» – имущество в электронной форме, созданное с использованием криптографических средств, право

¹ См.: *Карцхия А.А.* Указ.соч. С. 20.

² См.: *Лантев В.А.* Цифровые активы как объекты гражданских прав. [https://cyberleninka.ru/article/n/tsifrovye-aktivy-kak-obekty-grazhdanskikh-prav...](https://cyberleninka.ru/article/n/tsifrovye-aktivy-kak-obekty-grazhdanskikh-prav)

³ См.: *Лантев В.А.* Цифровые активы как объекты гражданских прав.

⁴ См.: URL:<http://sozd.parliament.gov.ru/bill/419059-7>

собственности на которое удостоверяется путем внесения цифровых записей в реестр цифровых транзакций. Следует отметить, что предложенная дефиниция раскрывает лишь финансовые активы, такие как криптовалюта и токены. Вместе с тем ранее уже отмечалось, что понятие цифрового актива значительно шире и включает в себя любые активы, имеющие экономическую ценность¹.

Действия субъектов правоотношений. Прежде всего это касается договоров, и в частности возникновение таких договоров, как смарт-контракты (smart contracts).

В то же время контракты, связанные с использованием Интернета, тоже довольно необычны. Какова правовая природа пользовательского соглашения с почтовыми серверами? Здесь присутствуют признаки публичного договора (ст. 426 ГК РФ), но сами типовые правила, содержащиеся в пользовательском соглашении, обусловленные технической регламентацией, проистекают из особых видов актов (технических?). Можно ли вообще признать пользовательское соглашение как свод правил новым видом нормативного правового акта? Вопрос пока остается без ответа. И совсем необычные вопросы возникают в связи с Интернетом вещей. Исследователи верно замечают, что в законодательстве крайне мало норм о регламентации автоматизированных действий (ст. 498 «Продажа товаров с использованием автоматов» ГК РФ). Законодательство о защите прав потребителей не рассчитано на Интернет вещей. В связи с Интернетом вещей новые ракурсы обретает проблематика информационной безопасности. Кроме того, вопросы юрисдикции в условиях Интернета вещей «выходят на новый уровень, что ставит под вопрос возможность их разрешения на основе классических коллизионных норм международного частного права»².

Смарт-контракты. История с цифровыми правами и смарт-контрактами пришла из технологической сферы в 2016 году, когда родилась парадигма «код – это закон», которая вскоре сломалась, потому что любая технология так или иначе уязвима.

Основная идея смарт-контрактов заключалась в том, что отсутствовала единая точка контроля (например, банки, которые могут заблокировать счет или лишиться лицензии). Смарт-контракт в его классическом понимании имеет место лишь в связке с криптовалютой. Таким образом, если в результате заключения «смарт-контракта» совершить платеж должен банк, то такой договор нельзя назвать «смарт-контрактом». Иными словами, технология смарт-контрактов не может быть реализована без децентрализованных единиц, которые могут использовать расчеты.

¹ См.: *Лантев В.А.* Цифровые активы как объекты гражданских прав. [https://cyberleninka.ru/article/n/tsifrovye-aktivy-kak-obekty-grazhd...](https://cyberleninka.ru/article/n/tsifrovye-aktivy-kak-obekty-grazhd)

² См.: *Талапина Э.В.* Право и цифровизация: новые вызовы и перспективы. <https://cyberleninka.ru/article/pravo-i-tsifrovizatsiya-novye-vyzo...>

С практической точки зрения, смарт-контракты должны и могут нормально работать в ситуации, когда отсутствует необходимость передачи каких-либо объектов в неконтролируемом контрактом поле (например, результаты интеллектуальной собственности). В свою очередь, все, что требует выхода в физический мир, ограничивает правильное применение смарт-контрактов как инструмента.

С точки зрения права требуется дополнительное регулирование для нормального функционирования обсуждаемой технологии: например, не разрешены вопросы уязвимостей, недекларируемых возможностей кода, незащищенных лиц (прежде всего, потребителей), одностороннего расторжения. Конечно, ответы на перечисленные вопросы можно вывести из общего регулирования, но существует потребность в большей детализации.

Концепция классического смарт-контракта, основанная на том, что все обязательства автоматически исполняются, сейчас трудно реализуема. Текущие попытки регулирования такого типа соглашений – это лишь первый шаг, а для дальнейших требуется развитие смежных технологий¹.

Термины. В юридической литературе встречаются возражения против использования терминов, принятых в цифровой терминологии.

Например, критикуя проект Закона РФ «О цифровых финансовых активах», В.П. Павлов пишет:

«Текст данного законопроекта вызывает опасения за современное состояние русской речи. Не новость, что языки в ходе своего развития заимствуют слова из других языков. В современном мире англоязычные страны первенствуют в сфере высоких технологий. Понятно, что словарный запас здесь расширяется как раз за счет англицизмов. Однако в русском языке сейчас много терминов, для которых замена есть. Зачем россиянам «валидация», если есть «подтверждение», к чему «токен», если можно сказать «жетон»? Чем модный «майнинг» лучше обычной «добычи»? «Смарт-контракт» лучше «электронного протокола», в рамках которого осуществляется взаимодействие сторон договора? Загадочный «блокчейн» лучше «связанных блоков»².

Я согласен со многими критическими положениями статьи. На самом деле, в рассматриваемом законопроекте налицо увлечение часто техническими терминами и закрепление положений, противоречащих гражданскому кодексу.

Однако нельзя поддерживать автора в отказе от иностранных

¹ См. также: Гражданско-правовое регулирование криптоактивов и смарт-контрактов. <https://www.csr.ru/news/pravovoe-regulirovanie-kriptoaktivov-i-sm...>

² См.: Павлов В.П. Цифровая форма финансовых обязательств: проблемы правового регулирования. <https://urfac.ru/?p=645>.

терминов. В свое время иностранным термином был, например, компьютер.

Наши специалисты по филологии перевели даже слово «компьютер» на казахский язык – «сандык» (сундук). Кроме смеха, это ничего не вызывает. Во всем мире, несмотря на множество языков, это компьютер, и только у нас – «сандык».

Так и здесь. Если мне скажут «жетон», я не пойму ровным счетом ничего или решу, что речь идет о жетоне в раздевалке. Но если я слышу слово «токен», я сразу пойму, о чем идет речь. Ну а менять слово «блокчейн» на слова «связанные блоки» – это просто глупость, и по-другому не скажешь.

44.2. ЗАКОН РФ О ВНЕСЕНИИ ИЗМЕНЕНИЙ В ГК РФ

18 марта 2019 г. был принят Закон, формирующий базу для гражданско-правового регулирования отношений в киберпространстве. Речь идет о Федеральном законе 18.03.2019 №34-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и ст. 1124 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее – Закон, Закон №34-ФЗ) – так называемом Законе о цифровых правах.

Понятие **«цифровые права»** закреплено в ГК РФ Законом РФ от 18 марта 2019 г.

Статья 128 ГК РФ теперь выглядит следующим образом: «К объектам гражданских прав относятся вещи (включая наличные деньги и документарные ценные бумаги), иное имущество, в том числе имущественные права (включая безналичные денежные средства, бездокументарные ценные бумаги, **цифровые права**); результаты работ и оказание услуг; охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальная собственность); нематериальные блага».

Само понятие цифровых прав дано в новой статье 141.1 ГК РФ «Цифровые права». Согласно ч.1 данной статьи «цифровыми правами признаются названные в таком качестве в законе обязательственные и иные права, содержание и условия осуществления которых определяются в соответствии с правилами информационной системы, отвечающей установленным законом признакам».

Надо отметить, что в первоначальной редакции законопроекта определение цифровых прав отличалось довольно существенно. Согласно ч.1 ст. 141.1 ГК РФ проекта Федерального закона №424632-7 «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации», внесенного в Государственную Думу, «в случаях, предусмотренных законом, права на объекты гражданских прав, за исключением нематериальных благ, могут быть удостоверены совокупностью электронных данных (цифровым кодом или обозначением), существую-

щей в информационной системе, отвечающей установленным законом признакам децентрализованной информационной системы, при условии, что информационные технологии и технические средства этой информационной системы обеспечивают лицу, имеющему уникальный доступ к этому цифровому коду или обозначению, возможность в любой момент ознакомиться с описанием соответствующего объекта гражданских прав. Указанные цифровой код или обозначение признаются цифровым правом»¹.

Проект подвергся критике в основном за узкое понимание цифровых прав, привязанное исключительно к децентрализованным информационным системам. В результате этого к цифровым правам могли быть отнесены только права, фиксируемые в реестрах.

Например, в Экспертном заключении по проекту Федерального закона №424632-7 «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации» отмечалось: «...проект необоснованно сужает понятие «цифрового права», связывая его существование только с распределенным реестром. Права в электронной форме могут существовать не обязательно только в блокчейне; более того, они уже существуют в такой форме и активно реализуются миллионами людей. В этом несложно убедиться, обратившись к балансу собственного аккаунта мобильной связи. Принятый Проектом подход нарушает принцип технологической нейтральности, дискриминируя все другие технологии, способные оформлять права в электронном виде»².

Принятие Закона о цифровых правах вызвало неоднозначную реакцию в российской юридической литературе.

Отмечается, в частности, что с позицией ГК РФ можно согласиться. Действительно, блокчейн-технология, как и любая технология, вполне очевидно имеет временные рамки существования. Возможно, она просуществует и будет активно использоваться десятилетия или даже века, а возможно, лишь годы – и на смену ей придет более совершенная. И, конечно, в таком основополагающем документе, как Гражданский кодекс Российской Федерации, тем более в его базовых положениях, методологически не слишком верно использовать конструкции, которые могут за сравнительно короткое время устареть.

Однако определение цифровых прав, содержащееся сейчас в ст.

¹ Проект Федерального закона №424632-7 «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации» (ред., внесенная в ГД ФС РФ, текст по состоянию на 26.03.2018). URL:<http://sozd.parlament.gov.ru/>(дата обращения: 20.04.2019).

² Экспертное заключение по проекту Федерального закона №424632-7 «О внесении изменений в части первую, вторую и третью Гражданского кодекса Российской Федерации» (принято на заседании Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 17.01.2019. №183-1/2019). Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

141.1 ГК РФ, потенциально настолько широко, что может включать практически любые права, фиксируемые в цифровой форме. К примеру, в Экспертном заключении Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства отмечается, что это совершенно верно применительно к балансу мобильного телефона. Однако также в качестве цифровых прав можно рассматривать и баллы, накапливаемые клиентом какого-либо банка и фиксируемые в информационной системе этого банка (к примеру, бонусы «Спасибо» от Сбербанка). Цифровыми правами при желании можно назвать и различные бонусы, на которые может претендовать участник компьютерных сетевых игр. Можно привести и другие примеры, при этом совершенно очевидно, что с развитием мировых технологий и все большим их вторжением в нашу жизнь количество таких примеров будет только множиться.

В то же время обратим внимание на то, что указанное широкое толкование цифровых прав заложено в гражданский закон РФ пока лишь потенциально. Это сделано путем закрепления в ч. 1 ст. 141.1 ГК РФ оговорок: «названные в таком качестве в законе» и «отвечающей установленным законом признакам». Какие права будут названы в законе цифровыми и какие признаки будут установлены для указанных информационных систем – вопрос остается открытым. По сути, принятый 18.03.2019 Федеральный закон №34-ФЗ является лишь констатацией того, что цифровые права существуют и они привязаны к информационной системе.

Иными словами, государство оставило для себя пространство для маневра – вопрос о содержательном наполнении цифровых прав будет решаться в дальнейшем (при этом остается непонятным – какими конкретными актами и в какие сроки это должно быть сделано). Авторы итоговой редакции законопроекта устранились от решения вопроса о цифровых правах, по существу отнеся его к неопределенному будущему. Таким образом, с одной стороны, понятие цифровых прав в законодательство вроде бы как внесено, с другой – объем их не определен и фактически до появления разъясняющих нормативных документов применение гражданско-правовых норм о цифровых правах остается невозможным¹.

В принципе токены, в том числе криптовалюты, не являются какими-то принципиально новыми объектами с позиций гражданско-правового регулирования.

Как было отмечено в официальном отзыве правительства РФ на проект Федерального закона №424632-7 «О внесении измене-

¹ См.: *Коновеевская И.М.* Цифровые права как новый объект гражданских прав // Изв. Саратов. ун-та. Нов. сер. Сер. Экономика. Управление. Право. 2019. Т. 19, вып. 3. С. 330-334. БО! <https://doi.org/10.18500/1994-2540-2019-19-3-330-334>; См. также <https://cyberleninka.ru/article/n/tsifrovye-prava-kak-novyi-obekt-g...>

ний в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации»: «Исходя из определения понятия цифровых прав, представляется, что такие права фактически являются способом оформления традиционных имущественных прав разной природы (вещные права, обязательственные права, корпоративные права, исключительные права), а также их фиксации перехода от одного владельца к другому. Однако данные права могут существовать в электронной форме, не создавая при этом новый вид объектов гражданских прав»¹. В этом плане и криптовалюта, и токен ничем принципиально не отличаются от известного уже тысячелетия человечеству ксюмбаллона (предмета с условными знаками, по которым два лица узнают друг друга, например, по двум половинкам разломанной щепки или монеты, концы которых должны сойтись).

По мнению И.М. Конобеевской, введение в законодательство понятия «цифровые права» является в принципе терминологически не вполне точным, а их отнесение к объектам гражданских прав и вовсе ошибочным. Конечно, цифровые права можно рассматривать как юридическую фикцию. Однако использование в законодательстве юридической фикции должно преследовать какую-то цель, способствовать достижению определенного результата. В рассматриваемом случае таким результатом, по видимому, выступает распространение на криптовалюты и токены режима имущественных прав. Однако, как представляется, в создании такой сложной конструкции объективной необходимости нет – для целей регулирования хозяйственного оборота достаточно было бы признания того факта, что имущественные права могут быть зафиксированы в цифровой форме, в том числе посредством внесения записей в децентрализованные реестры. Закрепление в гражданском законодательстве подобных положений уже позволило бы распространять на криптовалюты все необходимые для их использования и защиты гражданско-правовые инструменты².

Цифровые права рассматриваются как юридическая фикция, близкая к ценным бумагам. Цифровые права, как и ценные бумаги, по сути, удостоверяют права на объекты гражданских прав (имущество, результаты работ, интеллектуальную собственность и т.д.), кроме нематериальных благ. Однако механизм закрепления этих прав иной, поскольку:

1) это определенный цифровой код, который описывает соответствующий объект гражданских прав;

¹ Официальный отзыв Правительства РФ на законопроект о регулировании существующих в Интернете новых объектов имущественных экономических отношений. 08.06.2018. URL:<http://m/government.ru/all/32876/>

² См.: Конобеевская И.М. Указ. соч. С. 334.

2) указанный цифровой код существует в конкретной цифровой среде. Вне этой среды этот код не может быть использован, за ее пределами он фактически не существует;

3) этот код генерируется по определенному математическому алгоритму без участия третьей стороны, здесь нет центрального депозитария. Считается, что при современном уровне развития мощностей вычислительных машин и программного обеспечения эти данные не могут быть фальсифицированы¹.

На заседании круглого стола «Гражданско-правовое регулирование криптоактивов и смарт-контрактов» (<http://www.facebook.com/events/372935010000371/>), организованного 27 июня 2019 г. Финансовым клубом (ЦСР, юридический факультет МГУ им. М.В. Ломоносова, Школа права «Статут»), были обсуждены три новых явления в праве (цифровые права, блокчейн, смарт-контракты).

Большинство поддержало мнение о том, что феномен «цифровых прав» не порождает для юристов новой сущности. Это понятие, по сути, является собирательным – цифровыми правами могут быть названы совершенно разные «вещи»: приложение обслуживающего банка в смартфоне, аккаунт в социальной сети и пр. Естественно, новая форма порождает особенности возникновения, изменения, передачи, прекращения прав. Однако свою содержательную часть для юристов такие права не меняют.

В качестве аргумента в пользу введения в законодательство любой новой сущности был высказан тезис о том, что для обоснования этого достаточно перечислить некоторые особенности обращения такой новой сущности, как, например, в случае с движимым и недвижимым имуществом или векселем и обязательством.

Отдельным вопросом стала потребность в правовом регулировании при самодостаточности технологии в виде кода. Одним из выводов стало то, что в таком случае на первый план выходит публично-правовое регулирование.

Указанные изменения вступают в силу с 1 октября 2019 г., и с этого момента ст. 128 ГК РФ будет выглядеть следующим образом: «К объектам гражданских прав относятся вещи (включая наличные деньги и документарные ценные бумаги), иное имущество, в том числе имущественные права (включая безналичные денежные средства, бездокументарные ценные бумаги, цифровые права); результаты работ и оказание услуг; охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальная собственность); нематериальные блага».

В проекте закона о внесении изменений в ГК РФ содержались такие понятия, как «криптовалюта» и «токены», однако сами раз-

¹ См.: *Сутдикова Р.И., Сутдииков Р.Б.* Цифровые права как новый вид имущественных прав. <https://cyberleninka.ru/article/n/tsifrovyye-prava-kak-novyy-vid-im-...>

работчики исключили их из законопроекта, поскольку использование их в законодательстве преждевременно.

Отметим, что цифровые деньги или криптовалюта в ст. 128 ГК РФ не включены. Закон также закрепляет общие принципы электронного документооборота: сделка, совершенная с помощью электронных средств, будет приравниваться к сделке, совершенной в письменной форме, при этом стороны смогут своим соглашением устанавливать дополнительные требования к форме сделки, а также к способам достоверного определения лица, подписавшего документ (выразившего волю).

Нововведением Закона являются сделки, известные на практике как «смарт-контракты», исполнение которых осуществляется посредством применения информационных технологий без дополнительного волеизъявления сторон, направленного на исполнение обязательства.

К иным изменениям можно также отнести:

- возможность принятия решения собранием посредством заочного голосования с помощью электронных средств или иных технических средств;

- новый вид договора – договор об оказании услуг по предоставлению информации, – которым может быть ограничено разглашение информации третьим лицам;

- включение положений об электронных товарных чеках для договоров розничной купли-продажи;

- положение о публичной оферте в сети Интернет;

- указания на форму заключения договора номинального счета и договора страхования;

- уточнение требований к форме составления завещания.

Изменения вступают в силу с 1 октября 2019 года.

В мае текущего года криптовалюта была впервые признана имуществом (постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 15 мая 2018 г. №09АП -16416/18). Суд отнес ее к категории «иного имущества», указав на отсутствие в гражданском законодательстве закрытого перечня объектов гражданских прав и возможность широкого толкования понятия «иное имущество» с учетом современных реалий (ст. 128 Гражданского кодекса РФ).

Вместе с тем имеется возможная проблематичность реального исполнения обращения взыскания на криптовалюту, поскольку техническая возможность совершать транзакции с криптовалютой существует только при обладании приватным ключом, который представляет собой известный лишь владельцу криптовалюты пароль. В итоге, обращение взыскания помимо воли должника возможно лишь в случае, если пароль хранился на внешнем носителе¹.

¹ См.: Урошлева А. Объекты на цифровых носителях, цифровые права и деньги: тенденции правовой теории и практики. <https://www.garant.ru/article/1220358/>.

44.3. ЗАКОН РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН О ЦИФРОВЫХ ТЕХНОЛОГИЯХ

25 июня 2020 г. был принят Закон Республики Казахстан №347-VI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам регулирования цифровых технологий» (далее – Закон о цифровых технологиях). В Законе о цифровых технологиях предлагается:

Пункт 2 статьи 115 ГК РК изложить в следующей редакции:

«2. К имущественным благам и правам (имуществу) относятся: вещи, деньги, в том числе иностранная валюта, финансовые инструменты, работы, услуги, объективированные результаты творческой интеллектуальной деятельности, фирменные наименования, товарные знаки и иные средства индивидуализации изделий, имущественные права, **цифровые активы** и другое имущество».

Статью 116 дополнить пунктом 3-1 следующего содержания:

«3-1. Понятие и виды цифровых активов, а также особенности оборота цифровых активов определяются законодательством Республики Казахстан, актами международного финансового центра «Астана».

Таким образом, вводится неизвестное гражданскому праву понятие «цифровой актив».

Это понятие раскрывается в изменениях и дополнениях в Закон РК от 24 ноября 2015 г. «Об информатизации».

Статья 1 дополнена подпунктом 55-1) следующего содержания:

«55-1) цифровой актив – имущество, созданное в электронно-цифровой форме с применением криптографии и компьютерных вычислений, не являющееся финансовым инструментом, базовым активом которых являются ценные бумаги, а также электронно-цифровая форма удостоверения имущественных прав».

1. Таким образом, мы видим два различных подхода к определению цифровых прав: цифровые права в российском законе и цифровые активы в казахстанском законе.

В Законе РФ от 18 марта 2019 г. цифровые права включаются в иное имущество (то есть не в вещи), а именно – в имущественные права. В ст. 141.1 ГК РФ уточняется: «обязательственные и иные права».

Получается какое-то противоречие (или неясность): с одной стороны, это самостоятельное имущественное право (по ст. 128 ГК РФ); с другой стороны – это разновидность обязательства.

Но какая именно это разновидность? Практически это то же самое обязательство, только выраженное в цифровой форме. То есть это не самостоятельное имущественное (обязательственное) право, а просто форма обязательственного права.

Можно приравнять его к письменной форме. То есть обязательство может быть выражено в документарной или в цифровой форме.

Подобные предложения высказывались в российской юридической литературе. Например, Л.Ю. Василевская говорит, что цифровизация прав приводит не к возникновению нового вида имущественных прав, существующего наряду с обязательственными, корпоративными, исключительными правами, а к их цифровому способу фиксации и распространению на них механизма цессии, отчуждения указанных прав¹.

В отличие от российского закона казахстанский проект вводит термин «цифровой актив», под которым понимается «имущество в электронно-цифровой форме, за исключением денег и личных неимущественных прав».

В изменениях и дополнениях, внесенных Законом о цифровых технологиях в п. 2 ст. 115 ГК РК, цифровые активы понимаются как нечто отдельное от других объектов гражданских прав, таких как вещи и имущественные права. Это определение является, на мой взгляд, неверным и юридически некорректным.

Во-первых, неудачен сам термин «цифровые активы». В гражданском праве термина «активы» нет. Это термины из финансового и бухгалтерского законодательства². Например, в РФ разрабатывается проект Закона «О цифровых финансовых активах». Однако этот Закон рассматривает лишь финансовые активы, такие как криптовалюта и токены³.

Например, проект принятого 1 марта 2011 г. Закона РК «О государственном имуществе» вначале назывался Закон «О государственных активах». Но к разработке проекта подключилась группа цивилистов под моим руководством, и мы доказали, что в гражданском праве нет термина «активы», а есть термин «имущество». И Закон был переименован.

Поэтому, если говорить об активах, то придется применять термин «цифровое имущество», что, согласитесь, звучит неприемлемо.

Во-вторых, трудно и, на мой взгляд, невозможно (если исходить из концепции, на которой основывается ГК РК), провести отграничение цифровых активов от имущественных прав. Цифровые активы, если их признавать, могут быть только имуще-

¹ См.: *Василевская Л.Ю.* Токен как новый объект гражданских прав: проблемы юридической квалификации цифрового права. <https://urfac.ru/?p=2398>.

² См., например: ст. 13 Закона РК от 28 февраля 2007 г. №234-III «О бухгалтерском учете и финансовой отчетности» (активы как элемент финансовой отчетности); ст. 234 Кодекса РК «О налогах и других обязательных платежах в бюджет (Налогового кодекса) от 25 декабря 2017 г. №120-VI (фиксированные активы).

³ См., например: *Лантев В.А.* Цифровые активы как объекты гражданских прав. <https://cyberleninka.ru/article/n/tsifrovyye-aktivy-kak-obekty-grazhdanskikh-prav>.

ственными правами, и ограничивать их надо, в первую очередь, от вещей.

В-третьих, утверждается, что цифровые активы – это имущество, а также электронно-цифровая форма удостоверения имущественных прав. Разработчикам надо было определиться, что же это такое – цифровой актив: или имущество, или форма удостоверения имущества? Дело в том, что одно исключает другое. Или имущество, или форма, удостоверяющая имущество.

Таким образом, включение в ГК РК термина «цифровые активы» ошибочно. Включение термина «цифровые права» тоже весьма сомнительно, ибо оно в ГК РФ сводится к тому, что это обязательственные права (права требования) в цифровой форме. То есть это не самостоятельное право, а форма существования прав требования.

Поэтому, на мой взгляд, если уж так необходимо вносить изменения в ГК РК, то было бы достаточным указать в ст. 115 ГК РК, что имущественные права могут выступать в электронно-цифровой форме.

Токены, блокчейн. Законом РК о цифровых технологиях Закон об информатизации дополнен статьей 33-1 «Правовой режим оборота цифровых активов», которая гласит:

«Статья 33-1. Правовой режим оборота цифровых активов.

1. Цифровой актив не является средством платежа.
2. Цифровые активы являются обеспеченными и необеспеченными.

К обеспеченным цифровым активам относятся цифровой токен и иные цифровые активы, являющиеся цифровым средством удостоверения имущественных прав на товары и (или) услуги, выпускаемые (предоставляемые) лицом, выпустившим обеспеченный цифровой актив. Виды обеспеченных цифровых активов, а также перечень прав, удостоверяемый токеном, устанавливаются лицом, выпускающим цифровой токен, в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан.

К необеспеченным цифровым активам относятся цифровые токены, полученные как вознаграждение за участие в поддержании консенсуса в блокчейне в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан.

3. Выпуск и оборот необеспеченных цифровых активов на территории РК запрещается, за исключением случаев, предусмотренных законами Республики Казахстан.

4. Цифровой актив не обеспечивает права на ценные бумаги, производные финансовые инструменты, базовым активом которых являются ценные бумаги, и не предоставляют его собственнику или владельцу соответствующих прав в отношении юридического лица.

5. Право на цифровой актив удостоверяется посредством записи в блокчейне лицом, выпускающим цифровой актив на распределенной платформе данных, в соответствии с законодательством Республики Казахстан.

6. Внесение в информационную систему сведений о передаче цифрового актива или прав на него допускается при выполнении следующих условий:

1) лицо, осуществившее внесение сведений, обладает доступом в информационную систему лица, выпускающего цифровой актив на распределенной платформе данных, в соответствии с установленными требованиями;

2) информационная система лица, выпускающего цифровой актив на распределенной системе данных, отвечает требованиям, установленным настоящим Законом.

7. Собственник, владелец и пользователь, обладающие доступом в информационную систему выпускающих цифровых активов, обладают равными правами на внесение изменений в соответствии с заданным алгоритмом валидации. При этом изменения синхронизируются у всех пользователей информационной системы.

8. Лицо, осуществляющее цифровой майнинг, становится собственником цифровых активов, возникших в результате цифрового майнинга».

Кроме того, ст. 1 Закона об информатизации дополнена подпунктом 56-1) следующего содержания:

«56-1) цифровой токен – вид цифрового актива, являющийся цифровым средством учета, обмена и удостоверения имущественных прав».

Отметим ряд юридически неверных положений, вытекающих из редакции подпункта 56-1) ст. 1 и п.1 ст. 33-1 Закона об информатизации:

Во-первых, само название «цифровой токен». Значит ли это, что существует нецифровой токен?

Можно, конечно, назвать нецифровым токеном жетон для использования в метро или в игровом автомате, но это, согласитесь, не совсем поймут в русскоязычной среде. Потому что жетон в метро – это жетон и есть (тем более, что и в метро, по-моему, жетоны уже почти исчезли).

Так что называть такой жетон токеном, может быть, можно в Англии, но в России и Казахстане это, по меньшей мере, неразумно.

Поэтому более правильным было бы сохранить термин «жетон» только применительно к цифровому токenu, и поэтому вместо термина «цифровой токен» употреблять термин «жетон».

Во-вторых, как токен как вид цифрового актива может быть од-

новременно и имуществом (как вид цифрового актива) и средством удостоверения имущества?

В-третьих, обеспеченные цифровые активы – это цифровые токены. Необеспеченные цифровые активы – это тоже цифровые токены. Надо было более четко определиться с соотношением понятий «токен» и «криптовалюта».

В цифровой практике рассматриваются различные варианты соотношения токена и криптовалюты (например, биткойна).

Так, в Декрете Президента Республики Беларусь №8 от 21 декабря 2017 г. «О развитии цифровой экономики»¹ токен рассматривается как разновидность криптовалюты, поскольку понятие криптовалюты включает в себя биткойн и иные цифровые знаки (токены), используемые как универсальное средство обмена (приложение №1 к Декрету).

Однако подавляющее большинство исследователей цифровой технологии считают, что, напротив, единица криптовалюты, такая как биткойн, является одним из видов токена². В частности, криптовалюта рассматривается как встроенный токен (в отличие от токенов, обеспеченных обязательством)³.

В-четвертых, разработчикам следовало бы пояснить, что они понимают под терминами «собственник», «владелец», «пользователь». Дело в том, что право собственности – это вещное право, и поэтому оно применимо только по отношению к вещам. Цифровые права не могут быть вещами, они могут быть только имущественными правами, и к ним понятие «собственность» неприменимо. Можно к ним применять термин «владелец», но это тоже не совсем точно. Владение – это одно из правомочий права собственности, и тоже неразрывно связано с вещными правами. Можно применить термин «обладатель цифровых прав», как мы это сделали в Законе о государственном имуществе применительно к обладателю бездокументарных ценных бумаг. Термин «пользователь» тоже вызывает сомнения, ибо здесь тот, к кому переходят цифровые права, становится обладателем этих прав. В общем, разработчикам следовало бы изучить хотя бы азы теории гражданского права, прежде чем предлагать основополагающие понятия гражданского права.

И, наконец, в-пятых, назвав токен средством удостоверения

¹ См.: URL: http://president.gov.by/ru/official_documents_ru/view/dekret-8-ot-21-dekabrja-2017-g-1776.

² См.; например: Федоров Д.В. Токены, криптовалюта и смарт-контракты в отечественных законопроектах с точки зрения иностранного опыта. – <http://urfac.ru/?p=459>; Василевская Л.Ю. Токен как новый объект гражданских прав: проблемы юридической квалификации цифрового права. <https://cyberleninka.ru/article/n/token-kak-novuuy-obekt-grazhdans...>

³ См.: Кислый В. Классификация и правовое положение криптоактивов. – https://zakon.ru/blog/2017/6/13/klassifikaciya_i_pravovoe_polozh...

имущественных прав, разработчики Закона о цифровых технологиях, сами того не подозревая, поддержали идею, что цифровые права (или цифровой актив) являются не имущественными правами, а формой имущественных прав, средством их удостоверения.

Раз токен является видом цифрового актива и в то же время он выступает как средство удостоверения имущественных прав, то цифровой актив является не имуществом, а средством удостоверения имущественных прав. То есть внесение изменений в ст. 115 ГК РК в части включения цифрового актива в состав имущества является необоснованным.

Кроме понятия «цифровой токен», в Закон об информатизации включен еще ряд технологических терминов.

Статья 1 Закона об информатизации дополнена подпунктом 55-2) следующего содержания:

«55-2) цифровой майнинг – процесс проведения вычислительных операций с использованием компьютерных, энергетических мощностей согласно заданным алгоритмам шифрования и обработки данных, обеспечивающий подтверждение целостности блоков данных в объектах информатизации посредством блокчейна».

Нашлось место и блокчейну. Ст. 1 Закона об информатизации дополнена подпунктами 38-2) и 39-1):

«38-2) блокчейн – информационно-коммуникационная технология, обеспечивающая неизменность информации в распределенной платформе данных на базе цепочки взаимосвязанных блоков данных, заданных алгоритмов подтверждения целостности и средств шифрования».

«39-1) распределенная платформа данных – технологическая платформа, компоненты которой связаны между собой заданными алгоритмами, размещаются на различных узлах сети, могут иметь одного или более владельцев, а также могут обладать различным уровнем тождественности данных».

Я не вижу большого смысла включать малопонятные технологические термины в законодательство. Существуют десятки определений блокчейна, и с развитием цифровых технологий все эти понятия будут меняться. Нет большого смысла включать одно из таких определений в закон.

В проекте Закона о внесении изменений в ГК РФ тоже содержались такие понятия, как «криптовалюта» и «токены», однако сами разработчики исключили их из законопроекта, поскольку, по их мнению, использование этих терминов в законодательстве преждевременно.

Криптовалюта. Отдельно вопрос стоит о «необеспеченных цифровых активах». Судя по ст. 33-1 Закона об информатизации, под этим термином понимается криптовалюта.

Вопрос о регулировании криптовалют является очень сложным.

В частности, россияне после длительных дискуссий отказались от регулирования криптовалют.

Я неоднократно высказывался против регулирования криптовалют. Они должны развиваться самостоятельно, без давления или поддержки со стороны государства. Любое вмешательство на современном уровне может повлечь непредсказуемые последствия. На это могут пойти государства с очень сильным экономическим потенциалом, к которым Казахстан не относится.

Поэтому мне представляется не совсем продуманным и опасным включение в Закон об информатизации п. 3 ст. 33-1:

«3. Выпуск и оборот необеспеченных цифровых активов на территории РК запрещается, за исключением случаев, предусмотренных законами РК».

Мне кажется, что это будет единственная реально работающая норма, и это будет означать запрет криптовалюты на территории Казахстана со всеми вытекающими последствиями (финпол, полиция, органы национальной безопасности и пр.). Это мы хорошо умеем: запретить на всякий случай, если не можем регулировать процесс.

В Казахстане уже высказывалось мнение, что криптовалюта может регулироваться действующим гражданским законодательством. Утверждается, что «из буквального толкования действующего законодательства Казахстана криптовалюту можно считать объектом гражданских прав в связи с тем, что: (1) она может быть отнесена к широкому понятию «другое имущество» в ст. 115 ГК РК, так как законодательство приводит ряд ограничений и не раскрывает данное понятие; (2) криптовалюта не изъята из оборота, не ограничена в обороте законодательно и, следовательно, в соответствии со ст. 116 ГК РК, может свободно отчуждаться или переходить от одного лица к другому, как объект гражданских прав»¹.

С этим в принципе можно согласиться. Во всяком случае, нельзя отказывать в признании криптовалюты на том основании, что она законодательно не урегулирована. Пока криптовалюта законодательно не запрещена, а значит, может развиваться свободно.

Хотя нас уверяют, что криптовалюта не может быть финансовой пирамидой и никогда не лопнет², тем не менее уже прошел процесс в Китае над организаторами цифровой пирамиды. Был вынесен обвинительный приговор 98 организаторам пирамиды «Onecoin», предполагаемой криптоинвестиционной схемы³.

¹ См.: Москеленко А. Перспективы законодательного внедрения криптовалюты в Казахстане с учетом опыта зарубежных стран. <https://www.zakon.kz/4929372-perspektivy-zakonodatelnogo-vned...>

² См., например: Деньги будущего: главные заблуждения о криптовалютах. <https://blockchainkz.info/informacia/dengi-budushhego-glavnyie-z...>

³ См.: Китайский суд вынес обвинительный приговор 98 организаторам пирамиды Onecoin. <https://blockchainkz.info/informacia/kitajskij-sud-vyines-obviniteln...>

Ф.С.Карагусов соглашается с моим утверждением, что появление и обращение криптовалют основано на использовании технологии блокчейна и распределенного реестра, и «благодаря этому ни один регулятор не может контролировать то, что происходит в сети, и так происходит на всем пользовательском пространстве». Но он считает, что именно в связи с этим трудно согласиться с тем, что не должно быть государственного регулирования криптовалют, что «они должны развиваться самостоятельно, без давления или поддержки со стороны государства».

Однако далее он пишет: «С учетом вышеизложенного, если эффективное государственное регулирование рынка криптовалют в интересах граждан и национальной экономики сейчас является затруднительным, то представляется необходимым в кратчайшие сроки сформировать эффективную и разумную национальную платежную систему, обеспечивающую повсеместное и беспрепятственное использование электронных денег Национального Банка Республики Казахстан в качестве универсального платежного средства на территории республики. Я также думаю (даже если Казахстан не относится к «государствам с очень сильным экономическим потенциалом», как его характеризует академик Сулейменов М.К.), создание национальной платежной системы, основанной на использовании электронных денег Национального Банка Казахстана и ограничении использования в национальной экономике частных электронных денег и криптовалют, является задачей, с которой наше государство не просто может, но должно справиться для того, чтобы обеспечить сохранность политического суверенитета нашей страны, устойчивого экономического развития и благосостояния наших граждан»¹.

Таким образом, Ф.С.Карагусов соглашается с тем, что эффективное регулирование рынка криптовалют сейчас представляется затруднительным. К этому можно добавить, что и создание «национальной платежной системы, основанной на использовании электронных денег Национального Банка Казахстана и ограничении использования в национальной экономике частных электронных денег и криптовалют», в настоящее время представляется крайне затруднительным, если не сказать невозможным. Единственно, что власти могут эффективно сделать, – это запретить использование криптовалют. Для этого достаточно двух строчек в законе. Поэтому еще раз можно повторить: не надо вмешиваться в процессы функционирования криптовалют. Все равно мы ничего эффективного

¹ См.: *Карагусов 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>.

создать пока не сможем, но дров наломать – это у нас хорошо получается.

Смарт-контракты. В Закон РК от 7 января 2003 г. «Об электронном документе и электронной цифровой подписи» проектом Закона о цифровых технологиях предлагалось включить ряд норм о смарт-контрактах. Из окончательного текста Закона эти нормы были исключены.

Определения, данные в проекте, являлись чисто технологическими и не отражали юридическую сущность смарт-контракта. А эта юридическая сущность заключается в том, что исполнение здесь производится автоматически, без волеизъявления стороны договора, при наступлении определенного договором условия.

Правильно этот вопрос решен Законом РФ от 18 марта 2019 г.

Статья 309 ГК дополнена частью второй следующего содержания:

«Условиями сделки может быть предусмотрено исполнение ее сторонами возникающих из нее обязательств при наступлении определенных обстоятельств без направленного на исполнение обязательства отдельно выраженного дополнительного волеизъявления его сторон путем применения информационных технологий, определенных условиями сделки».

Это и есть смарт-контракт. На мой взгляд, можно это положение включить в ГК РК в качестве п.2 ст. 272 ГК (Надлежащее исполнение обязательств).

Роботы. В Проекте Закона о цифровых технологиях предлагалось дополнить ГК РК тремя статьями о роботах. Эти статьи не выдерживали никакой критики ни по содержанию, ни по юридическому оформлению. Из окончательного текста Закона эти статьи были исключены и это правильно.

В Законе о цифровых технологиях о роботах остались две нормы. Во-первых, это подпункт 43-1) п. 1 Закона о цифровизации:

«43-1) интеллектуальный робот – автоматизированное устройство, совершающее определенное действие или бездействие с учетом воспринятой и распознанной внешней среды».

И, во-вторых, это ст. 18-1 Закона об информатизации:

«Статья 18-1. Права и обязанности собственника и владельца интеллектуального робота.

Правоотношения между собственником и владельцем интеллектуального робота регулируются гражданским законодательством РК».

Можно эти нормы оставить, но лучше было бы не включать. Никакого правового регулирования здесь нет, это просто законодательный мусор.

44.4. ВЫВОДЫ

В результате проведенного исследования можно сделать некоторые выводы:

1. Проведенный анализ показал, что внесение изменений в Гражданский кодекс оказались не очень удачными. Прежде всего это касается понятия цифровых прав. Но внесение этого понятия в ГК РФ пока не причинит большого вреда, так как внедрение его в реальную жизнь отнесено к будущему законодательному регулированию. Хотя остается теоретическая проблема соотношения цифровых прав и имущественных прав, которая, на мой взгляд, решена в ГК РФ не совсем корректно.

Что же касается решения этого вопроса в Законе РК о цифровых технологиях, то внедрение понятия «цифровые активы», тем более в такой форме, представляется ошибочным. Лучше было бы не трогать ГК РК, пока мы не разберемся с теоретическими позициями. На мой взгляд, цифровое право – это не самостоятельное имущественное право наряду с обязательственными и иными правами, а способ закрепления имущественных прав. Если уж закреплять в ГК это понятие, то, на мой взгляд, надо было именно в таком качестве.

2. Что, несомненно, необходимо использовать из изменений в ГК РФ, так это изменения, внесенные в ст. 309 ГК РФ, о смарт-контрактах. На мой взгляд, аналогичную норму надо было включить в ГК РК в качестве п. 2 ст. 272 ГК РК (Надлежащее исполнение обязательства).

3. Технологические определения, которые включены в отраслевые законы, я полагаю, включать не надо было. Они малопонятны, отражают только одно из многих возможных определений, которые будут меняться с развитием цифровой технологии. И главное, они юридически бесполезны, ибо ничего не регулируют. Голое определение – это не юридическая норма, реально действующая. Его место не в законе, а в справочнике или энциклопедии (википедии).

4. Цифровые технологии бурно развиваются, меняясь не просто ежегодно, а ежемесячно и ежедневно. Попытки их зарегулировать могут принести не ожидаемую пользу, а реальный вред в виде торможения этого процесса, что повлечет отставание нашей страны от других стран. Можно, наверное, как-то отражать эти процессы в отраслевых законах, но в Гражданский кодекс надо включать только проверенные временем, юридически грамотные и соответствующие реалиям современности нормы.

Раздел 5
ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВО,
ИНВЕСТИЦИИ И НЕДРОПОЛЬЗОВАНИЕ

Подраздел IX
ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И
ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВО

Тема о предпринимательском праве всем цивилистам изрядно надоела, потому что дискуссия о понятии предпринимательского права длится уже не один десяток лет, и аргументы сторон стали уже напоминать хождение по кругу.

И эта тема в Казахстане была бы навечно закрыта, если бы не появилась вдруг эта не вытекающая из развития законодательства Казахстана, основанная на заведомо ложных посылах представителей «хозяйственного права» идея создания Предпринимательского (Хозяйственного) кодекса.

И еще раз нам приходится повторять уже сотни раз высказанные аргументы, тратить силы на совершенно бессмысленную борьбу за утверждение совершенно очевидных истин. Обидно, ей-богу.

Но что делать, приходится снова возвращаться к опровержению уже давно опровергнутых и дискредитировавших себя положений.

45.1. ОПЯТЬ О КОНЦЕПЦИЯХ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО ПРАВА

Я постараюсь коротко.

Существует три основные точки зрения на предпринимательское право: 1) Предпринимательское право является самостоятельной отраслью права. Странники этой точки зрения являются последователями так называемой «концепции хозяйственного права», разработанной под руководством академиков России и Украины В.В. Лаптева и В.К. Мамутова. Эта концепция исходила из однородности отношений в сфере народного хозяйства – властно-управленческих (по вертикали) и договорных (по горизонтали) – и была направлена на оправдание плано-административной системы хозяйствования. Данная концепция потерпела полное фиаско с крахом административно-командной системы и переходом стран бывшего СССР на рыночные рельсы. Тем не менее сторонники этой концепции пытаются с помощью ее перестройки и мимикрии как-то приспособиться к новым рыночным реалиям¹, и кое-где им это удается, например, в Украине.

¹ См., например: *Лаптев В.В.* Предпринимательское право: понятие и субъекты. М.: Юристы, 1997; *его же.* Некоторые проблемы предпринимательского (хозяйственного) права // Государство и право. 2005. №5. С.102-110; *Мамутов В.К.* Сбли- 112

Сторонники этой точки зрения исходят из того, что предпринимательское (хозяйственное) право есть совокупность юридических норм, регулирующих хозяйственные отношения.

2) Предпринимательское право является частью гражданского права.

Эта концепция прямо противоположна концепции хозяйственного права как самостоятельной отрасли права и имеет широкое хождение и в учебной¹, и в научной литературе².

Эта концепция для меня как цивилиста, несомненно, более симпатична. Действительно, нормы предпринимательского права в большинстве своем входят в гражданское право и являются гражданско-правовыми нормами. Однако эта концепция не учитывает того несомненного единства хотя бы по сфере регулирования, которое существует между гражданско-правовыми и административно-правовыми нормами, регулирующими предпринимательскую деятельность.

В.Ф. Попондопуло рассматривает предпринимательское (коммерческое) право в качестве функциональной подотрасли гражданского права в отличие от предметных подотраслей, выделяемых по содержанию регулируемых отношений (вещное право, обязательственное право, право интеллектуальной собственности, наследственное право)³.

Обычно публичные предпринимательские нормы представители этой концепции объявляют административными, но не предпринимательскими, или доказывают, что публично-правовое регулирование предпринимательства не требует оформления специальной

жение современных систем современности правового регулирования хозяйственной деятельности // Государство и право. 1999. №1; *его же*. Юридическую науку – на решение проблемы содействия развитию экономики: В сб. *Мамутов В.Н.* Хозяйственное право // Избранные труды. Екатеринбург: Бизнес, менеджмент и право, 2008. С. 106-136.

¹ См.: *Коммерческое право: Учебник* / Под ред. В.Ф. Попондопуло, В.Ф. Яковлевой. СПб.: Изд-во С-Петербург. ун-та, 1997. С. 22; *Жилинский С.Э.* Правовая основа предпринимательской деятельности (предпринимательское право): Курс лекций. М.: Норма-Инфра-М, 1998. С. 3-4; *Пугинский Б.И.* Коммерческое право России. М.: Юрайт, 2000. С. 12; *Гражданское право. Том 1: Учебник для вузов (академический курс)* / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. Алматы, 2000. С. 19-20.

² См., например: *Дозорцев В.А.* Проблемы совершенствования гражданского законодательства РФ при переходе к рыночной экономике // Государство и право. 1994. №1. С. 27; *Рахмилович В.А.* О достижениях и просчетах нового ГК РФ // Государство и право. 1996. №4. С. 119-121; *Попондопуло В.Ф.* Правовой режим предпринимательства. СПб.: Изд-во С-Петерб. ун-та, 1994. С. 20; *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Общие положения. М.: Статут, 1997. С. 98-102.

³ См.: *Попондопуло В.Ф.* Коммерческое (предпринимательское) право: Учебник. 2-е изд. М., 2006. С. 26.

правовой отрасли, поскольку соответствующие нормы права имеют разноотраслевой характер¹.

В последние годы В.Ф. Попондопуло значительно скорректировал свою позицию. Помимо коммерческого права как подотрасли гражданского права, которое он называет «частное коммерческое право», он выделяет теперь «публичное коммерческое право» как составную часть публичного права, куда относятся все нормы о государственном регулировании, контроле и надзоре в сфере предпринимательства².

Отсюда остается сделать только один шаг: объединить частное коммерческое право и публичное коммерческое право в одну отрасль, которая, естественно, может быть только комплексной отраслью, ибо позицию сторонников «хозяйственного права» В.Ф. Попондопуло как истинный цивилист разделять не может.

Но нет, этого шага В.Ф. Попондопуло не делает. Далее он делает удивительное заключение: «В своей совокупности нормы частного и публичного права, регулирующие осуществление и публичную организацию предпринимательской деятельности, составляют коммерческое законодательство»³.

Непонятно, как нормы права могут в совокупности составлять нормы законодательства. Это понятия неразрывно связанные, но все же разные. Законодательство – это источник права (или форма права), и смешивать систему права и систему законодательства недопустимо.

Надо было ответить на вопрос: составляют ли частное коммерческое право и публичное коммерческое право единую совокупность правовых норм коммерческого права? Если нет, то почему? Почему существуют частное коммерческое право и публичное коммерческое право и почему нет коммерческого права, их объединяющего?

А то, что существует коммерческое (предпринимательское) законодательство – это факт бесспорный, признаваемый представителями всех концепций предпринимательского права.

В.Ф. Яковлев утверждает, что гражданское право в той его части, в какой оно регулирует отношения с участием предпринимателей, и есть предпринимательское право. Другое дело, пишет он, что предпринимательская деятельность регулируется не только гражданским правом. В процессе осуществления предпринима-

¹ См.: Коммерческое право: Учебник / Под ред. В.Ф. Попондопуло, В.Ф. Яковлевой. СПб.: Изд. С-Петербург. ун-та, 1997. С. 22 (автор главы В.Ф. Попондопуло).

² См.: Попондопуло В.Ф. Природа коммерческого (предпринимательского) права // Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права. Вып. 5: Сб. науч.ст. Санкт-Петербург. гос. ун-т, Юрид. фак./ Под общ. ред. В.Ф. Попондопуло и О.Ю. Скворцова. М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 11.

³ См.: Там же. С. 12.

тельской деятельности предприниматель вступает в отношения, регулируемые также трудовым правом, налоговым правом, природно-ресурсным законодательством и т.п. Таким образом, предпринимательское право в целом представляет собой конгломерат норм различных отраслей права. Ведущее место в регулировании предпринимательской деятельности принадлежит гражданскому праву¹.

Но какова правовая природа этого «конгломерата норм»? Какое место занимает он в системе права?

Трудно избавиться от мысли, что эти рассуждения В.Ф. Яковлева очень напоминают обоснование концепции предпринимательского права, которая будет представлена следом. Можно сравнить.

3) И, наконец, третья концепция: предпринимательское (хозяйственное, коммерческое, торговое) право является комплексной отраслью права².

Я тоже придерживаюсь этой точки зрения³.

На мой взгляд, предпринимательское право следует понимать двойко. В узком смысле предпринимательское право, несомненно, представляет собой часть гражданского права. Предпринимательская деятельность есть разновидность гражданско-правовой деятельности.

В то же время предпринимательское право можно понимать в широком смысле как комплексную отрасль, объединяющую нормы различных отраслей права (гражданского, административного, финансового, трудового и других).

К вопросу о соотношении понятий «предпринимательское право», «хозяйственное право», «коммерческое право», «торговое право» существуют различные подходы.

¹ См.: Яковлев В.Ф. Экономика. Право. Суд. М.: МАИК Наука/Интерпериодика, 2003. С. 33-34.

² См., напр.: Коммерческое (торговое) право: Учебник / Под ред. Ю.Е. Булатецкого и В.А. Язева. М.: ИД ФБК-ПРЕСС, 2002. С. 37-40; Белых В.С. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России: Монография. М.: ТК Велби, Проспект, 2005. С. 32; Предпринимательское право Российской Федерации/Отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. М.: Юность, 2006. С. 42-43 (автор главы П.Г. Лахно); Круглова Н.Ю. Хозяйственное право. Краткий курс: Учебное пособие. М.: Кнорус, 2008. С. 19-24; Мороз С.П. Предпринимательское (хозяйственное) право: Учебник. Алматы: Бастау, 2009. С. 10; Предпринимательское право России: Учеб. / Отв. ред. В.С. Белых. М.: Проспект, 2010. С. 26; Чельшев М.Ю. Основы учения о межотраслевых связях гражданского оборота. Казань: Изд. Казан. гос. ун-та, 2008. С. 46.

³ См.: Сулейменов М.К. Актуальные проблемы частного права в Республике Казахстан // Актуальные проблемы частного права: Материалы международной научно-практической конференции (в рамках ежегодных цивилистических чтений). Алматы, 23-24 мая 2002г. / Отв.ред. М.К. Сулейменов. Алматы: КазГЮУ, 2003. С. 14; Майдан Сулейменов. Право как система. Алматы: Юридическая фирма Зангер, 2011. С. 263-281.

Одни ставят знак равенства между этими понятиями¹.

Другие рассматривают коммерческое право как составную часть предпринимательского права; ту часть, которая осуществляет регулирование коммерческого оборота².

К.К. Лебедев рассматривает предпринимательское и коммерческое право как единую отрасль права, но при этом коммерческое право считает подотраслью предпринимательского и коммерческого права³.

А.Г. Быков считает торговое право основой предпринимательского права. Если торговое право носит частный характер, то предпринимательское право сочетает в себе публично-правовые и частноправовые начала⁴. Примерно так же оценивает соотношение предпринимательского и коммерческого права В.А. Семеусов⁵.

Я считаю, что коммерческое право и торговое право можно рассматривать как синонимы. Коммерческое (торговое) право является частью (подотраслью) предпринимательского права как комплексной отрасли права и поэтому это тоже комплексное образование.

Теперь я постараюсь обосновать свою точку зрения на предпринимательское право как комплексную отрасль права

45.2. ОСНОВНЫЕ И КОМПЛЕКСНЫЕ ОТРАСЛИ ПРАВА

Система права состоит, на мой взгляд, из двух пересекающихся структур: главная структура, в которой располагаются основные отрасли права, и вторичная структура, в которой располагаются комплексные отрасли права.

Критерием разграничения основных отраслей права является метод правового регулирования, в соответствии с которым производится деление права на две сферы: публичное право и частное право. В сфере публичного права действует метод власти-подчинения (так называемый императивный метод), в сфере частного права действует метод юридического равенства сторон (так назы-

¹ См.: *Попондопуло В.Ф.* Коммерческое (предпринимательское) право: Учеб. М.: Юрист, 2003. С. 39; *Ровный В.В.* Явление дуализма в праве и его сущность: Учеб. пособие. Иркутск, 1999. С. 31.

² См.: *Белых В.С.* Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России: Монография. М.: ТК Велби, Проспект, 2005. С. 59.

³ См.: *Лебедев К.К.* Предпринимательское и коммерческое право: системные аспекты (предпринимательское и коммерческое право в системе права и законодательства, системе юридических наук и учебных дисциплин). СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. С. 136.

⁴ См.: *Быков А.Г.* Предпринимательское право: проблемы формирования и развития // *Вести. Моск. ун-та*, 1993. №6. Сер. Право. С. 4-6.

⁵ См.: *Семеусов В.А.* Предпринимательское право: Программа курса. Иркутск, 1996.

ваемый диспозитивный метод). Соответственно различаются публично-правовые и частноправовые отрасли права.

К публично-правовым отраслям относятся: конституционное право, административное право, финансовое право (в узком смысле слова), уголовное право, уголовно-процессуальное право, гражданско-процессуальное право, уголовное исполнительное право, гражданское исполнительное право, право социального обеспечения.

К частноправовым отраслям права относятся: гражданское право, семейное право, трудовое право (частное трудовое право), международное частное право, частное процессуальное право (право альтернативного разрешения споров).

Системообразующей отраслью публичного права выступает административное право, системообразующей отраслью частного права выступает гражданское право.

Во вторичной структуре права комплексные отрасли формируются из норм основных отраслей права (как публично-правовых, так и частноправовых), поэтому здесь применяются оба метода правового регулирования: и власти – подчинения, и юридического равенства участников правоотношения.

В то же время вторичная структура системы права – это не хаотичный набор комплексных отраслей. Это четко структурированная сфера, в которой комплексные отрасли распределяются в соответствии с системообразующим фактором их выделения.

Мне кажется, системообразующим фактором для формирования комплексных отраслей может выступать определенная сфера деятельности.

Всю нашу общественную жизнь можно, как мне представляется, поделить как минимум на четыре сферы деятельности: экономическая, социально-культурная, административно-политическая и экологическая. Границы между ними не являются такими четкими, как в структуре основных отраслей между публично-правовыми и частноправовыми. Несомненно, отрасли экономической сферы находятся в тесной взаимосвязи, взаимодействии и взаимопроникновении с отраслями социально-культурной, административно-политической и экологической сфер. То же можно сказать и об отраслях других сфер. Например, несомненно, что право недропользования относится к экологической сфере деятельности, но в то же время это и предпринимательская деятельность, что находится в экономической сфере деятельности.

Вообще вторичная структура права всегда является более гибкой, более зыбкой и более субъективной системой отраслей, чем основная структура. Основная структура – это стержень права, это то, что выражает сущность права, и она должна всегда оставаться неизбылемой. Конечно, с развитием отношений новые отрасли могут в ней появляться, но крайне редко и при условии, что они мо-

гут выдержать проверку на отнесение их к публичному праву или частному праву.

Что касается комплексных отраслей, то они более субъективны и отражают необходимость или целесообразность комбинации норм в рамках той или иной комплексной отрасли права. Поэтому вновь возникающие потребности регулирования тех или иных общественных отношений обычно воплощаются в возникновении новой комплексной отрасли права.

В силу значительного субъективизма и прагматичной целесообразности формирования комплексных отраслей права я не стал бы придавать такое уж большое значение предпринимательскому праву, которое пытаются придать ему в юридической литературе. Это довольно искусственное образование (как и все комплексные отрасли права), это вторичная структура, производная от отраслей права, находящихся в структуре основных отраслей права (прежде всего, гражданского и административного). Главным и определяющим в нормах предпринимательского права является то, что это нормы гражданско-правовые, административно-правовые, финансово-правовые и т.д.

Существование предпринимательского права как комплексной отрасли, находящейся во вторичной структуре, носит сугубо утилитарный, прагматический характер, с тем, чтобы было проще регулировать гражданско-правовые и административно-правовые отношения, возникающие в процессе предпринимательской деятельности.

45.3. ЭКОНОМИЧЕСКАЯ СФЕРА ДЕЯТЕЛЬНОСТИ (ЭКОНОМИЧЕСКОЕ ПРАВО)

Экономические отношения возникают в сфере экономики. Экономика есть хозяйство, совокупность (система) средств, объектов, процессов, используемых людьми для обеспечения жизни, удовлетворения потребностей путем создания необходимых человеку благ, условий и средств существования с применением труда¹.

Экономическая деятельность – деятельность, возникающая в сфере экономики и приводящая к возникновению экономических отношений. «Экономическая деятельность» – более широкое понятие, чем понятие «производственная деятельность», так как сфера экономики включает не только сферу производства, но также сферы распределения и обращения материальных благ. Для понимания сущности экономической деятельности можно воспользоваться определением, сформулированным в юридической литературе. Экономическая деятельность – это один из видов общепользуемой

¹ См.: Райзберг Б.А., Лозовский Л.Ш., Стародубцев Е.Б. Современный экономический словарь. М., 1996. С. 393; Предпринимательское право России: Учеб. / Отв.ред. В.С. Белых. М.: Проспект, 2010. С. 16.

деятельности, осуществляемой в сфере экономики любыми правоспособными лицами путем эксплуатации принадлежащего им имущества или путем совершения иных действий в целях достижения каких-либо результатов, связанных с изменением положения этого имущества, и возмещения производимых в связи с этим затрат за счет получаемых доходов¹.

К.К. Лебедев выводит экономические отношения из экономической деятельности. Он пишет, что под экономическими следует понимать именно те общественные отношения, которые возникают в связи с экономической деятельностью и опосредуют ее.

Раньше вместо понятия «экономическая деятельность» употреблялось понятие «хозяйственная деятельность». В настоящее время термин «хозяйственная деятельность» иногда употребляется как вид экономической деятельности и означает деятельность хозяйствующих субъектов, направленную на изготовление и реализацию продукции, выполнение работ и оказание услуг стоимостного характера и ценовой определенности.

В то же время не всякая хозяйственная деятельность является предпринимательской. Хозяйственную деятельность могут осуществлять и лица, не являющиеся предпринимателями. Поэтому предпринимательская деятельность может рассматриваться как вид хозяйственной.

Соотношение между этими понятиями можно выстроить в следующей последовательности (по нисходящей): экономическая деятельность – хозяйственная деятельность – предпринимательская деятельность – коммерческая (торговая) деятельность².

Хочу напомнить, что выделение экономической сферы деятельности не означает наличие такой же отрасли права – экономического права³. Это одна из сфер деятельности общества, в которой формируются комплексные отрасли права экономического цикла.

¹ См.: *Лебедев К.К.* Предпринимательское и коммерческое право: системные аспекты (предпринимательское и коммерческое право в системе права и законодательства, системе юридических наук и учебных дисциплин) СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. С. 55; Предпринимательское право России / Под ред. В.С. Белых. С.16.

² См.: Предпринимательское право России / Под ред В.С. Белых. М: Проспект, 2010. С. 15-20.

³ Хотя справедливости ради следует отметить, что высказывания о формировании экономического права появляются в литературе (См.: Экономическое право: Хрестоматия. Т. 1 / Под общ.ред. В.И. Видячина. СПб., 2004. С.8-9; *Веленто И.И., Елисеев В.С.* Теория экономического права: Учеб. пособие. Мн.: Книжный Дом, 2006). В международном праве наличие в системе права такого образования, как экономическое право, признается многими учеными (См.: *Шумилов В.М.* Международное экономическое право: Учебно-метод. пособие: В 2-х книгах. М.: ООО ИКК ДеКА, 2002; *Карро Д., Жюйар П.* Международное экономическое право. М.: Межд. отн., 2002; *Зенкин И.В.* Международное экономическое право. Практ. курс. М.: Центр изд. дом, 2006).

Как пишет К.К. Лебедев, в настоящее время российское законодательство строится на позиции непризнания экономических отношений предметом правового регулирования. Это привело к тому, что отношения, складывающиеся при осуществлении экономической деятельности, оказались в системном аспекте разъединенными и включенными в предметы различных отраслей российского права. Однако бюджетные, налоговые, имущественные, гражданские, трудовые, природоресурсовые, как бы различны не были эти отношения по своей структуре и содержанию, – все они, поскольку связаны с экономической деятельностью, являются разновидностями экономических отношений.

Естественно, что в силу определенной предметной специфики все названные виды общественных отношений регулируются нормами различных отраслей права, но единая – экономическая – основа этих отношений создает предпосылки для применения к ним некоторых правовых положений, являющихся для них общими¹.

В экономической сфере деятельности (экономическое право) можно выделить следующие отрасли права:

- а) предпринимательское право;
- б) инвестиционное право;
- в) финансовое право (в широком смысле слова);
- г) внешнеэкономическое право;
- д) промышленное право;
- е) транспортное право;
- ж) строительное право;
- з) аграрное право;

Хочу обратить внимание на то, что характерной чертой экономического права является наличие в его сфере двух типов комплексных отраслей:

1) функциональные комплексные отрасли: предпринимательское право и инвестиционное право. Их особенность заключается в том, что они регулируют отношения во всей экономической сфере деятельности, но в отношении применения одной функции – предпринимательской деятельности или инвестиционной деятельности. То есть эти виды деятельности осуществляются в сферах, регулируемых финансовым правом (в широком смысле слова), промышленным правом, транспортным правом, строительным правом, аграрным правом, внешнеэкономическим правом;

2) предметные комплексные отрасли применяются каждая в своей сфере отношений: промышленное, транспортное, строительное, финансовое, аграрное, внешнеэкономическое право.

¹ См.: *Лебедев К.К.* Указ.соч. С. 60.

45.4. ПРЕДМЕТ И МЕТОД ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО ПРАВА

Говоря о предмете и методе предпринимательского права, следует исходить из того, что это комплексная отрасль права. Комплексная отрасль права как вторичная структура не имеет своего предмета и метода. Она регулирует те же отношения, что регулируются нормами основных отраслей права, она использует методы основных отраслей права.

Поэтому в предпринимательском праве четко выделяются отношения, которые регулируются только нормами гражданского права (например, обязательства), которые регулируются только нормами административного права (например, налогообложение, лицензирование, квотирование, регистрация и т.п.). Но есть и такие сферы, где регулирование нормами публичного и нормами частного права переплетается (например, ценообразование, определяемое и централизованно, и положениями договоров).

«Хозяйственники» обычно выделяют три группы отношений, входящих в предмет предпринимательского права:

1) отношения, складывающиеся при осуществлении предпринимательской деятельности;

2) отношения, складывающиеся при регулировании предпринимательской деятельности;

3) внутривладельческие отношения¹.

В современной трактовке это звучит так:

1) Предпринимательские имущественные (горизонтальные отношения);

2) Предпринимательские управленческие (вертикальные отношения);

3) Предпринимательские внутрифирменные (корпоративные отношения)².

Первая группа отношений (по горизонтали) однозначно регулируется нормами гражданского права, вторая группа (по вертикали) – нормами административного права. Проблемным является вопрос о внутривладельческих отношениях, заслуживающий специального рассмотрения.

Нет у предпринимательского права и своих методов. Все мышления хозяйственников о каком-то самостоятельном методе от лукавого. На самом деле есть два метода: метод публичного права – власти – подчинения, и метод частного права – равенства участников отношений. Эти методы и применяются в различных комбинациях в предпринимательском праве.

¹ См.: *Лантев В.В.* Предпринимательское право: Понятие, субъекты. М.: Юрист, 1997. С. 22.

² См.: *Мороз С.П.* Предпринимательское (хозяйственное) право: Учебник. Алматы: Бастау, 2009. С. 15. (С.П. Мороз, естественно, не относится к «хозяйственникам», она повторила их формулу в современной трактовке).

45.5. ОТНОШЕНИЯ ВНУТРИ ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА (ВНУТРИОРГАНИЗАЦИОННЫЕ ОТНОШЕНИЯ)

Рассмотрим теперь отношения внутри юридического лица.

Прежде всего необходимо определить соотношение понятий «внутрипроизводственные», «внутрифирменные», «корпоративные» отношения.

Одни авторы отождествляют их.

По мнению Т.В. Кашаниной, корпоративное право представляет собой систему норм, каждая из которых специализируется на регулировании конкретной стороны деятельности организации. Можно выделить семь блоков корпоративных норм: 1) учредительные; 2) финансовые; 3) регулирующие все, что связано с ценными корпоративными бумагами; 4) административные (управленческие); 5) трудовые; 6) обеспечивающие социальную работу в корпорации; 7) регулирующие заключение и исполнение договоров. В последнее время все активнее формируется блок корпоративных норм, регулирующих информационные отношения на предприятии, например, нормативные положения, касающиеся обеспечения конфиденциальности информации, коммерческой тайны и др. Намечились и контуры блока корпоративных норм процессуального характера¹.

В то же время все больше утверждается мысль, что все внутренние отношения в корпоративной организации не сводятся к корпоративным отношениям. Корпоративные отношения – это только такие внутренние отношения, которые связаны с реализацией и защитой внутриорганизационными способами и средствами корпоративных прав².

В.С. Белых отмечает, что внутрифирменные отношения неоднородны. К ним он относит отношения, складывающиеся по поводу правового статуса самого предприятия (организации), его структурных подразделений (цехов, отделов и др.); отношения принадлежности имущества структурным подразделениям предприятия, в том числе представительствам и филиалам; отношения между структурными подразделениями предприятия; внутрифирменные управленческие отношения; отношения, связанные с правовым статусом учредителей (участников); организация правовой работы на предприятии³.

Тем не менее в своей более поздней работе В.С. Белых назвал все эти отношения корпоративными отношениями. Причем он предлага-

¹ См.: *Кашанина Т.В.* Корпоративное право: Учебник. М.: Высш.шк., 2006. С. 66.

² См., например: *Степанов П.Т.* Корпоративные отношения в коммерческих организациях как составная часть предмета гражданского права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1994.

³ См.: *Белых В.С.* Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России: Монография. М.: ТК Велби. Проспект, 2005. С. 49-50.

ет разделить их на горизонтальные (имущественные, личные, неимущественные) и вертикальные (организационно-управленческие), а также внутрихозяйственные. И делает вывод, что рассматриваемые отношения не могут быть предметом гражданско-правового и административно-правового регулирования. По его мнению, здесь мы имеем дело с особой системой правовых норм и институтов – внутрикорпоративным правом¹. То правовое образование, которое в советский период именовалось внутрихозяйственным правом².

О том, какими нормами регулируются корпоративные отношения, мы еще поговорим.

На мой взгляд, нельзя отождествлять корпоративные и внутрипроизводственные отношения. Есть разнообразные отношения внутри юридического лица, среди этих отношений выделяются корпоративные отношения как их часть.

Кстати, не решен вопрос о названии этих отношений. Внутрипроизводственные, внутрихозяйственные, внутрифирменные – это все имеет отношение к коммерческим организациям. Но как быть с некоммерческими организациями, в которых тоже есть внутренние отношения?

Я пока не придумал названия для этих отношений. Как рабочие варианты предлагаю следующие названия: «внутриорганизационные», «отношения внутри юридического лица», «внутренние отношения в юридическом лице».

45.6. КОРПОРАТИВНЫЕ ОТНОШЕНИЯ

Выделение корпоративных отношений связано прежде всего с делением юридических лиц на корпорации и учреждения, широко распространенным в странах общего права.

Такое деление все более часто встречается и в континентальном праве, и в праве стран СНГ.

Ю.Г. Басин еще в 1999 г. писал: «В зависимости от характера прав учредителя на имущество образованных им юридических лиц (ст. 36 ГК) последние могут быть разделены на учреждаемые и самоучреждающиеся (за рубежом можно встретить деление на учреждения и корпорации). К первому виду относятся юридические лица, собственником имущества которых остается учредитель. Последний сохраняет свои качества субъекта права и может, будучи собственником имущества, управлять юридическим лицом средствами внешнего управления (административные приказы).

¹ См.: *Белых В.С.* О корпорации, корпоративных отношениях и корпоративном праве // *Бизнес, менеджмент и право.* 2006. №2. С. 58-59.

² См.: *Якушев В.С.* Правовое регулирование внутрихозяйственных отношений: Межвуз. сб. науч. трудов // *Вопросы совершенствования хозяйственного законодательства.* Вып. 68. Свердловск: УрГУ, 1978.

При создании же самоучреждающегося юридического лица его учредители входят в его состав, становятся его участниками. Они могут управлять деятельностью юридического лица лишь средствами внутреннего управления (решения общего собрания, правления, наблюдательного совета и т.п.)»¹.

Это деление в странах СНГ, и прежде всего в России, уже получает законодательное закрепление.

В проекте Закона РФ о внесении изменений в ГК РФ, а также в проекте Основ гражданского законодательства государств – членов ЕврАзЭС предусмотрено следующее положение:

«Юридические лица, учредители (участники) которых обладают правом на участие в управлении их деятельностью (право членства), являются корпоративными организациями (корпорациями). К ним относятся хозяйственные товарищества и общества, производственные и потребительские кооперативы, общественные организации граждан, ассоциации и союзы.

Юридические лица, учредители которых не становятся их участниками и не приобретают в них прав членства, являются унитарными организациями. К ним относятся государственные и муниципальные унитарные предприятия, фонды, учреждения, а также религиозные организации».

В соответствии с этим корпоративные отношения в этих проектах определяются как отношения, связанные с участием в корпоративных организациях или с управлением ими.

Эти положения нуждаются в определенной корректировке, но за основу их можно принять.

Таким образом, корпоративные отношения – это часть внутренних отношений юридического лица, существующие в корпоративных организациях и связанные с участием в корпоративных организациях или с управлением ими.

Правовая природа корпоративных отношений вызывает споры. Иногда пытаются отнести их к административным отношениям² или предпринимательским³.

Что касается отнесения корпоративных отношений к предпринимательским, то это простое сотрясение воздуха. Это не ответ на вопрос.

¹ См.: *Басин Ю.Г.* Юридические лица по гражданскому законодательству Республики Казахстан: Учеб. пособие. Изд. 2-е. Алматы: ВШП «Эділет», 2000. С. 26.

² В частности, утверждается, что отношения между корпорацией и ее членами строятся в соответствии с моделью власти – подчинения (См., например: *Петражицкий Л.И.* Акции. Биржевая игра и теория экономических кризисов. Т.1. СПб., 1911. С. 26; *Каминка А.И.* Очерки торгового права. М., 2002. С. 395-396; *Предпринимательское право: Учебник / Под ред. Е.П. Губина, П.Г. Лахно.* М., 2003. С. 50-51).

³ См., например: *Кашанина Т.В.* Корпоративное право: Учебник. М., 2006. С. 50-63; *Корпоративное право / Отв. ред. И.С. Шиткина.* М., 2007. С. 55-63.

Все равно после этого встает вопрос о правовой природе этих отношений. Какие они – горизонтальные или вертикальные? Гражданско-правовые или административно-правовые?

Это вообще характерно для хозяйственников: как только возникает что-то непонятное, оно объявляется хозяйственным или предпринимательским, и все, вопрос закрыт.

На мой взгляд, этот вопрос решается очень просто, на основе метода правового регулирования. Если между участниками существуют горизонтальные отношения, основанные на равенстве участников, то это гражданско-правовые отношения. Если между участниками существуют вертикальные отношения, основанные на методе власти – подчинения, то это административные правоотношения.

Отношения между учредителями (участниками) – однозначно гражданско-правовые. Отношения по управлению корпоративными организациями, на первый взгляд, относятся к административным, но это не так. Отношения между органами юридического лица и учредителями (участниками) трудно отнести к отношениям, основанным на власти – подчинении.

Корпоративные отношения – это гражданско-правовые отношения.

Далее вопрос заключается в том, какого рода эти отношения.

Высказаны различные точки зрения на правовую природу корпоративных отношений:

- 1) имущественные (Е.А. Суханов, А.Ю. Бушев, О.Ю. Скворцов, В.В. Долинская, Т.В. Кашанина, Д.В. Мурзин);
- 2) личные неимущественные (С.Н. Братусь, Е.Н. Гендзехадзе);
- 3) не личные, но имущественные (Д.В. Ломакин, В.А. Рахмилович, А.М. Эрделевский);
- 4) организационные (О.А. Красавчиков, И.Н. Шабунова, П.В. Степанов, А.В. Майфат);
- 5) самостоятельный вид правовых отношений (Д.В. Ломакин);
- 6) конгломерат отношений имущественных и неимущественных (В.А. Рахмилович, В.С. Ем., Н.В. Козлова).

Я не буду детально анализировать все эти точки зрения, просто выскажу свою.

При этом я исхожу из моих прежних утверждений, а именно: предметом гражданского права являются имущественные, личные и организационные отношения частного характера, основанные на началах юридического равенства¹.

¹ См.: Сулейменов М.К. Предмет, метод и система гражданского права: проблемы теории и практики // Предмет, метод и система гражданского права: Материалы междунар. научно-практ. конф. в рамках ежегод. цивилистических чтений, посвящ. году Германии в Казахстане. Алматы, 13-14 мая 2010 / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы: НИИ частного права КазГЮУ, ГТЦ, 2010. С. 29; *его же*: Право как система: Монография. Алматы: Юрид. фирма «Зангер», 2011. С. 111.

Поэтому корпоративные отношения нельзя рассматривать как нечто единое и единоличное. Они могут быть и имущественными, и неимущественными, и организационными. Проблема их разграничения остается, но эта проблема не главная и не решающая.

Единственное, что я могу сказать в рамках этой работы, – что отношения между участниками – это не обязательство. Я уже писал применительно к договору о совместной деятельности, что между его участниками возникают отношения не обязательственные, а вещные относительные правоотношения общей собственности¹. В соответствии с этой концепцией в Гражданском кодексе договор о совместной деятельности был помещен не в раздел об отдельных видах обязательств, как в России, а в раздел о вещных правах, вслед за главой об общей собственности.

Договор о совместной деятельности и учредительный договор имеют много общего. Это многосторонние договоры, направленные на достижение общей цели. В первом случае – это создание или эксплуатация объекта общей собственности, во втором – создание и эксплуатация юридического лица, основанного на членстве (корпорация).

Корпоративные отношения – это не обязательства, а относительные отношения (имущественные, неимущественные, организационные).

Гражданские правоотношения могут возникать только между субъектами гражданского права, в качестве которых выступают граждане и юридические лица. Поэтому к гражданским правоотношениям могут быть отнесены отношения между учредителями (участниками) – гражданами и юридическими лицами, а также отношения учредителей с органами управления, которые выступают от имени корпорации – юридического лица.

Корпоративные отношения основаны на равенстве их участников и являются гражданско-правовыми.

Корпоративные отношения применяются к отношениям во всех корпоративных организациях, хотя некоторые отождествляют корпоративные отношения и акционерные отношения².

Между тем их надо рассматривать как род и вид.

Встречаются в литературе и точки зрения, выводящие корпоративные отношения за рамки корпорации. Например, И.С. Шиткина

¹ См., например: Правоотношения производственных объединений и предприятий в сфере хозяйственного оборота. Алматы: Наука, 1985. С. 63-73; Собрание сочинений: В 9 томах. Т.5. С. 98-106; Правовое положение межхозяйственных предприятий. Алма-Ата: Наука, 1987. С. 80-86; Собрание сочинений: В 9 томах. Т.1. С. 386-390.

² См.: Макарова О.А. Корпоративное право: Учебник. М., 2005; Карагузов Ф.С. Основы корпоративного права и корпоративное законодательство Республики Казахстан. Изд. второе. Алматы: Бастау, 2011. С. 27-29, 65.

выделяет корпоративные отношения в узком смысле как внутренние отношения в корпорации, и в широком смысле как отношения, возникающие в связи с предпринимательской деятельностью корпорации как юридического лица¹.

Ф.С. Карагусов вполне обоснованно относит корпоративные отношения к гражданско-правовым. Далее, он тоже в общем правильно, пишет, что функционирование корпораций обуславливается также и нормами публичного права, которые регулируют государственную регистрацию АО и акций, ограничивают договорную свободу корпораций и их акционеров по вопросам регистрации и прекращения деятельности и т.п.

Однако затем он неожиданно делает вывод, что корпоративные отношения вовлекают в свою орбиту не только АО (их органы, должностных лиц), но и таких субъектов, как: а) государственные органы, регистрирующие корпорации, допускающие к обращению их ценные бумаги и т.п.; б) другие юридические лица, участвующие в процессе реорганизации корпораций; в) потенциальные инвесторы; г) профессиональные участники рынка ценных бумаг².

На основе чего Ф.С. Карагусов делает такой вывод, непонятно.

Если говорить о государственных органах, то с таким же успехом можно объявить субъектом, например, отношений по сделкам с недвижимостью органы регистрации, так как без их действий совершение сделки невозможно. То же можно сказать об органах лицензирования, квотирования и т.п. Гражданско-правовые отношения часто возникают, изменяются и прекращаются при обязательном участии государственных органов. Но это никаким образом не смешивает отношения с этими органами и гражданско-правовые отношения.

Конечно, можно их объединить в рамках предпринимательского права, но и при этом отношения госоргана с корпорацией будут не корпоративными, а административными. Если так уж хочется Ф.С. Карагусову объединить их с корпоративными, пусть назовет их: «публичные отношения, связанные с корпоративными».

Что касается других юридических лиц и потенциальных инвесторов, то эти отношения никак не могут быть корпоративными, иначе корпоративные отношения становятся безбрежными и теряют всякий смысл. А если потенциальный инвестор нацелится купить унитарную организацию, он что – становится субъектом унитарных отношений?

¹ См.: Корпоративное право / Отв. ред. И.С. Шиткина. М.: Волтерс Клувер, 2008. С. 18-19.

² См.: *Карагусов Ф.С.* Основы корпоративного права и корпоративное законодательство Республики Казахстан. Изд. второе. Алматы: Бастау, 2011. С. 68-69.

45.7. ВНУТРИУПРАВЛЕНЧЕСКИЕ ОТНОШЕНИЯ

Отличные от корпоративных отношения возникают в унитарных организациях, где нет членства.

Во внутренних отношениях унитарного юридического лица нет субъектов гражданского права, они не могут быть гражданско-правовыми. То же самое можно сказать о внутренних отношениях (кроме кооперативных) в самой кооперативной организации.

Какова правовая природа отношений?

Во-первых, в числе внутренних отношений необходимо выделить трудовые отношения. Эти отношения возникают между организацией как юридическим лицом и работником по трудовому договору и регулируются трудовым правом.

Во-вторых, остальные отношения представляют собой отношения по некорпоративному управлению. Это отношения органов юридического лица со структурными подразделениями юридического лица, в том числе находящимися вне места расположения юридического лица – филиалами и представительствами.

Есть три варианта решения проблемы определения правовой природы этих отношений.

Первый. Признать их предпринимательскими. Как я уже говорил выше, это не решение проблемы, а ее замазывание. Обозвать отношения предпринимательскими и на этом остановиться – это значит ничего не сказать. Надо исходить из того, что предпринимательское право (в широком понимании) – это вторичная структура, комплексная отрасль. Образно говоря, – это наклейка, нашлепка на основные отрасли права. И пока мы не узнаем, какая основная отрасль права скрывается под той или иной частью этой нашлепки, правовая природа отношений не будет выявлена.

А так можно придумать все что угодно, что «хозяйственники» и делают. Например, назовут внутренние отношения внутривладельческими¹ и начнут расписывать товарно-денежные отношения между цехами. В советское время все это можно было обосновать такими понятиями, как хозрасчет, цеховой хозрасчет, бригадный подряд, план цеха, план бригады, план станка, встречные обязательства и т.п. Сейчас вся эта идеологическая шелуха слетела, и что осталось? А ничего не осталось, один пшик.

Какие-то товарные, тем более правовые отношения между цехами – это полный бред. Все отношения между цехами или определены технологическим процессом, или идут через администрацию предприятия.

В.С. Белых пишет, что внутрифирменные отношения неоднородны, и перечисляет хаотичный набор этих отношений, включая

¹ См.: *Танчук И.А., Ефимочкин В.П., Абова Т.Е.* Хозяйственные обязательства. М.: Юрид. лит., 1970.

почему-то правовую работу на предприятии¹. А как быть с экономической работой? Или инженерной?

Таких примеров можно привести много.

Второй. В силу того, что эти отношения связаны с управлением, объявить их административно-правовыми. Такой подход был распространен в советской цивилистической литературе².

В общем, основания для этого есть. В отличие от гражданского, административное право может регулировать не только отношения с участием граждан и юридических лиц, но и внутриорганизационные отношения, в частности внутри государственного органа³.

Сомнения в правильности этой позиции вызывает тот факт, что административное право регулирует отношения по государственному управлению и речь идет о внутренних отношениях в государственном органе, так что распространять это регулирование на внутренние отношения в юридическом лице не совсем логично.

И, наконец, третий. Предлагается вывести эти отношения из сферы правового регулирования.

Эта идея высказывалась в свое время ведущими советскими цивилистами. Так, О.С. Иоффе не признавал правовой характер внутрипроизводственных отношений⁴.

С.Н. Братусь считал, что проблема внутризаводского хозрасчета – это скорее организационно-техническая, чем юридическая проблема⁵.

Представляется, что локальные нормативные акты (приказы директора, решения органов управления, не связанные с корпоративным управлением, и т.п.) не входят в число нормативных правовых актов.

Этот вывод легко доказывается, если мы обратимся к литературе по общей теории права. К сожалению, цивилисты это делают не очень часто, что является порой причиной ярых, но бессмысленных споров.

Это напрямую касается и спора об определении правовой природы внутренних отношений в юридическом лице.

¹ См.: *Белых В.С.* Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России. М.: Проспект, 2005. С. 49-50.

² См., например: *Собчак А.А.* Внутрипроизводственный хозрасчет в промышленности. Правовые вопросы. М.: Юрид. лит., 1972. С. 25-28; *Жамбаева Е.М.* Структурные подразделения государственных предприятий и учреждений как субъекты административного права.: Дис... канд. юрид. наук. Свердловск, 1984. С. 7.

³ См.: *Административное право: Учебный курс / Под ред. Р.А. Подопригоры.* Алматы: Налоговый эксперт, 2010. С. 59-61.

⁴ См.: *Иоффе О.С.* Правовые проблемы народного хозяйства СССР. Государство и право развитого социализма в СССР. Л.: Изд. ЛГУ, 1977. С. 166-171.

⁵ См.: *Братусь С.Н.* Юридические лица в советском гражданском праве. М.: Юрийдиздат, 1947. Примечание к стр. 291.

Еще в советское время среди социальных норм выделялись, наряду с правом, моралью и т.п., нормы общественных и корпоративных организаций как неправовые социальные нормы¹.

В наше время такой подход отстаивается некоторыми теоретиками. Например, В.М. Сырых к корпоративным неправовым нормам относит только нормы общественных организаций, политических партий, закрепленные их уставами. Но из корпоративных норм он исключает положения, содержащиеся в уставах предприятий, коммерческих и иных хозяйственных организаций. По его мнению, «...уставы предприятий, коммерческих и иных организаций представляют собой разновидность нормативно-правовых актов, порождающих конкретные юридические права и обязанности и защищаемых от нарушений органами государства»².

Я не понимаю, какую разницу видит В.М. Сырых между общественной организацией и коммерческой организацией (например, АО или ТОО) и почему приведенная цитата неприменима к общественной организации?

Однако большинство теоретиков применяют понятие «корпоративные нормы» ко всем организациям, не только к общественным.

Например, А.Б. Венгеров выделяет следующие социальные нормативные регуляторы: правовой, моральный, групповой (корпоративный – нормы организаций и объединений), юридико-технический, нормативно-технический, обычай, иные³.

Р.А. Ромашов, П.А. Оль и В.М. Реуф выделяют следующие виды социальных норм: правовые, моральные, религиозные, нормы обычаев, традиций, семейные нормы, корпоративные (нормы организаций и объединений), эстетические нормы, правила этикета, корректности, приличия, обрядов и ритуалов⁴.

В.В. Лазарев и С.В. Липень под корпоративными нормами (нормами организаций) понимают правила поведения, издаваемые организациями или сложившиеся в организации и распространяющиеся на их членов⁵.

С.Г. Дробязко и В.С. Козлов пишут, что корпоративные нормы – это нормы, регулирующие отношения между членами политических партий, других общественных объединений, а также между

¹ См., например: Общая теория советского права / Под ред. С.Н. Братуся и И.С. Самошенко. М.: Юрид. лит., 1966. С. 113-120 (автор главы – О.Е. Лейст).

² См.: *Сырых В.М.* Теория государства и права: Учебник для вузов. 3-е изд. М.: ЗАО Юстицинформ, 2007. С. 99, 101.

³ См.: *Венгеров А.Б.* Теория государства и права: Учебник для юрид. вузов. 3-е изд. М.: Юриспруденция, 1999. С. 303.

⁴ См.: 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.

⁵ См.: *Лазарев В.В., Липень С.В.* Теория государства и права: Учебник для вузов. 2-изд. М.: Спарк, 2000. С. 178.

членами кооперативных и иных организаций, преследующих коммерческие цели¹.

Как пишет В.Д. Попков, значительную группу социальных норм составляют корпоративные нормы, установления, принятые в общественных организациях, трудовых коллективах, учебных заведениях, предпринимательских союзах и т.д. (например, устав МГУ им. М.В. Ломоносова)².

Таким образом, несмотря на различия во взглядах, почти все теоретики выделяют среди социальных норм «корпоративные нормы», которые регулируют отношения внутри юридического лица и которые не являются правовыми нормами. Отличие их от правовых норм в том, что они регулируют отношения внутри организации, создаются самой организацией и не являются нормами, создаваемыми или санкционируемыми государством.

Следует иметь в виду, что в теории права понятие «корпоративные нормы» понимается несколько иначе, чем в цивилистике, и включает в себя нормы, регулирующие внутренние отношения не только в корпорациях, но и во всех юридических лицах.

Это то, что я называю: «нормы, регулирующие внутренние отношения в юридических лицах».

Если из этих норм вычленим правовые нормы (корпоративные и трудовые), то в остатке мы будем иметь социальные нормы, не входящие в систему правовых норм, а представляющие собой самостоятельный вид социальных норм.

Таким образом, внутренние отношения в юридическом лице можно разделить на три вида:

- 1) корпоративные отношения (регулируются гражданским правом);
- 2) трудовые отношения (регулируются трудовым правом);
- 3) отношения, связанные с некорпоративным управлением или внутриуправленческие отношения (регулируются нормативной неправовой системой локального нормотворчества).

¹ См.: Дробязко С.Г., Козлов В.С. Общая теория права: Учеб. пособие для вузов. М.: Амафья, 2005. С. 168.

² См.: Общая теория государства и права. Академический курс: В 2-х томах / Под ред. М.Н. Марченко. Том 2: Теория права. М.: Зерцало, 1988. С. 70.

Глава 46. ХОЗЯЙСТВЕННЫЙ (ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКИЙ) КОДЕКС: УЛУЧШЕНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЙ СИСТЕМЫ ИЛИ ЕЕ РАЗВАЛ?

46.1. ЕЩЕ РАЗ О КОНЦЕПЦИИ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

С удивлением и большим огорчением я узнал в 2011 г., что в нашем государстве опять курсирует идея разработки хозяйственного (предпринимательского) кодекса. Сколько сил было затрачено цивилистами, чтобы справиться с этой заразной болезнью, которая именуется «хозяйственное право» и которая имела обоснование в планово-распределительной системе, но которая противоречит принципам рыночной экономики, создаваемой в Казахстане.

В 2007 г. НИИ частного права провел очередную международную научно-теоретическую конференцию в рамках ежегодных цивилистических чтений на тему «Гражданское право в системе права». На конференции с докладом «Проблемы внутренней дифференциации частного права» выступил профессор Бременского университета Рольф Книпер, который высказал мнение о нецелесообразности принятия хозяйственного (предпринимательского, торгового) кодекса. На этот доклад неожиданно откликнулся один из апологетов хозяйственного права академик АН Украины В.К. Мамутов, который в основном пытался дать негативную, с переходом на оскорбления (это обычный стиль ведения дискуссии хозяйственниками) оценку личности проф. Р. Книпера. Я поместил письмо В.К. Мамутова и его статью в сборник материалов конференции, но предположил этому комментарий редактора¹. В этом комментарии я отметил, что «для казахстанских цивилистов концепция хозяйственного права в том виде, в котором она была сформулирована академиком В.В. Лаптевым и В.К. Мамутовым, еще в советское время представлялась глубоко ошибочной, а в современную эпоху и вовсе неприглядной. Поэтому мы этой концепции, честно говоря, особого внимания не уделяем, это пройденный этап». Поэтому я написал, что «я не считаю нужным как-то комментировать положения статьи В.К. Мамутова. Все это мы давным-давно слышали, причем нередко в тех же выражениях. Я повторяю: подробное рассмотрение аргументов сторонников хозяйственного права для казахстанской цивилистики – давно пройденный этап».

¹ Гражданское право в системе права: Материалы междунар. научно-практ. конференции в рамках ежегодных цивилистических чтений. Алматы. 17-18 мая 2007 г. / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы: НИИ частного права КазГЮУ, 2007.

Таким образом, я три года назад, да и до недавнего времени был искренне убежден, что проблема хозяйственного права и Хозяйственного кодекса для Казахстана закрыта. Именно поэтому я был огорчен, что приходится опять возвращаться к этой опостылевшей за 40 лет теме.

Приходится опять говорить о понятии хозяйственного (предпринимательского) права.

Во время проведения 29–30 сентября 2011 г. международной научно-практической конференции в Алматы мною была озвучена информация о том, что в Казахстане возникла идея принятия Предпринимательского кодекса. Эта идея вызвала искреннее и активное неприятие участниками конференции, в том числе иностранных гостей из России, Украины, Германии, Польши, Грузии, Таджикистана, Узбекистана и других стран.

Почти все выступающие подвергли жесткой критике концепцию Предпринимательского кодекса, особенно представители Украины, где уже имеется весьма отрицательный опыт принятия Хозяйственного кодекса. В частности, отрицательное отношение к Предпринимательскому кодексу высказали такие известные ученые и практики, как Советник Президента РФ проф. В.Ф. Яковлев, зампреда Высшего Арбитражного Суда РФ проф. В.В. Витрянский, академик Академии правовых наук Украины проф. Н.С. Кузнецова, профессор Бременского университета Р. Книпер, профессор Тбилисского и Кильского университетов экс-председатель Верховного суда Грузии Л.Л. Чантурия, профессор Таджикского государственного университета Ш.М. Менглиев, Председатель Польской ассоциации арбитража и медиации Влодзимерж Брых, зав. кафедрой гражданского права Санкт-Петербургского гос. университета проф. Н.Ю. Рассказова, зав. сектором гражданского права, гражданского процесса и арбитражного процесса Института государства и права РАН проф. Т.Е. Абова и другие.

Многие высказали мысль принять Научные рекомендации конференции с критикой идеи Предпринимательского кодекса, но мы решили этого не делать во избежание излишней политизации научной конференции.

Однако после того как появился второй вариант Концепции проекта Предпринимательского кодекса РК, была высказана идея подготовить сборник статей, чтобы все желающие, в том числе и участники конференции, могли поделиться своими мыслями о Предпринимательском кодексе и отношении к нему в различных странах.

Эта идея мгновенно нашла своих сторонников и стала обрастать участниками, предложениями, спонсорами и т.п. В результате родилась книга¹.

¹ См.: Предпринимательский кодекс как орудие развала правовой системы Казахстана: Сб. статей / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы, 2011. 228 с.

В книге приведены два варианта Концепции проекта Предпринимательского кодекса РК, открытое письмо НИИ частного права о Концепции и ряд статей, детально анализирующих идею Предпринимательского кодекса.

Из этого ряда следует выделить статьи ведущих российских ученых Яковлева В.Ф., Маковского А.Л., Суханова Е.А., Пискова И.П. Еще раз о предпринимательском праве; Иоффе О.С. О хозяйственном праве (теория и практика); Кузнецовой Н.С. Еще раз к вопросу о систематизации хозяйственного (предпринимательского) законодательства: мифы и реальности Хозяйственного кодекса Украины; Рольфа Книпера. Скептические замечания по поводу необходимости разработки хозяйственного кодекса; Ладо Чантурия. 10 аргументов против Предпринимательского кодекса. Были помещены также статьи казахстанских ученых и практиков (Ильясовой К.М., Мороз С.П., Киздарбековой А.С., Братуся Д.А., Нуртаевой Г.Л.).

Собственно, Концепция Предпринимательского кодекса сама себя изживает. Я не буду говорить о теоретических слабостях концепции, они достаточно хорошо раскрыты в книге. Я хочу сказать о практическом выходе концепции, то есть о ликвидации множества законов и включении их норм в Предпринимательский кодекс.

Я лично знаком почти со всеми представителями концепции так называемого хозяйственного права, в том числе с академиками В.В. Лаптевым и В.К. Мамутовым, я воочию видел, как зарождалась школа хозяйственного права в советское время, так как был в то время (в 1963 г.) аспирантом Института государства и права АН СССР. Мой друг по аспирантуре Тофик Гандилов из Азербайджана пошел в «хозяйственники» к В.В. Лаптеву, а я – в цивилисты к Р.О. Халфиной, одной из наиболее яростных критиков хозяйственного права.

И всегда хозяйственники обманывали предпринимателей, что Предпринимательский кодекс освободит их от необходимости искать разрозненные нормативные акты, поскольку все нормы о предпринимательстве будут собраны в одном месте. Это, конечно, невозможно, что прекрасно демонстрирует действующий Хозяйственный кодекс Украины (насквозь отсылочный) и проект Предпринимательского кодекса Российской Федерации (точно такой же).

Эту сказку о едином законодательном акте я опять услышал на заседании Совета по правовой политике при Президенте РК, где обсуждалась Концепция проекта Предпринимательского кодекса. Я сказал на заседании, что если объединить все законы в одном кодексе, это будет даже не 40 тыс., а 400 тыс. статей. И получил ответ: пусть будет 400 тыс., зато предприниматель сможет все найти в одной многотомной книге.

Поначалу так и задумывалось. В первом варианте Концепции планировалось поставить на утрату 47 законов. Но посмотрите второй вариант Концепции! Вроде те же законы, но на утрату ставится только 20. Зато появился 51 Закон, которые предполагается сохранить, но внести в них изменения и дополнения.

Я удивляюсь, почему только 51? Можно было набрать и 100, и больше. Например, назван Гражданский процессуальный кодекс, но можно было включить и Уголовно-процессуальный (рассмотрение уголовных дел, связанных с предпринимательством). Назван Кодекс об административных правонарушениях, но почему нет Уголовного кодекса, там ведь тоже есть преступления, связанные с осуществлением предпринимательской деятельности?

И какие изменения туда собираются вносить? Деление отношений на имущественные, управленческие и корпоративные? Или включить везде ссылку на Предпринимательский кодекс и заявить, что изменения внесены?

Ясно, что серьезных изменений внесено быть не может. Внесение изменений в закон – это не сиюминутное дело, а долгий утомительный процесс. Возьмем, к примеру, Закон «Об архитектурной, градостроительной и строительной деятельности», в который авторы Концепции намереваются внести изменения.

В течение 2011 года НИИ частного права совместно с юридической фирмой «Зангер» занимался по заказу Комитета по строительству анализом законодательных актов в сфере строительства и подготовкой предложений по их совершенствованию. В этой сфере действует более 10 законов, сотни постановлений Правительства и около 2 тыс. нормативно-технических документов. Мы выполнили заказ ценою затрат громадного количества усилий и времени и смогли сформулировать только основные направления совершенствования.

И это только один закон!

Все перечисленные в Концепции законы настолько специфичны и разноплановы, что пытаться вносить в них изменения гуртом – это не что иное, как профанация законотворческой деятельности.

Я хочу назвать еще один закон, который считаю самым слабым местом, ахиллесовой пятой Концепции. Это – Закон «О государственном имуществе».

В первом варианте Концепции этот закон вообще не значится, во втором варианте он скромненько упомянут последним в числе законов, подлежащих изменению. Между тем это закон, который в первую очередь подлежит включению в Предпринимательский кодекс!

В Концепции много говорится об участии государства в имущественных отношениях, государственной собственности, приватизации, государственных предприятиях и т.п. Гражданский кодекс

упрекают в том, что он ничего не говорит о национальных компаниях, правовом регулировании государством деятельности значительной части рыночной экономики и др.

Но ведь это все есть в Законе «О государственном имуществе». Казалось бы, бери его и включай целиком в Предпринимательский кодекс. Нет, не берут. Почему?

Мы (цивилисты!) писали проект Закона «О государственном имуществе» три года, потом его принимали в течение года, наконец, приняли 1 марта 2011 года. Это классический комплексный законодательный акт, который написан по модели Гражданского кодекса, но в то же время содержит административно-правовые нормы. То есть это наиболее эффективный и целесообразный путь совершенствования законодательства о предпринимательстве.

Разработчики Концепции не трогают этот Закон, потому что, во-первых, он сложно структурирован и не влезет целиком в Предпринимательский кодекс, и, во-вторых, они прекрасно понимают, что никто не даст им отменить Закон, только что принятый с такими большими усилиями.

Да и эти 20 законов, которые предлагалось поставить на утра-ту, оказывается, в Предпринимательский кодекс не войдут. Как указывается в Концепции, в Кодекс будут включены только общие положения о банковской деятельности, о государственном контроле и надзоре, о транспорте и т.д., а специальные законы останутся.

В общем, как говорится, замах на рубль, удар на копейку.

Меня все это время мучает вопрос: зачем? Зачем ломать сложившуюся систему, если поставленные цели оказываются недостижимыми, а последствия – непредсказуемыми?

Ответа я не нахожу.

46.2. НУЖЕН ЛИ НАМ СЕЙЧАС ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКИЙ КОДЕКС?

В период становления правовой системы Казахстана и в дальнейшем, особенно в период разработки проекта Гражданского кодекса, в различных высказываниях научных и практических работников проводилась мысль о необходимости издания наряду с Гражданским кодексом также и Хозяйственного кодекса. Высказывания подобного рода появились много десятилетий тому назад – в период полного господства централизованного приказного управления хозяйством – и были направлены на оправдание и укрепление этой системы. Авторы идеи создания наряду с Гражданским Хозяйственного кодекса доказывали, что экономика страны должна строиться не на отношениях равенства и взаимозависимости хозяйствующих субъектов, регулируемых гражданским правом, а на отноше-

ниях подчинения хозяйствующих субъектов спускаемым сверху указаниям и плановым заданиям. Поэтому Гражданскому кодексу отводилась лишь область отношений с участием граждан, а вся остальная экономическая сфера должна была регулироваться придуманным авторами Хозяйственным кодексом, проекты которого активно готовились. Но прежняя экономическая система рухнула, и почва для подготовки Хозяйственного кодекса, противопоставляемого Гражданскому, исчезла.

Однако и сейчас выдвигаются иногда предложения о дуалистической правовой системе регулирования экономических отношений, то есть о подготовке наряду с Гражданским кодексом параллельного ему хозяйственного (или торгового, или коммерческого) кодекса. В Казахстане эту идею пытались реализовать некоторые зарубежные правовые консультанты-советники. Они при этом ссылались на существование во многих странах наряду с гражданским также торговых кодексов. В частности, такую концепцию пытался внедрить в Казахстане американский юрист Кристофер Осакве, который был одно время советником вице-премьера РК Н.А. Шайкенова. Нам с проф. Ю.Г. Басиным с трудом удалось отвергнуть эту идею.

Подобного рода рассуждения явно не учитывают характера современных экономических связей, узкий и подчиненный Гражданскому кодексу характер зарубежных торговых кодексов. Идея торгового кодекса не нашла поддержки ни в одной из республик СНГ, за исключением Украины, где после развала СССР осталась очень сильная школа хозяйственного права во главе с академиком В.К. Мамутовым, где были приняты в один день Гражданский кодекс и Хозяйственный кодекс (16 января 2003 г.).

Подобная идея связана с концепцией предпринимательского права и различным пониманием его места в системе права.

В Казахстане первая концепция (хозяйственного права) никогда успехом не пользовалась. Казахские цивилисты (особенно проф. Ю.Г. Басин) вели бескомпромиссную борьбу со сторонниками концепции хозяйственного права. Широкое хождение имела вторая концепция (как часть гражданского права). В то же время уже много лет разрабатывается под моим руководством концепция предпринимательского права как комплексной отрасли права.

Однако теория комплексных отраслей также отвергает необходимость и целесообразность создания наряду с гражданским предпринимательского или хозяйственного кодекса. Кодекс, на наш взгляд, может регулировать только однородные отношения, причем кодекс предполагает наличие общей и особенной частей. Какая общая часть может быть выделена в хозяйственном кодексе? Практически это те же положения, которые уже закреплены в Гражданском кодексе, только, возможно, под другим названием.

Следует отметить, что представители хозяйственного права, которые разделяют точку зрения о его комплексном характере (так называемые «умеренные хозяйственники»), тоже отрицательно относятся к идее хозяйственного кодекса.

В частности, В.С. Белых пишет: «Считаем, что издание торгового (равно коммерческого, предпринимательского или хозяйственного) кодекса в России пока нецелесообразно. Дуализм правового регулирования экономики приведет к серьезной проблеме разграничения сферы действия гражданского и торгового (предпринимательского и др.) права. К такому же выводу можно прийти, анализируя нормы (правила) проектов хозяйственного (предпринимательского) кодекса, основ хозяйственного законодательства, разработанных учеными – представителями концепции хозяйственного права России, а также действующего Хозяйственного кодекса Украины.

Бряд ли стоит впасть в крайности научной эйфории и идеализировать факт принятия Хозяйственного кодекса Украины. Мы не считаем, что с его принятием проблем правового регулирования предпринимательства стало меньше. И главная из них – разграничение сферы действия ГК и Хозяйственного кодекса Украины»¹.

Поскольку сторонники принятия предпринимательского кодекса часто ссылаются на опыт Украины, необходимо проанализировать содержание Хозяйственного кодекса Украины и его соотношение с Гражданским кодексом Украины.

Как отмечает хозяйственник В.С. Белых, наличие проблем с правовым регулированием предпринимательства и после принятия Хозяйственного кодекса признает и главный идеолог Хозяйственного кодекса Украины академик В.К. Мамутов².

Сокрушительной критике подверг Хозяйственный кодекс Украины (ХКУ) О.С. Иоффе³. Он проанализировал ХКУ и обнаружил, что в его основе лежит все та же концепция хозяйственного права В.В. Лаптева и В.К. Мамутова, но только измененная с точностью наоборот.

Невнятно описан предмет регулирования хозяйственного права. К субъектам хозяйственного права отнесены граждане, хотя раньше это был решающий признак отграничения его от гражданского права. Непонятно, чем хозяйственная правосубъектность отличается от гражданской, и зачем она нужна, если она полностью растворяется в гражданской правосубъектности? Кодекс нашпигован де-

¹ См.: *Белых В.С.* Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России: Монография. М.: Т.К. Велби, Проспект, 2005. С. 114-115.

² Развитие хозяйственного законодательства и хозяйственно-правовой мысли в суверенной Украине: Научн. доклад. Ин-т экономико-правовых исследований НАН Украины. Донецк, 2004. С. 28-35.

³ О хозяйственном праве (теория и практика) // *Гражданское законодательство: Статьи. Комментарии. Практика.* Вып. 20. Алматы: Юрист, 2004. С. 46-54.

кларативными фразами, которые хороши в учебнике, но очень опасны в кодексе, который должен содержать конкретные нормы права, а не декларативные лозунги.

Но самое главное – это обязательства. По идее, если говорить о торговом кодексе, основным его содержанием должны были стать договорные обязательства, и поэтому сразу встает вопрос о соотношении торгового кодекса с соответствующим разделом ГК.

Как же решен этот вопрос в ХКУ? В него включена норма (часть 2 п. 1 ст. 175), где признается, что «имущественные обязательства, возникающие между участниками хозяйственных отношений, регулируются Гражданским кодексом Украины с учетом особенностей, предусмотренных настоящим Кодексом».

Как пишет О.С. Иоффе, «это уже не уступка. Это капитуляция. Ничто так подробно не представлено из гражданско-правовых институтов в ХК, как хозяйственные обязательства и хозяйственные договоры. Главные аргументы против хозяйственного права цивилисты почерпнули оттуда. Теперь эти обязательства возвращены гражданскому праву, так сказать по принадлежности».

Основной итог рассуждений О.С. Иоффе заключается в том, чтобы «показать отсутствие всякой нужды в издании ХК, наряду с ГК, несмотря на то, что во многих случаях они должны применяться параллельно, а иногда ХК вовсе не выступает как регулятор своих отношений».

Для более подробного анализа ХКУ и последствий его принятия я воспользуюсь исследованием, которое провел молдавский ученый А.В. Каленик.

Хозяйственный кодекс Украины состоит из более чем 400 статей, которые распределены в следующих разделах.

1. Основные принципы хозяйственной деятельности.
2. Субъекты хозяйствования.
3. Имущественная основа хозяйствования.
4. Хозяйственные обязательства.
5. Ответственность за правонарушения в сфере хозяйствования.
6. Особенности правового регулирования в отдельных отраслях хозяйствования.
7. Внешнеэкономическая деятельность.
8. Специальные режимы хозяйствования.
9. Заключительные положения.

В результате ознакомления с содержанием ХКУ напрашивается практически неоспоримый вывод о том, что данный кодекс – это не что иное, как возведенная в ранг закона теория (наука) предпринимательского (хозяйственного) права. Кроме того, Хозяйственный кодекс изобилует пространными декларациями, описательными нормами, различными дефинициями, социально-политическими и политэкономическими установками и т.д. При этом регулятивное

значение имеет от силы половина статей украинского Хозяйственного кодекса.

Например, среди деклараций и дефиниций представляют особый интерес следующие выдержки из текста ХКУ: «Субъекты хозяйствования и другие участники отношений в сфере хозяйствования осуществляют свою деятельность в пределах установленного правового хозяйственного порядка, соблюдая требования законодательства»¹; «Экономическая стратегия – избранный государством курс экономической политики, рассчитанный на длительную перспективу и направленный на решение крупномасштабных экономических и социальных задач, задач культурного развития...»²; «Экономическая тактика – совокупность ближайших целей, задач, средств и способов их достижения для реализации стратегического курса экономической политики в конкретных условиях»³; «Прибыль (доход) субъекта хозяйствования является показателем финансовых результатов его хозяйственной деятельности, которая определяется путем уменьшения суммы валового дохода субъекта хозяйствования за определенный период на сумму валовых расходов и сумму амортизационных начислений»⁴ и т.д.

Масса статей украинского Хозяйственного кодекса, будучи декларативными и описательными, имеют отсылочный характер. Например: «Отношения, связанные с лицензированием определенных видов хозяйственной деятельности, регулируются законом»⁵.

«Порядок патентования определенных видов предпринимательской деятельности устанавливается законом»⁶; «Основания и порядок применения средств государственной поддержки субъектов хозяйствования определяются законом»⁷; «Монопольным явлением является положение субъекта хозяйствования, доля которого на рынке определенного товара превышает размер, установленный законом»⁸ и т.д.

Возникает закономерный вопрос, если в Хозяйственном кодексе столько отсылочных норм, то какие отношения он регулирует непосредственно?

Наконец ХКУ вводит использование многих ранее неизвестных юридических терминов, напрямую заимствованных из понятийного аппарата науки предпринимательского (хозяйственного) права: сфера хозяйствования, хозяйственные отношения (хозяйственно-производственные, организационно-хозяйственные и внутрихозяй-

¹ ч. 3 ст. 5 ХКУ.

² ч. 2 ст. 9 ХКУ.

³ ч. 3 ст. 9 ХКУ.

⁴ ч. 1 ст. 142 ХКУ.

⁵ ч. 3 ст. 14 ХКУ.

⁶ ч. 4 ст. 14 ХКУ.

⁷ ч. 3 ст. 16 ХКУ.

⁸ ч. 2 ст. 27 ХКУ.

ственные отношения), хозяйственная компетенция, правовой хозяйственный порядок и т.д.

Но наиболее парадоксальным выглядит урегулированное Хозяйственным кодексом соотношение его норм с нормами Гражданского кодекса Украины, который также был принят 16 января 2003 г. и введен в действие с 1 января 2004 г.

С одной стороны, согласно ст. ст. 4, 7 ХКУ при правовом регулировании отношений по осуществлению хозяйственной деятельности Хозяйственный кодекс имеет приоритет перед иными нормативными актами, и прежде всего перед Гражданским кодексом (например, ст. 7 ХКУ: отношения в сфере хозяйствования регулируются Конституцией Украины, настоящим кодексом, законами Украины, нормативно-правовыми актами Президента, а также иными нормативными актами). В то же время согласно ч. 1 ст. 4 ХКУ имущественные и личные неимущественные отношения, регулируемые Гражданским кодексом Украины, не входят в предмет регулирования Хозяйственного кодекса. Это значит, что к хозяйственным отношениям прежде всего применимы именно нормы Хозяйственного кодекса, а нормы Гражданского кодекса и иных законов к имущественным и личным неимущественным отношениям между предпринимателями или с их участием либо неприменимы, либо могут применяться лишь субсидиарно, т.е. дополнительно.

Однако при регулировании хозяйственных обязательств и договоров нормы Хозяйственного кодекса Украины в целом воспроизводят нормы Гражданского кодекса о гражданско-правовых обязательствах и договорах, а также напрямую отсылают к конкретным положениям Гражданского кодекса. Например:

– согласно ч. 7 ст. 179 ХКУ хозяйственные договоры заключаются по правилам, установленным Гражданским кодексом Украины с учетом особенностей, предусмотренных Хозяйственным кодексом;

– согласно ч. 5 ст. 182 ХКУ отношения по заключению предварительных договоров регулируются Гражданским кодексом Украины с учетом особенностей, предусмотренных Хозяйственным кодексом;

– согласно абз. 2 части 1 ст. 193 ХКУ к выполнению хозяйственных договоров применяются соответствующие положения Гражданского кодекса с учетом особенностей, предусмотренных Хозяйственным кодексом;

– согласно абз. 2 ч. 1 ст. 199 ХКУ к отношениям по обеспечению выполнения обязательств участников хозяйственных отношений применяются соответствующие положения Гражданского кодекса;

– согласно ч. 3 ст. 202 ХКУ к отношениям по прекращению хозяйственных обязательств применяются соответствующие положе-

ния Гражданского кодекса с учетом особенностей, предусмотренных Хозяйственным кодексом.

В итоге получается, что нормы общей части украинского Хозяйственного кодекса при регулировании хозяйственных отношений имеют приоритет перед нормами Гражданского кодекса, а в регулировании Хозяйственным кодексом обязательственных и договорных хозяйственных отношений – наоборот, приоритет имеют нормы Гражданского кодекса. Все это говорит о том, что Хозяйственный кодекс беспомощен в самостоятельном регулировании обязательственных отношений в сфере хозяйствования, так как эти отношения носят исключительно гражданско-правовой характер. Следовательно, включая хозяйственные обязательства в предмет своего регулирования, Хозяйственному кодексу ничего иного не остается: либо копировать общие нормы обязательственного права из Гражданского кодекса, либо прямо отсылать к ним (в ХКУ сделано и то и другое). Данное обстоятельство прямо показывает нецелесообразность разработки особой, отличной от Гражданского кодекса и конкурирующей с ним регламентации так называемых хозяйственных обязательств, которые по сути своей остаются гражданско-правовыми.

Итак, на примере Хозяйственного кодекса Украины очевидно, что он построен на принципиальной основе отрицания гражданско-правового регулирования имущественных и иных отношений в сфере предпринимательства, в результате чего неизбежно возникает конкуренция норм ХКУ и ГК, регулирующих одни и те же либо сходные правоотношения¹. Далее А.В. Каленик продолжает: «Касаясь проблематики кодификации хозяйственного законодательства, также следует иметь в виду, что у хозяйственного законодательства нет четких границ и пределов, можно лишь указывать на основные акты такого законодательства и определенные группы нормативных актов и норм, регулирующих те или иные аспекты осуществления хозяйственной и предпринимательской деятельности. Именно поэтому сведение воедино многочисленных нормативных актов хозяйственного законодательства если не невозможно, то чрезвычайно сложно. Даже если двигаться в направлении охвата всех норм хозяйственного законодательства в рамках одного Предпринимательского (Хозяйственного) кодекса, то такой кодекс должен включать в себя не около 400 статей (как в ХКУ), а, пожалуй, более 400 000 статей, в состав которых можно включить не только нормы таможенного, налогового или экологического права, но и нормы об экономических преступлениях (конечно, если довести концепцию кодификации хозяйственного законодательства до аб-

¹ См.: Каленик А.В. О возможности и необходимости Предпринимательского кодекса для Республики Молдова. СоюзПравоИнформ. <http://www.md.spininform.ru/md – predprinimatelcky-kodeks.html>.

сурда). В таком случае хозяйственный кодекс либо создаст массу параллельных норм таможенного, налогового, экологического и т.д. права, либо «отнимет» их у этих отраслей и поглотит их в своем комплексе, тогда необходимо либо полностью отменить Таможенный и Налоговый кодексы, а также ряд специальных законов (о несостоятельности, о защите конкуренции и др.), либо существенно урезать их содержание. В таком случае, что останется таким отраслям, как налоговое, таможенное, финансовое право, нормы которых регулируют не только отношения с участием предпринимателей?».

Выводов из анализа ХКУ два.

1. Провозгласив своей целью регулирование отношений, не регулируемых Гражданским кодексом, он практически повторяет нормы ГК или отсылает к нему. Разграничение отношений, регулируемых ГК и ХК, превратилось в Украине в большую проблему, вызывающую значительные трудности на практике.

2. У Хозяйственного кодекса нет четких границ и пределов, его можно бесконечно расширять до создания суперкодекса или бесконечно сужать до набора отдельных норм, регулирующих коммерческие отношения. Что это за такой кодекс, который не имеет четких правовых оснований своих границ и пределов?

Сторонники принятия Предпринимательского кодекса нередко ссылаются на существование торговых кодексов в ряде стран, в основном стран Европы (Франция, Германия, Испания, Португалия, Украина, Япония). Хотя во многих странах континентального права такого кодекса нет, существует единый Гражданский кодекс (Италия, Швейцария, Нидерланды). Однако эти сторонники не пытаются поставить вопрос, а почему в России не удалось внедрить систему дуализма частного права. Хотя попытки были, причем связанные именно с копированием западноевропейских образцов.

В частности, М.М. Сперанский, возглавлявший по поручению Николая I Комиссию по систематизации российского законодательства и издания свода Законов Российской империи, опираясь на традиции французского торгового законодательства, разработал собственную оригинальную систему торгового права. В результате были утверждены и вошли в т. XI под именем «Учреждений и Уставов торговых» свода Законов 1833 г., «Устав о векселях», «Устав о торговой несостоятельности», «Учреждение коммерческих судов», «Устав судопроизводства в коммерческих судах».

В 1857 г. торговые законы стали называться «Торговым уставом», который получил резко отрицательную оценку современников¹. Потом были еще попытки, большей частью неудачные, как-то

¹ См.: *Цитович П.П.* Очерк основных понятий торгового права. Киев, 1886. С. 12-13; *Шершеневич Г.Ф.* Курс торгового права. В 3-х т. Т. 1. С. 68; *Нерсесов Н.И.* Торговое право. М., 1896. С. 23; *Федоров А.Ф.* Торговое право. Одесса, 1911. С. 43.

обособить торговое право от гражданского. Наконец, точка в споре была поставлена осенью 1913 г., когда в Государственную думу был передан окончательный вариант проекта Гражданского уложения, включающего в себя нормы, регулирующие торговый оборот. Дуализм частного права в России не прошел.

Этому способствовало и то, что крупнейшие ученые России (Г.Ф. Шершеневич, Ю.С. Гамбаров, С.А. Муромцев, Д.И. Меер) выступали за сохранение единства гражданского права.

Почему же в России не удалась попытка создать полновесный торговый кодекс, как в странах Западной Европы? Г.Ф. Шершеневич указывал, что, «обращаясь к рассмотрению исторических оснований торгового права России, мы встречаем совершенное отсутствие тех условий, которые способствовали на Западе обособлению его и выделению из общей системы гражданского права»¹. В.А. Удинцев также писал, что «русские исторические условия не создали у нас сословности в западноевропейском смысле, – это не подлежит сомнению. Многочисленные и многообразные союзные формы общезжития, пережитые Западной Европой в средних веках, были чужды нашему древнему укладу и не имели почвы для возникновения. Замкнутого купеческого сословия не могло быть и по той причине, что торговлей мог заниматься каждый желающий... В отсутствие купеческой самостоятельности на Руси можно усматривать одну из причин, благодаря которой наша история не выработала идеи купеческого права»².

Таким образом, важнейшая объективная предпосылка частного правового дуализма – его историческая обусловленность – в России всегда отсутствовала.

Все эти положения применимы полностью к Казахстану, во-первых, в силу того, что он входил в состав Российской империи; во-вторых, потому что в Казахстане с его скотоводческим хозяйством тем более отсутствовали предпосылки для формирования торгового права.

Хозяйственно-правовая концепция, направленная на объединение отношений по горизонтали и по вертикали, наиболее соответствовала планово-распределительной системе социализма Советского Союза. Тем более удивительно, что в то время идея Хозяйственного кодекса не смогла пробить себе дорогу, а в условиях постсоветской экономики, которая представляет собой что угодно, но только не планово-распределительную систему, вдруг возникает идея Хозяйственного кодекса.

Возвращаясь к Торговым кодексам западноевропейских стран, следует отметить, что они были приняты более ста лет назад, в

¹ Курс торгового права. В 3-х т. Т. 1. С. 71.

² См.: Удинцев В.А. История обособления торгового права. Киев, 1900. С. 12, 17.

определенных экономических условиях (потребность именно в «купеческом праве») и на определенных исторических этапах (во Франции – в результате Великой французской буржуазной революции, в Германии – при государственном объединении разрозненных германских княжеств и земель. В других странах, по словам Г.Ф. Шершеневича, торговые кодексы появились в силу «законодательной подражательности» – Испания, Португалия, Польша, Венгрия, Румыния и другие).

Эти торговые кодексы – совсем не то, что сейчас предлагается. Они были приняты в дополнение к гражданским кодексам как акты гражданского законодательства и являлись законодательными актами частного, а не публичного права.

Специалисты по зарубежному торговому праву отмечают, что «современный период развития зарубежного законодательства характеризуется постепенным отказом от дуализма частного права. В ряде стран (в частности, в Италии – родине дуализма частного права) отказались от деления права на гражданское (во главе с гражданским кодексом) и торговое (во главе с торговым кодексом) и приняли единые гражданские кодексы»¹.

В других странах, где торговые кодексы сохранились, они также теряют свое значение и все чаще высказываются мнения о большей эффективности существования единого гражданского кодекса².

Весьма критически оценивает Французский торговый кодекс в своем фундаментальном исследовании М.И. Кулагин³.

Д. Талон указывает, что Французский торговый кодекс, а также Германское торговое уложение пришли в упадок и представляют собой не более чем «пустую скорлупу». По мнению немецких юристов, Германское торговое уложение сегодня применяется скорее в силу традиции, привычки⁴.

Из сказанного вытекает, что ссылки на торговые кодексы западных стран, по меньшей мере, некорректны. Во-первых, это кодексы частного права, и как можно обосновывать их наличием принятие хозяйственного (предпринимательского) кодекса, основанного на публичных началах, не совсем понятно. Во-вторых, даже если признать эти кодексы действующими и эффективно работающими, это не может служить аргументом для принятия такого же кодекса в

¹ Коммерческое право зарубежных стран: Учебник / Под ред. В.Ф. Попондопуло. СПб.: Изд. дом С.-Петербург. гос. ун-та, Изд. юрид. факультета С.-Петербург. гос. ун-та, 2005. С. 8.

² См.: *Рольф Книпер*. Проблемы внутренней дифференциации частного права // Гражданское право в системе права: Мат-лы междунар. науч.-практ. конф. в рамках ежегодных цивилистических чтений. Алматы, 17-18 мая 2007 г. / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы: НИИ частного права КазГЮУ, 2007. С. 29-38.

³ Предпринимательство и право: опыт Запада. М., 1992. С. 21-22.

⁴ См.: *Лысенко О.Л.* Дискуссия о кодификации частного права в Германии. Вест. Моск. ун-та. Сер. 11. Право. 1996. №2.

Казахстане. Каждая страна выбирает свой путь развития, исходя из внутренних потребностей и экономической ситуации: одни страны на основе только ГК, другие – на основе ГК и ТК, но это их путь (выбранный более ста лет назад). Принимать Торговый кодекс в настоящее время означает слом действующей правовой системы, пересмотр положений ГК. И главное – зачем?

Хорошо об этом написал В.Ф. Попондопуло: «Оценивая перспективы разработки и принятия в России торгового кодекса и учитывая опыт Запада, следует отметить, что если речь идет о создании такого торгового кодекса, который, являясь специальным, действует наряду с гражданским кодексом (что имеет место в ряде стран, например в Германии), то это возможно, но нецелесообразно. Правовое регулирование отношений в сфере предпринимательства вполне обеспечивается в настоящее время специальными законами, регламентирующими статус различных коммерческих организаций, различные виды и сферы предпринимательской деятельности. Если же собрать нормы всех этих законов в один торговый кодекс, то, приняв его, мы столкнемся с еще более сложной системой коммерческого законодательства. Наряду с принятием более или менее компактного торгового кодекса по-прежнему останется необходимость в существовании многих других специальных законов. А это означает, что процесс правоприменения (как, впрочем, и правотворчества, и правособлюдения) еще более усложнится: придется устанавливать соотношение не только Гражданского кодекса со специальными законами в сфере предпринимательства, но и каждого из них – с торговым кодексом как специальным кодифицированным законом, связывающим гражданский кодекс и другие специальные законы в сфере предпринимательства»¹.

Таким образом, принятие как Торгового кодекса (частноправового), так и Хозяйственного кодекса (в сочетании с публично-правовыми элементами) кроме вреда ничего не принесет. Хотя какая-то польза от этого не просматривается, но что можно точно прогнозировать: принятие его потребует перестройки всей сложившейся системы регулирования экономических отношений, приведет к усложнению законодательства, дублированию норм и, в конечном счете, к развалу сложившейся и устоявшейся системы частного права.

И в заключение о расширении норм Гражданского кодекса. Цивилисты Казахстана не одобряют проведенное в России включение в ГК всех норм о праве интеллектуальной собственности, в том числе публично-правовых. Это противоречит принципам построения системы гражданского законодательства. Мы считаем, что на-

¹ Коммерческое право зарубежных стран: Учебник / Под ред. В.Ф. Попондопуло. СПб.: Изд. дом С.-Петербург. гос. ун-та. Изд. юрид. фак-та С.-Петербург. гос. ун-та, 2005. С. 9.

личие отдельных законов по различным объектам права интеллектуальной собственности вполне обеспечивает регулирование отношений, связанных с интеллектуальной собственностью, делает законодательство адекватным, мобильным и эффективным.

Что же касается предложения включить нормы об интеллектуальной собственности в Хозяйственный кодекс, то оно противоречит принципам даже сторонников дуализма частного права. Никто из них не пытался включить нормы об интеллектуальной собственности ни в Хозяйственный, ни в Торговый кодекс. Нет их и в Хозяйственном кодексе Украины. Это и понятно. Право интеллектуальной собственности регулирует отношения главным образом граждан (не предпринимателей и не торговцев) и прежде всего граждан.

Включение этих норм в Хозяйственный или Торговый кодекс означало бы крах всей системы законодательства (как с точки зрения цивилистов, так и с точки зрения хозяйственников).

46.3. СКОЛЬКО КОДЕКСОВ НАМ НУЖНО?

Сторонники принятия Предпринимательского кодекса обосновывают свою позицию необходимостью сокращения кодексов тем, что в последнее время стало приниматься много ненужных кодексов, и в пример приводят Кодекс о здоровье народа и системе здравоохранения.

Однако сокращение числа кодексов не следует проводить путем принятия еще одного кодекса, причем такого не однозначного, как хозяйственный (предпринимательский) кодекс.

Ясно, что чрезмерное расширение числа кодексов связано с тем, что кодексам была придана более высокая юридическая сила, чем обычным законам.

Для нас, когда мы готовили проект Закона о нормативных правовых актах, совершенно ясно было, что нормы ГК должны быть выше, чем нормы обычного гражданско-правового закона. Поэтому мы предлагали поставить в иерархии нормативных правовых актов кодексы выше, чем законы. Но перечень этих кодексов, на наш взгляд, должен был быть ограниченным. Мы предлагали шесть кодексов: Гражданский, Гражданско-процессуальный, Уголовный, Уголовно-процессуальный, Административный и Налоговый. Однако наше предложение не прошло.

В то время в наших предложениях о необходимости совершенствования гражданского законодательства мы писали, что необходимо отметить наметившуюся негативную тенденцию обозначения законодательных актов наименованием «кодекс» с целью придания этим законодательным актам уровня кодексов. Это относится к Земельному кодексу, Лесному кодексу, Водному кодексу, Таможенно-

му кодексу, Кодексу о выборах. Значение кодексов для создания юридической основы согласования нормативных предписаний законодательного и подзаконного характера признается практикой многих государств с развитой правовой системой. Кодексы строятся по сугубо отраслевому принципу и содержат общие нормы по широкому кругу вопросов определенной отрасли права. При этом в случае необходимости отдельные детали кодексов могут развиваться, конкретизироваться и уточняться более специальными законодательными и подзаконными актами. В сфере регулирования гражданских (имущественных, основанных на равенстве сторон) отношений кодекс может быть один – Гражданский кодекс, который выполняет функцию отраслевого объединения основных положений. Все иные законодательные акты являются специальными и регулируют более узкий круг вопросов в соответствии с общими нормами ГК. Поэтому является необоснованным и вызывает отрицательную оценку принятие в виде кодексов законодательных актов, регулирующих узкий круг правоотношений (имущественные правоотношения в сфере использования одного из видов объектов гражданских отношений, например, земли, водных объектов, лесных ресурсов), либо носящих узко ведомственный характер (регулирующих правоотношения, связанные с деятельностью определенного ведомства, например, таможенные правоотношения). Данная тенденция подтверждается разработкой в настоящее время таких кодексов, как избирательный, бюджетный, транспортный и т.д. При продолжении такой негативной практики теряется смысл выделения кодексов в качестве отдельного уровня нормативных актов, так как не выдерживается основополагающий отраслевой критерий выделения кодексов из общей массы законодательных актов.

К сожалению, наши предложения не получили поддержки. Поправка о придании кодексам более высокого уровня в иерархии нормативных правовых актов была принята Парламентом 17 октября 2001 года, однако без ограниченного перечня таких кодексов. Это создавало опасность неостановимого роста числа кодексов, принимаемых там, где достаточно обычного закона.

Должен быть исключительный, закрытый перечень кодексов. Придание кодексам более высокой силы по сравнению с обычными законами имеет смысл только при жестком ограничении их количества.

Такое ограничение недавно было введено, но, к сожалению, круг отношений, регулируемых кодексами, оказался слишком широким. Законом Республики Казахстан от 16 июня 2004 г. в Закон Республики Казахстан «О нормативных правовых актах» была включена статья 3-1, в которой закреплено: «Кодексы Республики Казахстан принимаются с целью регулирования следующих однородных отношений:

- 1) бюджетных;
- 2) гражданских;
- 3) гражданско-процессуальных;
- 4) брачно-семейных;
- 5) экологических;
- 6) водных;
- 7) земельных;
- 8) лесных;
- 9) налоговых;
- 10) таможенных;
- 11) транспортных;
- 12) трудовых;
- 13) связанных с исполнением уголовных наказаний;
- 14) связанных с привлечением к административной ответственности;
- 15) связанных с привлечением к уголовной ответственности;
- 16) уголовно-процессуальных».

Законом от 29 июня 2007 г. ст. 3-1 Закона об НПА была дополнена подпунктом 17): «в сфере здравоохранения».

Все эти кодексы уже приняты, за исключением Кодекса о браке и семье, который находится в Парламенте, и Транспортного, проект которого Правительство отозвало из Парламента. Даже больше. Сверх программы был принят 18 сентября 2009 г. Кодекс о здоровье народа и системе здравоохранения.

Надо остановить эту вакханалию кодексов, так как и сейчас каждое министерство и ведомство стремится закрепить регулирование общественных отношений в конкретной сфере кодексом.

Для такого ограничения кодексов есть теоретическое решение вопроса: разграничение понятий «кодексы» и «кодифицированные законодательные акты».

С этой точки зрения можно оценить утверждения некоторых российских исследователей (в частности, А.С. Пиголкина) о том, что генеральной линией совершенствования российского законодательства в будущем должно стать поэтапное осуществление его всеобщей кодификации¹.

Во-первых, нет никакой необходимости кодифицировать все законодательные акты. Это невозможно, да и нецелесообразно.

Во-вторых, нельзя отождествлять кодифицированные акты и кодексы. Как пишет сам А.С. Пиголкин, кодификация – это форма совершенствования законодательства по существу, и ее результатом является новый сводный законодательный акт стабильного содержания (кодекс, положение, устав и т.д.), заменяющий ранее действовавшие нормативные акты по данному вопросу. В частности, в

¹ Систематизация законодательства в Российской Федерации / Под ред. А.С. Пиголкина. М.: Юридический Центр Пресс, 2003. С. 47.

России к кодифицированным актам относят, помимо кодексов, основы законодательства, а также сводные федеральные законы, объединяющие, как правило, более узкую группу правовых норм, но с четко определенным предметом регулирования.

Такие кодифицированные законы характерны прежде всего для различных подотраслей и институтов административного права. Примером может служить Закон Российской Федерации «Об охране окружающей природной среды», заложивший основы охраны природных богатств и здоровой, благоприятной среды обитания человека. Этот закон, не названный ни кодексом, ни основами, вместе с тем является общей природоохранной основой для отдельных отраслей природоресурсного права – земельного, водного, горного, лесного, которые содержат специфические природоохранные нормы для каждой отрасли (восстановление лесов, чистка вод, запреты вредного воздействия хозяйственной и иной деятельности на сохранность всех названных ресурсов и т.п.). Кодифицированными, сводными законами признаются как федеральные законы: о выборах Государственной думы и Президента РФ, государственных пенсиях, ветеранах, образовании, обороне; так и федеральные конституционные законы: о Правительстве РФ, референдуме, Конституционном суде РФ, арбитражных судах, судебной системе, а также многие другие законы, объединяющие нормы важных отраслей, подотраслей и институтов российского законодательства. Некоторые сводные федеральные законы по существу выступают своеобразной формой кодекса, но под другим названием, например, федеральные законы «О недрах», «Транспортный устав железных дорог», «Об основах муниципальной службы в Российской Федерации», «О международных договорах Российской Федерации» и другие подобные законы с соответствующим весьма важным и развитым содержанием.

Значение кодифицированных, сводных актов имеют также регламенты палат Федерального собрания РФ, утверждаемые не законами, а постановлениями самих палат.

Если говорить о такой кодификации, то я вполне согласен с высказыванием А.С. Пиголкина о всеобщей кодификации как генеральной линии совершенствования законодательства. Одновременно такое понимание может решить и проблему приоритетности кодексов над обычными законами.

Узкий круг кодексов можно сохранить на более высокой ступени иерархии законов. Остальные кодексы перевести в разряд кодифицированных актов, имеющих одинаковую силу с обычными законами, дав им особое название, например, кодифицированный закон.

Глава 47. ПРОЕКТ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН: КОДЕКС ИЛИ ЗАКОН?

47.1. МНЕНИЕ ЦИВИЛИСТОВ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

ОТКРЫТОЕ ПИСЬМО СОТРУДНИКОВ НИИ ЧАСТНОГО ПРАВА В МИНИСТЕРСТВО ЮСТИЦИИ РК

В ответ на предложение высказать мнение о целесообразности разработки и принятия в Республике Казахстан самостоятельного Предпринимательского кодекса сотрудники Института частного права КазГЮУ считают, что нет необходимости в существовании наряду с действующим Гражданским кодексом какого бы то ни было предпринимательского (торгового или хозяйственного) кодекса.

Эта принципиальная позиция сотрудников Института частного права основывается на том, что принятие предпринимательского (торгового) кодекса будет неизбежно означать слом действующей правовой системы и существенный пересмотр положений Гражданского кодекса. Ничего, кроме существенного вреда для экономического и социального развития, такая деятельность не принесет, и принести не может. Это становится особенно очевидным, когда в ее основе отсутствует хоть какая-то практическая необходимость или теоретическая надобность.

Уже на протяжении нескольких десятилетий в многочисленных теоретических источниках во всех странах СНГ подчеркивается, что предложение о самостоятельном предпринимательском (торговом) кодексе возникло с опорой на ошибочную концепцию хозяйственного права, которое зиждилось на идее построения национальной экономической системы не на отношениях равенства и взаимозависимости товаропроизводителей и других участников гражданского оборота, а на отношениях подчинения хозяйствующих субъектов плановым заданиям и указаниям, формируемым на уровне государственного управления и спускаемым для обязательного и беспрекословного исполнения этими субъектами в сфере имущественных отношений. Хозяйственно-правовая концепция пыталась объединить отношения по горизонтали и по вертикали, и поэтому наиболее соответствовала планово-распределительной системе экономики, сформировавшейся в период существования СССР.

В настоящее время Конституция Казахстана декларирует признание и равную защиту государственной и частной собственности (ст.5), а также право каждого на свободу предпринимательской деятельности (ст.26). Очевидно, что в этих условиях реализация хозяйственно-правовой концепции (как бы она ни была модернизирована) в принятии самостоятельного предпринимательского (торгового) кодекса (при том что уже действует Гражданский кодекс) представляется неконституционной.

В юридической литературе развитых юрисдикций указывается на то, что тенденцией современного этапа развития зарубежного законодательства является постепенный отказ от дуализма частного права.

Сотрудники Научно-исследовательского института частного права ознакомились с Концепцией Предпринимательского кодекса Республики Казахстан (ПК), одобренной на заседании Совета по правовой политике при Президенте РК 19.05.2011 г. Анализ этого документа дает основания сделать выводы о том, что авторы концепции:

1) недостаточно аккуратно и честно обосновывают необходимость в разработке и принятии ПК; более того, они сами отмечают необоснованность разработки ПК со ссылкой на зарубежный опыт (п. 9 концепции);

2) пытаются реализовать в содержании ПК непродуктивные концепции дуализма частного права, самостоятельности предпринимательского права, а также искажают нормативно-правовое понимание кодекса как разновидности нормативного правового акта;

3) используют в документе неподтвержденные и неапробированные ни в теории права, ни в законодательстве понятия и иные концепции;

4) предлагая изменения системы казахстанского законодательства в связи с принятием ПК, не понимают существенных негативных последствий практической реализации их предложений, а в ряде случаев – не отдают себе отчета в практической неосуществимости их предложений.

Так, например, в соответствии с действующим Законом «О нормативных правовых актах» любой кодекс может регулировать только однородные отношения. Поэтому действующему законодательству противоречит объединение частноправовых и публично-правовых норм в рамках одного кодекса, пусть даже и предпринимательского, как предлагается авторами концепции. В частности, ими предполагается, что положения ПК будут регулировать «общественные отношения в сфере предпринимательства»:

1) предпринимательские имущественные отношения (частно-правовые отношения);

2) предпринимательские управленческие отношения (публично-правовые отношения);

3) предпринимательские внутрифирменные отношения (корпоративные отношения)».

Такой декларацией игнорируется то, что предпринимательские правоотношения, являясь разновидностью частноправовых отношений, частью гражданско-правовой деятельности, уже регламентированы нормами гражданского законодательства, как это предусмотрено в ст. 1 Гражданского кодекса.

Необоснованным является и выделение самостоятельных внутрифирменных или корпоративных правоотношений, поскольку таковые в большей своей части также являются частноправовыми отношениями, связанными с объединением и использованием имущества для ведения хозяйственной деятельности в рамках отдельных организационно-правовых форм коммерческих юридических лиц. При выделении корпоративных отношений традиционно говорится о сбалансированном сочетании частноправовых и публично-правовых методов регулирования предпринимательской деятельности. Причем применение публично-правовых методов также сфокусировано на том, чтобы установить рамки в свободе использования имущества предпринимателя в целях недопущения вреда для устойчивых хозяйственных связей между преимущественно крупными корпорациями. В регулировании же форм и содержания малого и среднего бизнеса ни о каких публично-правовых механизмах регулирования вообще речи быть не может.

Авторы концепции также обнаруживают явное непонимание того, что следует относить к законодательству о предпринимательской деятельности. Например, относя к выделяемой ими группе «нормативных правовых актов, устанавливающих основные начала осуществления предпринимательской деятельности», законы «О хозяйственных товариществах», «О производственном кооперативе», «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью», «О естественных монополиях и регулируемых рынках», «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров», «Об акционерных обществах», «О частном предпринимательстве», «О лицензировании», «О конкуренции» и др., разработчики концепции дают ложный посыл. Эти законы устанавливают лишь формы осуществления предпринимательства и пределы ограничения свободы предпринимательской деятельности, но никак не основные начала (принципы) ее осуществления.

Во вторую выделяемую ими группу они включают законы «О науке», «О государственной поддержке инновационной деятельно-

сти» и др., называя их «актами о государственной поддержке инновационной деятельности». И это является неверным, поскольку названные законы также не относятся к регулированию предпринимательства, но они отражают направления государственной политики в сфере науки и по реализации инноваций.

Презентуя структуру ПК, разработчики проекта предлагают в так называемой Общей части, во-первых, изложить нормы по регулированию предпринимательской деятельности, которые уже в полной мере содержатся в Гражданском кодексе, а во-вторых, используют терминологию, не имеющую отношения ни к общепринятой юридической технике, ни к специальной терминологии цивилистической теории.

Например, предлагается включить в состав Общей части такие уже содержащиеся в Гражданском кодексе положения, как легальное определение предпринимательства, «общие положения об имуществе в сфере предпринимательства, особенности основных видов, оснований его возникновения и др.», «положения о предпринимательских обязательствах и договорах», об ответственности в предпринимательской сфере и др. Нет нужды говорить о том, что все эти (и многие другие) аспекты целесообразно регламентированы в Гражданском кодексе, а их дублирование в ПК не только нецелесообразно, но и вредоносно. В то же время очевидно и то, что, отказавшись от такого дублирования, авторы концепции не смогут предоставить какие-либо иные вопросы, которые могли бы быть включены в общую часть ПК. В свою очередь, без этого существование ПК становится невозможным, ибо структура любого кодекса предполагает наличие в нем общей и особенной частей.

Серьезные нарекания вызывает небрежность авторов концепции в использовании терминов и понятий. Например, в разделе II ими «предлагается раскрыть правовую основу организационно-правовых форм юридических лиц, в которых может осуществляться предпринимательская деятельность, а также правовое положение индивидуального и совместного предпринимательства». Эта фраза представляется весьма некорректной, поскольку правовой основой организационно-правовых форм юридических лиц является действующее гражданско-правовое законодательство и не усматривается необходимость что-то в этом аспекте «раскрыть». Кроме того, правовое положение устанавливается (правовой статус регулируется) в отношении субъектов права. В свою очередь, предпринимательство, не являясь субъектом, представляет собой деятельность субъектов. Поэтому оно не имеет своего правового статуса, но подлежит законодательному регулированию. Такие высказывания авторов концепции

представляют собой недопустимые для правоведов методологические отклонения.

В строгом следовании хозяйственно-правовой теории авторами концепции предлагается отдельным разделом «отразить общие положения государственного регулирования предпринимательской деятельности, его способы и виды». При этом ими упускается из виду, что у государственного регулирования предпринимательской деятельности есть только один вид – собственно государственное регулирование. Способами такого регулирования может быть только установление правовых норм, контроль за их соблюдением и применение мер ответственности за их существенное нарушение. Однако возникает обоснованный вопрос, что можно нового из отсутствующего в действующем законе предложить для включения в ПК?

Отдельным разделом Общей части также «предлагается предусмотреть общие положения права собственности в сфере предпринимательства и его формы». При этом известно, что согласно Конституции в Казахстане признаются частная и государственная формы собственности. Обе эти формы регламентируются Гражданским кодексом. Вновь возникает обоснованный вопрос о целесообразности дублирования норм в двух нормативных правовых актах.

Предлагая «раскрыть общие положения об ответственности в сфере предпринимательства, а также ее особенности», авторы концепции оставляют без внимания тот факт, что общими положениями об ответственности являются нормы об имущественной ответственности за нарушения частноправовых обязательств и административная ответственность за нарушения административного правопорядка. Допустима еще уголовная ответственность юридических лиц. Но ее введение в правовую систему Казахстана представляется нецелесообразным, поскольку это повлечет за собой больше вреда, чем пользы для национальной системы хозяйствования и общей социальной обстановки в республике. Поэтому не усматривается чего-то, что можно назвать общими положениями об ответственности, и что не регулируется Гражданским кодексом и Кодексом об административных правонарушениях.

В т.н. Особенной части ПК «предполагается отражение норм, касающихся государственного регулирования различных видов предпринимательской деятельности». Однако «отражение таких норм» будет означать возобновление командно-административной системы хозяйствования в Казахстане. В связи с этим представляется, что это в существенной степени не будет согласовываться с вышеупомянутыми декларациями Конституции.

Еще больше недоумения вызывает раздел, в котором «предлагается раскрыть особенные режимы предпринимательства и особенности некоторых договоров, заключаемых предпринимателями». Какие могут быть режимы предпринимательства, кроме основанного на нормах законодательства в соответствии с декларируемой Конституцией свободой предпринимательства и гарантиями права собственности? Означает ли принятие ПК возврат к системе советского способа управления экономикой? Но тогда надо начать с корректировок конституционных норм, чтобы ПК мог считаться не противоречащим нормам Основного закона.

Указывая на необходимость одновременного/последующего приведения других законодательных актов в соответствие с разрабатываемым законопроектом, авторы концепции считают, что «с принятием Предпринимательского кодекса необходимо будет признать утратившими силу» целый ряд действующих законодательных актов. В их числе называются Закон «О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан» (и тогда в Казахстане незамедлительно произойдет крах всей финансовой системы и национальной экономики); Закон «О государственной поддержке инновационной деятельности», относящийся не только и не столько к предпринимательству; Закон «О страховой деятельности» (взамен которого ПК, видимо, будет регламентировать все необходимые аспекты формирования и функционирования рынка страховых услуг. Само это предложение представляет собой нонсенс); Закон «О мерах защиты внутреннего рынка при импорте товаров» (этот акт является частью таможенного законодательства, регламентирующего конкретные меры экономической политики по защите отечественного рынка и местных товаропроизводителей, и он не имеет отношения к регулированию предпринимательской деятельности внутри республики); Закон «О валютном регулировании и валютном контроле» (который регулирует поведение не только предпринимателей, но и других субъектов); Закон «О транспорте в Республике Казахстан» (этот закон касается стратегической инфраструктуры, имеющей существенное политическое и социальное значение, он регулирует вопросы уровня национальной безопасности, и все регулируемые им вопросы объективно не могут быть включены в ПК).

Ознакомление с проектом упомянутой концепции ПК также обуславливает вывод о том, что при его разработке предполагается вторжение в сферу компетенции всех государственных органов Казахстана и многих предпринимательских общественных объединений. В связи с этим большой вопрос связан с тем, оценивалась ли авторами концепции способность разработчика ПК согласовать по-

зиции со всеми заинтересованными сторонами, чтобы не допустить серьезных внутренних противоречий в самом ПК? Вообще оценивалась ли исполнимость поставленной авторами концепции задачи в современных условиях развития нашего общества и государства? Возьмет ли на себя ответственность разработчик за методологическую целостность ГК и твердость хозяйственного оборота при разработке им законопроекта об исключении большого блока положений Гражданского кодекса?

47.2. АНАЛИЗ ВСЕХ ВАРИАНТОВ ПРОЕКТА ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

Концепция Предпринимательского кодекса Республики Казахстан. Варианты 1 и 2

Собственно, Концепция Предпринимательского кодекса сама себя изживает. Я не буду говорить о теоретических слабостях концепции. Я хочу сказать о практическом выходе концепции, то есть о ликвидации множества законов и включении их норм в Предпринимательский кодекс.

В первом варианте Концепции планировалось поставить на утрату 47 законов. Но посмотрите второй вариант Концепции! Вроде те же законы, но на утрату ставится только 20. Зато появился 51 Закон, которые предполагается сохранить, но внести в них изменения и дополнения.

Я удивляюсь, почему только 51? Можно было набрать и 100, и больше. Например, назван Гражданский процессуальный кодекс, но можно было включить и Уголовно-процессуальный (рассмотрение уголовных дел, связанных с предпринимательством). Назван Кодекс об административных правонарушениях, но почему нет Уголовного кодекса, там ведь тоже есть преступления, связанные с осуществлением предпринимательской деятельности?

И какие изменения туда собираются вносить? Деление отношений на имущественные, управленческие и корпоративные? Или включить везде ссылку на Предпринимательский кодекс и заявить, что изменения внесены?

Ясно, что серьезных изменений внесено быть не может.

Все перечисленные в Концепции законы настолько специфичны и разноплановы, что пытаться вносить в них изменения гуртом – это не что иное, как профанация законотворческой деятельности.

Поэтому эти 20 законов, которые предлагается поставить на утрату по второму варианту Концепции, оказывается, в Предпри-

нительский кодекс не войдут. Как указывается в Концепции, в Кодекс будут включены только общие положения о банковской деятельности, о государственном контроле и надзоре, о транспорте и т.д., – а специальные законы останутся.

Проект Предпринимательского кодекса. Вариант 2

Если подробно анализировать проект ПК, это может занять не один десяток страниц. Проект настолько сырой и слепленный на скорую руку, что и по проекту в целом, и по каждой статье можно высказать много замечаний и поставить много недоуменных вопросов. Поэтому я ограничусь самыми общими соображениями.

Проект Предпринимательского кодекса состоит из 1113 статей, 7 разделов, 48 глав.

Внушительный объем. Но это впечатление быстро разрушается, когда обнаруживается, что проект представляет собой просто набор норм разных законов, включенных в проект или целиком, или кусками. Основу составляет Закон о частном предпринимательстве и ГК, но есть еще масса ведомственных законодательных актов. Самостоятельно созданных норм практически нет.

Я ответственно заявляю, что такой проект я в одиночку мог бы создать без всякой концепции за три дня максимум.

Общая часть ПК представляет собой довольно хаотичный набор норм, надерганных из разных законов, в основном из Закона о частном предпринимательстве. Но Закон о частном предпринимательстве не Кодекс, и он не претендует на наличие общей части.

Хозяйственники Украины поступили мудрее, чем разработчики Предпринимательского кодекса РК. Прекрасно понимая, что у Хозяйственного кодекса в принципе не может быть Общей части, они просто поделили кодекс на разделы, не выделяя Общую и Особенную части.

Неудивительно поэтому, что в проекте ПК не решены вопросы, которые должны решаться именно в Общей части.

1. Главный из них – соотношение с ГК. В п.1 ст. 1 проекта закреплено: «Имущественные и личные неимущественные отношения, регулируемые Гражданским кодексом Республики Казахстан, не являются предметом регулирования настоящего Кодекса».

И что дальше? Не являются предметом регулирования ПК и все?

Остается без внимания главный вопрос: регулируются ли предпринимательские отношения нормами ГК? Без ответа на него многие нормы ПК просто провисают. Например, большое место в проекте занимают нормы о некоммерческих юридиче-

ских лицах. Однако все общие положения о юридических лицах остаются в ГК, и они должны применяться ко всем юридическим лицам как коммерческим (нормы о которых в ПК), так и некоммерческим (нормы о которых в ГК). Другой пример. Вырвали из ГК договоры поставки и продажи предприятия, но это виды договора купли-продажи, и нормы о купле-продаже к ним неизбежно должны применяться. Однако основания для такого применения в проекте отсутствуют.

И сразу встает другой вопрос. Какая практическая польза от искусственного разрывания норм, регулирующих однородные отношения: часть в ГК, другая часть, которая неразрывно связана с нормами ГК, находится в ПК. Значит, вместо одного кодекса теперь придется искать нормы, регулирующие одни и те же отношения, в двух кодексах. Вместо обещанных удобств явное и необоснованное усложнение правового регулирования.

2. К субъектам предпринимательской деятельности проект относит только коммерческие юридические лица. Однако в п. 2 ст. 32 проекта повторяется норма ГК о том, что коммерческие организации могут заниматься предпринимательской деятельностью. Интересно, как предпринимательской деятельностью могут заниматься организации, не являющиеся субъектом предпринимательской деятельности? Но если они субъекты, надо нормы о некоммерческих организациях включать в ПК, а это ставит под угрозу всю концепцию ПК. По-моему, это является одной из многих неразрешимых проблем проекта.

3. В ст. 5 проекта говорится, что к предпринимательским отношениям относятся: 1) предпринимательские имущественные отношения; 2) предпринимательские управленческие отношения; 3) предпринимательские корпоративные отношения.

Нормы имущественных отношений позаимствованы в основном из ГК, управленческие – из Закона о частном предпринимательстве и многочисленных ведомственных актов. Но нет ни одной статьи о корпоративных отношениях. Неоткуда было списать. Можно было бы взять главу 18 Хозяйственного кодекса Украины «Корпоративные права», но там написана такая белиберда, что, видимо, даже разработчикам проекта ПК это стало понятно.

Между тем в настоящее время это один из самых острых вопросов науки гражданского права. Ведутся ожесточенные дискуссии, определяется круг отношений, регулируемых нормами о корпоративных отношениях. В РФ этот вопрос решен в Концепции развития гражданского законодательства¹.

В проекте ПК (п. 5 ст.5) под предпринимательскими корпора-

¹ См.: Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации. М.: Статут, 2009.

тивными отношениями понимаются отношения, складывающиеся между структурными подразделениями субъекта предпринимательской деятельности, и отношения субъекта предпринимательской деятельности с его структурными подразделениями.

Это то самое устаревшее понятие, которое «хозяйственники» обозначали как внутрихозяйственные отношения. Слово «корпоративные» просто использовали как красивое и модное слово, не понимая его смысла.

На самом деле понятие «корпоративные отношения» имеет смысл вводить только для выделения из внутриорганизационных (внутрихозяйственных) отношений особой группы отношений, связанных с членством в организации (АО, ТОО, кооператив, в том числе потребительский). Это отношения между учредителями (участниками) и между органом управления и учредителями. И это отношения гражданско-правовые.

Но кроме этого, есть еще два вида внутриорганизационных отношений: 1) трудовые, которые регулируются трудовым правом (кстати, возникает сразу вопрос: почему в число предпринимательских отношений не включены трудовые отношения?) 2) некорпоративные внутриуправленческие отношения – между администрацией и структурными подразделениями. Эти отношения вообще правом не регулируются и относятся к особому виду социальных норм – праву организаций¹.

4. С корпоративными отношениями возникает еще одна проблема. В соответствии с определением корпоративных отношений участниками этих отношений являются структурные подразделения субъекта предпринимательской деятельности (п. 5 ст. 5 проекта). Однако в соответствии со ст. 32 проекта среди субъектов предпринимательской деятельности структурных подразделений не значится.

Значит, надо или признать структурные подразделения субъектами предпринимательской деятельности, или исключить эти отношения из числа предпринимательских. Первое невозможно. Попробуйте применить признаки предпринимательских отношений к цеху предприятия: получение чистого дохода, от имени, за риск и под имущественную ответственность предпринимателя и т.п. Смех один!

Внутрихозяйственные отношения вообще являются ахиллесовой пятой хозяйственного права. Оно никогда не могло определить правовую природу этих отношений. А наши разработчики проекта ПК бездумно эту идею проглотили. Между тем корпоративные отношения – это гражданское право.

¹ Подробнее см.: *Сулейменов М.К.* Гражданское право и предпринимательство: проблемы теории и практики // Юрист. 2012. №7. С. 19-24.

И здесь есть полноправные субъекты гражданского права – учредители и сама организация. Трудовые отношения – трудовое право. Здесь тоже есть полновесные субъекты – организация и граждане (индивидуальные предприниматели и работники по трудовому контракту).

И только отношения с участием структурных подразделений (предмет предпринимательского права по проекту) – это не правовые отношения. Здесь нет субъектов правовых отношений. Регулируются они локальными правовыми актами, которые являются не правовыми нормами, а нормами самих организаций как одного из видов социальных норм. В любом учебнике по теории права об этом говорится прямым текстом¹.

Особенная часть проекта ПК представляет собой нагромождение действующих законов, включенных в проект полностью (21 закон) или частично (13 законов).

Из 13 действующих законов изымаются отдельные куски. Я не могу сказать части, потому что это именно куски, произвольно нарезанные. Они могут быть больше, могут быть меньше, потому что никакой определенной системы нет. Например, из Закона о техническом регулировании взято 2 статьи, из Закона о трансфертном ценообразовании – 2 статьи, из Закона о валютном регулировании – 2 статьи, из Закона об архитектурной, градостроительной и строительной деятельности взято 10 статей, из Закона о банках и банковской деятельности – 5 статей, Закона о связи – 8, о почте – 5, о недрах и недропользовании – 11, об электроэнергетике – 10, о рынке ценных бумаг – 6 статей.

И что? Какой смысл во включении в ПК этих статей?

Даже нецивилисту ясно, что эти статьи работать не будут и их значение для правового регулирования отдельных видов предпринимательской деятельности – ноль. Неужели кто-то может себе вообразить, что недропользователь или банкир, прежде чем применять Законы о недрах или о банках, кинется искать, что же там написано в ПК? Значит, большая часть норм ПК об отдельных видах предпринимательской деятельности – декларации и пшик.

Но это можно было бы и простить как бесполезное, но безвредное дело, если бы это занятие было таким уж безобидным. Но оно

¹ См., например: Венгеров А.Б. Теория государства и права: Учебник для юрид. вузов. – 3-е изд. – М.: Юриспруденция, 1999. С. 303. 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. Лазарев В.В., Липень С.В. Теория государства и права: Учебник для вузов. 2-е изд. – М.: Спарк, 2000. С. 178. Дробязко С.Г., Козлов В.С. Общая теория права: Учеб. пособие для вузов. – М.: Амалфея, 2005. С. 168. Общая теория государства и права. Академический курс в 2-х томах / Под ред. М.Н. Марченко. Том 2. Теория права. – М.:Изд. Зерцало, 1988. С. 70.

приносит большой вред и вносит путаницу в регулирование предпринимательской деятельности.

Возьмем для примера Закон о государственном имуществе. Я писал в предыдущих публикациях, что вряд ли разработчики ПК осмелятся тронуть этот Закон, так как он очень сложно структурирован и не уместится целиком в ПК¹. Я ошибся. Тронули, причем существенно.

Впрочем, тронули – не то слово. Точнее будет: осуществили грубую вивисекцию. Вырвали с мясом кусок (не часть, а именно кусок) закона, не вникая в его сложную архитектуру. А ведь мы (группа цивилистов под моим руководством) трудились над законом два года, добиваясь, чтобы он был согласованным во всех своих частях, и избегая повторов.

Именно для этого мы сконструировали новое правовое понятие, которого не было в прежнем законодательстве: государственные юридические лица (подпункт 14) ст. 1 Закона о государственном имуществе), куда входят государственные предприятия и государственные учреждения (подпункт 15) ст. 1). Государственные предприятия, в свою очередь, делятся на государственные предприятия на праве хозяйственного ведения (подпункт 37) ст. 1 и на казенные предприятия (подпункт 10) ст. 1). Кроме того, выделяются еще республиканские юридические лица (подпункт 29) ст. 1), коммунальные юридические лица (подпункт 7) ст. 1), районные коммунальные юридические лица (подпункт 1) ст. 1, областные коммунальные юридические лица (подпункт 27) ст. 1.

Глава 3 Закона о государственном имуществе посвящена компетенции государственных органов по управлению государственным имуществом, и львиная доля этой главы посвящена компетенции по управлению государственными предприятиями. И наконец, глава 11 посвящена осуществлению государством прав на имущество государственных юридических лиц. В § 1 этой главы закреплены общие положения о государственных юридических лицах, в параграфах 2-5 – нормы о государственном предприятии, в § 6 – нормы о государственном учреждении.

И вот из этой четко сбалансированной системы норм выдирают параграфы о государственном предприятии. Для чего? Говорят, для удобства предпринимателей. Вы думаете, директор предприятия, который уже знает, что все о предприятии сосредоточено в Законе о государственном имуществе, скажет спасибо, если ему объяснят: а вот часть норм о предприятии теперь ищи в ПК.

Мой совет: не трогайте Закон о государственном имуществе.

¹ См.: Предпринимательский кодекс как орудие развала правовой системы Казахстана: Сб. статей / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы, 2011. С. 6-7.

Концепция Предпринимательского кодекса. Вариант 4

Проект ПК, созданный на основе второго варианта Концепции, прекрасно показал невозможность создать качественный закон на основе такой Концепции. Он оказался просто нагромождением действующих законов, сваленных в кучу без смысла и логики. Недаром один из украинских хозяйственников, призванных разработчиками проекта ПК с целью помочь спасти провальный проект, высказал предположение, что этот проект – диверсия цивилистов, которые специально хотели дискредитировать идеи ПК. Я благодарю украинцев за комплимент, но доклад, который представил на конференции, посвященной осуждению проекта ПК, руководитель разработчиков проекта г-н Каудыров Т. Е., показывает, что они всерьез представили этот не выдерживающий никакой критики проект на обсуждение.

В четвертом варианте Концепции ПК уже не помышляется о включении каких-либо законов в ПК. Уже нет и посягательств на Гражданский кодекс, хотя первоначально одной из целей принятия ПК выдвигалось изъятие из ГК норм, связанных с предпринимательством, что составляет почти половину статей ГК.

Ну и для чего весь этот сыр-бор? И для чего принимать в качестве кодекса этот никому не нужный огрызок норм?

Я думаю, главная причина такого настойчивого продвижения уже явно дискредитировавшего себя проекта заключается в элементарной попытке оправдать необоснованную затрату на этот проект большого объема государственных средств.

Хочу добавить, что НИИ частного права уже опубликовал замечания и предложения по проекту Концепции. Я воспользуюсь только теми замечаниями, которые касаются непосредственно проекта ПК, оставляя за скобками (в соответствии с пожеланиями организаторов конференции) наше резко отрицательное отношение к самой идее принятия ПК, высказанное в Замечаниях и предложениях НИИ частного права. Следует также иметь в виду, что данные Замечания и предложения – плод коллективного творчества сотрудников НИИ частного права, причем основными исполнителями были д.ю.н. профессор Ф.С. Карагусов и к.ю.н. С.В. Скрыбин. Из этого коллективного труда я и хочу привести конкретные замечания:

1) Согласно Закону об НПА любой кодекс, являясь законом, предназначен для регулирования однородных важнейших общественных отношений, устанавливая основополагающие принципы и нормы за счет их объединения и систематизации. По общему правилу (ст. 5 Закона об НПА), кодекс (как и любой другой нормативный правовой акт) должен регулировать общественные отношения непосредственно в силу того, что он имеет прямое

действие. Поскольку кодексом устанавливаются основополагающие нормы, он может предусматривать принятие нормативного правового акта, дополняющего нормы самого кодекса. При этом это действие такого дополнительного акта не может заменять собой действие самого кодекса. Казахское законодательство не предполагает регулирование однородных отношений отсылочными нормами.

В то же время в разделе 2 Концепции специальное значение придается бланкетным нормам ПК: ее составители полагают, что такие «бланкетные нормы позволяют создать кодифицированный акт более гибкий и приспособляемый к меняющейся политико-экономической обстановке». В свою очередь, в разделе 6 предполагается «обилие бланкетных норм не только к ГК, но и к специальным законам, регулирующим различные сферы предпринимательской деятельности, что предполагает отсутствие свойства прямого действия будущего ПК». Такими заявлениями авторы Концепции, во-первых, предлагают прямое нарушение вышеупомянутых требований о прямом действии закона, а во-вторых, забывают о том, что законодательство (особенно на уровне кодексов) должно обеспечивать стабильность правового регулирования общественных отношений. Закон не должен быть гибким, но его нормы должны быть ясными и однозначными, рассчитанными на длительное и стабильное регулирование общественных отношений.

Поэтому предлагаемые в Концепции структура и содержание ПК не соответствуют требованиям казахстанского законодательства, предъявляемым к кодексам. Регулирование важнейших однородных отношений не может свестись к набору бланкетных норм, сконцентрированных всего в 53 статьях. Уже столь незначительное для кодекса количество статей свидетельствует о том, что данные отношения едва ли можно отнести к важнейшим, а тем более, – к однородным. Тем более, что даже действующий Закон о частном предпринимательстве, который предлагается взять за основу при разработке ПК, содержит 51 статью.

2) Ст.ст. 6-13 проекта ПК предлагается посвятить вопросам, относящимся, соответственно, к субъектам предпринимательства, формам и видам предпринимательства, правам и обязанностям субъектов предпринимательства, а также недопустимости осуществления недобросовестной конкуренции. Однако эти вопросы уже регулируются (и даже в большем объеме) нормами ГК (статьями параграфов 1-3 главы 2 и многими другими). Нами не исключается целесообразность какого-то совершенствования и модернизации этих положений ГК, но непонятна необходимость их включения в существенно сокращенном варианте в структуру ПК.

3) Ст. 13 («недопустимость осуществления недобросовестной конкуренции») и ст. 14 («защита внутреннего рынка») регламентируются специальными законами о конкуренции, о естественных монополиях, Таможенном кодексе. Снова непонятно желание «втиснуть» содержание этих значимых актов в рамки двух статей ПК.

4) Аналогично, специальными законами регулируются вопросы статистической отчетности, ведения бухучета и составления финансовой отчетности. Более того, специальными нормами и иным государственным органом устанавливаются требования к ведению бухучета и финансовой отчетности различных категорий субъектов предпринимательства. Это – также разветвленные системы специального законодательства, и включение соответствующих вопросов применительно к субъектам предпринимательства в рамки одной статьи (16 и 17 соответственно) является непонятным, необоснованным и нецелесообразным.

5) В ст.15 ПК предлагается регулировать вопросы охраны информации о субъекте предпринимательства. Однако этот вопрос является частным аспектом регулирования информации о предпринимателях, а также это является лишь частью целой отрасли законодательства, которая именуется информационным правом. Эта отрасль законодательства в развитых государствах является очень обширной и всеобъемлющей, сформированной на специальных для этой отрасли принципах. Включение какой-то небольшой части этого регулирования в содержание ПК до формирования четкой концепции казахстанского информационного права представляется весьма поспешным и неосмысленным.

6) Необоснованным является включение в Главу 2 ПК двух статей – ст.10 («Государственная регистрация субъектов предпринимательства») и ст. 11 («Банкротство, реорганизация и ликвидация»). Оба эти аспекта регулируются нормами ГК и специальными законами. Более того, даже на уровне ГК вопросы, связанные с реорганизацией и ликвидацией юридических лиц, регламентированы рядом взаимосвязанных статей, а применительно к юридическим лицам, созданных в разных организационно-правовых формах (например, АО, хозяйственные товарищества) или осуществляющих отдельные виды деятельности (например, банковская), – дополнительно многочисленными специальными нормами законов и подзаконных нормативных правовых актов. Поэтому неясна цель усложнения законодательства за счет выделения из ГК норм о государственной регистрации, относящихся только к субъектам предпринимательства, для включения их в ПК и параллельное регулирование этих вопросов нормами в ПК применительно к предпринимателям, а нормами ГК – применительно к другим субъектам.

Аналогичное замечание касается и ст. 48 («Общие условия ответственности субъектов частного предпринимательства»), а также непонятно соотношение содержания этой статьи с содержанием ст. 38 ПК («Установление ответственности субъектов частного предпринимательства, государственных органов и их должностных лиц»).

Более того, почему-то исключается регулирование вопросов ответственности субъектов государственного предпринимательства.

7) Включение ст.ст.48-52 в ПК в рамках параграфа 2 («Ответственность субъектов частного предпринимательства»), предусматривающих ответственность предпринимателей, осуществляющих определенные виды деятельности или допускающих нарушения какого-то специального законодательства, представляется, во-первых, весьма избирательным, выборочным и неполным, а во-вторых, необоснованно вмешивающимся в сферу специального законодательства об административных правонарушениях (КоАП) и уголовных преступлениях (УК).

8) Столь же выборочным и поверхностным представляется содержание Главы 6. Известно, что антимонопольное регулирование предпринимательской деятельности осуществляется на основании отдельного закона, дополняющего, прежде всего, ст.11 ГК. Также на основании отдельного закона регламентируются и вопросы технического регулирования. В связи с этим нет какого-то обоснования во включении в ПК ст.ст. 32-34 и 39. Аналогичное замечание касается ст.ст.36, 37, 41, 44 ПК, предполагающих регулирование вопросов, связанных с лицензированием, обязательным страхованием, государственным регулированием инвестиционной деятельности, специальными режимами предпринимательства (концессиями и специальными экономическими зонами).

Проект Предпринимательского кодекса. Вариант 4

Представленный проект, конечно, значительно лучше, чем предыдущий. Лучше он уже хотя бы потому, что не преследует цели сломать правовую систему страны, а пытается скромненько вписаться в эту систему.

На этом положительная часть заканчивается. Перехожу к критике, причем постараюсь, чтобы критика была конструктивной.

1. Мы уже писали в Замечаниях и предложениях НИИ частного права¹, что не может быть Кодексом закон, состоящий из 53 статей. Однако разработчикам проекта удалось опровергнуть даже эту цифру. Представленный на обсуждение проект содержит уже 49 статей. Рекорд для Кодекса.

2. Следует обратить внимание не то, что разработчики незамет-

¹ См.: Юрист. 2013. №3. С. 17-24.

но изменили предмет регулирования предпринимательского кодекса. В преамбуле говорится, что настоящий Кодекс регулирует отношения, связанные с **государственным регулированием** предпринимательства. Ст.2 называется: «Законодательство РК о государственном регулировании предпринимательства». Аналогично ст. 3. «Пределы государственного регулирования предпринимательства», ст. 4 «Цели и принципы государственного регулирования предпринимательства».

Государственное регулирование экономики рассматривается в теории права как одно из проявлений (функций) государственного управления¹. Это значит, что проект полностью переориентирован на регулирование отношений власти – подчинения. Закон полностью превратился в публично-правовой. То есть о гражданском законодательстве вообще речи нет, налицо государственное и административное законодательство. Более точным было бы название: «Закон о государственном регулировании предпринимательства».

3. Проект в основном повторяет дословно Закон о частном предпринимательстве от 31. 01. 2006 г. В Законе о частном предпринимательстве 51 статья, в проекте – 49 статей. Из этих статей 41 статья и по названию, и по содержанию воспроизводит Закон о частном предпринимательстве. Получается, что только 8 статей являются новыми.

4. О государственном предпринимательстве в проекте нет ничего. И не может быть, потому что государственное регулирование деятельности государственных предприятий исчерпывающе отражено в Законе о государственном имуществе. Изъять эти нормы из этого Закона не получится, потому что в Законе о государственном имуществе целый раздел и много других статей посвящены государственным юридическим лицам, включающим в себя государственные учреждения и государственные предприятия. И разделить их на отдельные кусочки невозможно. Между тем государственные учреждения, по концепции Проекта, к субъектам предпринимательства не относятся.

Однако посмотрим, что же нового внесли разработчики в Проект ПК.

Рассмотрим новые статьи.

Статья 7. Реестр субъектов частного предпринимательства.

Во-первых, почему только частного? А о государственном предпринимательстве не надо иметь информацию?

Во-вторых, зачем этот реестр нужен? И чем он будет отличаться от государственного регистра юридических лиц (если говорить о

¹ См., например: Общая теория государства и права: Академический курс в 2-х томах / Отв. ред. М.Н. Марченко. Том 1. Теория государства. М.: Изд-во Зерцало, 1998. С.222.

негосударственных юридических лицах)? Эти реестры будут совпадать один в один, поскольку все негосударственные юридические лица являются или могут являться предпринимателями.

Целью реестра в статье обозначено получение сведений о категориях частного предпринимательства. Неясно, что это за категория? Если это организационно-правовые формы, то их можно узнать из регистра юридических лиц. Если это категории юридического лица и индивидуального предпринимателя, то их легко различить: установить, что предприниматель не является юридическим лицом, опять же по регистру юридических лиц, значит, это индивидуальный предприниматель.

И главное, зачем нужен этот реестр, целью которого, как мне кажется, является создание еще одного бюрократического препона для частных предпринимателей.

Статья 8. Формы предпринимательства

Полный повтор того, что уже раскрыто в ст.1 проекта ПК: понятие предпринимательства (подпункт 22), частное предпринимательство (подпункт 5), государственное предпринимательство (подпункт 20), субъекты государственного предпринимательства (подпункт 21).

Статья бессмысленна и бесполезна. Следует исключить.

Статья 9. Предпринимательство коммерческих юридических лиц.

Пункт 1. Единственный пункт в проекте, который посвящен государственному предпринимательству. Часть первая повторяет подпункты 20) и 21) статьи 1 и п. 2 ст.8 Проекта. Часть вторая гласит, что «Государство участвует в предпринимательской деятельности также путем участия в уставных капиталах акционерных обществ и товариществ с ограниченной ответственностью, а также создания национальных компаний и холдингов». Это неверное и крайне опасное утверждение. Государство не может участвовать в предпринимательской деятельности, участвуют созданные им юридические лица. Кроме того, участие в уставных капиталах АО и ТОО – это инвестиционная, но не предпринимательская деятельность. Если принять эту точку зрения, получается, что все граждане, купившие в рамках народного IPO по одной акции «Казтрансага», вмиг стали предпринимателями. Об этом много писалось в юридической литературе¹, и мимоходом фиксировать это весьма

¹ См., например: *Карагусов Ф.С.* О праве казахстанских адвокатов учреждать коммерческие организации // Юрист. 2010. №7. С. 33-40; *Мороз С.П.* Инвестиционное право Республики Казахстан: Научное издание. Алматы: НИИ частного права КазГЮУ, 2006. С. 58; *Сулейменов М.К.* Всегда ли инвестиционная деятельность является предпринимательской? // Юрист.2011. №5.С.12-16; *Сулейменов М.К.* Право как система: Монография. Алматы: Юрид.фирма Зангер, 2011. С. 282-292.

спорное положение в Законе недопустимо. В любом случае к предпринимательству это отношения не имеет.

Пункты 3 и 4. Частное предпринимательство негосударственных юридических лиц сводится в проекте к предпринимательству коммерческих юридических лиц. Однако как быть со случаями, когда некоммерческие организации занимаются предпринимательской деятельностью?

В соответствии с п.3 ст. 34 ГК «некоммерческая организация может заниматься предпринимательской деятельностью лишь постольку, поскольку это соответствует ее уставным целям».

Является ли в этом случае некоммерческая организация субъектом предпринимательской деятельности? Несомненно, является.

Разработчики Закона о частном предпринимательстве поступили гораздо мудрее, чем разработчики проекта ПК. Они предусмотрели только норму в п.1. ст.6, воспроизведенную и в проекте ПК (также п.1. ст. 6), о том, что юридическое лицо, являющееся субъектом частного предпринимательства, может быть создано только в организационно-правовой форме, предусмотренной гражданским законодательством РК.

Все, этого достаточно.

Статью 9 следует исключить.

Статья 37. Антимонопольное регулирование предпринимательской деятельности.

Статья 38. Государственное регулирование индустриально-инновационной деятельности.

Статья 39. Государственное регулирование инвестиционной деятельности.

Эти статьи можно безболезненно исключить, потому что ничего они не регулируют и полностью бесполезны и действовать не будут. Единственная информация, которую они несут, это то, что данные виды деятельности регулируются законами. Это мы и без них знаем. Единственная цель включения этих статей, как мне кажется, просто пометить территорию.

Статья 40. Государственно-частное партнерство.

Тоже безвредная и бесполезная статья. Назвали договоры, которые заключаются при государственно-частном партнерстве. И что? А ничего.

Статья 41. Государственное регулирование отдельных видов предпринимательской деятельности.

Апофеоз нововведений в проекте ПК. Перечисляются законы, которые регулируют отдельные виды предпринимательской деятельности. Это те законы, которые разработчики грозились включить в ПК. Статья лозунговая и бесполезная.

Наиболее существенным дополнением является включение нор-

мы о субъектах (юридических лицах), наделенных публичными функциями (подпункт 23) ст.1, п.2 ст.6 в проекте). Включать такое важное положение одной фразой неприемлемо. Тем более что это положение противоречит Конституции РК.

В соответствии с пунктом 3 статьи 3 Конституции РК «Правительство Республики и иные государственные органы выступают от имени государства в пределах делегированных им полномочий».

Публичные функции – это государственные функции. Они могут осуществляться только государством, а от его имени – только Правительством и другими государственными органами. Никакие юридические лица не могут наделяться публичными функциями.

Тот факт, что данное положение на практике сплошь и рядом нарушается, не дает право разработчикам закреплять эти нарушения на законодательном уровне.

Других заслуживающих внимания дополнений и изменений в проекте не обнаружено.

Таким образом, анализ проекта ПК показал, что он воспроизвел с известными ухудшениями текст Закона о частном предпринимательстве с добавлением нескольких статей, путанных и некорректных с юридической точки зрения, которые безболезненно могут быть исключены.

Главная ошибка разработчиков проекта ПК заключается в том, что они некритически подошли к самому Закону о частном предпринимательстве. Между тем этот Закон уже в момент принятия в 2006 г. страдал существенными недостатками. Он был подготовлен наспех и неспециалистами, так как цивилисты отказались его писать в таком виде. Он отменил ряд хороших законов, которые содержали немало полезных норм. Это Законы РК: от 4 июля 1999 г. «О защите и поддержке частного предпринимательства», от 19 июня 1997 г. «О государственной поддержке малого предпринимательства»; от 19 июня 1997 г. «Об индивидуальном предпринимательстве».

Например, в Закон о частном предпринимательстве совершенно необоснованно не включены нормы о прекращении деятельности и о банкротстве индивидуального предпринимателя (главы VI-VII Закона об индивидуальном предпринимательстве). Почему бы не вернуть их в закон?

В Законе о защите и поддержке частного предпринимательства были неплохие разделы об охране коммерческой тайны и об ответственности за неправомерное воспрепятствование предпринимательской деятельности.

Есть неплохие нормы в Законе о государственной поддержке малого предпринимательства.

Я думаю, что использование данных норм существенно улучшило бы проект.

Проект Предпринимательского кодекса. Вариант 5

Когда я узнал, что последний вариант состоит из 270 статей, я даже подумал, что удалось, наконец, придумать что-то стоящее, так как предпоследний вариант состоял всего из 53 статей, за что и был подвергнут серьезной критике.

Однако, изучив проект, я испытал сильное разочарование. Собственно, я еще раз убедился в своей правоте, когда я говорил, что в принципе невозможно создать сколько-нибудь приличный проект ПК.

За счет чего достигнуто такое увеличение статей? Оказывается, за счет раздела 2 «Государственное регулирование в сфере предпринимательства». Вставлено сразу 35 глав (главы с 6 по 40), 147 статей (со ст. 74 по ст. 221).

И о чем эти главы? О государственном регулировании в различных областях экономики (энергосбережения, электроэнергетики, газа и газоснабжения, недропользования, производства и оборота биотоплива, использования атомной энергии, транспорта, связи, технической деятельности, почтовой, торговой, оценочной деятельности и т.д. и т.п.).

На первый взгляд, солидное и полезное добавление. Вроде бы почти полный охват всех сфер экономики. То есть то, что обещали предпринимателям при выдвижении идеи создания ПК.

Однако при более детальном изучении проекта оказывается, что все это сплошная декларация. Нет никакого регулирования различных сфер экономики. Все эти главы состоят из 2-3 статей. Одна статья – это отсылка к закону, который действительно регулирует данную сферу отношений, вторая статья – основные направления, или цели или задачи.

В некоторых разделах не одна статья, а две или три (отдельно направления, отдельно цели, отдельно задачи или принципы). Но это ничего не меняет, потому что одна статья, или две, или три статьи на самом деле ничего не регулируют, они насквозь декларативные и напоминают не закон, а программу или декларацию, в общем, пустой звук.

Для примера посмотрим отдельные наиболее важные сферы.

Глава 11. Правовое регулирование в сфере недропользования. Ст.103 – отсылка к закону о недрах и недропользовании, ст. 104– Цели и задачи государственного регулирования в сфере недропользования (лозунги и декларации), ст. 105 – принципы (тоже декларация, выдрано из Закона о недрах и недропользовании). Это все. И что? Для чего эта глава? Что нового она дает?

Глава 26. Государственное регулирование банковской деятельности. Ст. 174 – отсылка к Закону о банках, ст. 175 – Цели и способы банковского регулирования. Это все.

Глава 27 о страховании. Две статьи (отсылка и задачи). Глава 28 о валютном регулировании. Три статьи. Глава 28 о рынке ценных бумаг. Две статьи (отсылка и основные направления) и т.д. и т.п.

Мне кажется, это полная профанация законодательного процесса. Проект заполнен большим количеством статей, ничего не регулирующих. Следует исключить из проекта главы с 8 по 40 как словесный мусор.

Еще один пустой раздел – это Раздел 3 «Поддержка предпринимательства». Что в разделе содержится?

Статья 230. Понятие государственной поддержки. Понятие весьма неопределенное – комплекс мер. Статья 231. Инфраструктура – тоже комплекс организаций. Что за инфраструктура? Что за организации? Дальше опять идут основные направления (ст. 232. Основные направления государственной поддержки предпринимательства, ст. 234. Основные направления государственной поддержки малого предпринимательства).

Потом идут статьи о поддержке малого предпринимательства, взятые из Закона о частном предпринимательстве. Они и в том законе были достаточно декларативными, но все же какие-то регулирующие нормы там были.

Но возьмем новые нормы. Например, ст. 244. Государственная поддержка субъектов предпринимательства, осуществляющих сельскохозяйственную деятельность.

Пункт 1, конечно, – это основные направления (или формы), такие например: предоставление различных форм государственной поддержки. Пункт 2 – государственная поддержка производится на республиканском и региональном уровнях в соответствии с законами РК. Как будто, если бы этого пункта не было, господдержка осуществлялась бы на других уровнях. И, наконец, пункт 3, самый главный, – отсылка к законам, где все и должно регулироваться. Статья ни о чем, надо исключить.

Статья 245. Информационное обеспечение предпринимательства. Декларация, исключить.

Статья 246. Основные направления поддержки предпринимательства Национальной палатой предпринимателей. Декларация и отсылка к Закону о Национальной палате предпринимателей. Исключить.

Глава 42. Государственная поддержка индустриально-инновационной деятельности. Одна статья – отсылка к Закону, вторая – опять цели, задачи, принципы. Декларация – исключить.

То же самое – глава 43. Государственная поддержка инвестиций (отсылка, цель).

Глава 44. Государственно-частное партнерство (понятие, принципы, отсылка к закону).

Глава 45. Концессии (отсылка к закону, основные принципы, сферы применения, виды господдержки). Декларация.

Глава 46. Специальные экономические зоны (отсылка, цели). Декларация.

Все эти главы можно исключить.

Если убрать все эти пустые и декларативные нормы, что останется? Останется предыдущий вариант, который мы уже обсуждали и который подвергся сокрушительной критике.

Надо сказать, что часть моих замечаний учтена. В частности, исключена ст.1 проекта, где содержались понятия, дублируемые затем в других статьях.

Вместо одной статьи включен целый параграф о предпринимательстве юридических лиц (статьи 12-18). Но там идет повтор норм Гражданского кодекса. И зачем?

Зато был включен параграф 4 главы 2 «Участие государства в предпринимательской деятельности».

Во-первых, большая часть этой главы – это повтор Закона о государственном имуществе. Недаром почти в каждой статье повторяется: в соответствии со статьей такой-то Закона о государственном имуществе. И зачем нужны эти повторы? Если законодатель хотел бы добавить что-то новое, он добавлял бы это в Закон о государственном имуществе, а не в другие законы, чтобы не было противоречий. Но у меня есть подозрение, что все эти нормы включены в проект только ради увеличения объема и попытки доказать, что ПК способен что-то регулировать.

Во-вторых, нуждается в уточнении тезис о том, что государство участвует в предпринимательской деятельности. Государство, как правило, не участвует в предпринимательской деятельности, участвуют самостоятельные субъекты гражданского права – государственные предприятия и АО и ТОО с государственным участием.

Поэтому неверны положения ст. 31 проекта, где говорится, что государство участвует в предпринимательской деятельности путем:

- 1) создания государственных предприятий;
- 2) участия в уставных капиталах юридических лиц (каких юридических лиц? Речь может идти только об АО и ТОО).

Создание предприятий – это не предпринимательская деятельность и не участие в ней. Это управленческое действие. Предпринимательской деятельностью занимается предприятие как самостоятельный субъект гражданского права.

Участие в уставных капиталах юридических лиц – это не предпринимательская деятельность, а инвестиционная. Инвестор (ак-

ционер) не занимается предпринимательской деятельностью, он получает дивиденды или управляет АО. Но предпринимательской деятельностью занимается само АО как самостоятельный субъект гражданского права¹.

О предпринимательской деятельности государства можно говорить (и то достаточно условно) в случаях, когда государство непосредственно вступает в гражданско-правовые отношения. Это, например, предоставление государственного имущества в концессию или на праве недропользования.

Проект в основном повторяет Закон о частном предпринимательстве от 31.01.2006 г. В Законе о частном предпринимательстве 51 статья, в проекте, если исключить все декларативные статьи, примерно столько же.

Я делал раньше замечания, что в Закон о частном предпринимательстве совершенно необоснованно не включены нормы о прекращении деятельности и о банкротстве индивидуального предпринимателя (главы VI-VII Закона об индивидуальном предпринимательстве).

Разработчики учли это замечание. Как? Я приведу полностью их дополнение.

Статья 28. Банкротство индивидуального предпринимателя.

Процедура банкротства индивидуального предпринимателя осуществляется в порядке, установленном законодательством о реабилитации и банкротстве.

И это все. Статья ни о чем. Зато галочку поставили, замечание учтено.

Выводы. Анализ многочисленных вариантов концепций и проектов Предпринимательского кодекса показывает, что разработчикам не удалось создать более или менее приемлемый вариант проекта. Это наглядно демонстрирует, что полноценный кодекс создать в принципе невозможно. Если даже инициаторам разработки проекта Предпринимательского кодекса удастся добиться его принятия (а эта возможность вполне реальна, ибо им удалось заложить идею о принятии Предпринимательского кодекса в текст выступления и в Указ Президента РК), сомнительно, что данный кодекс может эффективно регулировать предпринимательские отношения.

Тех же целей, что ставили перед собой разработчики Предпринимательского кодекса, можно без особых усилий добиться, если на основе действующего Закона о частном предпринимательстве создать небольшой компактный Закон о предпринимательстве, включив в него все нормы, которые сейчас содержатся в Указах

¹ См.: Сулейменов М.К. Всегда ли инвестиционная деятельность является предпринимательской? // Юрист. 2011. №5. С. 12-16.

Президента РК о поддержке предпринимательства. и те нормы, которые пытались создать разработчики Предпринимательского кодекса.

47.3. ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКИЙ КОДЕКС РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН: МНОГО ШУМА ИЗ НИЧЕГО

29 октября 2015 г. был принят Предпринимательский кодекс Республики Казахстан, вступающий в силу с 1 января 2016 г. Завершился наконец многострадальный процесс принятия ненужного закона, который в настоящем виде не вносит ничего нового в регулирование предпринимательской деятельности, но путаницу изрядную внести может.

А ведь с каким размахом все это начиналось, какие обещания давали про то, что наконец-то появится единый закон, который объединит все нормы о предпринимательстве в одном месте.

Эта идея пришла из концепции «хозяйственного права», разработанной в советское время академиками В.В. Лаптевым из России и В.К. Мамутовым из Украины. Они считали, что предпринимательские отношения однородны и по вертикали, и по горизонтали, и поэтому нужен Хозяйственный (Предпринимательский) кодекс. Эта концепция прекрасно укладывалась в советские планово-распорядительные отношения, но и тогда им не удалось протащить Хозяйственный кодекс. Тем более это странным выглядит сейчас, в условиях рыночной экономики.

В первом варианте концепции кодекса планировалось отменить около 50 законов, отхватить от Гражданского кодекса одну треть, от других кодексов тоже изрядные куски.

Ничего путного из этого, конечно, не получилось. Ведь чтобы собрать воедино все, что относится к предпринимательской деятельности, надо было включить в проект Кодекса практически все законы, регулирующие экономические отношения, в частности, Налоговый кодекс, Таможенный кодекс, Законы о банках, о страховании, о лицензировании, о государственном имуществе, об АО, о ТОО, о производственном кооперативе и многие-многие другие. Даже Кодекс об административных правонарушениях и Уголовный кодекс должны были отдать главы, регулирующие ответственность за нарушения в сфере предпринимательской деятельности.

Поначалу разработчики так и хотели сделать. Только кто же им это даст? Неужели Министерство финансов отдаст Налоговый кодекс? Или Национальный банк – Законы о банках и о страховании? и т.д.

Цивилисты тоже приложили все усилия, чтобы отстоять Граж-

данский кодекс. В частности, нами была подготовлена книга «Предпринимательский кодекс как орудие развала правовой системы Казахстана» (сб. статей /отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы, 2011). В этой книге были собраны статьи звезд российской, немецкой и украинской цивилистики (О.С. Иоффе, В.Ф. Яковлев, А.Л. Маковский, Е.А. Суханов, Рольф Книпер, Ладо Чантурия, Н.С. Кузнецова), а также статьи казахстанских цивилистов с резкой критикой идеи принятия Предпринимательского кодекса. Эту книгу я разослал всем депутатам Парламента и всем членам правительства, а также в аппарат Президента РК.

Сам процесс разработки проекта Предпринимательского кодекса показал всю порочность самой этой идеи и невозможность создать полноценный и эффективно работающий Кодекс.

Всего было 6 или 7 проектов Предпринимательского кодекса (ПК). И с каждым последующим вариантом проект худел, так как из него исключались законы, которые разработчики хотели включить в ПК, но им этого не дали сделать могущественные министерства и ведомства. В одном из вариантов в нем было всего 57 статей. Я следил за всеми этими зигзагами до 5-го варианта, активно критиковал, потом бросил это занятие, так как проект сам по себе вырождался.

Главное, чего нам удалось добиться, – это то, что разработчики отказались от атак на Гражданский кодекс и признали, что горизонтальные отношения, основанные на принципе равенства сторон, не могут регулироваться одновременно двумя кодексами.

Теперь ПК регулирует отношения по вертикали, отношения между государством и предпринимателем. Это четко выражено в Преамбуле ПК:

«Настоящий Кодекс определяет правовые, экономические и социальные условия и гарантии, обеспечивающие свободу предпринимательства в Республике Казахстан, регулирует общественные отношения, возникающие в связи с взаимодействием субъектов предпринимательства и государства, в том числе государственным регулированием и поддержкой предпринимательства».

Попытаюсь теперь оценить значение и качество принятого ПК.

Изучив его, я могу авторитетно заявить, что такой закон можно было бы сделать очень быстро, не тратя на него более трех лет.

Ведь что из себя представляет ПК?

Это механическое объединение действующих законов. В основе лежит Закон от 31 января 2006 г. «О частном предпринимательстве».

Большой и, кстати говоря, неплохой закон, в подготовке которого принимали участие и цивилисты. Мы неоднократно предлагали вместо разработки ненужного ПК принять Закон о предпринимательстве, основанный на Законе о частном предпринимательстве, и

не трогать законов по отдельным отраслям экономики и отдельным видам деятельности.

Все остальное в ПК – это тексты законов, которые поставлены на отмену, и главы, состоящие из двух-трех статей по отдельным отраслям управления экономикой.

Причем, что обидно, вместо полноценных законов в ПК вставляются в ряде случаев усеченные главы или ряд статей, надерганных из этих законов.

Например, прекрасно работал Закон от 31 марта 1998 г. «О крестьянском или фермерском хозяйстве», его отменили и включили в ПК несколько статей (ст.ст. 41-49 ПК).

Всего было отменено 6 законов. Это то, что осталось от тех 50, что нам обещали отменить в первом варианте проекта ПК. Это Законы об инвестициях, о конкуренции, о государственном контроле и надзоре в Республике Казахстан, о государственной поддержке индустриально-инновационной деятельности.

Глава 13 ПК (статьи 129-159) воспроизводит нормы отмененного Закона от 6 января 2011 г. «О государственном контроле и надзоре в Республике Казахстан».

Это позволило разработчикам Законом РК от 29 октября 2015 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты по вопросам предпринимательства» внести изменения в десятки законодательных актов (Лесной кодекс, Водный кодекс, Кодекс о здоровье народа, Законы о транспорте, об использовании атомной энергии, о языках, о племенном животноводстве, об аудиторской деятельности, об обеспечении единства измерений и другие). Эти изменения сводятся к одной фразе: «Проверки осуществляются в соответствии с Предпринимательским кодексом Республики Казахстан».

Вместо отмененного Закона РК от 25 декабря 2008 г. «О конкуренции» в ПК появился Раздел 4 (статьи 160–231).

Вместо отмененного Закона РК от 9 января 2012 г. «О государственной поддержке индустриально-инновационной деятельности» в ПК была включена Глава 24 (статьи 242–272).

Прекрасно функционировал Закон от 8 января 2003 г. «Об инвестициях». Его заменили Главой 25 (статьи 273–296).

Как видим, нормы этих законов составляют значительную часть ПК. ПК состоит из 324 статей. Количество статей, воспроизводящих нормы отмененных законов, составляет 267. Большинство остальных 57 статей – это нормы отмененного Закона РК от 31 января 2006 г. «О частном предпринимательстве».

Однако для придания солидности и пухлости Предпринимательскому кодексу в него были включены разделы, звучащие громко, но по существу ничего не значащие, так как они состоят из декларативных и отсылочных норм.

Это Глава 9 «Разрешения и уведомления» (7 статей), Глава 10 «Техническое регулирование» (3 статьи), Глава 11 «Государственное регулирование цен и тарифов» (9 статей), Глава 12 «Обязательное страхование» (4 статьи). Есть еще ряд отсылочных глав.

Единственная глава, которая вводит реальное новшество, это нормы главы 28 ПК. Как вы думаете, чему она посвящена? Правильно думаете, это создание государственных органов, которые будут защищать и оберегать предпринимателей, обрастая при этом значительным бюрократическим аппаратом. Появляются два таких органа: Уполномоченный по защите прав предпринимателей, назначаемый на должность Президентом РК, и Инвестиционный омбудсмен, назначаемый на должность Правительством РК.

Как вы считаете, изменится что-нибудь, если вдруг исчезнет ПК и вновь появятся те законы, которые он отменил? На мой взгляд, никто этого не заметит. Уполномоченный по защите прав предпринимателей может быть создан Указом Президента РК, Президенту для этого не нужно санкционирование законом.

Тем более, что эти функции могла бы осуществлять Национальная палата предпринимателей, собирающая взносы со всех предпринимателей и имеющая громадный административный аппарат.

Для чего создавали Национальную палату предпринимателей, если не для защиты прав предпринимателей?

На мой взгляд, эффективность принятия нового закона нельзя сводить только к созданию очередного государственного органа.

Из изложенного может сложиться впечатление, что ПК – это бесполезный и безвредный закон. Насчет первого – это точно, но насчет второго возникают определенные опасения.

Определенные сложности с применением ПК могут возникнуть.

Единственным положительным моментом ПК является то, что он декларирует, что гражданско-правовые отношения регулируются гражданским законодательством. Однако эта декларация часто не выдерживается. В проекте много норм, являющихся по своей сути гражданско-правовыми. Назову не все, но некоторые: ст. 28 – коммерческая тайна, ст.ст. 23–27 – субъекты индивидуального предпринимательства, ст.ст. 41–49 – крестьянское и фермерское хозяйства, ст.ст. 50–53 юридические лица, Глава 3. «Объединение субъектов предпринимательской деятельности», ст. 22 – саморегулирование, Глава 5. «Государственно-частное партнерство», Глава 12. «Обязательное страхование» и другие.

По-хорошему, эти нормы должны быть исключены из ПК, ибо они противоречат преамбуле и ст. 1 ПК.

Но в любом случае во избежание многочисленных проблем, ко-

торые неизбежно возникнут в случае расхождения норм ПК и ГК, я предлагал дополнить п. 2 ст. 2 ПК частью второй следующего содержания:

«В случае противоречия между нормами настоящего Кодекса и нормами Гражданского кодекса Республики Казахстан применяются нормы Гражданского кодекса Республики Казахстан».

К сожалению, это предложение не было учтено. Поэтому на практике могут возникнуть расхождения между ГК и ПК.

Имеются в ПК и другие противоречия. Например, вопрос возникает в связи с включением в ПК Главы 25 об инвестиционной деятельности. Значит ли это, что любая инвестиционная деятельность является предпринимательской? Если это так, то, во-первых, возникнут неразрешимые проблемы с признанием государства предпринимателем, во-вторых, любая старушка, купившая акции в рамках народного IPO, и сделавшая таким образом инвестиции, автоматически становится предпринимателем.

Это проблема уже обсуждалась и в литературе, и в судебной практике в связи с участием адвокатов в инвестиционной деятельности путем участия в ТОО и АО¹.

Поэтому необходимо было сделать в ст. 274 ПК специальную оговорку, что не всякая инвестиционная деятельность является предпринимательской.

Как же решен этот вопрос в ПК?

Пункт 3 статьи 274 ПК гласит:

«3. Деятельность физических и юридических лиц по участию в уставном капитале коммерческих организаций либо созданию или увеличению фиксированных активов, используемых для предпринимательской деятельности, а также для реализации проекта государственно-частного партнерства, в том числе концессионного проекта, признается инвестиционной деятельностью».

Но является ли эта инвестиционная деятельность предпринимательской?

В п.2 ст. 273 ПК закрепляется:

«2. Настоящим Кодексом не регулируются отношения, связанные с: осуществлением инвестиций из средств государственного бюджета; вложением капитала в некоммерческие организации, в том числе для образовательных, благотворительных, научных или религиозных целей».

¹ См., например: *Карагузов Ф.С.* О праве казахстанских адвокатов учреждать коммерческие организации // Юрист, 2010. №7. С. 33-40; *Сулейменов М.К.* Всегда ли инвестиционная деятельность является предпринимательской? // Юрист, 2011. №5. С. 12-16; *Розенцвайг А.В., Бабкин С.Б.* О некоторых аспектах взаимоотношений адвокатов и органов юстиции в Республике Казахстан // В сб.: Актуальные проблемы частного права. Liber amicorum в честь академика М.К. Сулейменова. Алматы: Юрид. фирма Зангер, НИИ частного права. 2011. С. 508-520.

Из этого вытекает, что вложение капитала в коммерческие организации регулируется настоящим Кодексом. Но поскольку это Предпринимательский кодекс, вытекает ли из этого, что вложение капитала в уставные капиталы коммерческих организаций является предпринимательской деятельностью? Не совсем ясно. В Законах не должно быть норм, допускающих различные толкования.

Я высказал только часть замечаний, возникших при поверхностном знакомстве с ПК. Более детальное изучение не представляется нужным ввиду полной бесполезности и вредности Предпринимательского кодекса Республики Казахстан.

Подраздел X
ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО
И ИНВЕСТИЦИИ

Глава 48. СТАНОВЛЕНИЕ И РАЗВИТИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН ОБ ИНВЕСТИЦИЯХ: ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ АСПЕКТ

48.1. ОСНОВНЫЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ АКТЫ ОБ ИНВЕСТИЦИЯХ

Начало формированию внешнеэкономического законодательства в Казахстане положили три взаимосвязанных закона, принятые в конце 1990 г.: Об основных принципах внешнеэкономической деятельности Казахстана (15 декабря 1990 г.); Об иностранных инвестициях в Казахстане (7 декабря 1990 г.); О свободных экономических зонах в Казахстане (30 ноября 1990 г.).

Позже были приняты Закон о валютном регулировании в Казахстане (13 июня 1991 г.) и Закон о концессиях в Республике Казахстан (23 декабря 1991 г.).

Закон об иностранных инвестициях получился реформаторским и отражающим новые реалии экономики. Конечно, он был несовершенным и несколько наивным (например, мы запретили национализацию иностранных инвестиций), но сыграл большую роль как сигнал иностранным инвесторам, что Казахстан намерен создавать для них благоприятный инвестиционный климат.

27 декабря 1994 года был принят второй Закон «Об иностранных инвестициях» (далее – Закон 1994 г.).

Проект закона об иностранных инвестициях был успешно разработан и Закон был принят 27 декабря 1994 г., в один день с Гражданским кодексом Республики Казахстан (Общая часть).

28 февраля 1997 г. был принят Закон РК «О государственной поддержке прямых инвестиций».

В 2003 г. наступил новый этап в развитии инвестиционного законодательства, – отмена закона об иностранных инвестициях. Этап закономерный. Во многих странах Законы об иностранных инвестициях отсутствуют. Это означает, что иностранные и национальные инвесторы находятся в равном положении. Закон об иностранных инвестициях носит временный характер. Он принимается обычно, чтобы как-то выделить иностранных инвесторов: или чтобы закрепить для них изъятия из национального режима, или чтобы предоставить иностранным инвесторам особые льготы, создать для них благоприятный инвестиционный климат в стране.

В Казахстане стояла задача привлечения национального капитала, предоставления благоприятных условий для национальных ин-

весторов. На основе двух законов: «Об иностранных инвестициях» и «О государственной поддержке прямых инвестиций» был создан один Закон РК от 8 января 2003 г. «Об инвестициях».

И, наконец, 20 октября 2015 г. был принят Предпринимательский кодекс (далее – ПК), в состав которого были целиком включены нормы Закона об инвестициях (Глава 25. Государственная поддержка инвестиционной деятельности, статьи 273-296).

К инвестиционному законодательству можно отнести и Конституционный закон РК от 7 декабря 2015 г. «О Международном финансовом центре «Астана», поскольку он был принят с целью привлечения иностранных инвесторов. Это закон представляют собой удивительный правовой феномен. Трудно представить себе принятие такого закона в суверенном государстве.

Какая картина вырисовывается на основе анализа Закона?

На территории Казахстана создается территория с точно обозначенными границами (отметим, что граница – это термин международного права). На этой территории казахстанские законы не действуют, первичными являются акты самого финансового центра, вторичными – право Англии и Уэльса. Официальный язык центра английский, делопроизводство ведется на английском, сделки заключаются на английском. Валютное законодательство РК не действует, трудовое законодательство РК не действует, налоговое законодательство РК не действует. Создается анклав в столице Казахстана, где не действуют казахстанские законы.

Я не говорю о противоречии Конституции, где предусмотрено в качестве действующего право РК, я говорю о суверенитете Казахстана, который допускает на своей территории анклав, где действуют Законы иностранного государства и официальным является язык иностранного государства.

И в заключение о суде Центра (ст. 13 Закона). Суд Центра независим в своей деятельности и не входит в судебную систему Казахстана (п.2 ст. 13). Суд Центра состоит из двух инстанций: суд первой инстанции и апелляционный суд (п.3). Суд Центра при разрешении споров руководствуется действующим правом Центра, а также может учитывать вступившие в законную силу решения суда Центра по конкретным спорам и вступившие в силу решения судов других юрисдикций общего права (п. 6). Решения апелляционного суда Центра являются окончательными, не подлежат обжалованию и обязательны для всех физических и юридических лиц (п.7).

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

48.2. ПОНЯТИЕ ИНВЕСТИЦИЙ

В первом Законе 1990 г. закреплено в ст. 2: «Под иностранными инвестициями понимаются все виды имущества, ввозимые в Республику иностранным инвестором, и предназначенные для производства товаров и услуг, а также валютные средства, ввозимые в тех же целях».

В Законе 1994 года инвестиции определялись как все виды имущественных и интеллектуальных ценностей, вкладываемые в объекты предпринимательской деятельности в целях получения дохода (ст. 1 Закона).

Однако Законом от 16 июля 1997 г. №165-1 в ст. 1 Закона об иностранных инвестициях был включен термин «Инвестирование»: «Инвестирование» – деятельность, связанная с осуществлением вложений иностранных инвестиций в объекты предпринимательской деятельности в целях получения прибыли (дохода).

Я писал тогда: «В то же время вряд ли можно признать удачным введение нового термина «инвестирование», под которым понимается «деятельность, связанная с осуществлением вложений иностранных инвестиций в объекты предпринимательской деятельности в целях получения прибыли (дохода)». Данное понятие вносит путаницу, трудно отделить его от других понятий, употребляемых в Законе. Непонятно, что означает «осуществление вложений инвестиций» и как оно соотносится с понятием «осуществлением инвестиций», которое употребляется при раскрытии понятия «инвестиционный спор». В международных договорах (в частности в Договоре к Энергетической Хартии) применяется понятие «осуществление инвестиций», близкое к применяемому в Законе от 16 июля 1997 года понятию «инвестирование»¹.

Пожалуй, отсюда берут начало те проблемы, которые сейчас пытается решить Верховный Суд РК при определении подсудности инвестиционных споров².

Этим же Законом в Закон 1994 г. было включено новое понятие иностранных инвестиций, дополненное затем законом от 2 августа 1999 г.:

«Иностранные инвестиции – инвестиции, осуществляемые в форме участия в уставном капитале юридических лиц Республики Казахстан, а также предоставления займов (кредитов) юридиче-

¹ См.: Право и иностранные инвестиции в Республике Казахстан. Алматы: Жеті Жарғы, 1997. С. 235.

² Добавлю для ясности, что Закон об иностранных инвестициях 1990 г. разрабатывался при моем активном участии (как эксперта Верховного Совета Казахской ССР), Закон об иностранных инвестициях 1994 г. разрабатывался группой цивилистов под моим руководством. Изменения 1997 г. и все последующие изменения, а также Закон об инвестициях 2003 г. готовились специалистами Комитета по инвестициям.

ским лицам Республики Казахстан, в отношении которых иностранные инвесторы имеют право определять решения, принимаемые такими юридическими лицами и предоставления предметов лизинга на условиях, предусмотренных законодательством Республики Казахстан о лизинге».

Это определение почти в таком же виде повторено в Законе об инвестициях:

«Инвестиции – все виды имущества (кроме товаров личного потребления), включая предметы лизинга с момента заключения договора лизинга, а также права на них, вкладываемые инвестором в уставный капитал юридического лица или увеличение фиксированных активов, используемых для предпринимательской деятельности».

Непонятное, громоздкое и путаное определение. Причем тут лизинг? Товары для личного потребления относятся к лизингу или имуществу? И что это за права? Если речь идет об имущественных правах, то они по ГК включаются в понятие «имущество». И опять вместо общего понятия объекта предпринимательской деятельности вводятся только два вида объектов: уставный капитал и фиксированные активы.

Кроме того, это определение вступает в противоречие с другим определением «инвестиции», данным в другом Законе.

В Закон о валютном регулировании от 24.12.1996 г. №54-1 Законом от 30.01.2001 г. №154-III включено понятие «инвестиции» (подпункт 8) статьи 1-1): «Передача денег, ценных бумаг, вещей, имущественных прав, включая права на результаты интеллектуальной творческой деятельности, и иного имущества в целях: обеспечения участия в уставном капитале объекта инвестирования; приобретения ценных бумаг».

В этом определении инвестиции выступают не как имущество, активы, а как передача имущества, то есть как процесс. Это противоречит и Закону «Об иностранных инвестициях», и Закону «Об инвестициях».

И все эти положения, идущие вразрез с международными понятиями, были без критического анализа перенесены в ПК: Инвестиции – п. 1 ст. 274. ПК; Инвестиционная деятельность – п.3 ст. 274 ПК.

Я не привожу раскрытие этих понятий в ПК, потому что они дословно повторяют понятия, содержащиеся в Законе об инвестициях.

В международных договорах нет определения «инвестиционная деятельность». Это изобретение местных умельцев.

Иногда встречается понятие «осуществление инвестиций», но совсем в другом смысле, чем «инвестиционная деятельность». Например, в Договоре к Энергетической хартии (далее – ДЭХ) наряду

с понятием «капиталовложения (инвестиции)» – все виды активов, находящихся в собственности или контролируемых прямо или косвенно инвестором (ст. 1(6) ДЭХ), употребляется термин «осуществление капиталовложений»: осуществление новых капиталовложений, приобретение всей или части существующих капиталовложений или распространение на другие области инвестиционной деятельности (ст.1 (8) ДЭХ). Однако здесь понятие «осуществление капиталовложений» понимается лишь как стадия инвестиций.

В ст. 10 ДЭХ «Поощрение, защита и режим капиталовложений» различаются прединвестиционный период (осуществление капиталовложений) и постинвестиционный период (капиталовложения).

В первом случае речь идет о прединвестиционной стадии (осуществление капиталовложений), и государство только стремится предоставлять (значит, не обязано) национальный режим или режим наибольшего благоприятствования (РНБ). Во втором случае речь идет о постинвестиционной стадии, и здесь государство предоставляет национальный режим или РНБ (т.е. это жесткая обязанность).

Обязательность предоставления национального режима возникает и на прединвестиционной стадии, но только после подписания участниками Дополнительного договора к ДЭХ, подписание которого выглядит весьма проблематичным.

В современный период основным объектом регулирования в сфере инвестиций стали операции, сделки на рынке ценных бумаг, представляющие собой способ вложения капитала.

В настоящее время значительно возросли возможности инвестирования капитала благодаря увеличению числа новых финансовых инструментов, с помощью которых можно размещать свободные средства на относительно большой или небольшой срок с целью получения прибыли. Сумма инвестиции в данном случае может выражаться в том числе и в сумме риска или, другими словами, в сумме разницы стоимости размещенных и затем возвращенных средств в результате совершения спекулятивной операции на фондовой бирже¹.

Использование инструментов финансового рынка при осуществлении инвестиций позволило включить в понятие «иностранные инвестиции» не только то, что инвестируется (материальные ценности в форме осязаемых и неосязаемых вещей), но также и то, во что инвестируется капитал – ценные бумаги, сделки. Инвестиции подразумевают в последнем случае всю сумму сделки, включающую сумму риска, возникающего при инвестировании капитала².

¹ См.: *Доронина Н.Г., Семилотина Н.Г.* Международное частное право и инвестиции: Монография. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ; Юридическая фирма Контракт, 2012. С. 255.

² См.: *Лебедев С.Н.* Международный коммерческий арбитраж: компетенция арбитров и соглашения сторон. М., 1988. С. 8.

Особенностью практики разрешения инвестиционных споров в МЦУИС является то, что в сферу компетенции специализированного инвестиционного арбитража попадают прямые и портфельные инвестиции. Важно только, чтобы было соблюдено то положение ст. 25 Вашингтонской конвенции, согласно которому между сторонами в споре должно быть достигнуто соглашение о передаче спора в МЦУИС.

48.3. ПОНЯТИЕ ИНОСТРАННОГО ИНВЕСТОРА

В первых Законах о внешнеэкономической деятельности было закреплено понятие «субъект внешнеэкономической деятельности». При раскрытии этого понятия можно выделить три группы терминов: это иностранные инвесторы, к которым относятся иностранные граждане; иностранные юридические лица; юридические лица, зарегистрированные в соответствии с законодательством Республики Казахстан, контрольный пакет акций или большая доля паевого участия в которых принадлежит иностранным гражданам и юридическим лицам (ст.1 Закона об иностранных инвестициях 1990 г.).

«Участник внешнеэкономической деятельности» – понятие более широкое, но классифицируемое несколько в иной плоскости, чем понятие «иностранцы инвесторы», и которое должно включать в себя граждан и юридических лиц Республики Казахстан, иностранных граждан и иностранных юридических лиц, лиц без гражданства, иностранных государств и международные организации.

Создание юридического лица в РК является основной правовой формой осуществления иностранными юридическими лицами хозяйственной деятельности на территории РК. Прежде в Законе об иностранных инвестициях 1994 г. существовала весьма четкая система определения понятий, связанных с созданием юридических лиц. В ст. 1 Закона давались понятия: «иностранное юридическое лицо» – созданное в соответствии с законодательством иностранного государства за пределами Республики Казахстан; и «юридическое лицо Республики Казахстан» – юридическое лицо (в том числе предприятия с иностранным участием), созданное в соответствии с законодательством Республики Казахстан на территории Республики Казахстан.

Выделились следующие понятия:

«Предприятие с иностранным участием» – юридическое лицо, созданное в соответствии с законодательством Республики Казахстан на территории Республики Казахстан и выступающее в форме иностранного предприятия или совместного предприятия. «Иностранное предприятие» – предприятие с иностранным участием,

созданное в соответствии с законодательством Республики Казахстан на территории Республики Казахстан, полностью принадлежащее иностранному инвестору. «Совместное предприятие» – предприятие с иностранным участием, созданное в соответствии с законодательством Республики Казахстан на территории Республики Казахстан, в котором часть имущества (акций) принадлежит иностранному инвестору.

Таким образом, предприятие с иностранным участием является национальным юридическим лицом и родовым понятием по отношению к иностранному предприятию и совместному предприятию, которые являются предприятиями с иностранным участием.

С отменой Закона об иностранных инвестициях Законом РК от 8 января 2003 г. все эти понятия перестали легально существовать.

Какими же понятиями оперируют в действующем законодательстве? В статье 1114 ГК говорится о юридическом лице с иностранным участием. В Законе об инвестициях от 8 января 2003 г. существовало понятие «юридическое лицо Республики Казахстан» – юридическое лицо, в том числе юридическое лицо с иностранным участием, созданное в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан (подп. 11) п. 1 Закона). Ясно, что юридическое лицо с иностранным участием является юридическим лицом Республики Казахстан.

Однако в Предпринимательский кодекс это понятие не было включено. Зато появилось понятие «инвестор» – физические и юридические лица, осуществляющие инвестиции в Республике Казахстан (п. 2 ст. 274 ПК).

48.4. ГАРАНТИИ ИНОСТРАННЫМ ИНВЕСТОРАМ

В первые годы независимости особых гарантий инвесторам не предусматривалось. Были только налоговые льготы, в общем-то весьма значительные.

Для совместных предприятий, если доля иностранного участия в уставном фонде превышает 30%, ставка налога на прибыль установлена в 30%. Освобождается от уплаты налога прибыль, полученная в сфере материального производства, в течение первых 2 лет с момента первого объявления прибыли, за исключением прибыли предприятий, занимающихся добычей полезных ископаемых и рыболовством (Закон от 28 июня 1991 г. «О налогах с предприятий, объединений и организаций»).

В соответствии со ст. 20 Закона об иностранных инвестициях 1990 г., если совместные и иностранные предприятия заняты в производстве продукции и услуг, указанных в приложении к Закону (в частности, производство товаров народного потребления, переработка и хранение сельскохозяйственной продукции, биотехно-

логическая продукция, электроника, медоборудование и другие), они освобождаются от уплаты на прибыль в течение 5 лет после первого объявления прибыли и уплачивают налог на прибыль по ставке, сниженной на 50%, в течение последующих 5 лет.

В Законе об иностранных инвестициях 1990 г., было закреплено, что «в Казахской ССР национализация имущества предприятий с иностранным участием не допускается» (ст. 26).

В то время я писал:

«Однако остается неясным вопрос, применяются ли и в каком порядке такие правовые меры, как реквизиция (изъятие имущества с возмещением стоимости) и конфискация (безвозмездное изъятие имущества). В Законе о внешнеэкономической деятельности этот вопрос вообще не затронут, в Законе об иностранных инвестициях предусмотрена только реквизиция (ст. 25), а в Законе о концессиях от 23 декабря 1991 г. записано, что государственные органы, предоставляющие концессии, гарантируют защиту вложенного в предприятие имущества концессионера от национализации, конфискации, ликвидации и реквизиции (ст. 20). Между тем и реквизиция, и конфискация предусмотрены Гражданским кодексом Казахстана (ст. 141) и применяются ко всем участникам имущественных отношений, в том числе к иностранцам. Другое дело, что применяются они только в особых, установленных законом случаях: конфискация – только в виде санкции за совершение преступления или иного правонарушения по решению суда; реквизиция – при особых обстоятельствах, носящих специальный характер (стихийное бедствие, аварии, эпидемии, эпизоотии и т.п.). Необходимо также разработать четкую процедуру применения этих мер, так как в отношении порядка и условий реквизиции и конфискации до сих пор применяется постановление Совета Народных Комиссаров РСФСР 1927 г.

Республике Казахстан необходимо усилить гарантии иностранным инвесторам: и в этом плане можно было бы присоединиться к международному механизму правовой защиты инвесторов. Основой данного правового механизма являются положения Конвенции по урегулированию инвестиционных споров между государством и юридическими и физическими лицами других государств, принятой в 1965 г. в Вашингтоне (Вашингтонская конвенция)»¹.

Широкий круг гарантий иностранным инвесторам был разработан и включен в Закон об иностранных инвестициях 1994 г.

Закрепление правового режима иностранных инвестиций (на-

¹ См.: Сулейменов М.К. Правовое регулирование иностранных инвестиций в Казахстане. – Известия АН Республики Казахстан. Серия общ наук. 1992. №5. С. 63-70; См. также: Майдан Сулейменов. Частное право Республики Казахстан: история и современность // Собр. соч. в 9 томах. Том 7. Алматы: Юридическая фирма Зангер, 2011. С. 13.

циональный режим или режим наибольшего благоприятствования в зависимости от того, условия какого из них являются наиболее благоприятными). Национальный режим (НР) означает, что иностранным инвестициям предоставляются условия не менее благоприятные, чем те, которые предоставляются в подобной ситуации инвестициям физических и юридических лиц Республики Казахстан. Режим наибольшего благоприятствования (РНБ) означает, что иностранным инвестициям предоставляются условия не менее благоприятные, чем те, которые предоставляются в подобной ситуации инвестициям любых иных иностранных физических и юридических лиц.

Правительственные гарантии по договорам, связанным с иностранными инвестициями. Гарантии от изменения законодательства. Гарантии от экспроприации. Гарантии от незаконных действий государственных органов и должностных лиц. Компенсация и возмещение убытков иностранным инвесторам. Гарантии использования доходов. Гарантии использования собственных валютных средств. Гласность в деятельности иностранных инвесторов. Гарантии при государственной проверке.

В Законе об инвестициях 2003 г. целью ставилось уравнивать права иностранных и национальных инвесторов. К сожалению, вместо того, чтобы предоставить национальным инвесторам те же гарантии, что и иностранным, поступили с точностью наоборот: исключили гарантии, которые были предоставлены иностранным инвесторам.

Закон состоит, по существу, из двух частей: правовой режим инвестиций (то, что было в Законе «Об иностранных инвестициях») и государственная поддержка инвестиций (основные положения Закона «О государственной поддержке прямых инвестиций»).

Следует констатировать резкое сокращение гарантий по сравнению с Законом «Об иностранных инвестициях». Остались гарантии, которые можно было и не включать в закон: гарантии использования доходов, гласность, осуществление контроля и надзора, гарантии при национализации и реквизиции (ценность ст. 7 Закона об иностранных инвестициях заключалась в том, что он закреплял четыре международно-признанных принципа национализации. Из Закона об инвестициях они исчезли, появилось «в исключительных случаях, предусмотренных законодательными актами». А если такие случаи не предусмотрены?). Все эти положения содержатся в Гражданском кодексе и других законодательных актах, поэтому наличие или отсутствие этих статей никак не влияет на правовой статус инвесторов.

Зато исчезла гарантия использования собственных валютных средств, свободного вывоза капитала (ст. 11 Закона). Это гарантия, которая в первую очередь интересует иностранных инвесторов, и ее

исключение, конечно, серьезно их беспокоило. Исчезла ст. 9 Закона о компенсации и возмещении убытков иностранным инвесторам.

Вместо четких и ясных норм, закрепленных в Законе «Об иностранных инвестициях», в Законе об инвестициях появились пустые нормы, являющиеся голой декларацией и не несущие никакой юридической нагрузки. Например, такая: «Инвестору предоставляется полная и безусловная защита прав и интересов, которая обеспечивается Конституцией, настоящим Законом и иными нормативными правовыми актами Республики Казахстан, а также международными договорами, ратифицированными Республикой Казахстан».

Это просто набор красивых слов. Можно еще добавить: немедленная, беспристрастная, эффективная защита и т.п. Пустота этой нормы будет еще звонче. Сколько ни говори: халва, халва – слаще не станет, а вот как раз этих прав, которые надо защищать, в новом законе маловато.

К сожалению, все эти глупости почти без изменений были перенесены в Предпринимательский кодекс (статьи 276-279).

48.5. ГАРАНТИИ ОТ ИЗМЕНЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Гарантии иностранным инвесторам от изменения законодательства выражаются в основном в двух формах:

1) запрет на введение изменений законодательства, ухудшающих оговоренные условия поступления иностранных инвестиций. При ухудшении положения иностранного инвестора для него в течение установленного срока нормы нового законодательства не применяются. Это условие получило в международной практике особое название – «дедушкина оговорка»;

2) изменение условий инвестиционного договора в целях обеспечения имущественных интересов сторон. При ухудшении положения иностранного инвестора в результате принятия нового законодательства он вправе потребовать от принимающего государства проведения переговоров об изменении договора в целях обеспечения имущественных интересов. Это условие называется «оговорка об изменении условий инвестиционного договора в целях обеспечения имущественных интересов сторон».

В законодательстве Казахстана в разное время применялись обе оговорки или одна из них.

Казахстан с самого начала развития инвестиционного законодательства отдал предпочтение «дедушкиной оговорке» в отличие от России, где господствует оговорка об изменении условий инвестиционного договора в целях обеспечения имущественных интересов сторон. Закон об иностранных инвестициях 1994 г. закрепил положение о неприменении нового законодательства, ухудшающего по-

ложение иностранного инвестора, в течение срока действия контракта (знаменитая ст. 6).

В статье 6 Закона об иностранных инвестициях было закреплено, что «в случае ухудшения положения иностранного инвестора, являющегося результатом изменений в законодательстве и (или) вступлением в силу и (или) изменением условием международных договоров, к иностранным инвестициям в течение 10 лет применяется законодательство, действовавшее в момент осуществления инвестиций, а по инвестициям, осуществляемым по долгосрочным (свыше 10 лет) контрактам с уполномоченными государственными органами, – до окончания срока действия контракта, если контрактом не предусмотрено иное.

В случае улучшения положения иностранного инвестора, являющегося результатом изменений в законодательстве и (или) вступлением в силу и (или) изменением условий международных договоров, отдельные условия контрактов между иностранным инвестором и полномочным государственным органом, представляющим республику, могут быть изменены по взаимному согласию сторон с целью достижения баланса экономических интересов участников».

Положения данной статьи, касающиеся контрактов, относятся, главным образом, к нефтяным и иным контрактам, связанным с недропользованием.

Таким образом, ст. 6 Закона об иностранных инвестициях была направлена на защиту прав иностранных инвесторов. В случае ухудшения положения иностранных инвесторов применялась «дедушкина оговорка». В случае улучшения – оговорка об изменении условий договора в целях обеспечения имущественных интересов сторон. Причем изменение условий могло быть произведено только по взаимному согласию сторон.

«Дедушкина оговорка» получила закрепление и в Законах о недрах и недропользовании и о нефти, где было закреплено положение о том, что изменения и дополнения законодательства, ухудшающие положение недропользователя, не применяются к контрактам, заключенным до внесения данных изменений и дополнений (ст. 71 Закона о недрах, ст. 57 Закона о нефти).

В Законе «Об инвестициях» вместо ясной и четкой «дедушкиной оговорки» появилось нечто невнятное и несуразное. Суть проблемы заключается в выяснении того, существует ли сейчас так называемая «дедушкина оговорка», или положение о стабильности законодательства, которое так четко было сформулировано в знаменитой ст. 6 Закона об иностранных инвестициях?

Пункт 3 ст. 4 Закона об инвестициях гласил:

«Республика Казахстан гарантирует стабильность условий договоров, заключенных между инвесторами и государственными орга-

нами Республики Казахстан, за исключением случаев, когда изменения в договоры вносятся по соглашению сторон.

Настоящие гарантии не распространяются на:

– изменения в законодательстве Республики Казахстан и (или) вступление в силу и (или) изменения международных договоров Республики Казахстан, которыми изменяются порядок и условия импорта, производства, реализации подакцизных товаров;

– изменения и дополнения, которые вносятся в законодательные акты Республики Казахстан в целях обеспечения национальной и экономической безопасности, здравоохранения и нравственности».

Этот пункт без изменений был включен в Предпринимательский кодекс (п. 3 ст. 276).

Если буквально толковать часть вторую п. 3 ст. 276 ПК, получается, что на случаи, не предусмотренные этой частью, гарантии распространяются. То есть в случае изменений в законодательстве Республика Казахстан гарантирует стабильность условий договоров, заключенных между инвесторами и государственными органами Республики Казахстан, за исключением случаев, когда изменения в договоры вносятся по соглашению сторон. Значит, его нефтяной контракт заключен на 20 лет и через 5 лет после его заключения вносятся изменения в законодательство, влияющие на условия контрактов, действует гарантия о стабильности условий договоров. Изменения не применяются, применяется прежнее законодательство, действовавшее в момент заключения контракта.

Это та же самая «дедушкина оговорка», только в еще более льготном режиме для инвестора, так как не надо доказывать ухудшение положения инвестора в результате изменения контракта.

Общие положения о «дедушкиной оговорке» содержатся в Гражданском кодексе РК. Как закреплено в п.2 ст. 383 ГК, если после заключения договора законодательством устанавливаются обязательные для сторон правила, иные, чем те, которые действовали при заключении договора, условия заключенного договора сохраняют силу, кроме случаев, когда законодательством установлено, что его действие распространяется на отношения, возникающие из ранее заключенных договоров.

Хотя эта норма ГК вызывает много споров в теории и на практике и не всегда применяется, ее важное консолидирующее значение для отраслевого законодательства неоспоримо.

В Казахстане высказываются различные взгляды на понятие стабильности законодательства. А.Г. Диденко и Е.В. Нестерова считают, что приоритет договора перед законодательством, установленный п. 2 ст. 383 ГК, распространяется только на условия договора, которые могли быть согласованы сторонами. Императивные нормы, установленные законодательством, действовавшим в момент заключения договора, не могут считаться условиями договора, и в случае

изменения этих императивных норм они применяются в новой, измененной редакции. Этот анализ они применяют ко всем законодательным актам (о недропользовании, о налогах, об инвестициях), в которых содержатся оговорки о стабильности законодательства¹.

Мне кажется, такое толкование противоречит смыслу «дедушкиной оговорки», согласно которой законодательство, ухудшающее положение иностранного инвестора (а это в основном императивные нормы), не должно применяться к ранее заключенным контрактам на период действия контракта.

Эти утверждения противоречат и толкованию п. 2 ст. 383 ГК, в котором говорится «...если после заключения договора законодательством устанавливаются обязательные для сторон правила, иные, чем те, которые действовали при заключении договора, условия заключенного договора сохраняют силу». Из этого текста не вытекает, что речь идет о диспозитивных условиях, которые стороны вправе включать в договор. Речь идет об установлении законодательством правил иных, чем те, которые действовали при заключении договора. По-моему, эти положения толкуются однозначно: не применяются все нормы, которые устанавливают иные правила (хоть диспозитивные, хоть императивные).

Это позиция имеет в Казахстане законодательное подтверждение. В частности, Нормативное постановление Верховного суда Республики Казахстан от 23 июня 2006 г. №5 «О судебной практике применения налогового законодательства» распространяет нормы о стабильности налогового режима не только на те налоги и обязательные платежи, которые могли согласовываться в контрактах по действовавшему в момент их заключения законодательству, но и на те налоги (обязательные платежи), которые были продублированы сторонами контракта из императивных норм законодательства, действовавшего на момент заключения контракта».

А. Диденко и Е.Нестерова предлагают отменить данное нормативное постановление как противоречащее принципам налогообложения. Я не вижу в этом необходимости, так как это постановление отвечает принципам «дедушкиной оговорки».

48.6. МЕЖДУНАРОДНЫЕ СОГЛАШЕНИЯ В СФЕРЕ ИНВЕСТИЦИЙ

Важное значение для правового регулирования иностранных инвестиций имеют двусторонние соглашения между РК и другими странами о взаимной защите инвестиций. К настоящему времени

¹ См.: Диденко А.Г., Нестерова Е. Правовая природа контрактов на недропользование и инвестиционных контрактов //Гражданское законодательство. Статьи. Комментарий. Практика. Вып. 29. / Под ред. Диденко А.Г. Алматы: Раритет. Институт правовых исследований и анализа, 2007. С.186-217.

Казахстан заключил более 50 таких соглашений. Одними из первых были заключены Договор между РК и США о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 19 мая 1992 г. и Договор между РК и ФРГ о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 22 сентября 1992 г.¹.

Из многосторонних договоров следует назвать следующие:

1. **Договор к Энергетической Хартии.** Был подписан 17 декабря 1994 г. Казахстан ратифицировал 18 октября 1995 г. Договор вступил в силу 16 апреля 1998 г. Участвуют более 50 государств. Я принимал участие в разработке этого документа, так как был руководителем делегации Казахстана на сессиях по подготовке проекта ДЭХ.

ДЭХ – это инвестиционный договор, поэтому главное место в нем занимает часть III «Поощрение и защита капиталовложений». Помимо установления национального режима (НР) или режима наибольшего благоприятствования (РНБ) для иностранных инвесторов, в нем закреплены государственные гарантии инвесторам: возмещение убытков (ст. 12), гарантии от экспроприации (ст. 13), перевод платежей, связанных с инвестициями (ст. 14), право на суброгацию (ст. 15В ДЭХ установлен демократический порядок разрешения споров между инвестором и государством с упором на рассмотрение споров в международном арбитраже (ст. 26).

2. **Сеульская конвенция.** Многостороннее агентство по гарантиям инвестиций (МАГИ), входящее в группу Всемирного банка, создано с целью стимулировать поток инвестиций в производительных целях между странами – членами и особенно развивающимися странами. Для достижения этой цели агентство предоставляет гарантии, включая совместное и повторное страхование от некоммерческих рисков в отношении инвестиций, осуществляемых в какой-либо стране-члене из других стран-членов (ст. 2 Сеульской конвенции).

3. **Конвенция по урегулированию инвестиционных споров между государствами и юридическими и физическими лицами других государств (Вашингтонская конвенция).** Подписана 18 марта 1965 г., вступила в силу 14 октября 1966 г. Подписали конвенцию 148 стран. Казахстан в соответствии с Законом от 26 июня 1992 г. присоединился к Конвенции 21 октября 2000 г. Созданный на основе этой Конвенции Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (ICSID или МЦУИС) рассматривает споры между государством и иностранным инвестором.

¹ См.: Международное частное право (нормативные акты и международные договоры). Т.3: Право собственности в международном частном праве. Алматы: ВШП «Эділет», НИИ частного права КазГЮА, «ЭділетПресс», 1996. С. 37-561.

Глава 49. СТАНОВЛЕНИЕ И РАЗВИТИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН ОБ ИНВЕСТИЦИЯХ: ПРАКТИЧЕСКИЙ АСПЕКТ

49.1. ВВЕДЕНИЕ

В самом начале обретения Казахстаном независимости львиная доля внимания в законодательном процессе уделялась законодательству об иностранных инвестициях. Это было совершенно естественно, ибо Казахстан в девяностые годы отчаянно нуждался в иностранных инвестициях и пытался создать максимальные гарантии для иностранных инвесторов. Отечественных инвесторов тогда еще просто не было.

Я помню, как разрабатывались первый Закон об иностранных инвестициях от 7 декабря 1990 г. и Закон «О свободных экономических зонах в Казахстане» от 30 ноября 1990 года. Это были первые законы нового Верховного Совета, избранного демократическим путем. Разрабатывались они в Комитете по экономической реформе, бюджету и финансам под руководством С.Т. Такежанова. В те годы правительство не было таким всемогущим, как сейчас, все министры утверждались Верховным Советом, поэтому они боялись депутатов. Так что многие законы разрабатывались и принимались помимо правительства. Сейчас это в принципе невозможно.

В подготовке проекта Закона об иностранных инвестициях 1990 г. большую роль сыграл Сагат Тугельбаев, секретарь Комитета, позднее аким Атырауской области. Он признавался тогда, что первоначально основной его целью и задачей как депутата от Атырау было именно пробивание Закона об иностранных инвестициях. И он сам изумлялся, что его самые смелые предложения, направленные на привлечение иностранных инвесторов, мгновенно поддерживались и развивались дальше. Активное участие в создании проектов обоих законов приняли Ураз Жандосов (впоследствии – Вице-премьер РК) и Нуржан Субханбердин (впоследствии – Председатель правления Казкоммерцбанка) – в то время молодые аспиранты-экономисты.

Первоначальный проект Закона об иностранных инвестициях 1994 г. разрабатывался рабочей группой под моим руководством. Затем распоряжением вице-президента Е.М. Асанбаева от 22 января 1994 г. была создана расширенная рабочая группа (тоже под моим руководством) для разработки двух законов – о нефти и ино-

странных инвестициях и участия в подготовке Договора к Энергетической Хартии. Основной костяк этой группы составляли юристы (Ю.Г. Басин, Б.В. Покровский, О.И. Ченцова, А.И. Худяков).

Проект Закона об иностранных инвестициях был успешно разработан, и Закон был принят 27 декабря 1994 г., в один день с Гражданским кодексом Республики Казахстан (Общая часть).

28 февраля 1997 года был принят Закон Республики Казахстан «О государственной поддержке прямых инвестиций».

На основе двух законов: «Об иностранных инвестициях» и «О государственной поддержке прямых инвестиций» – в 2003 г. был принят один Закон «Об инвестициях». К сожалению, правительство, стремясь уравнивать права иностранных и национальных инвесторов, вместо того, чтобы предоставить национальным инвесторам те же гарантии, что и иностранным, поступает с точностью наоборот: исключает гарантии, которые были предоставлены иностранным инвесторам.

Закон об инвестициях состоял, по существу, из двух частей: правовой режим инвестиций (то, что было в Законе «Об иностранных инвестициях») и государственная поддержка инвестиций (основные положения Закона «О государственной поддержке прямых инвестиций»).

И, наконец, с принятием 29 октября 2015 г. Предпринимательского кодекса нормы Закона об инвестициях почти без изменений были включены в его состав в качестве главы 25.

Я приведу ряд документов, показывающих процесс подготовки законов об инвестициях.

49.2. ЗАКОН КАЗАХСКОЙ ССР «ОБ ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЯХ В КАЗАХСКОЙ ССР» от 7 декабря 1990 г.

Заключение эксперта по проекту Закона Казахской ССР «Об иностранных инвестициях в Казахской ССР»

Целью закона об иностранных инвестициях должно быть создание режима наибольшего благоприятствования для иностранных инвесторов на территории республики и развитие экономики республики на базе использования передовой технологии и мирового опыта. Представленный проект закона выполнению этих целей будет эффективно способствовать. Достоинством проекта является то, что будучи совершенно самостоятельным и не повторяя проектов Законов об иностранных инвестициях в СССР и РСФСР, и будучи значительно компактнее по сравнению с этими проектами, он достаточно полно регулирует отношения по иностранным инвестициям.

В то же время при обсуждении и принятии Закона следует иметь в виду, что вплоть до вступления в силу Союзного договора закон действовать не будет. В проекте нет ни одного упоминания о законодательстве СССР, и это правильно, потому что в соответствии со всеми проектами Союзного договора внешнеэкономическая деятельность, в том числе регулирование иностранных инвестиций, будет исключительной прерогативой союзных республик. И правильно, что разработчики не пошли по пути переписывания союзного проекта, ибо основой союзного проекта являются все те же попытки центра сохранить за собой все рычаги управления инвестированием. Однако действующему законодательству представленный проект противоречит полностью. Поэтому надеяться на то, что союзные органы дадут ему работать, не приходится. Они могут просто закрыть границы, и все наши попытки запустить закон будут разбиваться об эти границы. Поэтому надо как можно быстрее принимать Союзный договор.

Следует также иметь в виду, что Закон об иностранных инвестициях в Казахской ССР должен носить рамочный характер, определяющий законодательно в целом концепцию иностранного инвестирования, а более детально принципиальные положения закона должны регулироваться другими нормативными актами, ибо отразить все вопросы иностранного инвестирования в деталях в одном нормативном акте невозможно.

В частности, к таким нормативным актам следует отнести законодательство об акционерных обществах и банках, банкротстве, налогах, залоге недвижимости, ценных бумагах, товарных и фондовых биржах, собственности, свободных зонах, кредитовании и гарантиях кредитов, страховании, валютном контроле, охране прав на интеллектуальную собственность, антимонопольное законодательство, о выезде, выезде и пребывании иностранных граждан и другие.

Большинство этих актов только предстоит разработать и принять, но без них закон об иностранных инвестициях достаточно эффективно работать не сможет.

По проекту закона можно сделать следующие замечания:

1. Статью 4 целесообразно дополнить частью второй: «Иностранные юридические лица вправе создавать на территории Казахской ССР филиалы и дочерние предприятия».

2. Статью 5 целесообразно изложить в следующей редакции: «Предприятия с иностранным участием руководствуются в своей деятельности законодательством Казахской ССР, если оно не противоречит настоящему Закону». Это общепринятая юридическая формула ситуации, когда специальный закон ограничивает действие общих законов.

3. В статье 7 неясно, что это за уполномоченный правительством Казахской ССР орган? Право представлять такие полномо-

чия, как лицензирование деятельности предприятий с иностранным участием, Верховный Совет мог бы оставить за собой, и, в частности, предусмотреть это в постановлении о введении Закона в действие.

Целесообразно эту функцию поручить не Госкомитету по внешнеэкономическим связям, а создать специальный орган – Комитет или Совет по иностранным инвестициям в Казахской ССР (Инвестком).

В соответствии со ст. 7 в течение 30 дней после подачи заявления правительственный орган обязан уведомить инвестора в принятом решении о выдаче лицензии. Однако неясно, какие последствия наступают, если этот бюрократический орган не ответит вообще инвестору в течение 30 дней. Видимо, следует предусмотреть, что в этом случае инвестор имеет право приступать к осуществлению хозяйственной деятельности. Если же потом (через 2-3 месяца) правительственный орган вдруг все же откажет в выдаче лицензии, возможны 2 варианта: или этот отказ признается недействительным, или он действует, но орган возмещает инвестору все убытки, связанные с прекращением уже начатой деятельности.

В этой же статье следует, видимо, предусмотреть случаи, когда лицензию может выдать только Президент или Верховный Совет Казахской ССР (по наиболее крупным и важным для республики проектам).

Неясно, почему до 1 млн долларов не требуется получение лицензии. Почему 1 млн? Может быть, целесообразнее оставить 500 тыс. долларов?

4. В ст. 12 предприятию с иностранным участием предоставляется право самостоятельно решать вопросы, связанные с трудовыми отношениями. Не слишком ли мы ущемляем права наших граждан? Предприятия с иностранным участием подчиняются во всех вопросах законодательству Казахской ССР, почему мы освобождаем их от этого в трудовых отношениях?

Пусть администрация самостоятельно решает все вопросы, связанные с трудовыми отношениями, но, видимо, условия труда советских работников должны быть не менее благоприятными, чем условия на советских предприятиях. Поэтому в конце ст. 12 следует добавить слова «в соответствии с законодательством Казахской ССР» или взять формулу из ст. 49 проекта Закона об иностранных инвестициях в РСФСР: «Эти условия не могут быть менее благоприятными по сравнению с установленными для соответствующих категорий рабочих и служащих государственных предприятий и организаций». Отказ от этой формулы можно предусмотреть в свободной экономической зоне.

5. Поскольку в ст. 26 на Правительство Казахской ССР возлагается обязанность компенсировать иностранному инвестору поне-

сенные им убытки, следовательно, правительство может быть ответчиком по иску инвестора.

Поэтому в ст. 29 следует записать: «Споры предприятий с иностранным участием с государственными органами и Правительством Казахской ССР, с организациями, являющимися юридическими лицами, споры между участниками таких юридических лиц по вопросам, связанным с их деятельностью, а также споры с участием иностранного инвестора...» далее по тексту.

6. Несколько замечаний о структуре закона. Названия структурных блоков закона «Раздел» с точки зрения юридической техники применяется обычно тогда, когда есть более дробные части, именуемые «главами». Поэтому целесообразнее было бы части закона назвать главами. Однако законотворческая практика последних лет имеет и другие примеры.

В частности, в Законе о собственности в СССР части именуются разделами, несмотря на отсутствие глав.

Неоднозначно решается также вопрос о названиях статей. Также есть практика, когда статьи не имеют названий (Закон о разграничении полномочий между Союзом ССР и субъектами федерации, Закон о профилактике заболевания СПИД и др.). Однако это все же законы небольшие, не имеющие деления на главы и разделы. Большие законы, поделенные на разделы, как правило, имеют названия статей.

Поэтому в принципе, допуская возможность оставления статей без названия, видимо, все-таки целесообразно такие названия дать. Как вариант, можно предложить следующие названия:

- Статья 1. Иностранные инвесторы;
- Статья 2. Иностранные инвестиции;
- Статья 3. Предмет иностранных инвестиций;
- Статья 4. Формы функционирования предприятий с иностранным участием;
- Статья 5. Законодательство об иностранных инвестициях;
- Статья 6. Регистрация иностранных инвесторов;
- Статья 7. Лицензирование деятельности иностранных инвесторов;
- Статья 8. Участие предприятий с иностранным участием в экономических ассоциациях;
- Статья 9. Сферы хозяйствования, в которых разрешено иностранное инвестирование;
- Статья 10. Реинвестирование прибыли предприятий с иностранным участием;
- Статья 11. Доступ на валютный рынок и рынок ценных бумаг;
- Статья 12. Трудовые отношения на предприятиях с иностранным участием;
- Статья 13. Социальное страхование работников;

- Статья 14. Страхование имущества и рисков предприятия;
- Статья 15. Охрана интеллектуальной собственности;
- Статья 16. Требования к технологии, ввозимой иностранными инвесторами;
- Статья 17. Обучение местного персонала;
- Статья 18. Освобождение имущества от уплаты таможенных пошлин;
- Статья 19. Иностранные инвестиции в Свободных экономических зонах;
- Статья 20. Общие условия налогообложения;
- Статья 21. Льготы по налогообложению;
- Статья 22. Использование ускоренной амортизации;
- Статья 23. Контроль за деятельностью предприятий с иностранным участием;
- Статья 24. Бухгалтерский учет;
- Статья 25. Налогообложение при ликвидации предприятий с иностранным участием;
- Статья 26. Охрана имущественных прав предприятий с иностранным участием;
- Статья 27. Свобода перевода полученных доходов за границу;
- Статья 28. Порядок ввода и вывода иностранной валюты и ценных бумаг;
- Статья 29. Порядок разрешения споров;
- Статья 30. Международные договоры.

Сделанные замечания не колеблют общего вывода о том, что проект закона носит достаточно завершенный характер для того, чтобы быть внесенным на Верховный Совет для обсуждения и принятия.

Эксперт – Зав отделом правовых проблем экономики Института философии и права АН Казахской ССР, доктор юридических наук, профессор М.К. Сулейменов октябрь 1990 г.

49.3. ЗАКОН «ОБ ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЯХ В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН» от 27 декабря 1994 г.

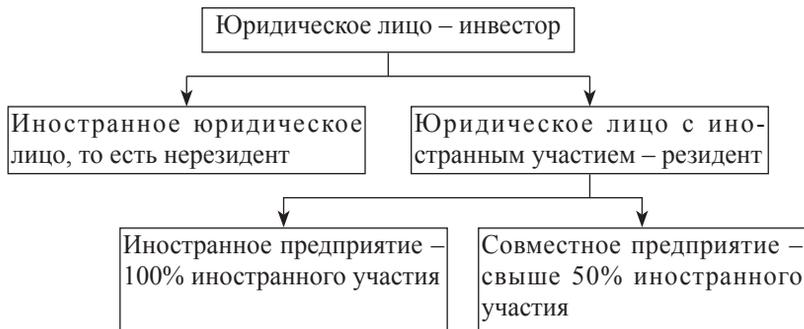
49.3.1. Замечания по проекту Закона «Об иностранных инвестициях в Республике Казахстан»

Закон в целом заслуживает положительной оценки, но вызывает ряд замечаний.

Не всегда выдержана юридическая терминология, прежде всего – применение термина «юридическое лицо». Юридические лица (иностранные юридические лица и юридические лица с иностранным участием) – лишь одна, хотя и самая важная, форма реализации иностранных инвесторов, но во многих статьях юридические

лица отождествляются с иностранными инвесторами вообще (см. ст. 10, 13, 14, 15, 18, 23, 24 и др.).

Следует терминологически выдерживать и четкую классификацию разновидностей юридических лиц по такой примерной схеме:



Кстати, целесообразно в число инвесторов (ст. 1) включить юридические лица с иностранным участием, а в ст. 2 после слова «инвестирование» добавить «и реинвестирование».

Не совсем понятно, почему статьи Закона группируются по разделам, а не по главам.

Статья 1 – нет такого понятия «постоянный резидент».

В этой же статье убрать слова «ведомства или органы». Ибо если такие ведомства (органы) действуют от имени государства, то инвестором является государство, а если они действуют от своего имени, то относятся к юридическим лицам.

Статью 3 озаглавить: «Формы иностранных инвестиций».

К первой форме добавить слова: «иностранных предприятий».

Статью 4 исключить.

Статьи 6–7 связать с Законом о защите частного предпринимательства. Там регистрация в органах статистики, лицензирование ограничено. Для иностранцев, видимо, не подходит, но как-то согласовать надо.

В п. 2 ст. 7 перенести из статьи 8 слова: «Виды деятельности, для участия в которой должны получать лицензию юридические лица или граждане Республики Казахстан», а ст. 8 – исключить.

Ст. 13 – минимум 30% не всегда реален.

В ст. 17 желательно предусмотреть освобождение и от возможных вывозных таможенных пошлин.

Статья 19 не нужна с учетом правил, изложенных в статьях 3 и 9. Непонятно, кстати, откуда в этой статье появились 50%.

Статья 23. В п.2 после слова «оглашению» поставить точку. Остальное – исключить.

Пункт 3 должен четко определить, возможно ли принудительное аудирование юридических лиц с иностранным участием.

Статья 25 лучше озаглавить «Правовая защита иностранных инвестиций». Первую фразу желательно исключить (чистая декларация), во всяком случае убрать слова «полной и безусловной».

Статья 26 ослабляет гарантии неприкосновенности собственности иностранных инвесторов по сравнению с гарантиями, предусмотренными статьей 25 действующего Закона. Целесообразно, во всяком случае, поскольку говорится об иных способах принудительного отчуждения, упомянуть о реквизиции, конфискации и обращении взыскания по долгам.

Вместо «адекватной компенсации» написать о полной компенсации.

Статья 27. Желательна такая же формулировка, какая применяется в действующих законах, защищающих права и интересы предпринимателей против незаконных нормативных актов и неправомерных действий государственных органов и должностных лиц.

Статья 29. К перечню доходов, подлежащих беспрепятственному переводу за рубеж, добавить заработную плату работников.

В статье 30 исключить слово «действующим».

Серьезные возражения вызывает статья 31. Пункт 1 статьи представляется излишним, так как о судебном обжаловании управленческих актов говорит статья 27. Если же Кабинет Министров или его органы выступают стороной в договоре, то они обладают обычной правосубъектностью юридического лица, о чем говорит п. 2 данной статьи.

Ну а пункт 2 статьи 31 сформулирован малопонятно и явно неудовлетворительно для иностранных инвесторов. Если серьезно говорить о гарантиях защиты их законных интересов, то следует использовать простую формулу, широко распространенную во всем мире: Споры рассматривают в суде, арбитражном суде или третейском суде Республики Казахстан, если иное не предусмотрено соглашением сторон.

В Закон целесообразно включить две статьи:

Первая: Применимое право.

При разрешении споров с казахстанскими юридическими лицами и гражданами применяется законодательство Республики Казахстан.

Вторая: – в раздел «Гарантии иностранным инвесторам».

Стабильность условий деятельности инвесторов.

Последующие изменения законодательства не могут ухудшать положение инвесторов и ограничивать их права по сравнению с теми, какими они были по законам, действовавшим в момент заключения инвестиционных контрактов

Басин Ю.Г., Сулейменов М.К.

49.3.2. Закон об иностранных инвестициях (проект)

Разработан рабочей группой, созданной распоряжением
Вице-президента Республики Казахстан Е.М. Асанбаевым
от 22.01.94 г.

Руководитель группы – директор
Института государства и права НАН РК,
член-корреспондент НАН РК М.К. Сулейменов

49.3.3. Председателю Комитета по экономическим реформам
Верховного Совета Республики Казахстан У.С. Сабдену

Довожу до вашего сведения, что в постановление ВС РК от 27 декабря 1994 г. «О порядке введения в действие Закона «Об иностранных инвестициях» вкралась техническая ошибка. В п. 2 постановления говорится о ст. 12 Закона. Это соответствовало первоначальному проекту Закона. Однако в ходе рассмотрения проекта Закон претерпел существенные изменения, в частности, было сокращено несколько статей, с 3 по 9. В принятом тексте Закона пункту 2 постановления соответствует не статья 12, а статья 6.

Прошу принять необходимые меры к исправлению ошибки.

Руководитель рабочей группы по проекту
Закона об иностранных инвестициях
Член-корр. НАН РК М. Сулейменов

49.3.4. Первому заместителю Премьер-Министра Республики
Казахстан Председателю Таможенно-тарифного совета В. Метте

По Вашему запросу №26-13/ 43 от 14 августа 1995 г., направленному в адрес Директора научно-исследовательского центра частного права Казахского государственного юридического института М.К. Сулейменова, о подготовке экспертного заключения по вопросу о порядке применения ст. 6 Закона об иностранных инвестициях, направляем Вам экспертные заключения, подготовленные членом-корреспондентом НАН РК Сулейменовым:

- 1) по вопросам соотношения Закона об иностранных инвестициях и законодательства об иностранных кредитах;
- 2) о порядке применения ст. 6 Закона об иностранных инвестициях к совместным предприятиям.

Ректор Е.К. Нурпеисов

49.3.5. Экспертное заключение по вопросам соотношения Закона об иностранных инвестициях и законодательства об иностранных кредитах

Суть дела. За последнее время в связи с увеличением ставок таможенных пошлин и введением НДС на импортные товары многие предприятия, осуществляющие реализацию иностранных кредитов, заметно ухудшили свое финансовое положение и по этой причине стали активно поднимать перед правительством и Таможенно-тарифным советом вопрос о порядке применения статьи 6 Закона «Об иностранных инвестициях» о неприменении к иностранным инвесторам нового законодательства в случае ухудшения их финансового положения.

В связи с этим Таможенно-тарифный совет РК обратился с запросом об экспертном заключении по вопросу о соотношении Закона об иностранных инвестициях и законодательства об иностранных кредитах.

Чтобы дать заключение по этому запросу, необходимо ответить на два вопроса:

1. Распространяется ли действие Закона об иностранных инвестициях на отношения, связанные с иностранными кредитами?
2. Применимы ли, в частности к отношениям, связанным с иностранными кредитами, нормы ст. 6 Закона об иностранных инвестициях?

Юридический анализ:

1. В статье 1 Закона «Об иностранных инвестициях» в определении «Деятельность, связанная с инвестициями» включено «предоставление займов, кредитов, целевых банковских и финансовых вкладов». Из этого вытекает, что отношения по иностранным кредитам включаются в отношения, связанные с иностранными инвестициями.

В то же время в п.2 ст. 3 Закона говорится, что отношения, связанные с иностранными кредитами, регулироваться не будут, так как это особая и требующая специального регулирования деятельность, связанная с инвестициями. При включении этого положения в ст. 3 Закона об иностранных инвестициях предусматривалось, что в ближайшее время будет принят Закон об иностранных кредитах, где все вопросы, связанные с ними, будут решены. Разработка проекта данного Закона в настоящее время ведется.

Однако в настоящее время, до принятия Закона об иностранных кредитах, в их регулировании образовался правовой вакуум. Принятые недавно нормативные акты (Указ Президента Республики Казахстан от 19 января 1995г. №2035, Постановление Кабинета Министров Республики Казахстан от 8 февраля 1995 г. №139) касаются в основном привлечения, использования и учета иностранных кредитов. Но остались нерешенными вопросы, которые можно

решить только на законодательном уровне (государственные гарантии защиты прав кредиторов от изменения законодательства, экспроприации, незаконных действий государственных органов и юридических лиц, разрешение споров и т.п.), и которые разрешены в Законе об иностранных инвестициях.

Представляется, что в данном случае можно применить положение об аналогии Закона, предусмотренное ст. 5 Гражданского кодекса Республики Казахстан. В ст. 5 ГК говорится, что «в случаях, когда гражданско-правовые отношения прямо не отрегулированы 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)».

В силу того, что основные вопросы гарантий иностранным кредиторам остались не урегулированными на законодательном уровне, допустимо применение в данном случае по аналогии Закона об иностранных инвестициях, если он не противоречит действующему законодательству об иностранных кредитах и в этом законодательстве есть неурегулированные пробелы.

Положение об аналогии Закона в настоящее время практически не применяется, поскольку не урегулированных законодательством отношений сейчас не существует. Применение аналогии Закона допускается в строго ограниченных случаях в основном при появлении новых видов договоров.

В данном случае применение аналогии Закона можно допустить в силу наличия исключительных обстоятельств:

То, что иностранные кредиты отнесены Законом к сфере деятельности, связанной с иностранными инвестициями, и то, что Закон, к которому Закон об иностранных инвестициях отсылает регулирование иностранных кредитов, до сих пор не принят.

Поэтому можно допустить применение Закона об иностранных инвестициях только в отношении тех положений, которые прямо не урегулированы действующим законодательством об иностранных кредитах, и только до принятия Закона об иностранных кредитах.

2. С этими оговорками можно допустить и применение к иностранным кредитам ст. 6 Закона об иностранных инвестициях. Если принятие нового законодательства (в частности, введение новых импортных таможенных тарифов) ухудшило положение иностранного кредитора, должно действовать прежнее законодательство, действовавшее на момент заключения соглашения.

Следует отметить, что в соответствии с п.2 Постановления Верховного Совета Республики Казахстан от 27 декабря 1994 г. «О порядке введения в действие Закона Республики Казахстан «Об иностранных инвестициях», действие ст. 6 Закона распространяется

также на те правоотношения, которые возникли до введения в действие настоящего Закона.

Примечание: В тексте Закона, опубликованного в газетах, в п. 2 Постановления Верховного Совета от 27.12.94. значится ст. 12 Закона, но это техническая ошибка. Постановлением Верховного Совета РК от 3.03. 1995 г. в Постановление от 27. 12. 1994 г. было внесено соответствующее изменение (цифра 12 исправлена на цифру 6). Поэтому в тексте Постановления от 27.12. 1994 г., опубликованного в Собрании актов Президента и правительства РК, значится уже правильная ссылка на ст. 6 Закона.

Выводы.

1. К отношениям по иностранным кредитам может быть по аналогии применен Закон об иностранных инвестициях, но только при наличии одновременно следующих обстоятельств:

1) применяемые нормы не противоречат действующему законодательству об иностранных кредитах;

2) нормы Закона об иностранных инвестициях применяются в отношении тех положений, которые прямо не урегулированы действующим законодательством об иностранных кредитах;

3) эти нормы применяются только до принятия Закона об иностранных кредитах.

2. В силу наличия вышестоящих оснований допустимо применение к отношениям по иностранным кредитам ст. 6 Закона об иностранных инвестициях. При этом в соответствии со ст. 6 Закона должно быть доказано ухудшение положения иностранного кредитора.

Директор Научно-исследовательского центра
частного права Казахского Государственного
юридического института, руководитель рабочей
группы по разработке проекта Закона об иностранных
инвестициях, член-корреспондент НАН РК М.К. Сулейменов

29.08.95.

49.3.6. Экспертное заключение о порядке применения ст. 6 Закона об иностранных инвестициях к совместным предприятиям

Суть дела. За последнее время в связи с увеличением ставок таможенных пошлин и введением НДС на импортные товары многие предприятия заметно ухудшили свое финансовое положение и по этой причине стали поднимать перед правительством и Таможенно-тарифным советом вопрос о применении ст. 6 Закона об иностранных инвестициях к совместным предприятиям.

В связи с этим Таможенно-тарифный совет РК обратился с за-

просом об экспертном заключении по вопросу о порядке применения ст. 6 Закона об иностранных инвестициях к совместным предприятиям.

Чтобы дать заключение по этому запросу, необходимо ответить на два вопроса:

1. Распространяется ли действие Закона Республики Казахстан «Об иностранных инвестициях» на отношения, связанные с деятельностью СП?

2. Применимы ли к совместным предприятиям нормы статьи 6 Закона в случае ухудшения их положения в связи с введением нового законодательства.

Правовой анализ:

1. Действие Закона Республики Казахстан «Об иностранных инвестициях», разумеется, распространяется на отношения, связанные с деятельностью СП. Однако необходимо различать два понятия – иностранный инвестор и предприятие с иностранным участием (иностранное предприятие и СП). Последние являются национальными юридическими лицами и в силу этого ряд норм Закона, рассчитанных на иностранные юридические лица, на них не распространяется.

В то же время необходимо различать, когда в Законе речь идет о самом иностранном инвесторе, а когда об иностранных инвестициях, т.е. о капиталовложениях в объекты предпринимательской деятельности. Недаром глава 2 Закона называется «Гарантии иностранным инвестициям». Есть статьи в этой главе, которые посвящены защите самого инвестора (статья 5 «Правительственные гарантии»; статья 9 «Компенсации и возмещение убытков»; статья 10 «Гарантии использования доходов»; статья 11 «Гарантии использования собственных валютных средств»).

Но есть статьи, которые обеспечивают защиту иностранных инвесторов через закрепление гарантии его инвестициям. В этих случаях осуществляется защита объектов предпринимательской деятельности инвестора (например, статья 6 «Гарантии от изменения законодательства и политической ситуации»; статья 7 «Гарантии от экспроприации»; статья 8 «Гарантии от незаконных действий государственных органов и должностных лиц»; статья 13 «Гарантии при государственной проверке»). И в другой форме защита его интересов обеспечиваться не может.

Поэтому в случаях, когда иностранные инвестиции осуществляются в форме создания и функционирования совместных и иностранных предприятий в соответствии со статьей 1 Закона Республики Казахстан «Об иностранных инвестициях», то при применении вышеперечисленных статей (6,7,8,13) защита иностранных инвестиций обеспечивается через предоставление гарантий совместным и иностранным предприятиям.

2. Аналогично решается вопрос о применении статьи 6 Закона к совместным предприятиям. В статье 6 говорится, что в случае ухудшения положения иностранного инвестора из-за изменений в законодательстве льготы применяются к иностранным инвестициям. Когда инвестиции осуществляются в форме создания совместного предприятия, другой формы защиты иностранного инвестора, кроме предоставления гарантий его вкладу в совместное предприятие, не существует.

Можно было бы освобождать совместное предприятие от уплаты новых пошлин и налогов в части вклада иностранного инвестора, однако, практически невозможно выделить точно долю иностранного участника СП, т.к. налоги платятся совместным предприятием в целом как юридическим лицом.

Надо иметь также в виду, что статья 6 включена в Закон с единственной целью – обезопасить иностранного инвестора, который делает крупные вложения, предварительно рассчитав экономику проекта с учетом действующего законодательства. Создание СП сейчас наиболее распространенный и порою единственный способ осуществления иностранных инвестиций, и если увеличение налогов, взимаемых с СП, приводит к ухудшению положения иностранного инвестора, такое СП должно функционировать в том же режиме, который существовал в период его создания, т.е. в период осуществления иностранных инвестиций.

Выводы:

С учетом того, что статья 6 Закона Республики Казахстан «Об иностранных инвестициях» предусматривает гарантии не самому инвестору, а иностранным инвестициям и что в данном случае единственной формой, с помощью которой осуществляются инвестиции, являются совместные предприятия, положения статьи 6 Закона могут применяться к совместным предприятиям.

Это может иметь место в том случае, если иностранный инвестор докажет, что в результате изменений в законодательстве его положение ухудшилось.

Директор Научно-исследовательского центра
частного права Казахского Государственного
юридического института,
Руководитель рабочей группы по разработке
проекта Закона Республики Казахстан
«Об иностранных инвестициях»,
член-корреспондент НАН РК

М.К. Сулейменов

29.08.95.

49.4. ЗАКОН РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН «О ВНЕСЕНИИ ИЗМЕНЕНИЙ И ДОПОЛНЕНИЙ В ЗАКОН РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН «ОБ ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЯХ»

49.4.1. Министру юстиции Республики Казахстан
К.А. Колпакову

Уважаемый Константин Анатольевич!

Направляем Вам окончательный вариант проекта Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Казахстан «Об иностранных инвестициях», учитывающий Ваши замечания.

Консультанты фирмы IRIS:

Профессор

М.К. Сулейменов

Профессор

Ю.Г. Басин

24.10.96

49.4.2. Правовое заключение по применению статьи 6 Закона Республики Казахстан «Об иностранных инвестициях»

Согласно запросу ТОО «Корпорация К.» от 19 марта 2008 года на правовое заключение были поставлены следующие вопросы:

1. Действуют ли положения статьи 6 Закона РК «Об иностранных инвестициях» для инвесторов, определенных ст. 1 нормативного акта, в настоящий момент?

2. Какая инвестиционная деятельность на основании лицензии защищалась п. 2 ст. 6 Закона? Возможно ли отнесение к такой инвестиционной деятельности, которая осуществлялась на основании лицензии на разведку и добычу полезных ископаемых, переработку минерального сырья и т.д.?

По существу поставленного вопроса сообщаем следующее:

1. Действуют ли положения статьи 6 Закона РК «Об иностранных инвестициях» для инвесторов, определенных ст. 1 нормативного акта, в настоящий момент?

1) Положения Закона Республики Казахстан от 27 декабря 1994 года «Об иностранных инвестициях» (далее – Закон об иностранных инвестициях), в том числе и статьи 6, действуют в отношении инвестиций, осуществленных в период действия указанного закона. При этом действуют положения Закона об иностранных инвестициях в той редакции, в которой она действовала в момент осуществления инвестиций.

2) Отмена Закона об иностранных инвестициях не касается действия этого закона на отношения по иностранным инвестициям, возникшим до его отмены и длящимся после его отмены. Отмена

Закона прекращает его действие на отношения, связанные с иностранными инвестициями и возникшие после его отмены.

3) В период действия Закона об иностранных инвестициях в него 9 раз вносились изменения и дополнения, которыми менялись определения иностранных инвестиций, распространение режима иностранных инвестиций на деятельность предприятий с иностранным участием, изменялось содержание гарантий, предоставляемых иностранным инвестициям и т.д. Поэтому при решении вопроса о действии положений статьи 6 Закона об иностранных инвестициях на определенные инвестиции необходимо учитывать, что понималось в период осуществления инвестиций под понятием «иностранные инвестиции», как определялся субъект, осуществлявший иностранные инвестиции, по каким инвестициям предоставлялись гарантии, предусмотренные статьей 6 Закона об иностранных инвестициях.

4) Необходимо также указать, что стабилизация законодательства для недропользователей предусмотрена, помимо Закона об иностранных инвестициях, также Законом Республики Казахстан от 27 января 1996 года «О недрах и недропользовании» (далее – Закон о недрах). Статьей 71 Закона о недрах (например, в редакции с 27 января 1996 года по 11 августа 1999 года) предусматривалось, что «Недропользователю гарантируется защита его прав в соответствии с законодательством, а изменения и дополнения законодательства, ухудшающие положение Недропользователя, не применяются к Лицензиям и Контрактам, выданным и заключенным до таких изменений и дополнений».

5) Вопросы стабилизации налогового режима недропользователя также предусматривались статьями 94, 94-3, 179 Указа Президента Республики Казахстан, имеющего силу Закона, от 24 апреля 1995 года «О налогах и других обязательных платежах в бюджет» (далее – Закон о налогах), суть которых заключалась, обобщенно, в стабилизации для недропользователя налогового режима, существовавшего на момент заключения Контракта на недропользование и закрепленного в условиях этого контракта. Помимо этого, налоговым законодательством предоставлялась стабилизация налогового режима, существовавшего до принятия Закона о налогах, и предусмотренного контрактом на недропользование.

6) Вопросы стабилизации законодательства и налогового режима, предусмотренные Законами о недрах и о налогах, в ряде случаев могут иметь отношение к иностранным инвестициям, так как отдельные виды платежей иностранных инвесторов либо лиц, подпадающих под гарантии статьи 6 Закона об инвестициях, либо отдельные виды инвестиций могут иметь отношение к операциям по недропользованию (отнесены Контрактом на недропользование к обязанностям недропользователя) или могут быть отнесены Контрактами на недропользование к условиям налогового режима. В

этом случае, помимо положений Закона о недрах и Закона о налогах, к указанным отношениям могут применяться и положения Закона об иностранных инвестициях, имеющего иные последствия и механизм защиты иностранного инвестора, отличного от положений Законов о недрах и о налогах.

Так как Законы о недрах и о налогах неоднократно изменялись и дополнялись, то при их применении необходимо применять ту редакцию Закона, которая действовала в период времени осуществления иностранных инвестиций.

7) В случае заключения в течение действия Закона об иностранных инвестициях нескольких контрактов на недропользование или осуществление нескольких не связанных между собой иностранных инвестиций существует риск неоднозначного их правового регулирования в связи с изменением норм Закона об иностранных инвестициях (статьи 6 и иных норм этого закона, определяющих понятие иностранных инвестиций, круг лиц, подпадающих под правовое регулирование и т.д.) и иного законодательства, меняющих правовое положение иностранного инвестора.

8) В то же время в отношении инвестиций, осуществленных в период действия Закона об иностранных инвестициях по долгосрочным (свыше 10 лет) контрактам с уполномоченными государством органами или на основании лицензии, положение статьи 6 Закона об иностранных инвестициях действует до окончания срока действия контракта, если контрактом не предусмотрено иное, либо до прекращения действия лицензии, а в случае ее продления – до окончания срока, на который продлена лицензия. Контракты (действующие более 10 лет) и лицензии на недропользование относятся к долгосрочным контрактам с уполномоченным органом и к лицензиям, предусмотренным пунктами 1 и 2 статьи 6 Закона об иностранных инвестициях. Соответственно, статья 6 распространяется и на инвестиции, осуществляемые после отмены Закона об иностранных инвестициях, если такие инвестиции осуществляются в течение срока действия такого контракта или лицензии вне зависимости от отмены Закона об иностранных инвестициях.

2. Какая инвестиционная деятельность на основании лицензии защищалась п.2 ст. 6 Закона? Возможно ли отнесение к такой инвестиционной деятельности, которая осуществляется на основании лицензии на разведку и добычу полезных ископаемых, переработку минерального сырья и т.д.?

1) Пункт 2 ст. 6 Закона об иностранных инвестициях предусматривает, что при осуществлении инвестиционной деятельности на основании лицензии гарантия, предусмотренная пунктом первым настоящей статьи, сохраняется в пределах сроков, установленных пунктом первым, до прекращения действия лицензии, а в случае ее продления – до окончания срока, на который продлена лицензия. Соответственно, этим пунктом под инвестиционной деятельно-

стью понимается деятельность, аналогичная осуществляемой по контракту с уполномоченным государственным органом.

2) Это, в первую очередь, касается недропользования. До принятия Закона Республики Казахстан от 27 января 1996 года «О недрах и недропользовании» (далее – Закон о недрах) пользование недрами осуществлялось в соответствии с Кодексом Республики Казахстан от 30 мая 1992 года «О недрах и переработке минерального сырья» на основании лицензии (так называемая лицензионная система недропользования). С принятием Закона о недрах была установлена лицензионно-контрактная система недропользования, в соответствии с которой право недропользования предоставлялось на основании лицензии и контракта на недропользование. С внесением в Закон о недрах изменений и дополнений на основании Закона Республики Казахстан от 11 августа 1999 года была установлена контрактная система недропользования, в соответствии с которой право недропользования предоставляется на основании контракта с компетентным государственным органом. При этом законодательно было закреплено, что все ранее выданные лицензии на недропользование, выданные до момента вступления в силу Закона о недрах или его изменений, сохраняют свое действие до истечения срока их действия.

3) Но пункт 2 ст. 6 Закона об иностранных инвестициях не ограничивается только лишь недропользованием, но и касается всех иных видов предпринимательской деятельности, требующих получения лицензии – разрешения уполномоченного государственного органа. Например, это касается иных видов природопользования, в том числе и использующих радиочастотный спектр Казахстана (операторы сотовой связи), которые осуществляли иностранные инвестиции в период действия Закона об иностранных инвестициях.

4) В связи с этим необходимо отметить, что деятельность, которая осуществляется на основании лицензии на разведку и добычу полезных ископаемых, переработку минерального сырья и т.д. предприятием с иностранным участием, относится к инвестиционной деятельности, предусмотренной пунктом 2 статьи 6 Закона об иностранных инвестициях, при условии, что лицензия выдана в установленном законом порядке уполномоченным государственным органом, действие лицензии не прекращено и в деятельности предприятия с иностранным участием иностранным инвестором или самим предприятием с иностранным участием осуществлены инвестиции, отнесенные в соответствии с Законом об иностранных инвестициях к иностранным, в период действия указанного Закона.

Директор НИИ частного права Казахского гуманитарно-юридического университета, академик Национальной академии наук, доктор юридических наук, профессор

М.К. Сулейменов

4.11.96

213

49.4.3. Председателю Сената Республики Казахстан
У. Байгельды
Председателю Мажилиса Республики Казахстан
М.Т. Оспанову

МЕМОРАНДУМ

- Кому:** Константину Колпакову / Министру юстиции Республики Казахстан
Жанар Ертлесовой / Первому заместителю Министра экономики Республики Казахстан
- От кого:** Томас Димитрофф / Проект USAID по торговле и инвестициям
Профессор Юрий Григорьевич Басин
- Копии:** Доктору Полу Девис / USAID, Алматы
Ф. Юваким Фархату / Проект USAID по торговле и инвестициям
Роберту Хейгер / Проект USAID развития коммерческого права

По вопросу: Проект изменений к Закону Республики Казахстан «Об иностранных инвестициях»

В связи с принятием Закона Республики Казахстан «О государственной поддержке прямых инвестиций» 28 февраля 1997 года (Закон «О прямых инвестициях») мы бы хотели обратить ваше внимание на вопросы относительно двух положений существующего варианта проекта Закона «О внесении изменений в Закон «Об иностранных инвестициях» (Закон «Об иностранных инвестициях»), который в настоящий момент находится на рассмотрении Правительства.

1. Пункт 2 статьи 3 предложенных изменений к Закону «Об иностранных инвестициях»

Наш первый вопрос вызван редакцией пункта 2 статьи 3 предложенных изменений к Закону «Об иностранных инвестициях». Если говорить более точно, то в пункте 2 статьи 3 говорится, что инвестиции в «приоритетные сектора экономики» (как определено Статьей 6 нового Закона «О прямых инвестициях») ... «регулируются Законом «О прямых инвестициях» (выделено авторами письма). Это явно подразумевает, что положения Закона «Об иностранных инвестициях» не будут распространяться на инвестиции «в приоритетных секторах экономики». Тем не менее, статья 4 Закона «О прямых инвестициях» конкретно указывает на то, что «Государственная поддержка прямых инвестиций заключается в: законодательных гарантиях обеспечения инвестиционной деятельности»

(выделено авторами письма). Законодательным источником большинства гарантий, которыми пользуются в настоящее время иностранные инвесторы в Республике Казахстан, является Закон «Об иностранных инвестициях», среди этих гарантий, помимо прочих, есть гарантии против экспроприации (будь-то прямая или косвенная), дискриминации, незаконных действий государственных органов и должностных лиц, гарантия права отказа от выполнения требований, превышающих правомочия в плане государственной проверки, и гарантия доступа к международному арбитражу в случае возникновения спора с государством. Однако ни одна из вышеупомянутых гарантий не предусмотрена статьей 8 нового Закона «О прямых инвестициях».

Мы не думаем, что намерением разработчиков Закона «О прямых инвестициях» являлось препятствование инвесторам (которыми в настоящее время являются главным образом иностранные инвесторы) пользоваться привилегиями большинства гарантий, предусмотренных Законом «Об иностранных инвестициях», ибо при таком толковании статья 4 Закона «О прямых инвестициях» практически была бы лишена смысла. В соответствии с этим мы рекомендуем внести изменения в пункт 2 статьи 3 Закона «Об иностранных инвестициях» и изложить ее в следующей редакции:

«Закон Республики Казахстан «О государственной поддержке прямых инвестиций» имеет преимущественную силу над всеми другими законодательными актами только в отношении инвестиций, внесенных в соответствии с этим законом в приоритетные сектора экономики».

2. Пункт 4 статьи 6 предложенных изменений к Закону «Об иностранных инвестициях»

Наш второй вопрос связан с важными исключениями в части «гарантий против изменений в законодательстве», какие предусмотрены статьей 6 Закона «Об иностранных инвестициях». Если говорить более точно, настоящий вариант проекта изменений к Закону препятствует применению этой гарантии к изменениям в налоговом и таможенном законодательстве относительно продажи подакцизных товаров, произведенных в Республике Казахстан.

Толчком для внесения изменений в статью 6 Закона «Об иностранных инвестициях» послужили предложения Налоговой инспекции и Министерства экономики. Они выразили озабоченность относительно того, что крупная сумма государственных доходов утрачена в результате деятельности компаний, появившихся в Казахстане до принятия новых акцизных налогов, которые (после их принятия) перестроили свою деловую активность так, чтобы охватывать импорт и продажу алкогольных напитков и табачных изделий. Эти компании в настоящее время требуют гарантии против изменений в законодательстве с тем, чтобы не дать возможность на-

логовым властям взимать акцизные налоги с импорта и продажи этих товаров в Казахстане.

Мы провели ряд продолжительных встреч с первым заместителем министра экономики и представителем налоговой инспекции для разработки исключений к статье 6, которые были достаточно широки для предотвращения вышеупомянутой деятельности, но не настолько, чтобы лишить компании, которые в настоящее время на законном основании требуют гарантии, возможности продолжать эту деятельность. В соответствии с этим была согласована и предложена следующая редакция.

«Гарантии, предусмотренные настоящей статьей, не распространяются на изменения в законодательстве и/или вступление в силу и/или изменение международных договоров, которыми изменяются порядок и условия реализации алкогольных напитков и табачных изделий».

Полагаем, что расширение вышеупомянутой редакции, охватывающее импорт и продажу всех подакцизных товаров в Республике Казахстан, будет иметь негативные последствия для инвестиций в стратегические сферы экономики, прежде всего – в нефтяную сферу. Более того, такое расширение противоречит духу нового Закона «О прямых инвестициях», целью которого является стимулирование и стабилизация инвестиций в Республике Казахстан путем сведения к минимуму их подверженности налогам, которые применяются в иных случаях.

На основании вышеизложенного мы хотели бы предложить провести встречу. Мы свяжемся с Вами в ближайшее время, чтобы определить обоюдно приемлемую дату и место проведения такой встречи.

С уважением,
Томас Димитрофф
Проект USAID по торговле и инвестициям
Профессор Юрий Григорьевич Басин

49.4.4. Министру юстиции К.А. Колпакову

Уважаемый Константин Анатольевич!

Направляем Вам согласованный на вчерашней встрече с участием Ж.Ертлесовой, Б.Аймакова и Томаса Димитрофф окончательный текст проекта Закона о внесении изменений в Закон об иностранных инвестициях и проект Закона о внесении изменений в некоторые законодательные акты. К сожалению, второй проект почему-то не был послан в Министерство экономики и Налоговую инспекцию и мы не смогли его обсудить детально. Но у нас

сложилось впечатление, что Налоговая инспекция убеждена в применимости статьи 6 Закона об иностранных инвестициях к налоговым отношениям и после принятия Закона о налогах, поэтому в принципе против уточнения и закрепления законного положения в законе о налогах они возражать не должны. Нам Б. Аймаков не возразил. Однако текста они не видели, поэтому могут возникнуть проблемы.

Члены Рабочей группы
Консультанты IRIS -Проекта
Развития Коммерческого Права
Профессора:
(М. Сулейменов)
(Ю. Басин)

49.4.5. Министру юстиции Республики Казахстан
К.А. Колпакову

Уважаемый Константин Анатольевич!

Направляем Вам окончательный вариант проекта Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Казахстан «Об иностранных инвестициях», учитывающий Ваши замечания.

Консультанты фирмы IRIS:

Профессор

М.К. Сулейменов

Профессор

Ю.Г. Басин

49.4.6. Сенатору Е.К. Нурпеисову

Многоуважаемый Еркеш Калиевич!

14 мая 1997 г. Мажилис Парламента Республики Казахстан одобрил Проект закона «О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Казахстан «Об иностранных инвестициях» (далее – Проект) и направил его на рассмотрение в Сенат Парламента Республики Казахстан.

Известно, что Проект готовился в течение двух лет. Его положения вызывали горячие споры и неоднократно изменялись.

Далеко не всегда выясняли мнение разработчиков о таких изменениях.

Но, так или иначе, Проект уже дошел до Сената. И на этой заключительной стадии хотелось бы обратить Ваше внимание на два

замечания разработчиков, имеющих существенное значение для сохранения общей концепции Закона.

1. Статья 6 Проекта радикально изменила прежнюю редакцию пункта 4 статьи 6 действующего Закона «Об иностранных инвестициях» (далее – Закон).

Предлагаемая редакция лишает иностранных инвесторов гарантий защиты прав и интересов, предусмотренных пунктами 1–3 статьи 6 Закона, при производстве и продаже определенных видов товаров. При этом пункт 4 Проекта предусматривает, что с момента вступления его в силу прекращаются и те гарантии, которые были предоставлены иностранным инвесторам ранее, во время действия нынешней редакции статьи 6 Закона.

Иначе говоря, норме, содержащейся в пункте 4 статьи 6 и ухудшающей положение инвестора, придается обратная сила.

Это означает, что после введения в действие нового текста пункта 4 ранее выданные гарантии утрачивают юридическую силу и больше не будут защищать инвесторов, которые уже вложили свои средства в экономику Казахстана, рассчитывая на Закон, обещавший гарантии защиты от неблагоприятного изменения законодательства минимум на 10 лет или на весь срок более длительного контракта.

Полагаем, что предусмотренная пунктом 4 отмена гарантий для некоторых видов инвестиций может распространяться лишь на будущие, но не на прошлые инвестиции. Поэтому считаем более точной нашу редакцию второго абзаца пункта 4:

«Действие настоящего пункта не распространяется на гарантии, которые были предоставлены иностранному инвестору до введения в действие пункта 4 в настоящей редакции».

2. Вызывает сомнение формулировка Проектом понятия применимого права как права Республики Казахстан, если иное прямо не предусмотрено условиями контракта или иными соглашениями с инвестором.

Данная формулировка во всех случаях разрешает сторонам определять в контракте в качестве применимого права право другого государства. При этом не учитывается, что нормы казахстанского законодательства иногда запрещают во внешнеэкономических контрактах применение зарубежного права, например, для договоров о создании совместных предприятий, для договоров, заключенных на аукционе, на бирже и в некоторых других случаях. В этих случаях определение сторонами применимого права в контрактах или соглашениях не имеет никакого значения – все равно будет применяться право Республики Казахстан.

Желательно поэтому вернуться к ранее предлагавшейся для Проекта формулировке понятия применимого права, которое уже содержится в действующих указах Президента Республики Казах-

стан, имеющих силу закона, «О нефти» и «О недрах и недропользовании» (ст. 1 Указа «О нефти, п.22 ст. 1 Указа «О недрах и недропользовании»):

«Применимое право» означает право Республики Казахстан, если это право предусмотрено законодательными актами или если условиями контракта применимое право не определено. В остальных случаях в качестве применимого права может выступать право Республики Казахстан или право другой страны в зависимости от условий контракта.

Если это не будет поддержано, к понятию «применимое право», содержащемуся в Проекте, целесообразно добавить фразу: «Законодательными актами могут быть предусмотрены случаи, когда в качестве применимого выступает только право Республики Казахстан».

Если и этот вариант будет признан неприемлемым, лучше понятие «применимое право» из Проекта исключить, поскольку практически все возможные варианты уже содержатся в нормах международного частного права.

Разработчики Закона «Об иностранных инвестициях» и проектов его изменения:

Председатель рабочей группы
профессор

М.К. Сулейменов

Члены рабочей группы:

профессор

Ю.Г. Басин

профессор

Б.В.Покровский

профессор

А.И. Худяков

27.05.97

49.4.7. Директору проекта «Айрис»

**Отчет рабочей группы о выполненной работе
за июнь 1997 года**

30 июня 1997 года

1. Проект Закона «О внесении изменений и дополнений в Закон РК «Об иностранных инвестициях»:

члены рабочей группы, профессора Ю.Г. Басин, М.К. Сулейменов участвовали в работе Мажилиса и Сената Парламента по данному проекту, в обсуждениях данного проекта с юристами «Бузален» – ЮСАИД.

По подготовленному письму для представителя премьер-

министра в Парламенте (копия имеется в офисе) проведена встреча с заведующим отделом Мажилиса Турысовым, все предложения рабочей группы приняты. 26 июня мной даны разъяснения руководителю сектора хозяйственного законодательства аппарата Правительства Н. Байжановой по подготовленным рабочей группой изменениям в Законы «О нефти», «О недрах и недропользовании» в части рассмотрения споров в связи с подготовкой проекта Закона «О внесении изменений и дополнений в Закон РК «Об иностранных инвестициях». В настоящее время проект находится в Сенате парламента.

49.4.8. Многоуважаемый Константин Анатольевич!

Статья 6 Закона «Об иностранных инвестициях» нуждается в изменениях, которые усилили бы стабильность правовых гарантий, предоставляемых иностранным инвесторам, и вместе с этим – более полно защитили бы интересы Республики Казахстан, связанные с продажей алкогольных напитков и табачных изделий.

По этим мотивам в проект Закона «О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Казахстан «Об иностранных инвестициях» были включены некоторые новые положения.

В частности, по предложению Главного налогового комитета и Министерства экономики Республики Казахстан пункт 4 статьи 6 был сформулирован в редакции, допускающей исключение из гарантий, обеспечивающих стабильность размера доходов иностранных инвесторов. Исключения относились к доходам, связанным с реализацией алкогольных напитков и табачных изделий. Но при подготовке новой редакции пункта 4 была допущена излишняя категоричность, вследствие которой законодательные гарантии снизились не только с доходов от продажи алкогольных напитков (табачных изделий), но и от их производства, что серьезно задевает интересы иностранных инвесторов, уже работающих в Республике Казахстан.

Полагаем, что в уточненной редакции проекта пункта 4 статьи 6 следует исключить слово «производство».

При этом, однако, нужно учитывать, что изменения, вносимые в законодательство, могут распространяться лишь на те отношения, какие возникли после введения в действие таких изменений. Иными словами, ограничения, предусмотренные новой редакцией пункта 4 статьи 6, не должны распространяться на тех иностранных инвесторов, капиталы которых были вложены в экономику Казахстана до введения в действие новой редакции пункта 4.

В связи с этим требуется также изменить пункт 2 постановления Верховного Совета Республики Казахстан от 27 декабря 1994 г. «О порядке введения в действие Закона Республики Казахстан «Об иностранных инвестициях», где всей статье 6 (в том числе и пун-

кту 4 в его прежней, совершенно иной редакции) придавалась обратная сила, что допускает распространение действия вышерассмотренных ограничений и на ранее осуществленные инвестиции.

Соответственно предлагается изложить пункт 2 Постановления от 27 декабря 1994 г. в следующей редакции:

«Установить, что действие пунктов 1–3 статьи 6 Закона распространяются также на правоотношения, которые возникли до введения в действие настоящего Закона.

Действие пункта 4 (в редакции Закона Республики Казахстан от 1997 года «О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Казахстан «Об иностранных инвестициях») распространяется только на те правоотношения, которые возникли после введения в действие настоящего пункта».

Консультанты Проекта IRIS
«Правовая реформа в Казахстане»

проф.

М.К. Сулейменов

проф.

Ю.Г. Басин

проф.

А.И. Худяков

49.4.9. Заключение по вопросу о применении п.4 ст. 6 Закона «Об иностранных инвестициях»

Пункт 1 статьи 6 Закона Республики Казахстан от 27 декабря 1994 года «Об иностранных инвестициях» предусматривал, что «в случае ухудшения положения иностранного инвестора, являющегося результатом изменений в законодательстве и (или) вступлением в силу и (или) изменением условий международных договоров, к иностранным инвестициям в течение 10 лет применяется законодательство, действовавшее в момент осуществления инвестиций, а по инвестициям, осуществляемым по долгосрочным (свыше 10 лет) контрактам с уполномоченными государством органами, до окончания срока действия контракта, если контрактом не предусмотрено иное».

Законом Республики Казахстан от 16 июля 1997 года «О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Казахстан «Об иностранных инвестициях» было внесено изменение в пункт 4 статьи 6 Закона Республики Казахстан «Об иностранных инвестициях», в соответствии с которым было предусмотрено, что «гарантии, установленные пунктом 1 настоящей статьи, не распространяются на изменения в законодательстве Республики Казахстан и (или) вступление в силу и (или) изменения международных договоров с участием Республики Казахстан, которыми изменяются порядок и условия (в том числе вопросы налогообложения и иные меры государственного регулирования) импорта и (или) производства, и

(или) реализации подакцизных товаров, а также импорта товаров, предназначенных для реализации без переработки».

Факты

В связи со слушанием в суде гражданского дела по спору между ТОО «ФМК» и таможенными органами, касающемуся некоторых вопросов законодательства об иностранных инвестициях, ТОО «ФМК» просит дать заключение по нижеследующему вопросу.

Вопрос: При условии, если изменение пункта 4 статьи 6 Закона Республики Казахстан «Об иностранных инвестициях» ухудшает положение иностранного инвестора, является ли такое изменение изменением в законодательстве, которое позволяет не применять его к иностранным инвестициям в силу пункта 1 статьи 6 Закона Республики Казахстан «Об иностранных инвестициях» в течение предусмотренных таким пунктом сроков?

Юридический анализ

Ответ на первую часть вопроса, бесспорно, является положительным. Изменение пункта 4 ст. 6 Закона об иностранных инвестициях, безусловно, ухудшает положение иностранного инвестора.

Однако с ответом на вторую часть вопроса дело обстоит сложнее. Дело в том, что в Закон от 16 июля 1997 года была включена статья 2, которая гласила:

«Гарантии, которые были предоставлены иностранным инвесторам в соответствии с пунктом 1 статьи 6 Закона Республики Казахстан «Об иностранных инвестициях», в части порядка и условий (в том числе вопросов налогообложения и иных мер государственного регулирования) импорта, и (или) производства, и (или) реализации подакцизных товаров, а также импорта товаров, предназначенных для реализации без переработки, действуют до вступления в силу настоящего Закона».

То есть Закону от 16 июля 1997 года придали обратную силу и прервали действие гарантий, предусмотренных пунктом 1 статьи 6 Закона об иностранных инвестициях, сроком вступления в силу Закона от 16 июля 1997 года.

Из этого вытекает, что, хотя положения п. 4 ст. 6 Закона об иностранных инвестициях и ухудшают положение инвестора, но положения п.1 ст. 6 Закона об иностранных инвестициях к данному случаю не применяются с момента вступления в силу Закона от 16 июля 1997 года.

Несомненно, это ухудшение инвестиционного климата в Казахстане. По существу, это обман инвесторов.

Права инвесторов оказались нарушенными. В период осуществления инвестиций им было гарантировано Законом, что к ним будет применяться действовавшее на момент осуществления

инвестиций законодательство в течение 10 лет или в течение срока действия долгосрочного контракта. Однако через три года в отношении подакцизных товаров эти гарантии отменяются, и инвесторам приходится платить налоги, в отношении которых им было твердо обещано, что минимум десять лет они их платить не будут.

В процессе обсуждения этого вопроса приводилось много убедительных аргументов: что этими льготами воспользовались сомнительные совместные предприятия, что через них многие казахстанские фирмы проводят операции по массовому завозу алкогольных и табачных изделий, что Казахстан теряет на этом 17 млрд тенге ежегодно и т.п.

Все это верно, но эти аргументы – из области целесообразности, а не законности. С точки же зрения законности все выглядит очень просто: мы законодательно закрепили гарантии иностранным инвесторам, через три года законодательно у них эти гарантии отобрали.

Это – юридический прецедент, когда при столкновении законности с целесообразностью победила целесообразность. И, несомненно, данный факт основательно подрывает доверие инвесторов к стабильности инвестиционного климата и к надежности законодательного обеспечения иностранных инвестиций в Казахстане. Поэтому вполне возможно, что Казахстан после принятия Закона от 16 июля 1997 г. потерял гораздо больше, чем 17 млрд тенге ежегодно, которые приводились в обоснование.

Я об этом писал после принятия Закона от 16 июля 1997 года (См. Право и иностранные инвестиции в Республике Казахстан.– Алматы: Жеті Жарғы, 1997. С. 237-239). Однако независимо от оценки действующего Закона он подлежит безусловному исполнению.

Вывод: Несмотря на ухудшение положения инвестора после принятия пункта 4 статьи 6 Закона об иностранных инвестициях в редакции Закона от 16 июля 1997, пункт 4 статьи 6 подлежит применению к иностранным инвестициям в силу того, что Законом от 16 июля 1997года из пункта 1 статьи 6 Закона об иностранных инвестициях сделано исключение, позволяющее не применять пункт 1 статьи 6 Закона об иностранных инвестициях к случаям, предусмотренным пунктом 4 статьи 6 Закона об иностранных инвестициях.

Директор НИИ частного права КазГЮУ,
академик НАН Республики Казахстан,
д.ю.н., профессор

М.К. Сулейменов

49.5. ЗАКОН «О ГОСУДАРСТВЕННОЙ ПОДДЕРЖКЕ ПРЯМЫХ ИНВЕСТИЦИЙ В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН»

49.5.1. Председателю Сената Республики Казахстан
У. Байгельды
Председателю Мажилиса Республики Казахстан
М.Т. Оспанову

Уважаемый Марат Турдыбекович!

В Парламенте Республики Казахстан рассматривается проект Закона «О государственной поддержке прямых инвестиций в Республике Казахстан».

Мы участвовали в разработке Закона «Об иностранных инвестициях» и проекта Закона о внесении изменений в Закон об иностранных инвестициях, поэтому имеем ряд замечаний по проекту рассматриваемого Парламентом закона.

Просим рассмотреть.

М. Сулейменов, Ю. Басин, А.Худяков, Б.Покровский

49.5.2. Замечания по проекту Закона Республики Казахстан «О государственной поддержке прямых инвестиций в Республике Казахстан»

Члены Рабочей группы по подготовке проекта Закона «О внесении изменений в Закон РК «Об иностранных инвестициях» уже давали отрицательное заключение на проект Закона «О государственной поддержке прямых инвестиций в Республике Казахстан», так как освобождение от налогов индивидуально по контракту подрывает основы налогового права, препятствует развитию конкуренции и равноправных условий, создает условия для произвола и коррупции.

Наше мнение не изменилось. Но поскольку Закон все же принимается, нам хотелось бы обратить внимание на некоторые наиболее острые юридические противоречия.

1. Закон грозит внести хаос в правовую систему, так как неясно его соотношение с другими действующими законами.

Закон об иностранных инвестициях будет сохранен, судя по тому, что в него вносятся изменения. Продолжает действовать Закон о нефти, о недрах и недропользовании и т.д. Между тем с принятием Закона о прямых инвестициях нормальное функционирование этих законов будет под большой угрозой.

Опасность для этих законов создают три ключевых положения проекта:

а) Понятие прямых инвестиций и сфера действия закона.

Под прямыми инвестициями понимаются все виды инвестиций за исключением инвестиций, связанных суверенными гарантиями Республике Казахстан и входящих в рамки официальной технической помощи или грантов, предоставляемых Республике Казахстан (ст. 2 проекта).

б) По-разному определена в проекте компетенция Госкомитета РК по инвестициям. В п.1 ст. 14 говорится, что Комитет является единственным государственным органом, уполномоченным осуществлять государственную политику поддержки прямых инвестиций в Республике Казахстан. Если заменить слова «прямых инвестиций» на «инвестиции в приоритетных секторах экономики», эту формулу можно принять.

Однако неприемлемой является формула, закрепленная в статье 4, где говорится о наличии единственного государственного органа, уполномоченного представлять Республику Казахстан перед инвесторами. Это противоречит определению, данному в п.1 ст. 14 проекта. Это чрезмерно расширяет функции Комитета и может подорвать основу других законов. Если Комитет – единственный орган, как быть с Законом о лицензировании, в соответствии с которым лицензии иностранным инвесторам выдают различные государственные органы? Как быть с Законом о нефти, недрах, золоте и других, в соответствии с которыми Лицензии выдает Правительство, а Контракты на недропользование заключает компетентный орган? Если заменить эти органы Комитетом, все эти законы можно отменять, что повлечет правовой хаос в экономике.

Предлагается привести содержание ст. 4 в соответствие с п.1 ст. 14 проекта.

Мы оставляем в стороне вопрос о том, что определение структуры Правительства с компетенцией Комитета – это компетенция Президента, поэтому главе 5 не место в Законе.

в) В п.2 ст. 18 закреплено положение что действующее на момент вступления в силу настоящего закона законодательство применяется в части, не противоречащей ему, и в течение двух месяцев со дня вступления его в силу должно быть приведено в соответствие с ним.

Это крайне опасная норма при той неопределенности в сфере действия Закона, которая закреплена в проекте. Может быть парализовано действие Законов о лицензировании, о нефти, о недрах, о золоте, об иностранных инвестициях и т.п.

Предлагается п.2 ст. 18 из проекта исключить.

Это лишь некоторые из юридически противоречивых моментов, содержащихся в проекте.

Устранение их не потребует коренной переработки проекта, достаточно подкорректировать несколько статей.

Члены рабочей группы по разработке проекта Закона о внесении изменений в Закон об иностранных инвестициях

М. Сулейменов
Ю. Басин
А. Худяков
Б. Покровский

49.6. ЗАМЕЧАНИЯ ПО ПЛАНУ ДЕЙСТВИЙ, ПУНКТ 2 «УЛУЧШИТЬ МЕХАНИЗМ РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ С УЧАСТИЕМ ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТОРОВ»

Рекомендации:

а) создать специализированный суд для разрешения инвестиционных споров (или обеспечить, чтобы слушания по спорам с участием иностранных инвесторов проводились в Верховном суде).

Оценка: Необходимо учитывать ряд обстоятельств:

1) Подготовка Программы правовой реформы в Казахстане (II этап) комиссией под руководством Советника Президента И.И. Рогова, в соответствии с которой планируется создание 5 окружных судов, охватывающих территорию нескольких областей (Восточный, Южный, Северный, Западный и Центральный округа). При этом Верховный суд РК рассмотрением дел заниматься не будет, сохранив за собой только функции апелляционной инстанции.

2) Недавнее принятие нового Гражданского процессуального кодекса РК, в связи с чем будут объективные трудности с внесением в него кардинальных изменений.

3) Государственную политику, направленную на предоставление национального режима иностранным инвестором и ликвидации различий в правовом статусе и защите иностранных и национальных инвесторов. Поэтому создание специализированного суда для иностранных инвесторов вызовет законное возмущение у национальных инвесторов, которые также страдают от произвола местных властей. Если же создать один общий специализированный суд для всех инвесторов, возникнут проблемы у небольших компаний, которые вынуждены будут по малейшему поводу ездить в Астану, что по нашим расстояниям довольно разорительно.

В связи с этим есть различные варианты решения этой проблемы. Специализированный суд не создавать. Вряд ли это реально, учитывая, что такого суда нет ни в одной стране, и что даже арбитражный суд, рассматривающий инвестиционные споры, – единственный в мире (ICSID в Вашингтоне).

Главной целью предлагаемой рекомендации является выведение иностранных инвесторов из-под влияния местных властей. Добиться этого можно, если все дела с участием иностранных инве-

сторов рассматривать только в хозяйственной коллегии Верховного суда РК. Модификацией этого варианта может быть рассмотрение только Верховным судом всех споров с участием инвесторов, в том числе и национальных.

Но тогда необходимо ограничить нижнюю планку суммы исков рассматриваемых Верховным судом дел.

В случае проведения правовой реформы и создания окружных судов дела с участием иностранных инвесторов могли бы рассматриваться там. Окружные суды, расположенные на территории нескольких областей, не находятся в зависимости от местных акимов и могут обеспечить достаточно объективное рассмотрение дел.

Необходимо обеспечить также незамедлительное опубликование принятых решений, для обеспечения этого Совет инвесторов мог бы создать специальный фонд.

Необходимо также развивать в Казахстане систему арбитражных судов, в частности, такой авторитетный арбитражный суд, как Арбитражную комиссию при Торгово-промышленной палате;

б) принять нормативные акты, необходимые для того, чтобы исполнялись решения международных арбитражных судов казахстанскими судами.

Оценка: Казахстан присоединился 4 октября 1995 г. к Нью-Йоркской Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений от 10 июня 1958 года. Поэтому острота решения данного вопроса в настоящее время уменьшилась. Тем не менее проблемы есть. Прежде всего – это ухудшение решения этого вопроса в новом Гражданско-процессуальном кодексе.

В прежнем Законе о порядке разрешения хозяйственных споров арбитражными судами РК от 17.01.92г. была специальная статья (ст. 134) об исполнении решений третейских (арбитражных) судов.

В новом ГПК эту статью по непонятным причинам исключили. Необходимо восстановить это положение. Необходимо принять Закон о международном коммерческом арбитраже по примеру России на основе Типового закона ООН.

Проф.

М. Сулейменов

1999 г.

49.7. ЗАКОН «ОБ ИНВЕСТИЦИЯХ» от 8 января 2003 г.

49.7.1. Секретарю Комитета Мажилиса Парламента Республики Казахстан по экономической реформе и региональному развитию В. Дворецкому

По Вашей просьбе, изложенной в письме от 3.04. 2002 г. №10-7-201, подготовлено заключение по проекту Закона «Об инвестициях».

Этот проект рассматривается Мажилисом Парламента. Итоги

обсуждения проекта сформулированы в «Сравнительной таблице» редакций отдельных норм проекта Закона Республики Казахстан «Об инвестициях и предлагаемых поправках».

В целом проект Закона направлен на поощрение инвестиций в экономику Казахстана. Проект Закона регулирует как внутренние, так и иностранные инвестиции, что следует отнести к его достоинствам.

Проект в целом составлен удовлетворительно, в особенности с учетом поправок, принятых Мажилисом. С большинством поправок следует согласиться. Они значительно улучшили проект Закона.

Вместе с тем по проекту можно высказать некоторые замечания:

1. Всякий вновь принимаемый закон должен «вписываться» в систему действующего законодательства, быть согласован с этой системой. Особенно применительно к Закону «Об инвестициях», это относится к Гражданскому кодексу Республики Казахстан и Налоговому кодексу.

Далее, законы решают стратегические вопросы регулирования общественных отношений. Поэтому они должны быть стабильными, чтобы лица, которые руководствуются законами, могли учитывать их нормы в своей практической деятельности на сравнительно долгий период времени. К сожалению, эти требования не всегда учитываются законодателями, а многочисленные поправки к недавно принятым законам дискредитируют законодательство, поскольку они иногда принимаются без особой необходимости.

Большое внимание при принятии законодательного акта должно уделяться юридической технике. В частности, статьи закона должны быть сформулированы четко, немногословно, без ненужного повтора уже принятых норм, с учетом Закона «О нормативных правовых актах».

С учетом сказанного остановимся на конкретных замечаниях.

2. Прежде всего, о самом понятии инвестиций, сформулированном в подпункте 1) ст. 2 проекта. На первый взгляд, это вопрос лишь юридической техники. На самом деле – это вопрос не только юридической техники, но и вопрос концептуальный, поскольку с этим понятием связано все содержание закона. Вопрос о понятии инвестиций обсуждался в Мажилисе, о чем свидетельствуют п. 8-10 «Сравнительной таблицы», но разрешения не получил и рабочая группа посчитала необходимым дать новую редакцию этой статьи, что, конечно, правильно. Но такой новой редакции не дано, хотя несколько предложений на этот счет зафиксировано в «Сравнительной таблице». Поэтому есть смысл высказать критические замечания по определению инвестиций, данному в проекте Закона. В этой статье имеются некоторые юридически неверные положе-

ния, к тому же противоречащие Гражданскому кодексу, который в соответствии с Законом «О нормативных правовых актах» в иерархии таких актов стоит выше обычных законов, к которым относится и Закон «Об инвестициях».

а) По подпункту 1) ст. 2 проекта, – инвестиции – это виды имущественных и интеллектуальных ценностей, а также прав на них, вкладываемые в уставный капитал коммерческого юридического лица либо в создание и увеличение основных средств, используемых для предпринимательской деятельности в виде объектов гражданских прав, принадлежащих инвестору, если такие объекты гражданских прав не ограничены в обороте в Республике Казахстан в соответствии с законодательными актами, в том числе денег, ценных бумаг, иного имущества (кроме товаров, предназначенных к реализации без переработки или для личного потребления), имущественных прав, прав на результаты интеллектуальной деятельности.

Это определение инвестиций слишком громоздко и без ущерба для точности определения может быть значительно упрощено. Например, едва ли следует говорить об имущественных ценностях. Проще и точнее говорить просто об имуществе, поскольку расшифровка этого понятия дана в ст. 115 ГК, которая к имуществу как объекту прав относит, в частности, деньги и ценные бумаги, а также объективированные результаты творческой интеллектуальной деятельности. Ведь все равно все виды имущества не упомянуты в ст. 2 проекта Закона «Об иностранных инвестициях», да в этом и нет необходимости, поскольку понятие имущества раскрыто в ГК.

Излишняя громоздкость определения только затрудняет пользование законом и его применение.

Из текста подпункта 1) ст. 2 проекта Закона, например, неясно, что он понимает под интеллектуальными ценностями, не ограниченными в обороте, ставя их в один ряд с имущественными ценностями (имуществом).

Гражданский кодекс интеллектуальных ценностей как самостоятельного понятия не знает. Но в число объектов интеллектуальной собственности включает, в частности, объективированные результаты творческой интеллектуальной деятельности. Подчеркнем, не просто результаты интеллектуальной деятельности, как это указано в ст. 2 проекта Закона, а творческой интеллектуальной деятельности (ст. 125 ГК). При этом рассматривая их не в качестве особой самостоятельной интеллектуальной ценности, а в качестве вида имущества, к которому относятся имущественные права (п.2 ст. 115 ГК, ст. 964 ГК).

Кстати, по п. 1 ст. 1 ГК гражданским законодательством регулируются товарно-денежные и иные, основные на равенстве участни-

ков имущественные отношения, а также связанные с имущественными личными неимущественные отношения.

Но личные неимущественные отношения в оборот не включены и объектом инвестиций быть не могут. Так о каких же интеллектуальных ценностях говорится в определении инвестиций в проекте Закона, отличных от имущества?

3. Важнейшим вопросом является вопрос о поощрении инвестиций. Хотя, как отметил Вице-премьер А. Павлов, инвестиции в основной капитал в январе-марте 2002 г. увеличились на 7,7%, темпы роста инвестиций отстают от экономического роста (Официальная газета. №14 от 6 апреля 2002 г.).

Вопрос о поощрении инвестиций прежде всего вопрос экономический. Но вместе с тем поощрение инвестиций осуществляется в правовых формах. Проект Закона «Об инвестициях» предусматривает инвестиционные преференции, под которыми понимаются преимущества адресного характера в виде инвестиционных и налоговых преференций и государственных натуральных грантов, предоставляемых юридическим лицам Республики Казахстан (подпункт 10) ст. 2 проекта Закона).

Подробнее вопрос о государственной поддержке инвестиций регламентирован главой 3 проекта.

В «Сравнительной таблице» (п. 22) справедливо отмечено, что инвестиционные преференции должны предоставляться не каким-то юридическим лицам Республики Казахстан, а инвесторам, что собственно, отмечено и в ст. 138 Налогового кодекса, регулирующего инвестиционные налоговые преференции. Конечно, основной вопрос – это вопрос о размерах инвестиционных преференций, поскольку именно существенные размеры преференций важны для инвестиционных проектов, не сулящих быстрые и стабильные выгоды для инвесторов. Но это, как сказано выше, вопрос не столько юридический, сколько экономический. Высказать мнение об этих размерах в данном Заключении невозможно. Вопросы о круге инвестиционных преференций и их размерах, на основе заключений министерств и ведомств Казахстана специально обсуждался в рабочей группе и выводы сформулированы в справке «Вопросы, требующие обсуждения». Во всяком случае в этой справке отмечено, что эффективность инвестиционных преференций, предложенных новым законодательством, на порядок ниже, по сравнению с налоговыми льготами и преференциями, предоставляемыми по Закону «О государственной поддержке прямых инвестиций». Поскольку повышение размеров преференций и их составов потребует внесения изменений в Налоговый кодекс, который введен в действие с 1 января 2002 г. – это едва ли реально и целесообразно. Ведь Налоговый кодекс перед его принятием тщательно обсуждался. Вносить в него изменения сразу после его введения в действие едва ли целе-

сообразно, так как это подорвет надежды предпринимателей на стабильность налогового законодательства. Вероятно, по этому вопросу необходимо проведение экономической экспертизы, а не только мнений министерств. Однако отстаивание темпов развития инвестиционной деятельности от экономического роста – это реальность и с этим следует считаться, хотя причины такого отстаивания могут быть связаны не только с нынешними размерами инвестиционных преференций. И тут не помешало бы проведение соответствующего мониторинга.

Что касается главы 3 проекта, то в принципе поправки заслуживают внимания (пункт 85-140 «Сравнительной таблицы»).

4. Нуждается в уточнении понятие инвестиционного спора, данное в подпункте 9 ст. 2 проекта. По форме проекта закона инвестиционный спор вытекает из договорных обязательств между инвесторами и государственным органом в связи с инвестиционной деятельностью инвестора, за исключением споров, связанных с действиями инвесторов, нарушающими законодательство Республики Казахстан.

Инвестиционный спор – это спор гражданско-правового характера. Порядок разрешения таких споров определяется Гражданским процессуальным кодексом Республики Казахстан. По п. 3 ст. 2 ГПК, законодательство о гражданском судопроизводстве устанавливает порядок рассмотрения дел по спорам, возникающим из гражданских, семейных, трудовых, жилищных, административных, финансовых, хозяйственных, земельных правоотношений по использованию природных ресурсов и охране окружающей среды и других правоотношений, а также дел особого производства.

Закон «О нормативных правовых актах» предусматривает приоритет кодексов перед рядовыми законами. Аналогичный приоритет предусмотрен и п.2 ст. 3 ГПК.

Никаких исключений для рассмотрения инвестиционных споров по сравнению с другими гражданско-правовыми спорами ГПК не предусматривает.

Если же обратиться к ст. 9 проекта, говорящей о разрешении споров, то, во-первых, п. 1 ст. 9 проекта предусматривает, что инвестиционные споры решаются по возможности путем переговоров, либо в соответствии с ранее согласованной процедурой разрешения споров, в том числе установленной соглашением сторон.

При невозможности разрешения споров в соответствии с п.1 ст. 9 проекта в течение трех месяцев в даты письменного обращения любой из сторон к другой стороне, разрешение споров производится в соответствии с международными договорами Республики Казахстан и земельными актами Республики Казахстан в судах Республики Казахстан, а также международных арбитражах, в которые рассмотрение спора передано соглашением иностранного инвесто-

ра и государственного органа (п.2 ст.9 проекта). Но дело в том, что этот порядок ничем существенно не отличается от общего порядка разрешения спора по ГПК.

Основная особенность разрешения инвестиционных споров заключается в том, что они разрешаются первоначально путем переговоров (п.1 ст. 9 проекта). Такая особенность для разрешения споров с иностранными инвесторами была предусмотрена еще Законом «Об иностранных инвестициях» от 27 декабря 1994 г. Аналогичная процедура предусмотрена и проектом Закона «Об инвестициях». Однако Мажилис принял поправку, по которой исключен трехмесячный срок для решения спора путем переговоров (п. 68 «Сравнительной таблицы»).

Несколько замечаний хотелось бы сделать по поводу самого понятия инвестиционного спора по подпункту 9 ст. 2 проекта. Выше уже было указано, что по проекту закона споры, связанные с действиями инвесторов, нарушающими законодательство Республики Казахстан, не относятся к числу инвестиционных споров. Но всякий гражданско-правовой спор связан с действительным или предполагаемым нарушением прав одной из сторон спора. По ст. 5 ГПК задачами гражданского судопроизводства является защита нарушенных или оспариваемых прав. Свобод и охраняемых законом интересов граждан, государства, укрепление законности и правопорядка, предупреждение правонарушений. Нарушение субъективного права или охраняемого законом интереса есть в то же время нарушение закона, которым такое право предусмотрено. Определить, действительно ли нарушен закон одной из сторон спора может лишь суд или арбитраж в процессе рассмотрения спора. Поэтому указание в проекте Закона «Об инвестициях», что к инвестиционным спорам не относятся споры, связанные с действиями инвесторов, нарушающих законодательство Республики Казахстан, юридически ничего не дает, а понятие инвестиционного спора должно быть соответственно скорректировано. Кстати, соответствующая поправка в проект закона вносилась, но она не была принята (п. 21 «Сравнительной таблицы»).

5. Ст. 8 проекта посвящена гарантиям прав инвесторов при национализации и реквизиции. В эту статью включено также ошибочное и противоречащее ГК положение о возможности принадлежности инвестору юридического лица (п.п. 1, 2, 3 и 5 ст. 8). Но юридическое лицо рассматривается в главе 2 ГК как субъект гражданского права, а субъект права не может принадлежать другому субъекту права. При этом юридическое лицо, являющееся коммерческой организацией, может быть создано только в форме государственного предприятия, хозяйственного товарищества, акционерного общества, производственного кооператива (п.2 ст. 34 ГК). Учредители (участники) юридического лица, которые и являются

инвесторами в отношении обособленного имущества, могут иметь обязательственные или вещные права (п.1 ст. 36 ГК). Но это касается именно имущества юридического лица, но не самого юридического лица. Сказанное было учтено Мажилисом при внесении поправок в проект Закона (п.59, 60, 61, 62, 65 «Сравнительной таблицы»). Однако гарантии от реквизиции и национализации имущества самого инвестора сохранены в измененной редакции ст. 8 проекта. Но в этом случае возникает вопрос, о каком имуществе инвестора говорится в новой редакции ст. 8 проекта? Если об инвестированном имуществе, то оно перестало быть собственностью инвестора и, следовательно, в отношении этого имущества гарантии от реквизиции и национализации инвестору не нужны. Если же учитывается другое имущество инвестора, то правовой режим этого имущества ничем не отличается от правового режима имущества других собственников. Но гарантии прав собственника даны в другом законодательстве и дублировать их в Законе «Об инвестициях» нет необходимости. Так, в ст. 11 ГПК указано, что собственность гарантируется законом. Никто не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда. Понятие и последствия национализации имущества даны в п. 4 ст. 249 ГК, а порядок реквизиции определен ст. 253 ГК. К тому же это не единственные основания принудительного прекращения права собственности (ст. 249 ГК). Последствия национализации и реквизиции имущества инвесторов, предусмотренные ст. 8 проекта Закона, не отличаются от последствий, предусмотренных ГК. Поэтому ст. 8 проекта, как дублирующую другое законодательство, причем на уровне кодексов, следует из проекта исключить полностью.

6. В проекте закона «Об инвестициях» нет нормы о законах, утрачивающих силу в связи с принятием Закона «Об инвестициях», а эту норму надо ввести в проект.

Директор НИИ частного права КазГЮУ,
член-корреспондент НАН РК, д.ю.н.,
профессор

М.К. Сулейменов
10.04.02.

49.8. ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКИЙ КОДЕКС РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН от 25 октября 2015 г.

Закон об инвестициях был целиком включен в Предпринимательский кодекс РК в качестве Главы 25. Я уже высказал свое отрицательное отношение к ПК, в том числе к ликвидации Закона об инвестициях. Здесь я просто хочу повторить то, что я писал ранее.

«Имеются в ПК и другие противоречия. Например, вопрос воз-

никает в связи с включением в ПК Главы 25 об инвестиционной деятельности. Значит ли это, что любая инвестиционная деятельность является предпринимательской? Если это так, то, во-первых, возникнут неразрешимые проблемы с признанием государства предпринимателем, во-вторых, любая старушка, купившая акции в рамках народного IPO, и сделавшая таким образом инвестиции, автоматически становится предпринимателем.

Это проблема уже обсуждалась и в литературе, и в судебной практике в связи с участием адвокатов в инвестиционной деятельности путем участия в ТОО и АО¹.

Поэтому необходимо было сделать в ст. 274 ПК специальную оговорку, что не всякая инвестиционная деятельность является предпринимательской.

Как же решен этот вопрос в ПК?

Пункт 3 статьи 274 ПК гласит:

«3. Деятельность физических и юридических лиц по участию в уставном капитале коммерческих организаций либо созданию или увеличению фиксированных активов, используемых для предпринимательской деятельности, а также для реализации проекта государственно-частного партнерства, в том числе концессионного проекта, признается инвестиционной деятельностью».

Но является ли эта инвестиционная деятельность предпринимательской?

В п.2 ст. 273 ПК закрепляется:

«2. Настоящим Кодексом не регулируются отношения, связанные с: осуществлением инвестиций из средств государственного бюджета; вложением капитала в некоммерческие организации, в том числе для образовательных, благотворительных, научных или религиозных целей».

Из этого вытекает, что вложение капитала в коммерческие организации регулируется настоящим Кодексом. Но поскольку это Предпринимательский кодекс, вытекает ли из этого, что вложение капитала в уставные капиталы коммерческих организаций является предпринимательской деятельностью? Не совсем ясно. В Законах не должно быть норм, допускающих различные толкования.

Я высказал только часть замечаний, возникших при поверхностном знакомстве с ПК. Более детальное изучение не представляется нужным ввиду полной бесполезности и вредности Предпринимательского кодекса Республики Казахстан».

¹ См., например: *Карагусов Ф.С.* О праве казахстанских адвокатов учреждать коммерческие организации // Юрист, 2010. №7. С. 33-40; *Сулейменов М.К.* Всегда ли инвестиционная деятельность является предпринимательской? // Юрист, 2011. №5. С. 12-16; *Розенцвайг А.В., Бабкин С.Б.* О некоторых аспектах взаимоотношений адвокатов и органов юстиции в Республике Казахстан // В сб.: Актуальные проблемы частного права. Liber amicorum в честь академика М.К. Сулейменова. Алматы: Юрид. фирма Зангер, НИИ частного права. 2011. С. 508-520.

**49.9. ЗАКОН «О СВОБОДНЫХ ЭКОНОМИЧЕСКИХ ЗОНАХ»
В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН
от 30 ноября 1990 г.**

**ЗАМЕЧАНИЯ
по проекту Закона «О свободных экономических зонах»
в Республике Казахстан**

Проект Закона заслуживает общей положительной оценки, вместе с тем вызывает ряд замечаний.

Прежде всего отметим, что само определение свободной экономической зоны (далее СЭЗ) нарушает основное правило логики:

Определение должно указывать видовые отличия определяемого предмета от иных видов этого рода. В предлагаемом определении не показано, чем отличается СЭЗ от других четко обособленных зон, в том числе – и от исправительно-трудовых (мест заключения). В значительной мере эти особенности по цели деятельности определены в п.3 данной статьи, который целесообразно соединить с пунктом 1.

Из пункта второго этой же статьи неясно, в чем конкретно заключаются функции Национального агентства по иностранным инвестициям в данной сфере. Не определены ни компетенция, ни возможные действия данного агентства и дальше закон вообще о нем не упоминает.

Пункт 6 данной статьи. Филиалы и новые предприятия могут создавать и физические лица. Непонятно, зачем нужно согласие Административного Совета. Достаточно систем лицензирования и регистрации. В Законе, кстати сказать, нет четкого решения вопроса о лицензиях в СЭЗ.

Пункт 7 данной статьи. Непонятно, что понимается под полной собственностью, на какие объекты она распространяется и чем она отличается от неполной собственности, Этот пункт вообще желательно исключить из Закона.

Статья 2 в принципе правильна, но в части других административно-территориальных единиц сформулирована слишком категорично.

Статья 4, пункт 2 – дополнить словами «в полном объеме».

Статья 5, пункт 4 представляется излишним.

Пункт 5 вызывает серьезные возражения. Во-первых, нельзя вводить частную собственность на землю законом узко целевой направленности до того, как общий вопрос о частной собственности на землю будет решен Конституцией и законодательством о собственности. И, во-вторых, ограничения права распоряжения землей, предусмотренные пунктом 5, явно не вписываются в общепризнанные правомочия собственника.

В связи с этим же можно отметить нечеткость формулировок п.3 ст. 7 относительно продажи и аренды земли, природных ресурсов, зданий и сооружений.

Статья 7. Пункт 2 – исключить, так как он лишь повторяет общие законодательные правила о юридических лицах.

Статья 8. Пункт 5 – такое решение должно выноситься судом.

Статья 9 является излишней.

Излишними представляются также пункты 1 и 3 статьи 10.

В статье 11 реальные особенности СЭЗ отражены только пунктом 3.

Статья 15. Из пункта 2 исключить слово «готовая», которое может породить множество споров.

Статья 16, пункт 2 – почему не предусмотрены коллективные договоры?

Пункт 3 плохо отредактирован.

Требование о 30% может иногда оказаться нереальным.

Замечания подготовлены докторами юридических наук профессорами Ю.Г. Басиным и М.К. Сулейменовым сентября 1990 г.

49.10. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Таким образом, законодательство об инвестициях прошло долгий и сложный путь развития. Сначала это было четко ориентированное на иностранные инвестиции законодательство. Затем с укреплением экономики Казахстана и появлением национальной буржуазии потребовалось создать одинаковые условия для иностранных и национальных инвесторов. Все льготы и привилегии для иностранных инвесторов были ликвидированы, установлен одинаковый правовой режим для всех инвесторов, независимо от гражданства.

Затем законодательство совершило резкий зигзаг и Закон об инвестициях был ликвидирован, а нормы об инвестициях были включены в Предпринимательский кодекс, который по идее должен быть нормативным актом публичного права, в то время как инвестиционные отношения во многом должны регулироваться нормами частного права. Проблемы остаются, решение их под большим вопросом.

Подраздел XI
ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО
И НЕДРОПОЛЬЗОВАНИЕ

Глава 50. РАЗВИТИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН О НЕДРАХ И НЕДРОПОЛЬЗОВАНИИ: ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ АСПЕКТ

50.1. СТАНОВЛЕНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЙ БАЗЫ ДЛЯ ИНВЕСТИЦИЙ В НЕФТЕГАЗОВЫЙ СЕКТОР КАЗАХСТАНА

Минерально-сырьевой комплекс является одной из приоритетных отраслей экономики, обеспечивающих развитие Республики Казахстан. Это обусловлено тем, что Казахстан является страной, обладающей огромным минерально-сырьевым потенциалом. В недрах республики выявлены, за малым исключением, все элементы периодической системы Менделеева. По разведанным запасам урана, хрома, свинца и цинка Казахстан занимает второе место в мире. По марганцу – третье, по меди – пятое. По запасам угля, железа и золота Казахстан входит в ведущую десятку стран мира. По газу, нефти и алюминию занимает, соответственно, двенадцатое, тринадцатое и семнадцатое места)¹. Анализ тенденций развития минерально-сырьевых проблем в мире показывает, что в перспективе неизбежен рост потребности в природном минеральном сырье, а развитые страны будут и в дальнейшем проявлять экономическую и политическую активность в богатых минеральными ресурсами районах мира, одним из которых является Казахстан. Помимо богатых природных ресурсов, аграрного и промышленного потенциала, квалифицированных кадров специалистов и грамотной рабочей силы, Казахстан занимает выгодное геополитическое положение между Западом и Востоком, и ценность этого положения в последующем, по-видимому, будет возрастать с учетом ожидаемого бума развития азиатской части мира.

Богатые запасы минерального сырья делают Казахстан привлекательными как для отечественных, так и для иностранных инвесторов. В то же время необходимо отметить, что одной из важнейших отраслей, которая создает условия для развития производства и жизнедеятельности населения и во многом определяет экономическую независимость страны, является нефтегазовый комплекс Республики Казахстан.

При этом также необходимо отметить, что Казахстан стал известным во всем мире не только и не столько благодаря своим природным богатствам, а привлечению иностранных инвестиций, что способствовало развитию экономики в целом, в том числе и нефтегазового комплекса страны.

¹ См.: Минерально-сырьевые ресурсы и устойчивое развитие Казахстана: Материалы конф. Алматы: Кокшетау, 1998. С. 9.

Привлечение иностранных инвестиций в экономику Республики Казахстан, в том числе в нефтегазовый сектор, стало возможным благодаря работе по созданию инвестиционно-привлекательного имиджа Казахстана, чему в первую очередь способствовало создание соответствующей законодательной базы. Тот факт, что в Казахстане на сегодня вложены миллиарды долларов иностранного капитала, большая часть из которых – в минерально-сырьевой комплекс, подтверждает существование в Казахстане законодательной базы, создающей необходимые условия для привлечения иностранных инвестиций и эффективного использования минеральных ресурсов. И наличие соответствующей законодательной базы послужило одной из важнейших причин привлекательности Казахстана для иностранных инвестиций.

Так, в середине 90-х годов был принят целый ряд законодательных актов, позволяющих создать устойчивую правовую базу для работы инвесторов в сфере использования минеральных ресурсов. Главными среди них являются Указ Президента Республики Казахстан, имеющий силу Закона, от 27 января 1996 года «О недрах и недропользовании» (далее – Указ «О недрах»), Указ Президента Республики Казахстан, имеющий силу Закона, от 28 июня 1995 года «О нефти» (далее – Указ «О нефти») и Закон Республики Казахстан «Об иностранных инвестициях»¹. Создание благоприятных условий для привлечения инвестиций в освоение минеральных ресурсов провозглашено одним из основных принципов законодательства Казахстана о недрах и недропользовании (п. 7 ст. 3 Указа «О недрах»). Немаловажное значение для инвестиционной деятельности в нефтегазовом секторе экономики Казахстана, в том числе и деятельности недропользователей, производящих нефтяные операции, имеет налоговое и таможенное законодательство.

Примечательно, что основная работа по изменению законодательства по недропользованию по большей части связана именно с изменением налогового и таможенного режима, а также связанными с этим условиями инвестиций в нефтегазовый сектор.

Иностранные инвестиции в нефтегазодобывающую отрасль подчиняются нормам общего законодательства об инвестициях.

Закон Республики Казахстан от 10 июня 1991 г. «Об инвестиционной деятельности в Казахстане» регулировал деятельность всех инвесторов, в том числе иностранных. Однако в ст. 4 Закона закреплялось, что инвестиционная деятельность иностранных субъектов в Казахстане регулируется также Законом об иностранных инвестициях, а деятельность советских и иностранных субъектов в свободных экономических зонах – Законом о свободных экономических зонах.

¹ См.: Право и внешнеэкономическая деятельность в Республике Казахстан / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы: КазГЮА, 2011. С. 157-159.

Начало формированию внешнеэкономического законодательства в Казахстане положили три взаимосвязанных закона, принятые в конце 1990 г.: Об основных принципах внешнеэкономической деятельности Казахстана (15 декабря 1990 г.); Об иностранных инвестициях в Казахстане (7 декабря 1990 г.); О свободных экономических зонах в Казахстане (30 ноября 1990 г.). В 1991 г. были приняты Закон о валютном регулировании в Казахстане (13 июня 1991 г.) и Закон о концессиях в Республике Казахстан (23 декабря 1991 г.).

Важное место в системе внешнеэкономического законодательства занимали Указы Президента Республики Казахстан. Необходимо отметить два Указа: «Об обеспечении внешнеэкономической деятельности Казахстана» (31 августа 1991 г.) и «Об организации внешнеэкономической деятельности Республики Казахстан на период стабилизации экономики и проведения рыночных преобразований» (25 января 1992 г.). Последним, в частности, всем юридическим лицам на территории Казахстана, независимо от форм собственности, предоставлялось право осуществлять без специальной регистрации внешнеэкономическую деятельность, в том числе посредническую, за исключением сделок по экспорту некоторых видов продукции государственного значения (нефти, газа, угля, руды, проката, зерна, хлопка, шерсти и т.п.).

Из других нормативных актов следовало бы отметить, в частности, Постановление Кабинета Министров Республики Казахстан от 31 октября 1991 г. №661 «О порядке создания и деятельности на территории Казахской ССР предприятий и организаций с иностранными инвестициями». Постановление Верховного Совета Республики Казахстан от 3 июля 1992 г. «Об утверждении Положения о порядке предоставления земель в пользование совместным предприятиям, международным объединениям и организациям, иностранным юридическим лицам и гражданам для осуществления деятельности на территории Республики Казахстан».

Однако наличия общего законодательства об иностранных инвестициях было явно недостаточно. Нефть является стратегическим товаром, ее разведка и добыча – это весьма сложное и дорогостоящее дело, каждое месторождение не похоже ни на одно другое. Требовались специальные нормы, учитывающие специфику нефтяного производства.

Кроме того, иностранные подрядчики, которые рискуют крупными капиталами, хотели стабильного и ясного законодательства. Они никак не могли разобраться в многочисленных и противоречивых законах республики. Поэтому нужно было специальное нефтяное законодательство. Во всех нефтедобывающих странах такое законодательство, причем весьма обширное и разветвленное, существует.

Основным законодательным актом в сфере разведки и добычи

полезных ископаемых являлся Кодекс о недрах и переработке минерального сырья (принят Верховным Советом Республики Казахстан 30 мая 1992 г.). В соответствии с Конституцией Республики Казахстан в Кодексе было закреплено, что недра являются исключительной собственностью республики. Право собственности на недра осуществлялось Верховным Советом. В то же время функции по распоряжению природными ресурсами по закону были переданы правительству республики.

В Кодексе предусматривалось предоставление недр в пользование для:

- геологического изучения;
- добычи полезных ископаемых;
- строительства и эксплуатации подземных сооружений, не связанных с добычей полезных ископаемых.

Недра для геологического изучения (разведки) предоставлялись на условиях конкурса Правительством Республики Казахстан. Для добычи полезных ископаемых право предоставления недр было делегировано Верховным Советом по месторождениям республиканского значения правительству, по месторождениям местного значения – местной администрации.

Однако все нефтяные месторождения, учитывая стратегическое значение нефти, предполагалось отнести к месторождениям республиканского значения.

Основные положения, закрепленные в Кодексе, применительно к нефти получили развитие в специальном нефтяном законодательстве, начало которому положил Закон о нефти, принятый в форме Указа Президента РК, имеющего силу Закона, от 28 июня 1995 г. Проект этого закона разработан Министерством энергетики и топливных ресурсов при активном участии юристов Института государства и права Национальной Академии наук. В подготовке проекта участвовали также юристы Всемирного банка и американской юридической фирмы «Чадборн и Парк». Проект был внесен на мартовскую (1993 г.) сессию Верховного Совета Республики Казахстан¹.

Мы коснемся только некоторых, наиболее принципиальных и спорных моментов Закона о нефти.

Закон построен по модели нефтяного контракта. В нем определены компетенция государственных органов, понятие и виды нефтяных контрактов, права и обязанности сторон, условия проведения нефтяных операций, коммерческие и правовые условия заключаемых контрактов.

В понятие нефти включаются не только сырая нефть, но и природный газ, а также углеводороды, произведенные из сырой нефти,

¹ См. об этом: *Сулейменов М.К.* Правовое регулирование иностранных инвестиций и недропользования в Казахстане (Избранные труды). Алматы, 2006. С. 194-204.

природного газа, горючих сланцев или смолистых песков. Закон о нефти регулирует отношения, связанные с проведением нефтяных операций, под которыми понимаются все работы, относящиеся к геологоразведке, обустройству, добыче, обработке, обогащению продукции (включая очистку и осушку природного газа, а также извлечение попутных компонентов из нефти), хранению, транспортировке и продаже углеводородов на внутреннем и внешнем рынках.

Одним из наиболее острых вопросов, возникавших при обсуждении проекта, был вопрос о компетентном органе, то есть о том, кто с казахстанской стороны должен заключать контракт. Попытки конкретно определить в законе, какое министерство или ведомство должно выступить в роли компетентного органа, ни к чему не привели. Это было связано, во-первых, с борьбой за первенство в заключении контрактов на проведение нефтяных операций между могущественными ведомствами (Министерствами геологии, энергетики и топливных ресурсов, экономики) и, во-вторых, с нецелесообразностью определять в условиях постоянно меняющейся структуры органов государственного управления какой-то один орган, который в последующем стабильно длительный срок занимался бы заключением нефтяных контрактов. С изменением экономической и политической ситуации в республике может потребоваться изменение функций существующих или создание новых государственных органов, тогда пришлось бы каждый раз вносить изменения в Закон о нефти.

Исходя из этого, в Законе в качестве компетентного органа определено Правительство Республики Казахстан или иной государственный орган, которому оно делегирует права, непосредственно связанные с заключением и исполнением контрактов на проведение нефтяных операций. Такой орган правительство может определить сразу своим постановлением или для каждого нефтяного контракта назначать такой орган.

Под контрактом в Законе понимается договор между подрядчиком (контрактором) и компетентным органом на проведение нефтяных операций.

В зависимости от условий конкретных нефтяных операций допускаются комбинированные и иные формы контрактов.

Условия концессионного контракта были определены в Законе о концессиях в Республике Казахстан (принят Верховным Советом 23 декабря 1991 г.). Концессия – это сдача земли и недр в аренду на определенный срок. В мировой практике сейчас классическая форма концессии почти не встречается. Применяется, и то не очень часто, так называемая модернизированная концессия, то есть концессия с элементами договора о разделе продукции, когда на концессионера возлагается ряд дополнительных обязанностей, не характерных для договора аренды.

В нашей республике применение договора концессии, учитывая развитую нефтяную промышленность, было признано на определенных этапах нецелесообразным. Контракты о разделе продукции и на предоставление услуг являются договорами подряда. Республика нанимает подрядчика проводить нефтяные операции за определенную плату.

По контракту на предоставление услуг (риск-сервис) подрядчик оказывает услуги по проведению нефтяных операций, получая за это вознаграждение в валюте. Пока таких контрактов у нас не заключалось.

Наиболее распространенным и подходящим к условиям Казахстана до недавнего времени являлся контракт о разделе продукции (продакшн шеринг, СРП). Смысл договора заключался в том, что подрядчик осуществлял нефтяные операции (разведку и добычу нефти) за свой счет и на свой риск. В случае обнаружения нефти часть добываемой продукции направляется на возмещение затрат подрядчика (кост-ойл), а оставшаяся часть делится между сторонами в определенной пропорции (профит-ойл). Кроме того, подрядчик уплачивал республике налоги и платежи (бонус, роялти, рентайс).

На условиях «продакшн шеринг» был заключен контракт на разработку месторождения в Актюбинской области с французской фирмой «Эльф-Акитен» сроком на 30 лет. Такой же договор был заключен с фирмами «Бритиш Газ» и «Аджип» на разработку крупнейшего газоконденсатного Карачаганакского месторождения в Уральской области сроком на 40 лет.

Определенное распространение получило при разработке нефтяных месторождений создание совместных предприятий, хотя мировая практика показывает недостаточную эффективность подобной формы отношений в нефтегазовой отрасли. Особое место здесь занимает сделка с американской фирмой «Шеврон» на нефтедобычу на Тенгизском месторождении в Атырауской области. По договору между Тенгизнефтегазом и «Шевроном» предполагалось создание совместного предприятия «Тенгизшевройл». Однако созданию предприятия предшествовало заключение соглашения между правительством Республики Казахстан и корпорацией «Шеврон», в котором были оговорены основные экономические условия проекта. «Шеврон» делает миллиардные вложения в развитие нефтедобычи на Тенгизе. Добываемая нефть должна была делиться между сторонами в такой пропорции, чтобы обеспечить получение прибыли для сторон в соотношении 80% Казахстану и 20% «Шеврону».

Разумеется, Закон о нефти распространяется прежде всего и преимущественно на отношения с иностранными подрядчиками, так как именно здесь возникает больше всего проблем, требующих четкого урегулирования. Однако следует подчеркнуть, что Закон о нефти применяется и в отношениях с национальными подрядчиками. То

есть проведение всех нефтяных операций переводится на контрактную основу, все нефтеразведочные и нефтедобывающие организации должны заключить контракт с компетентным органом¹.

Кто может выступать в качестве подрядчика (контрактора) в нефтяном контракте? Подрядчик (контрактор) – любое юридическое или физическое лицо, или объединение таких лиц, государства и/или международные организации, осуществляющие в республике нефтяные операции в соответствии с Законом о нефти. Следовательно, в качестве подрядчика могут выступать не только предприятия, но и граждане (как казахстанские, так и иностранные). Конечно, пока можно только теоретически представить, что гражданин Республики Казахстан возьмется разрабатывать нефтяное месторождение, что касается иностранных граждан – это вполне реально.

Что касается предприятий (юридических лиц), то следует различать казахстанские юридические лица и иностранные юридические лица.

В целом в Казахстане была подготовлена необходимая нормативно-правовая база для обеспечения деятельности инвесторов в нефтегазовом секторе экономики Казахстана. В то же время законодательство, регулирующее право недропользования и права недропользователей, в том числе и по вопросам налогового и таможенного регулирования, постоянно по ряду объективных и субъективных причин изменяется вместе с правилами проведения операций по недропользованию, меняются условия инвестиционной деятельности в недропользовании, в том числе и в нефтегазовом секторе.

При этом не всегда изменение законодательства в целях его совершенствования приносит положительный эффект. Зачастую такие изменения законодательства бывают продиктованы какими-то частными причинами, задачами преодоления отдельных проблем, решения тактических задач повышения уровня доходов бюджета и т.д., результатом чего становится разрушение сложившихся правовых конструкций, ухудшение правового регулирования операций по недропользованию.

В связи с этим необходимо отметить, что законодательство в сфере инвестиционной деятельности в нефтегазовом секторе прошло неоднозначные этапы реформирования и в настоящий момент также переживает период изменений.

Основными вопросами, имеющими существенное значение для определения инвестиционной политики государства в нефтегазовом секторе, являются, по нашему мнению, вопросы о способах передачи недр в пользование недропользователю, лицензионно-

¹ О предоставлении права недропользования и изменении лицензионного порядка предоставления права недропользования на контрактный порядок см.: Право и внешнеэкономическая деятельность в Республике Казахстан / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы: КазГЮА, 2001. С. 159-190.

контрактной системы регулирования проведения нефтяных операций, а также регулирование вопросов собственности на добытую нефть при проведении нефтяных операций и порядок получения государством экономической ренты: применение концессионных условий или условий о разделе продукции в контракте о проведении нефтяных операций.

Исторически так уж сложилось, что одним из первых контрактов на проведение нефтяных операций, заключенных после обретения Казахстаном суверенитета, стал контракт о разделе продукции¹.

Согласно Постановлению Кабинета Министров Республики Казахстан от 10 марта 1992 года №205 «Об утверждении Договора о сотрудничестве в поиско-разведке и разработке месторождений углеводородов в Актюбинской области Республики Казахстан на условиях раздела продукции, заключенного с фирмой «Эльф Нефтегаз» (Франция), указанный договор является одним из первых контрактов на проведение нефтяных операций и одним из первых соглашений о разделе продукции, заключенных Республикой Казахстан после принятия Декларации о государственном суверенитете Республики Казахстан (Постановление Верховного Совета Казахской ССР от 25 октября 1990 года) и объявления о государственной независимости Республики Казахстан (Конституционный закон Республики Казахстан от 16 декабря 1991 года).

То, что один из первых контрактов на проведение нефтяных операций содержал условия о разделе продукции, было обосновано в какой-то мере публичным правом Казахстана, а также международной практикой осуществления нефтяных операций.

Статьей 9 Декларации о государственном суверенитете Республики Казахстан (далее – Декларация о суверенитете) было предусмотрено, что в исключительной собственности Республики Казахстан, составившая основу ее суверенитета, находятся земля и ее недра, воды, воздушное пространство, растительный и животный мир, другие природные ресурсы, культурные и исторические ценности народа, весь экономический, научно-технический потенциал – все национальное богатство, имеющееся на ее территории. Статьей 11 Декларации о суверенитете было установлено право Казахской ССР самостоятельно устанавливать порядок использования природных ресурсов. В статье 11 Конституционного закона Республики Казахстан от 16 декабря 1991 года «О государственной независимости Республики Казахстан» (далее – Закон о государственной независи-

¹ См. об этом также: *Осинов Е.Б.* Обзор законодательной базы для инвестиций в нефтегазовом секторе Казахстана // Государство и гражданское право: Материалы международной научно-практической конференции, посвященной памяти и 85-летию со дня рождения д.ю.н., профессора Ю.Г. Басина (в рамках ежегодных цивилистических чтений). Алматы. 29-30 мая 2008 г. / Отв. ред. М.К.Сулейменов. Алматы: НИИ частного права КазГЮУ, 2008. С. 184-193.

мости) также предусматривалось, что в исключительной собственности Республики Казахстан, составляя основу ее государственной независимости, находятся земля и ее недра, воды, воздушное пространство, растительный и животный мир, другие природные ресурсы, экономический и научно-технический потенциал.

Указанный договор был заключен фактически в период отсутствия казахстанского законодательства по использованию природных ресурсов, использованию недр или порядку заключения нефтяных контрактов, в том числе и соглашений о разделе продукции. Договор с фирмой «Эльф Нефтегаз» был заключен до принятия не только таких законодательных актов, как Закон Республики Казахстан от 27 января 1996 года «О недрах и недропользовании» (далее – Закон о недрах) или Закон Республики Казахстан от 28 июня 1995 года «О нефти» (далее – Закон о нефти), но даже до принятия Кодекса Республики Казахстан от 30 мая 1992 года «О недрах и переработке минерального сырья» (далее – Кодекс о недрах). В период заключения указанного договора на территории Республики Казахстан действовали, в частности, Закон Казахской Советской Социалистической Республики от 7 декабря 1990 года «Об иностранных инвестициях», Закон Казахской Советской Социалистической Республики от 10 июня 1991 года «Об инвестиционной деятельности в Казахской ССР», Закон Республики Казахстан от 24 декабря 1991 года «О таможенном тарифе и пошлине», Закон Республики Казахстан от 25 декабря 1991 года «О налоговой системе в Республике Казахстан».

В статье 2 Постановления Верховного Совета Республики Казахстан от 16 декабря 1991 года «О введении в действие Конституционного Закона Республики Казахстан «О государственной независимости Республики Казахстан» предусматривалось, что до принятия соответствующих законодательных и иных нормативных актов Республики Казахстан на ее территории могут применяться нормы законодательства СССР и признанные СССР нормы международного права, поскольку они не противоречат Закону о независимости, иным законодательным и нормативным актам Республики Казахстан. Это не умаляло право Республики Казахстан на заключение соглашения о разделе продукции с учетом международного опыта проведения нефтяных операций. Мало того, провозглашенная Декларацией о государственном суверенитете Республики Казахстан и Законом о государственной независимости исключительная собственность Республики Казахстан, составляющая основу ее суверенитета и государственной независимости, на недра и природные ресурсы, создавала основу для заключения Соглашений о разделе продукции. Отсутствие законодательного регулирования соглашений о разделе продукции обусловили необходимость применения международного опыта и международных обычаев, применяемых к соглашениям о разделе продукции.

Общеизвестно (что может быть подтверждено любыми справочными источниками, научными экономическими и правовыми изданиями и публикациями по вопросам налогового режима проведения нефтяных операций или операций по недропользованию, международным опытом проведения операций по недропользованию и нефтяным операциям и т.д.), что Соглашения о разделе продукции, относящиеся к так называемой «контрактной системе использования недр», заключаются в правовых системах, исключающих частную собственность на недра и/или минеральные ресурсы, находящиеся в недрах, и являются альтернативой концессии (так называемым «концессионной системе», соглашениям о концессии), предполагающей право собственности недропользователя на недра и/или на минеральные ресурсы, находящиеся в недрах в пределах определенного участка или блока недр¹.

Главным различием между концессионной (то есть на основе соглашения о концессии) и контрактной (то есть на основе соглашения о разделе продукции) системой является отношение к вопросу о собственности на минеральные ресурсы. Первоначальными источниками различия стали правовые традиции англосаксонских стран и Франции. Концессии, как следует из самого термина, предполагают частную собственность на минеральные ресурсы. Тем не менее в большинстве стран недра принадлежат государству, но в рамках концессионных договоров права на месторождения передаются добывающим компаниям-недропользователям².

При этом концессионная система предусматривает, по общему правилу, экономическую ренту государства от использования недр в виде получения роялти и налогов недропользователя, а контрактная система – в виде получения роялти и доли от раздела продукции³.

При заключении соглашения о разделе продукции в некоторых странах не предусматривается выплата роялти, например, в Индонезии на современном этапе (но при этом присутствует высокая доля государства при разделе продукции). Или даже в некоторых странах предусматривается «отрицательное» роялти – роялти в пользу подрядчика, например, на Филиппинах (при достаточно высоком уровне участия государства в операциях по недропользованию). Также в ряде стран предусматривается роялти в виде процента от учетной прибыли (например, некоторые СРП в Новой Зеландии) и другие разновидности, но в большинстве стран роялти по СРП устанавливается в виде определенного процента от валово-

¹ См., например: *Джонстон Д.* Международный нефтяной бизнес: налоговые системы и соглашения о разделе продукции / Пер. с англ. М.: Олимп-Бизнес, 2000. С. 40-46.

² См. об этом, например: *Клюкин Б.Д.* Горные отношения в странах Западной Европы и Америки. М.: Городец-издат, 2000. С. 11-12.

³ См.: *Право и иностранные инвестиции в Республике Казахстан.* Алматы: Жеті жарғы, 1997. С. 161.

вой добычи, выплачиваемой государству-собственнику недр до возмещения расходов и раздела продукции.

Существенным различием между концессионной и контрактной системами является также и определение права собственности на минеральные ресурсы: при концессионной системе концессионер имеет право собственности на минеральные ресурсы, в том числе и на нефть в устье добывающей скважины, и реализует минеральные ресурсы как собственник, платя при этом все налоги, в том числе и налоги на прибыль от реализации; в то время как при контрактной системе (при заключении соглашения о разделе продукции) контрактор (подрядчик) становится собственником минеральных ресурсов только после раздела продукции в определенной точке раздела, как правило, связанного с местом экспорта минеральных ресурсов или с местом передачи минеральных ресурсов транспортной организации (магистральный трубопровод, нефтеналивной терминал, место загрузки твердых минеральных ресурсов грузоперевозчиком и т.д.).

Кроме того, контрактор (подрядчик) по соглашению о разделе продукции получает долю продукции как плату за разработку месторождения и добычу минеральных ресурсов, принадлежащих на праве исключительной собственности государству, и принятие рисков, связанных с разведкой и/или добычей. Так как контрактор (подрядчик) не является собственником добытых минеральных ресурсов и получает свою долю в качестве платы за работу, то соглашения о разделе продукции не предусматривают, по общему правилу, уплату контрактором (подрядчиком) каких-либо установленных налогов на прибыль или иных налогов (уплачиваемых недропользователем при концессионной системе) и иных обязательных платежей в бюджет, кроме как роялти (платежей за пользование недрами, не связанных с получением прибыли) и доли продукции при ее разделе.

При этом с экономической точки зрения экономическая рента с учетом всего срока использования недр при концессионной и при контрактной системе сопоставимы друг с другом, и разница, по большей части, связана с правовым оформлением и, в некоторой степени, с распределением рисков, в том числе и в связи с различным разрешением вопросов собственности на недра и/или минеральные ресурсы.

Еще одно различие между концессионной и контрактной системами заключается в определении права собственности на оборудование, используемое для проведения операций по недропользованию или нефтяных операций. При концессионной системе это имущество относится к собственности концессионера, который получает право на амортизационные отчисления в общеустановленном порядке. При контрактной системе контрактор (подрядчик) имеет право на получение возмещения на затраты по проведению операций по недропользованию (в том числе и стоимости оборудования) за счет

добываемой продукции до ее раздела, и после получения такого возмещения это имущество подлежит передаче государству – собственнику недр и добываемых минеральных ресурсов.

Кодекс Республики Казахстан 30 мая 1992 года «О недрах и переработке минерального сырья» (далее – Кодекс о недрах 1992 года) стал первым законодательным актом Республики Казахстан в области недропользования. В соответствии с Кодексом о недрах 1992 года недра признавались исключительной собственностью государства, при этом допускалось платное специальное пользование недрами – использование недр для удовлетворения народнохозяйственных и иных нужд путем извлечения (отделения) их составных частей или для размещения подземных сооружений, захоронения вредных веществ и отходов производства, сброса сточных вод. При этом согласно Кодексу о недрах 1992 года разведка, добыча и переработка радиоактивного сырья осуществлялась юридическими лицами на основании лицензий и контрактов в порядке, установленном действующим законодательством. В отношении предоставления недр в пользование предприятиям с иностранным участием, иностранным юридическим и физическим лицам Кодекс о недрах 1992 года предусматривал правило о возможности предоставления как на условиях контракта (под которым предполагалось соглашение о разделе продукции), так и на условиях концессии. При этом до заключения контракта или концессии пользователь недр должен был получить лицензию на специальное пользование недрами. В случае концессии отдельного договора о предоставлении недр в пользование не предусматривалось, все условия о предоставлении недр предусматривались приложениями к лицензиям.

Следующим этапом реформирования отношений в нефтегазовом секторе стало принятие Указа Президента Республики Казахстан, имеющего силу Закона, от 28 июня 1995 года «О нефти» (далее – Закон о нефти) и Указа Президента Республики Казахстан, имеющего силу Закона, от 27 января 1996 года «О недрах и недропользовании» (далее – Указ о недрах). С принятием Закона о нефти законодательно был закреплен порядок предоставления разрешения подрядчику на проведение разведки и добычи на фиксированный срок в пределах контрактной территории, а также закреплен договорный порядок предоставления подрядчику права на проведение нефтяных операций на основе контракта, которым определяются вопросы собственности на добытую нефть, в том числе условия о разделе продукции или концессии, вопросы налогообложения и иные необходимые условия. Фактически с принятием Закона о нефти допускались как концессионные соглашения, так и соглашения о разделе продукции.

С августа 1999 года при дальнейшем совершенствовании Законов о недрах и о нефти был осуществлен отказ от лицензирования деятельности по недропользованию и переход на контрактную сис-

тому предоставления права недропользования. При этом в Закон о нефти были внесены соответствующие изменения и дополнения, в соответствии с которыми под контрактами на проведение нефтяных операций стали пониматься как соглашения о разделе продукции, договоры о подряде и возмездном оказании услуг (сервисные контракты), так и договоры концессии. Законы о недрах и о нефти установили общие правила проведения операций по недропользованию, задачи и принципы законодательства, компетенцию исполнительных органов, порядок предоставления права недропользования, заключения контрактов на разведку и добычу, правила учета государственного фонда и охраны недр, условия безопасности населения и персонала, права и обязанности недропользователя.

При этом необходимость и значимость Закона о нефти была обусловлена существенными особенностями нефтяных операций, которые заключаются с учетом, помимо химических, так и физических свойств нефти, газа и иных углеводородов, относящихся к понятию нефти, используемому Законом о нефти. В отличие от большинства иных минеральных полезных ископаемых, представленных преимущественно в твердом виде, нефть представлена в жидком или газообразном состоянии и залегает, как правило, глубоко под землей под большим давлением, что обуславливает специфику извлечения нефти из недр и ее транспортировки, обустройства месторождения и иной сопутствующей нефтяным операциям инфраструктуры.

Развитие горного дела во всем мире, международная практика осуществления нефтегазовых операций показывают, что в отношении разработки недр и месторождений полезных ископаемых повсеместно применяется либо концессионная система, либо контрактная, предусматривающая раздел продукции¹.

Присутствует еще одна система разработки нефтегазовых месторождений: так называемые сервисные контракты с риском и без риска, предусматривающие плату подрядчику за выполнение работ по добыче и освоению месторождения с сохранением за собственником недр – государством права собственности на полезные ископаемые. По своей сущности сервисные контракты можно отнести к договорам, однопорядковым с соглашениями о разделе продукции, от которых они отличаются лишь источником возмещения своих затрат и получения дохода от проведения операций по недропользованию. Если в соглашениях о разделе продукции прибыльная часть подрядчика формируется за счет части добытой продукции, то в сервисных контрактах прибыльная часть формируется за счет платы со стороны заказчика – собственника недр, которая также возмещается собственником за счет добытой продукции. В любом случае, какой-то новой системы проведения нефтяных операций,

¹ См.: Сулейменов М.К. Избранные труды по гражданскому праву / Науч. ред. В.С. Ем. М.: Статут, 2006. С. 259.

кроме как концессионной или контрактной (основанной на соглашениях по разделу продукции или сервисном контракте), быть не может. Различия, безусловно, могут быть в каких-то отдельных условиях, в частности, налогообложения, порядка возмещения затрат и т.д., но по сути отношения между государством – собственником недр и недропользователем будут представлены либо концессионными отношениями, либо контрактными отношениями по разделу продукции или оказанию возмездных услуг¹.

50.2. РАЗМЫШЛЕНИЯ О СОВЕРШЕНСТВОВАНИИ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О НЕДРАХ И НЕДРОПОЛЬЗОВАНИИ. НУЖЕН ЛИ ТАКОЙ ЗАКОН?

Закон РК «О недрах и недропользовании» от 24 июня 2010 г. вызвал большую критику специалистов. В главе 53.8 настоящей монографии я привел текст своего отрицательного заключения на проект этого закона. Здесь я хочу привести выдержки из моей статьи, опубликованной в то же время, хотя я осознаю, что тексты статьи и заключения во многом совпадают.

Изучив законопроект (Закона 2010 г.), я испытал разочарование. Все, что сделали авторы, – объединили два закона в один, причем довольно механически. Новых норм не очень много, и их вполне можно было включить в порядке изменений и дополнений, как это было сделано в 1999 году. Не совсем понятно, зачем надо было трогать Закон о нефти. Казахстан является одной из немногих нефтедобывающих стран, доходы от нефти являются основным источником бюджетных поступлений. Это специфика нашей страны. Когда я был руководителем переговорной группы от Казахстана по Договору к Энергетической хартии (Брюссель, 1992-2000 гг.), из 50 стран – участниц Договора к Энергетической хартии (ДЭХ) только 4 страны были нефтедобывающие – Азербайджан, Казахстан, Норвегия, Россия – и на переговорах мы всегда выступали единым фронтом.

Следовательно, политически важно для Казахстана как нефтедобывающей страны иметь отдельный закон о нефти. Поэтому после обретения независимости одним из первых законов, которые начали разрабатываться, был закон о нефти. А ведь тогда у нас были мизерные познания о нефтяном законодательстве. В 1991 г. я впервые услышал слова «продакшн шеринг». Небольшая статья Конопляникова о нефтяных контрактах тогда размножалась всеми доступными способами и зачитывалась до дыр всеми нефтяниками. И в этих условиях мы написали Закон о нефти. За два года было подготовлено 30 вариантов проекта, мы получали коммента-

¹ См. об этом подробнее: *Сулейменов М.К.* Правовое регулирование иностранных инвестиций и недропользования в Казахстане (Избранные труды). Алматы, 2006. С. 392-395.

рии от всех нефтяных компаний, всех международных организаций, всех ведущих юристов в сфере нефтяного права. Более 100 организаций прислали свои комментарии по проекту закона.

Закон о нефти получился вполне приемлемым. Недаром он существовал 14 лет, не вызывая существенных нареканий.

Чтобы ликвидировать существующий закон о нефти в нефтедобывающей стране, нужны очень серьезные основания.

Одним из таких оснований может быть соблюдение юридической чистоты. В самом деле, в законе о недрах и законе о нефти много повторов, многие нефтяные проблемы регулируются Законом о недрах, а не о нефти. Однако добыча нефти – только один из видов добычи полезных ископаемых. Если нормы Закона о недрах носят общий характер, то при включении в него раздела о нефти как одном из видов полезных ископаемых сразу встает вопрос: а как обстоит дело с другими видами? Главное – это, конечно, добыча твердых ископаемых, и основной целью нового закона, если он объединяет два новых закона, должна быть разработка норм о твердых ископаемых, которые законодательно никак не урегулированы. Когда-то был у нас закон о добыче золота, но и его отменили.

Между тем в добыче твердых ископаемых очень много специфики, одной из которых является переработка руды как один из элементов добычи полезного ископаемого. Трудно определить, где кончается добыча и где начинается переработка. В ряде стран есть прекрасные Горные кодексы, посвященные исключительно добыче твердых полезных ископаемых. Очень хороший закон был в царской России. Если бы разработчики написали раздел о добыче твердых полезных ископаемых, все горняки им спасибо сказали бы.

Сохранение в проекте Закона устаревших норм. Разработчики механически переносят в проект нормы Законов о нефти и о недрах, не задумываясь о том, что многие из них нуждаются в переработке или исключении. Это относится, например, к важной ст. 2 «Законодательство о недрах и недропользовании».

В п. 1 ст. 2 проекта закрепляется, что законодательство о недрах и недропользовании состоит из настоящего Закона и иных нормативных правовых актов, принимаемых в соответствии с настоящим Законом. Пункт 2 определяет, что в случае противоречий между настоящим Законом и иными нормативными правовыми актами РК, содержащими нормы, регулирующие отношения в области недропользования, применяются положения настоящего Закона.

Положения обоих пунктов бессмысленны и противоречат Закону о нормативных правовых актах (НПА). Если речь идет об НПА низшего уровня, чем закон (указе Президента, постановлении Правительства и др.), они, естественно, должны применяться в соответствии с ним и не могут ему противоречить. Если же имеются в виду законы, то есть НПА одного уровня, то другие законы не обя-

зательно должны применяться в соответствии с Законом о недрах, а в случае противоречий между законами применяются, в соответствии с Законом об НПА, нормы Закона, принятого позднее. Действующий Закон о недрах был принят в 1995 г., когда еще не было Закона об НПА. Сейчас же включение таких норм в Закон юридически безграмотно и недопустимо. Нормы ст. 2 вообще надо исключить из проекта.

То же можно сказать о других нормах проекта. Например, разработчики выделили главу 14 «Ответственность за нарушение требований в области использования и охраны недр и разрешения споров». Однако две статьи этой главы об ответственности юридически бессмысленны и в какой-то части противоречат Гражданскому кодексу. Их надо исключить. Ради одной статьи о разрешении споров главу делать нет смысла. Кроме того, из этой статьи исключили арбитражный порядок разрешения споров, что является грубейшим ущемлением прав недропользователей.

Приоритетное право Республики Казахстан. При попытке включить в проект некоторые новые понятия, появившиеся в последнее время, разработчики допускают, на мой взгляд, теоретические ошибки. В первую очередь это касается понятия приоритетного права Республики Казахстан.

Статья 12 проекта называется «Преимущественные права Республики Казахстан в сфере недропользования». В пункте 1 говорится о преимущественном перед другими лицами праве на приобретение полезных ископаемых, в п. 2 – о приоритетном праве на приобретение права недропользования или доли участия (пакета акций) в юридическом лице, обладающем правом недропользования.

Получается смешение двух терминов: «преимущественное право» и «приоритетное право». При этом преимущественные права РК делятся на преимущественное право и приоритетное право. Из такой каши понятий вытекает также попытка привязать приоритетное право к преимущественному праву покупки доли в товариществе с ограниченной ответственностью (ТОО).

Такое мнение высказывалось в литературе. Так, А. Бикебаев считает, что это право аналогично преимущественному праву покупки доли в ТОО, и на этом основании утверждает, что здесь нет, так же, как и при реализации преимущественного права, принудительного изъятия имущества¹.

Мне кажется, что сравнение с преимущественным правом покупки доли здесь неуместно. Преимущественное право покупки вытекает из правовой природы ТОО, где, в отличие от акционерного общества, очень силен личностный акцент, поэтому участники

¹ См.: Бикебаев А. О спорах представителей публичного и частного права // Юрист. 2004. №10. С. 59.

ТОО не заинтересованы в появлении среди участников посторонних лиц. Преимущественное право покупки – это субъективное гражданское право, вытекающее из корпоративных гражданско-правовых отношений.

Приоритетное право государства – это не субъективное гражданское право. Это право закреплено нормами публичного права и находится вне гражданско-правовых отношений между участниками. Государство закрепило законодательно свое право вторгаться в гражданско-правовые отношения. Причем это касается не только ТОО и АО, но и любого контракта на недропользование. И, разумеется, это принудительное отчуждение имущества. Воли продавца на отчуждение (наличие которой обосновывает А. Бикебаев) здесь нет. Продавец хотел бы продать долю в ТОО или право недропользования кому он хочет, но не может этого сделать, так как государство имеет «право первой ночи». Здесь вопрос надо ставить так: что будет, если владелец доли в ТОО или права недропользования откажется продавать долю или право государству? Ответ однозначен: государство принудительно заберет это право (разумеется, выплатив компенсацию по реальной рыночной стоимости). Но эти же принципы применяются и при национализации имущества.

Преимущественное перед другими лицами право РК на приобретение полезных ископаемых недропользователя – это то же самое приоритетное право, закрепленное нормами публичного права и не имеющее ничего общего с гражданско-правовым преимущественным правом. Это право реализуется помимо воли недропользователя и означает принудительное отчуждение имущества (В действующем Законе о нефти аналогичное право называется «первоочередное»). Я понимаю, что точки зрения на правовую природу приоритетного права могут быть разные, и в юридической литературе каждый может высказывать любую точку зрения. Но недопустимо устраивать в законе, которым будут руководствоваться и недропользователи, и государство, мешанину из правовых понятий. Это тем более опасно, что в ст. 3 проекта закреплено, что гражданско-правовые отношения, связанные с правом недропользования, регулируются гражданским законодательством, если они не урегулированы нормами настоящего Закона.

Рассматриваемые в ст. 12 проекта отношения толком не урегулированы в проекте, что может навлечь попытки применить нормы гражданского законодательства к отношениям, которые по своей правовой природе принципиально не могут быть отнесены к гражданско-правовым.

К этому стоит добавить, что в проекте понятие «преимущественное право» без всяких объяснений применено к праву подрядчика без проведения конкурса заключить контракт на добычу в связи с коммерческим обнаружением на основании контракта на

разведку (ст. 33 проекта). В действующем Законе о недрах это право называется исключительным (п. 1-1 ст.13).

Может ли государство реализовать приоритетное право через национальную компанию? В статье 13 проекта закреплено, что в случае намерения лица, обладающего правом недропользования и (или) объектом, связанным с правом недропользования, произвести отчуждение права недропользователя (его части) и (или) связанного с ним объекта, государство через национальную компанию или уполномоченный государственный орган обладает приоритетным правом приобретения права недропользования (его части) и (или) связанного с ним объекта.

Приоритетное право принадлежит государству, реализация приоритетного права – это реализация публичных функций государства. От имени государства приоритетное право реализует правительство. Это закреплено в ст. 193-1 ГК. Причем здесь национальная компания – акционерное общество, созданное правительством? Выступление национальной компании от имени государства при осуществлении публичных функций противоречит пункту 3 статьи 3 Конституции РК, где закреплено: «Правительство Республики и иные государственные органы выступают от имени государства в пределах делегированных полномочий». Национальная компания – это не государственный орган, это акционерное общество, пусть даже со стопроцентным участием государства. Все равно это частная форма собственности, и АО не может при осуществлении публичных функций выступать от имени государства.

Контракты на недропользование. В силу того, что проект основан, так же, как и действующие законы, на контрактной (а не лицензионно-контрактной, как было до 1999 г.) модели осуществления операций по недропользованию, нормы о контрактах занимают если не центральное, то, во всяком случае, определяющее место в законе.

Ценность этих норм во многом обусловлена тем, как в них определена правовая природа контрактов на недропользование и их место в системе гражданско-правовых договоров. Ибо тот факт, что контракт на недропользование – это гражданско-правовой договор, по-моему, отрицать никто прямо не решается.

К сожалению, в решении этого вопроса проект построен на недомолвках, недосказанности и затуманивании в общем-то ясных вещей.

Во-первых, каково соотношение контракта на недропользование и гражданско-правового договора? В действующих Законах (п. 1 ст. 42 Закона о недрах, п. 1 ст. 25 Закона о нефти) закреплено ясное принципиально важное положение о том, что «порядок заключения, исполнения, изменения или прекращения контракта производится в соответствии с настоящим Законом и гражданским законодательством».

А что в проекте? То же самое, только исключены слова «и гражданским законодательством».

И что из этого следует? Что гражданское законодательство не применяется? Да нет же, ведь есть в этом же проекте норма о том, что «гражданско-правовые отношения, связанные с правом недропользования, регулируются нормами гражданского законодательства, если они не урегулированы нормами настоящего закона» (ст. 3 проекта).

Я повторю, контракт на недропользование ничем иным, кроме как гражданско-правовым договором, быть не может. И то, что не урегулировано в Законе, может регулироваться Гражданским кодексом (оферта, акцепт, принцип надлежащего исполнения договоров, возмещение убытков и прочее, и прочее).

Во-вторых, как определена правовая природа контракта в проекте? А никак. Есть четыре вида контрактов – на разведку, на добычу, на строительство и/или эксплуатацию подземных сооружений, не связанных с разведкой и добычей, на государственное геологическое изучение недр. И все. Да, еще поставили на отмену Закон «О соглашениях (контрактах) о разделе продукции при проведении нефтяных операций на море».

На самом деле ничего нового в этой позиции нет. Все это мы уже проходили.

Если посмотреть историю законодательства о недрах независимого Казахстана, то получится следующая картина:

1) Кодекс Республики Казахстан «О недрах и переработке минерального сырья» от 30 мая 1992 г. просто говорил о «договоре на пользование недрами для добычи полезных ископаемых, переработки минерального сырья и в иных целях». Понятно, что в то время о видах договоров на недропользование было мало что известно;

2) Законы о недрах и о нефти 1995-96 гг. уже содержали специальные статьи о видах контрактов, причем в соответствии с их юридическим содержанием (о разделе продукции, сервисный контракт, о совместной деятельности);

3) в 1999 г. все это было отменено, и деление контрактов проводилось по видам операций по недропользованию (контракты на разведку, на добычу, на совместную разведку и добычу, на строительство подземных сооружений, не связанных с добычей);

4) однако в 2004 г. (Закон о внесении изменений и дополнений от 1 декабря 2004 г.) законодатель опять возвращается к первоначальной классификации контрактов, то есть по их юридическому содержанию и называет контракты: 1) о разделе продукции; 2) о концессии; 3) о подряде и возмездном оказании услуг (сервисный контракт). Допускаются и комбинированные контракты;

5) теперь опять возвращаемся к тому, от чего отказались ввиду бессмысленности и бесперспективности.

Отмена Закона о соглашениях продукции не отменяет соглашений о разделе продукции, они были и до Закона, будут и после него. Отмена недавно принятого Закона о СРП свидетельствует только о шараханиях законодателя в разные стороны и об отсутствии четкой стратегии развития законодательства о недрах. В 2005 г. уже была ясна неэффективность и невыгодность для республики соглашений о разделе продукции. Мы несколько раз писали правовые заключения на проект Закона о СРП, и в них как раз говорили о необходимости четко определить правовую природу СРП с точки зрения гражданского законодательства.

Тем не менее закон был принят. А через три года его ставят на отмену и вообще хотят, чтобы в законах не было даже упоминания о СРП. Я очень сильно подозреваю, что отказ от внятной и логичной классификации контрактов на недропользование связан именно с этим.

Как бы мы ни называли контракт, по своей правовой природе он может быть и должен быть отнесен к определенному типу контракта. Обозначение в самом названии конкретного контракта его типа (концессии, соглашения о разделе продукции и др.) означает применение к нему того или иного правового режима: существенных условий договора, основных прав и обязанностей сторон и т.д. Установление для контрактов на недропользование ясного и понятного законодательного режима существенно облегчает недропользователю выход на внешний рынок, в частности, возможность привлечения займов (обеспечение финансирования) и инвестиций.

При всем многообразии критериев для деления контрактов на те или иные виды можно выделить два основных типа контрактов на недропользование с подразделением на виды:

1. Арендного типа, к которому относятся:

1) концессионные контракты и

2) контракты на строительство и эксплуатацию различных подземных сооружений;

2. Подрядного типа, к которому относятся:

1) контракт подряда на геологическое изучение недр;

2) контракт (соглашение) о разделе продукции;

3) сервисный контракт.

Основные различия необходимо проводить, конечно, между концессионным контрактом и СРП.

Концессионный контракт – это договор арендного типа, по которому недропользователь получает участок недр на определенный срок с правом добычи полезных ископаемых. Право собственности на добытую нефть принадлежит недропользователю. Государство получает свою часть дохода в основном в виде роялти и различных бонусов.

СРП – договор подрядного типа, по которому подрядчик за свой

риск осуществляет добычу полезных ископаемых при условии возмещения за счет добытой нефти понесенных расходов (кост-ойл). Добытая нефть принадлежит на праве собственности государству как собственнику недр. Подрядчик приобретает право собственности на долю полезных ископаемых, полученную при разделе (профит-ойл), а также на полезные ископаемые, переданные ему для возмещения расходов.

В Казахстане после отмены соглашения о СРП практически все контракты на недропользование выступают в форме концессионного контракта.

Рассмотрение споров. Существенным ухудшением положения недропользователей является установленный в проекте порядок рассмотрения споров только в суде в соответствии с законодательными актами Республики Казахстан. Таким образом, арбитражный порядок рассмотрения споров, возможность установления которого предусмотрена в действующих законах, с принятием нового Закона становится неприменимым.

Я не буду комментировать это положение, скажу лишь, что оно вполне укладывается в общую политику планомерного ограничения прав недропользователя как стороны контракта, так и усиления позиций в этом контракте государства и государственных органов.

50.3. КОДЕКС О НЕДРАХ И НЕДРОПОЛЬЗОВАНИИ ОТ 27 ДЕКАБРЯ 2017 ГОДА: ДОСТОИНСТВА И НЕДОСТАТКИ

27 декабря 2017 г. был принят Кодекс о недрах и недропользовании. В отличие от прежних законов (прежде всего – Закона РК от 24 июня 2010 г. «О недрах и недропользовании») Кодекс о недрах и недропользовании имеет сложную структуру. Он состоит из Общей и Особенной частей.

В Общей части пять разделов:

I. Основные положения (главы 1-2, статьи 1-16), II. Пользование недрами (главы 3-6, статьи 17-51), III. Безопасное пользование недрами (главы 7-8, статьи 52-58), IV. Государственное управление в сфере недропользования (главы 9-11, статьи 59-77), V. Споры, связанные с недропользованием, ответственность за нарушение законодательства Республики Казахстан о недрах и недропользовании, международное сотрудничество Республики Казахстан в сфере недропользования и охраны недр (главы 12-13, статьи 78-83).

В Особенной части тоже пять разделов: VI. Геологическое изучение недр (глава 14, статьи 84 -92), VII. Разведка и добыча углеводородов(главы 15-21, статьи 93-159), VIII. Добыча урана (главы 22-26, статьи 160 184), IX.Разведка и добыча твердых полезных ископаемых (главы 27-32, статьи 185 -248), X. Использование

пространства недр, старательство, заключительные и переходные положения (главы 33– 35, статьи 249-278).

Новшества, внесенные Кодексом о недрах, в правовое регулирование недропользования¹.

1. В Особенной части выстроена более или менее стройная система недропользования. В качестве общего для всех полезных ископаемых выделен раздел, посвященный геологическому изучению недр. Затем отдельно выделены разведка и добыча углеводородов, добыча урана, разведка и добыча твердых полезных ископаемых. Если разведка и добыча углеводородов были хорошо прописаны в Законе о недрах, то добыча урана, разведка и добыча твердых полезных ископаемых введены в законодательные акты впервые.

2. Произведена детальная классификация всех полезных ископаемых (ст. 12 Кодекса).

Полезные ископаемые делятся:

1) на подземные воды; 2) углеводородные полезные ископаемые (углеводороды); 3) твердые полезные ископаемые.

Углеводородами признаются: нефть, сырой газ и природный битум.

Твердые полезные ископаемые подразделяются на рудные и нерудные.

Рудными твердыми полезными ископаемыми признаются самородные металлы, руды черных, цветных, редких, радиоактивных металлов и редкоземельных элементов. Остальные твердые полезные ископаемые признаются нерудными.

Нерудные твердые полезные ископаемые, используемые в естественном состоянии или с незначительной обработкой и очисткой в строительных и иных хозяйственных целях и имеющие широкое распространение в недрах, признаются общераспространенными полезными ископаемыми (ОПИ). В п. 4 ст. 12 Кодекса дается исчерпывающий список общераспространенных полезных ископаемых (в частности, мрамор, граниты, галечники и гравий, пески и песчаники, соль поваренная, известняки, торф, лечебные грязи и другие). Таким образом, если обнаружится какое-либо полезное ископаемое, которое по всем признакам должно относиться к ОПИ, это полезное ископаемое должно быть включено в список ОПИ, без этого оно не может быть признано ОПИ.

Ценным является то, что в ст. 12 Кодекса каждому виду, подви-

¹ При анализе достоинств и недостатков Кодекса о недрах я буду опираться прежде всего на пока единственную и содержащую прекрасный анализ теоретических и практических проблем, вытекающих из применения Кодекса о недрах, книгу: *Ильсова К.М., Казиева Г.Т. Правовое регулирование недропользования в Республике Казахстан: Учебное пособие. Алматы: Printmaster, 2019. С. 292.*

ду и разновидности полезных ископаемых дается довольно четкое определение.

3. В Кодексе о недрах опять намечен возврат к лицензионной системе. Однако, в отличие от прежних законодательных решений, здесь наблюдается неодинаковый подход к разведке и добыче различных видов полезных ископаемых.

Если для разведки и добычи углеводородов и для добычи урана применяется форма контракта на недропользование (п.3 ст. 35 Кодекса о недрах), то все остальные виды недропользования осуществляются на основе лицензии. В частности, это:

- 1) лицензия на геологическое изучение недр;
- 2) лицензия на разведку твердых полезных ископаемых;
- 3) лицензия на добычу твердых полезных ископаемых;
- 4) лицензия на добычу общераспространенных полезных ископаемых;
- 5) лицензия на использование пространства недр;
- 6) лицензия на старательство (ст. 30 Кодекса).

4. Законодательно закреплены новые виды недропользования, такие как использование пространства недр (ст.ст. 249-262 Кодекса о недрах). То есть отдельные разновидности использования пространства недр так или иначе упоминались в Законе о недрах 2010 г., но единого, цельного и полного регулирования не было.

Другим никак не регулируемым ранее на уровне законодательных актов видом недропользования является старательство (ст.ст. 263-276).

5. В Кодексе достаточно много новшеств. Необходимо прежде всего выделить положительные моменты Кодекса, которые заслуживают одобрения. Я воспользуюсь здесь наработками К.М. Ильясовой, и Г.Т. Казиевой, которые провели детальный научный анализ положений Кодекса и, наряду с критикой некоторых его положений, выделили и основные новеллы Кодекса:

1) Исключен тендер как непрозрачный вид конкурса, сопряженный с рисками коррупционного характера.

2) Упрощены и упорядочены процедуры проведения конкурса (аукциона) (ст. 277).

3) Заложена основа для полного перехода на электронные аукционы с 1 января 2020 г. (ст. 99, 277).

4) Единственным исключением из конкурса является случай проведения прямых переговоров с национальной компанией (ст. 103, 105) или лицами, указанными в международных договорах, заключенных до введения в действие Кодекса (ст. 278).

5) Устранены все существующие экспертизы проектов контрактов. Контракты подписываются (на основе типовых) компетентным органом с победителями конкурсов в сжатые сроки (ст. 100).

6) Устранена не оправдавшая себя в правоприменительной практике по Закону 2010 г. зависимость контракта от соответствующего проектного документа.

7) Сокращены сроки заключения контрактов на разведку и добычу УВС и добычу урана, обусловленные в том числе тем, что проектные документы разрабатываются после заключения контракта.

8) Предусмотрены (на основе объективного анализа существующей правоприменительной практики) адекватные значения максимально допустимой территории участка разведки по одному контракту (2400 блоков) (ст. 110).

9) Предусмотрен полный переход на совмещенные контракты по разведке и добыче (ст. 100 и др.), что гарантирует инвесторам, обнаружившим новые месторождения в ходе разведки, окупаемость вложенных инвестиций на стадии добычи.

10) Отменена рабочая программа.

11) Для ранее заключенных контрактов на недропользование сохранена законодательная гарантия стабильности контрактов в объеме, предусмотренном Законом 2010 года. Перечень изъятия дополнен сферой защиты конкуренции (ст. 36).

12) По контрактам на разведку и добычу УВС после завершения периода разведки и до закрепления периода добычи по заявлению недропользователя допускается закрепление участка (участков) добычи и подготовительного периода (подготовительных периодов) (ст. 118).

13) На период разведки исключены обязательства недропользователя по несению расходов на обучение казахстанских кадров: на научно-исследовательские, научно-технические и опытно-конструкторские работы на территории РК: на социально-экономическое развитие региона и развитие его инфраструктуры (ст. 95, 191).

14) Предусмотрены в Кодексе максимальные значения обязательств по финансированию (на добычной стадии) обучения казахстанских кадров, социально-экономического развития регионов и НИОКР (ст. 129), норма не имеет ретроспективного действия.

15) Предусмотрена разработка и утверждение компетентным органом Программы управления государственным фондом недр, повышающей качество государственного управления в недропользовании, улучшающей информированность и снижающей инвестиционные риски для заинтересованных инвесторов (ст. 70).

16) Предусмотрен запрет на передачу права недропользования (доли в праве недропользования), предоставленного национальной компании по прямым переговорам, в течение 2 лет с даты регистрации контракта. Этот запрет не распространяется на передачу указанного права юридическому лицу, пятьдесят и более процентов голо-

сующих акций (долей участия) в котором прямо или косвенно принадлежат национальной компании в области углеводородов.

17) Упрощен доступ к геологической информации (включая ее безвозмездность) для инвесторов (ст. 7 и др.)¹.

Проблемные положения и недостатки Кодекса о недрах

1. Лицензирование разведки и добычи твердых полезных ископаемых. Несомненным достоинством Кодекса о недрах является распространение законодательного регулирования на разведку и добычу твердых полезных ископаемых (ТПИ).

Во время принятия Закона о недрах 2010 г. я подверг проект Закона резкой критике за то, что он просто механически объединил два действующих Закона: «О нефти» от 28 июня 1995 г. и «О недрах и недропользовании» от 27 января 1996 г.

Между тем единственным основанием и оправданием ликвидации самостоятельного Закона о нефти могло быть регулирование новым Законом отношений, связанных с ТПИ. Однако разработчики закона даже не попытались этого сделать. Поэтому Закон не выполнил тех целей, которые перед ним стояли².

Данное обстоятельство послужило одной из причин необходимости создания нового закона о недрах, в качестве которого и выступил Кодекс о недрах и недропользовании.

Гораздо больше вопросов вызывает то обстоятельство, что разведка и добыча ТПИ согласно новому Кодексу осуществляется на основе лицензии.

Законодательство Казахстана о предоставлении недр в пользование прошло несколько этапов:

1) Лицензионно-контрактная система существовала до принятия Законов о нефти 1995 г. и о недрах 1996 г. и была воспринята этими Законами.

Как я писал в одной из своих статей, выбор лицензионно-контрактной системы в то время был вынужденным, так как нельзя было все отдавать на усмотрение контракта в условиях, когда не было опыта в заключении таких контрактов и существовали огромные возможности для злоупотреблений со стороны государствен-

¹ См.: *Ильсова К.М., Казиева Г.Т.* Указ соч. С. 42-43. См. также: *Ильсова К.М.* Кодекс о недрах Республики Казахстан: основные подходы в регулировании отношений в сфере недропользования // В кн.: *Гражданское право в современном мире: влияние на развитие национального права: Материалы юбилейной международн. науч.-практ. конф. (в рамках ежегодных цивилистических чтений), посвященной 20-летию цивилистических чтений (Алматы, 17-18 мая 2018 г.). / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы, 2019. С. 453-455.*

² См.: *Сулейменов М.К.* Размышления о совершенствовании законодательства о недрах и недропользовании. *Oil and Gas of Kazakhstan*. 2008. №6. С. 50-58. См. также: *Сулейменов М.К.* Частное право Республики Казахстан: история и современность // *Собр. соч. в 9 томах. Том 7: Иностранные инвестиции и недропользование.* Алматы: Юрид. фирма Зангер, 2011. С. 479.

ных чиновников. В то же время нельзя было ввести и лицензионную систему в чистом виде, так как для ее введения необходимо наличие мощной, хорошо разработанной налоговой системы, которой в то время у нас не было.

Такая система могла существовать как временная, поэтому вско-ре встал вопрос о переходе либо к чисто лицензионной, либо к чисто контрактной системе. После некоторых колебаний правительство склонилось к контрактной системе¹.

2) Контрактная система была введена в 1999 г. Лицензии были отменены. Контракты на недропользование заключались от имени РК Министерством энергетики и минеральных ресурсов.

3) Смешанная система введена Кодексом о недрах и заключается она в том, что для углеводородов и урана сохраняется контрактная система, а для ТПИ, общераспространенных полезных ископаемых (ОПИ), использование пространства недр и на старательство вводится лицензионная система.

Если введение лицензий для ОПИ, использования пространства недр и старательства особых возражений не вызывает, то лицензирование разведки и добычи ТПИ вызывает некоторые сомнения.

В добыче ТПИ очень много специфики, одной из которых является переработка руды как один из элементов добычи полезного ископаемого.

Порою трудно определить, где кончается добыча и начинается переработка. Есть много специфических моментов, которые, возможно, легче решать при контрактной системе.

Кроме того, в условиях сверхцентрализованной системы управления экономикой и всеобъемлющей коррупции в Казахстане чрезмерное администрирование всегда будет хуже, чем относительная свобода в действиях недропользователя.

Австралийский опыт хорош в Австралии с ее демократией и развитой рыночной экономикой. Но неизвестно, как этот опыт работает в Казахстане с его сверхбюрократией и коррумпированными чиновниками. На мой взгляд, чем меньше административного влияния, тем лучше. Контрактная система, дающая определенные права недропользователям, в любом случае лучше, на мой взгляд, чем голосование администруемого в лицензионной системе.

Однако это всего лишь сомнения. Дальнейшее функционирование Кодекса о недрах покажет, насколько эффективной окажется введенная Кодексом лицензионная система для разведки и добычи ТПИ.

2. Юридическая техника. Как справедливо отмечают О. Ченцова, Н. Брайнина и Е. Манаенко, самое плохое впечатление оставляет

¹ См.: Сулейменов М.К. Нефтяное законодательство: проблемы и перспективы // Информационно-правовое издание Топливо-энергетического комплекса России и стран СНГ «Нефтьгаз. Энергетика. Законодательство». Вып. 3. 2003-2004. С. 151-167; См. также: Сулейменов М.К. Собр.соч. в 9 томах. Т.7. С. 433-435.

юридическая техника Кодекса. Иллюстрацией может служить раздел 10, куда включены столь разные вещи, как пространства недр и старательство (главы 33, 34) и заключительные и переходные положения (глава 35, включающая ст. 277 и 278). Логическое объяснение такому решению найти невозможно. Но еще больше нареканий вызывают две настолько важные, насколько и сложные, а иногда непонятные статьи – 277 и 278. Эти статьи включают десятки страниц текста, содержащие сотни норм, которые потянули бы, по крайней мере, на отдельный раздел Кодекса и по значению, и по объему регулируемых вопросов. Но самый большой, даже огромный минус этих статей состоит в их запутанности в силу отсутствия логичной и понятной рубрикации норм, а также отсутствия обозначения тем регулируемых вопросов. Результатом будет являться не только огромное количество времени, которое юристы и заинтересованные лица будут тратить в попытках выяснить суть содержания регуляций, но и возможные ошибки в подсчетах пунктов и подпунктов статей, не содержащих нумерации, на которые по тексту этих статей и Кодекса имеются ссылки.

Известно, что ясное и понятно изложенное законодательство – важнейшая составляющая не только привлечения инвестиций, но и предотвращения коррупции. В данном случае статьи 277 и 278 не просто являются неудачными, но, на мой взгляд, существенно вредят имиджу страны, ставящей задачи по привлечению инвестиций в недропользование¹.

3. Стабильность законодательства («дедушкина оговорка»). В Кодексе есть две нормы, закрепляющие стабильность законодательства.

В п.7 ст. 31. Кодекса закрепляется:

«7. Если после выдачи лицензии на недропользование законодательством Республики Казахстан, регулирующим отношения в сфере недропользования, устанавливаются иные условия лицензии на недропользование, данные условия к ранее выданной лицензии не применяются.

Положение, установленное частью первой настоящего пункта, не распространяется на изменения законодательства Республики Казахстан в области обеспечения национальной безопасности, обороноспособности, экологической безопасности, здравоохранения, налогообложения, таможенного регулирования и защиты конкуренции».

Примерно то же самое говорится в п.7 ст. 36 Кодекса относительно контрактов на недропользование:

«7. Изменения и дополнения в законодательстве Республики Казахстан, ухудшающие результаты предпринимательской деятельно-

¹ См.: Ченцова О., Брайнина Н., Манаенко Е. Кодекс РК «О недрах и недропользовании» – что получилось // Petroleum. 2008. №2. С. 56-57. [www/petroleumjournal.kz/index.php?p=article&aid1=96&aid2=499&id=1162&outlang=1](http://www.petroleumjournal.kz/index.php?p=article&aid1=96&aid2=499&id=1162&outlang=1).

сти недропользователя по контрактам на недропользование, не применяются к контрактам, заключенным до внесения таких изменений и дополнений.

Гарантии, установленные частью первой настоящего пункта, не распространяются на изменения в законодательстве Республики Казахстан в области обеспечения национальной безопасности, обороноспособности, экологической безопасности, здравоохранения, налогообложения, таможенного регулирования и защиты конкуренции».

Мне не совсем понятен пафос О. Ченцовой, Н. Брайниной и Е. Манаенко, которые утверждают, что «вместо ожидаемого расширения гарантий стабильности, как это было предусмотрено проектом Кодекса, недропользователи получили сужение сферы действия гарантий»¹.

Да, расширения гарантий мы не получили, но и особого сужения гарантий тоже не произошло. Может быть, сужение произошло по сравнению с проектом Кодекса, но мы должны сравнивать не с проектом, а с ранее действовавшим законодательством.

То, что нет отдельной статьи, устанавливающей гарантии прав недропользователя, это дело юридической техники, а не содержания закона.

Пункт 7 ст. 36 Кодекса почти дословно повторяет текст ст. 30 Закона о недрах и недропользовании 2010 года. Единственно, чего нет, это фразы: «Недропользователю гарантируется защита его прав в соответствии с законодательством Республики Казахстан». Однако эта фраза не несет никакой правовой нагрузки и с точки зрения юридической техники совершенно бессмысленна. Есть она, нет ее, положения законодательства РК будут применяться. Это не норма Закона, а скорее декларация, обращенная к инвесторам.

Не совсем понятно также отнесение к ухудшению стабильности законодательства положение о том, что гарантии, касающиеся стабильности законодательства, распространяются только на изменение законодательства, ухудшающие результаты предпринимательской деятельности². А на что еще они должны распространяться? На изменения, улучшающие результаты предпринимательской деятельности?

Это классическая «дедушкина оговорка», и ничего лучшего при ее применении законодательство не придумало.

Единственное, что на самом деле ухудшило гарантии недропользователя, это то, что расширен перечень сфер, на которые не распространяется гарантия стабильности законодательства. Согласно Кодексу, эта гарантия не распространяется не только на изменения законодательства в области обеспечения национальной

¹ См.: Ченцова О., Брайнина Н., Манаенко Е. Указ. соч. С. 57.

² См.: Ченцова О., Брайнина Н., Манаенко Е. Указ. соч. С. 57.

безопасности, обороноспособности, в сферах экологической безопасности, здравоохранения, налогообложения и таможенного регулирования, как это было в Законе о недрах 2010 г., но и на изменения в области защиты конкуренции.

Защита конкуренции, на мой взгляд, это не та сфера деятельности, где не должна быть применима гарантия стабильности законодательства. Это достаточно опасная норма. Под нее наши суды могут подвести все, что угодно, во имя ложно понимаемого национального патриотизма.

Кроме того, плохая юридическая техника Кодекса создает массу проблем в соотношении ст. 30 Закона о недрах 2010 г. с п. 14 ст. 277 Кодекса. Трудно разобраться в том, какие нормы Закона о недрах 2010 г. действуют, и в какой части применяются нормы Закона о недрах 1996 г. и Закона о нефти 1995 г.¹.

4. Понятие права недропользования. В соответствии с п. 1 ст. 17 Кодекса «право недропользования представляет собой обеспеченную настоящим Кодексом возможность на возмездной основе пользоваться недрами в пределах выделенного участка в предпринимательских целях в течение определенного срока».

В Законе о недрах 2010 г. право недропользования определялось как «право владения и пользования недрами, приобретенное недропользователем, в соответствии с настоящим Законом» (подпункт 22) ст. 1).

Между этими определениями есть два различия: 1) вместо права владения и пользования осталось право пользования, и 2) добавлено слово «возмездное».

Первая поправка принципиально неверна и противоречит здравому смыслу, доктрине и законодательству. Что касается второй поправки, то здесь возникает много теоретических и практических проблем.

1) Право пользования вещью без права владения невозможно – это противоречит даже здравому смыслу: как можно пользоваться вещью, если ты ею не обладаешь?

Это противоречит и доктрине. Приведу лишь небольшой отрезок из нашей монографии о вещных правах:

«Историческим является вопрос – может ли быть в вещном праве право пользования без права владения? По нашему мнению, ответ на данный вопрос зависит от того, что понимать под владением. В изложенной нами концепции, по общему правилу, право пользования предполагает наличие физического держания. То есть сдача, например, машинного времени в аренду означает появление права владения на компьютер в момент его использования по договору.

¹ Я лично с этим не смог разобраться. За анализом и разъяснениями отсылаю к статье *Ильясовой К.М.* Указ. соч. С. 444-445 и к книге: *Ильясова К.М., Казиева Г.Т.* Указ. соч. С 270-291.

Более сложной для установления правовой природы вещного права собственности является ситуация, когда трудно определить само понятие владения для отдельных специфических объектов. Например, некий субъект права вырабатывает определенные радиоволны. В соответствии с корпускулярной теорией они материальны, хотя принятое нами определение в данном случае владения не позволяет его обнаружить. Передача радиоволн в пользование, которое выражается в приеме их радиоприемниками различного типа, очевидно, происходит без передачи правомочия владения. Для аналогичных случаев, определяемых спецификой объекта, очевидна возможность пользования без владения. Однако мы склоняемся к мысли об отсутствии права собственности в данной и аналогичных ситуациях. Считаем необходимым ограничить понимание вещи как предмета материального мира, имеющего социально-экономическую ценность. Поэтому считаем правомерным использование в англо-американской системе права термина «осязаемое имущество». Таким образом, мы утверждаем, что вещное право собственности может возникнуть только на индивидуально-определенные, осязаемые вещи¹.

Это противоречит и Гражданскому кодексу РК. Право недропользования, как указано в п. 2 ст. 17 Кодекса, является вещным неделимым правом.

Между тем в ст. 265 ГК РК закреплено следующее:

«Права, предусмотренные статьями 259-264 настоящего Кодекса², принадлежат также лицу, хотя и не являющемуся собственником, но владеющему имуществом на праве хозяйственного ведения, оперативного управления, постоянного землепользования либо по иному основанию, предусмотренному законодательными актами или договором. Это лицо имеет право на защиту его владения также против собственника».

Из этой нормы можно сделать два вывода. Во-первых, право недропользования включается в этот перечень, поскольку оно прямо названо в Кодексе о недрах вещным правом. Во-вторых, это связано в первую очередь с правом владения, а не с правом пользования.

2) С прибавлением к слову «недропользование» слова «возмездное» безвозмездного недропользования уже быть не может. Однако сам же Кодекс предусматривает случаи безвозмездной добычи ОПИ. В соответствии с п. 4 ст. 237 Кодекса «пользование недрами собственниками земельных участков и землепользователями в соответствии с настоящей статьей не относится к операциям по недропользованию и является бесплатным». В ст. 237 Кодекса речь

¹ См.: Вещные права в Республике Казахстан / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы: Жеті Жарғы, 1999. С. 51 -52 (автор главы – И.У. Жанайдаров).

² В этих статьях говорится о правах собственника имущества.

идет о добыче ОПИ для целей, не связанных с предпринимательской деятельностью, в границах, принадлежащих собственникам и землепользователям земельных участков.

Проанализировав эту ситуацию, К.М. Ильясова пишет далее:

«В таком случае возникает вопрос о том, является ли безвозмездная добыча ОПИ землепользованием? Если это считать формой пользования земельным участком, то такие отношения не должны быть предметом регулирования Кодекса о недрах. Кроме того, установление нормы, согласно которой добыча ОПИ осуществляется в границах земельных участков, должно означать, что такие полезные ископаемые не могут извлекаться для указанных целей, если они находятся ниже почвенного слоя, то есть в недрах земли. Поскольку толщина почвенного слоя может быть от нескольких миллиметров до нескольких метров, или почвенный слой может вовсе отсутствовать, то сфера распространения права на добычу ОПИ ограничивается практически поверхностью земли, в лучшем случае – толщиной почвенного слоя.

В связи с изложенными противоречиями в правовом режиме добычи ОПИ, полагаю, что добыча ОПИ в указанных случаях либо должна быть исключена из сферы недропользования, либо прямо отнесена к недропользованию. Полагаю, что добыча полезных ископаемых, где бы она не осуществлялась, должна быть отнесена к недропользованию. В таком случае Кодексом о недрах, помимо операций по недропользованию, должны быть указаны иные формы пользования недрами, либо понятие и виды права недропользования, а также понятие и виды операций по недропользованию должны быть расширены путем отнесения к ним безвозмездной добычи общераспространенных полезных ископаемых собственниками земельных участков и землепользователями для удовлетворения личных, бытовых и иных хозяйственных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности»¹.

Я не совсем согласен с такими категоричными суждениями. С точки зрения юридической техники сделано, конечно, очень плохо, но требовать переделки Кодекса с целью определить место безвозмездного недропользования в системе права недропользования, на мой взгляд, нет необходимости.

Дело в том, что в Кодексе это место, хоть и не очень внятно, определено. В п. 4 ст. 237 Кодекса говорится о пользовании недрами, не относящимся к операциям по недропользованию. Если перевести это на нормальный юридический язык, то можно сделать вывод, что в Кодексе различаются два вида владения и пользования недрами: 1) право недропользования, которое является возмездным; 2) право

¹ См.: *Ильясова К.М.* Указ. соч. С. 447-448. См. также: *Ильясова К.М., Казиева Г.Т.* Правовое регулирование недропользования в Республике Казахстан: Учебное пособие. Алматы: Printmaster, 2019. С. 87-88.

пользования недрами собственниками земельных участков и землепользователями, которое является безвозмездным.

Коренные различия между этими двумя правами заключается в том, что право недропользования – это отношения недропользователя с государством, которое является собственником недр; право пользования недрами – это право собственника земельного участка или землепользователя пользоваться недрами только для добычи ОПИ для собственных нужд в пределах земельного участка, который им принадлежит.

Следовательно, право недропользования самостоятельно, а право пользования недрами вторично, оно производно от права собственности на земельный участок или права землепользования в пределах этого земельного участка.

Государство дает разрешение собственнику или землепользователю безвозмездно использовать недра, расположенные под земельным участком без получения разрешения и без заключения договора, но только для добычи ОПИ и только для собственных нужд.

Подобное разделение прав на объект природопользования не является чем-то исключительным, в законодательстве такие примеры уже есть.

Когда рабочая группа под моим руководством готовила проект Указа Президента РК, имеющего силу Закона, «О Земле», мы столкнулись с этой проблемой. Мы придумали право землепользования постоянное и временное, но никак не могли решить вопрос с правом землепользования на земле собственника земельного участка в случае, когда другое лицо арендует у собственника его земельный участок или его часть. Вроде бы тоже землепользование, но не совпадающее с классическим землепользованием, в котором другой стороной выступает государство. И тогда мы придумали новое право пользования землей – право временного пользования земельным участком.

В Указе о земле появилось два вида пользования землей.

1) право землепользования – право лица владеть и пользоваться земельным участком, находящимся в государственной собственности, бессрочно (постоянное землепользование) или в течение определенного срока (временное землепользование) (подпункт 12) ст. 1 Указа о земле).

2) право временного пользования земельным участком, находящимся в частной собственности, – право субъекта владеть и пользоваться земельным участком, возникающее на основе договора о временном пользовании земельным участком между собственником земельного участка и временным пользователем (арендатором или безвозмездным пользователем) (подпункт 11) ст. 1 Указа о земле).

Это наше нововведение благополучно сохранилось до наших дней и воспроизводилось во всех версиях Закона о земле. Напри-

мер, в Законе РК «О земле» от 24 января 2001 г. это подпункт 25) и подпункт 24) ст. 9 Закона. В действующем Земельном кодексе РК от 20 июня 2003 г. это подпункт 17) ст. 12 Кодекса – право землепользования, и подпункт 6) ст. 12 Кодекса – право временного пользования земельным участком, находящимся в частной собственности.

Здесь также принципиальным различием между двумя видами прав является то, что право землепользования – это отношения землепользователя с государством, а право временного пользования земельным участком – это отношения пользователя землей с собственником земельного участка. То есть право землепользования самостоятельно, а право пользования земельным участком вторично, является производным от права собственности владельца земельного участка.

Выделение различных прав на природные ресурсы, хотя и по другим основаниям, производится и в других законах о природопользовании.

Например, в Лесном кодексе РК от 8 июля 2007 г. производится деление прав на право лесоведения, которое на участках государственного лесного фонда возникает на праве постоянного землепользования (ст. 22 Лесного кодекса), и право лесопользования на участках государственного лесного фонда, (ст. 29 Лесного кодекса), которое возникает на основе тендера и договора (долгосрочное лесопользование) или договора и (или) лесного билета (краткосрочное лесопользование).

Причем названия этих прав не имеет никакого значения, ибо и в том, и в другом случае право включает в себя правомочия и владения, и пользования.

5. Сервитут. В Кодексе отсутствует понятие «сервитут», которое было в Законе о недрах и недропользовании 2010 г.

В подпункте 83) ст. 1 Закона о недрах закреплялось, что сервитут – право физических и юридических лиц на ограниченное целевое пользование частью участка недр, предоставленного другим лицам для проведения разведки, добычи или строительства и (эксплуатации) подземных сооружений, не связанных с разведкой или добычей, в случаях, предусмотренных Законом о недрах 2010 г.

Непонятно, почему разработчики Кодекса о недрах исключили из него понятие сервитута. Может быть, они посчитали, что при недропользовании сервитут неприменим?

Однако К.М. Ильясова и Г.Т. Казиева в своей книге продемонстрировали примеры, когда сервитут может быть применен.

Таким образом, Кодексом о недрах предусмотрена такая форма пользования недрами как право недропользования. Сервитуты Кодексом не предусмотрены. Вместе с этим не все формы пользования пространством, расположенным ниже почвенного слоя, Кодекс от-

носит к праву недропользованию. Так, наряду с такими видами операций по недропользованию как геологическое изучение недр, разведка полезных ископаемых, добыча полезных ископаемых, старательство. Кодекс предусматривает такой вид пользования, как использование пространства недр (ст. 22). К использованию пространства как виду операций по недропользованию в ст. 249 Кодекс о недрах относит исключительное право пользоваться участком недр в целях проведения одного из следующих подвидов операций:

1) размещение и эксплуатация подземных хранилищ нефти и газа, газо- и нефтепродуктов, за исключением хранилищ, размещенных на глубине ниже пяти метров от земной поверхности;

2) размещение и (или) эксплуатация подземных мест (сооружений) для хранения или захоронения твердых, жидких и радиоактивных отходов, вредных ядовитых веществ, сброса (закачки) сточных, промышленных и технических вод в недра;

3) закачка воды в недра для искусственного восполнения запасов подземных вод, в том числе строительство и (или) эксплуатация предназначенных для этих целей подземных сооружений;

4) размещение и (или) эксплуатация объектов размещения ТМО горнодобывающего и (или) горно-обогатительного производств.

Соответственно, размещение в пространстве ниже почвенного слоя иных, не перечисленных в ст. 249 Кодекса о недрах объектов (в том числе трубопроводов, метрополитена, подземных гаражей, фундаментов домов и др.), не относится к такой форме пользования недрами, как использование пространства недр. К иным видам операций по недропользованию или видам пользования недрами размещение таких объектов также не относится.

В связи с изложенным, существующая в Казахстане проблема определения правовой природы пользования недрами для размещения объектов, на строительство которых не требуется приобретения права недропользования, в Кодексе о недрах не нашла разрешения. Это вносит неопределенность в соотношение прав на поверхность земли и на недра земли.

Вследствии этого необходимо: 1) либо отказаться от геометрического подхода в определении понятия «недра»; 2) либо отнести все формы пользования пространством, расположенным ниже почвенного слоя, к пользованию недрами в рамках сервитута и (или) права недропользования, признав основаниями пользования недрами не только контракты и лицензии, но и другие основания (приобретение прав на земельные участки, общее разрешение собственника недр, данного в Кодексе о недрах).

С учетом изложенного полагаем, что в целях устранения противоречий между положениями Кодекса о недрах, предусматривающими геометрический подход в определении понятия «недра», и формами пользования недрами, которые Кодекс не отнес к праву

недропользования, в том числе для строительства подземных сооружений, не требующих получения лицензии, целесообразно ввести в Кодекс о недрах нормы о сервитутах.

Так, полагаем, что необходимо в Кодексе о недрах предусмотреть нормы о сервитутах на недра и участки недр, включая нормы, определяющие понятие «объекты, цели и основания установления, изменения, прекращения». Объектом сервитутного права целесообразно признать не только участки недр, но и нераспределенные недра, которые не предоставлены в недропользование. Целями установления сервитутов могут быть, например, признаны прокладка и эксплуатация ниже почвенного слоя линейных объектов (трубопроводов, кабелей). Основанием возникновения сервитута целесообразно признать договор об установлении сервитута, заключаемого с недропользователем, если объектом сервитута является участок недр, либо с государством в лице местных исполнительных органов области или города республиканского значения, столицы, если объектом сервитута являются нераспределенные недра, которые не предоставлены в недропользование. Кроме того, целесообразно предусмотреть, что пользование недрами в рамках сервитута не требует получения разрешения (лицензии), представления отчетности и иных документов, являющихся обязательными для лиц, пользующихся недрами на основании лицензии или контракта на недропользование¹.

Какой же выход из создавшегося положения?

Лучше всего, конечно, будет восстановить в Кодексе о недрах нормы о сервитуте на недра и участки недр.

Однако возникает вопрос, можно ли применить сервитут сейчас, несмотря на отсутствие норм о нем в Кодексе о недрах?

К.М. Ильясова и Г.Т. Казиева считают, что поскольку Закон о недрах 2010 г. был отменен, то и положения о сервитутах также утратили силу.

«Однако в заключительных и переходных положениях Кодекса о недрах не определена судьба сервитутов, которые были установлены до вступления в силу Кодекса о недрах. В этой связи полагаем, что действие таких сервитутов сохранено»².

Довольно странное и не совсем понятное объяснение действия сервитута. У меня есть другое обоснование.

Сервитут как вещное право предусмотрен в ст. 195 Гражданского кодекса РК, в которой сервитут определяется как право ограниченного целевого пользования чужой недвижимостью.

В соответствии с п.3 ст. 1 ГК РК к отношениям по использованию природных ресурсов и охране окружающей среды, отвечающим признакам гражданско-правовых отношений, гражданское за-

¹ См.: *Ильясова К.М., Казиева Г.Т.* Указ. соч. С. 83-85.

² См.: Там же. С. 83.

конодательство применяется в случаях, когда эти отношения не регулируются законодательством об использовании природных ресурсов и охране окружающей среды.

Поскольку сервитут Кодексом о недрах не предусмотрен, в случае возникновения сервитутных отношений будет применяться положение о сервитуте как ограниченном целевом пользовании чужой недвижимостью.

К сожалению, в ГК РК нет детального регулирования отношений по сервитуту. Недостатком Кодекса о недрах является не отсутствие определения сервитута. Это упущение покрывается нормами ГК РК. Существенным недостатком Кодекса о недрах является отсутствие регулирования особенностей осуществления сервитута в недропользовании.

Стороны могут предусмотреть эту специфику в договоре.

В случае, если они этого не сделают, могут быть применены по аналогии закона (см. п.1 ст. 5 ГК РК) нормы Земельного кодекса РК от 20 июня 2003 г. №442 о сервитуте (ст.ст. 67-75).

6. Субъекты права недропользования. Согласно п. 1 ст. 18 Кодекса о недрах «субъектами права недропользования могут быть физические и юридические лица, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом».

Иное предусмотрено п. 2 ст. 263 Кодекса о недрах, согласно которому «обладателями лицензии на старательство могут быть только граждане Республики Казахстан».

Из этого может быть сделан только один вывод: за исключением старательства, иностранные граждане могут быть субъектами всех видов права недропользования.

Однако здесь возникает один интересный момент.

Согласно п.1 ст. 17 Кодекса о недрах право недропользования – это возможность на возмездной основе пользоваться недрами в предпринимательских целях. То есть недропользование – это предпринимательская деятельность.

Между тем согласно п. 1 ст. 30 Предпринимательского кодекса РК индивидуальным предпринимательством могут заниматься только граждане РК и кандасы (ранее они назывались оралманами).

В ПК РК прямо записано:

«Иным физическим лицам запрещается осуществлять индивидуальное предпринимательство». К иным физическим лицам относятся иностранцы и лица без гражданства.

Возникает естественный вопрос: могут ли иностранные граждане заниматься индивидуальным предпринимательством для осуществления недропользования в Казахстане?

Для решения этого вопроса необходимо обратиться к проблемам соотношения нормативных правовых актов. ПК РК и Кодек о недрах относятся к нормативным правовым актам одного уровня.

В соответствии с п. 3. ст. 12 Закона РК от 6 апреля 2016 г. «О правовых актах» «при наличии противоречий в нормах нормативных правовых актов одного уровня действуют нормы акта, позднее введенного в действие».

Кодекс о недрах был принят намного позднее ПК РК, поэтому действуют нормы Кодекса о недрах.

Однако допущение таких противоречий неприемлемо с точки зрения теории и практики законоотворчества.

Из-за такого небрежного отношения к законоотворчеству возникают проблемы там, где их не должно быть. Только один пример.

В соответствии со ст. 35 ПК РК физические лица подлежат обязательной государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя, – если они используют труд наемных работников на постоянной основе или получают годовой доход в размере, превышающем 12-кратный размер минимальной заработной платы.

Любой недропользователь обязательно должен отвечать обоим условиям.

И как здесь быть?

Ясно, что недропользователь не должен регистрироваться как индивидуальный предприниматель. Да и не может он зарегистрироваться, так как для иностранных граждан такая регистрация не предусмотрена.

Между тем этих проблем можно было избежать очень просто. Достаточно было при принятии сопутствующего Кодексу о недрах закона предложить включить в статьи 30 и 35 ПК РК слова «за исключением случаев, предусмотренных законодательными актами». Или что-нибудь подобное.

Так что здесь явное упущение разработчиков проекта Кодекса о недрах.

Выводы. Количество таких примеров может быть умножено¹.

Таким образом, Кодекс о недрах выгодно отличается от Закона о недрах более детальным и тщательным регулированием отношений по недропользованию, введением новых видов недропользования, включением в систему законодательного регулирования отношений по разведке и добыче твердых полезных ископаемых и многим другим.

В то же время Кодекс не лишен недостатков, порой весьма существенных, некоторые из которых показаны в этой главе.

Правовое регулирование недропользования вступило в новый важный этап, но нуждается в дальнейшем совершенствовании.

¹ За другими примерами можно обратиться к книге К.М. Ильясовой и Г. Т. Казиевой. См. также: *Абдрахманова С.Ж.* Некоторые вопросы Кодекса Республики Казахстан «О недрах и недропользовании» // ИС Параграф [www.http://online.zakon.kz](http://online.zakon.kz).

Глава 51. РАЗРАБОТКА ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О НЕФТЯНЫХ ОПЕРАЦИЯХ НА МОРЕ

51.1. ОПРЕДЕЛЕНИЕ СТАТУСА КАСПИЙСКОГО МОРЯ

18 апреля 1994 г. был принят Указ Президента Республики Казахстан «О нефтяных операциях», а 28 июня 1995 г. – Указ Президента Республики Казахстан, имеющий силу Закона, «О нефти», вступивший в силу с 1 июля 1995 г. (далее – Указ о нефти).

Однако и до, и после принятия Закона о нефти предпринимались неоднократные попытки создать специальное законодательство о нефтяных операциях на море. К сожалению, об этом не очень много информации. Я расскажу о тех проектах, в которых принимал непосредственное участие. При этом особенностью данной статьи является то, что она будет состоять в основном из документов с моими краткими комментариями. Мне кажется, это будет полезным для создания истории возникновения и развития нашего законодательства.

Первые попытки создания законодательства о нефти почти целиком были связаны с разработками нефтяных месторождений на море. Это вытекало из особого статуса Каспийского моря и из споров, связанных с притязаниями прикаспийских государств на богатства Каспия.

Каспийское море является уникальным объектом. Оно имеет одновременно признаки и моря (морская соленая вода, глубина, биоресурсы, строение дна – фактически шельфа), и озера (отсутствие прямого естественного выхода в океан и удаленность от Мирового океана). Поэтому основным камнем преткновения было решение вопроса: море или озеро?

Раньше, когда Каспием владели СССР и Иран, они сводили статус моря к внутреннему совместному владению – кондоминиуму. Иран продолжал отстаивать такую точку зрения, так как в противном случае он оставался с небольшой прибрежной акваторией с полным отсутствием нефти.

Однако все постсоветские прикаспийские страны, за исключением России, сразу же заявили, что не признают юридическую силу советско-иранских договоров (1921–1940 гг). После этого были длительные переговоры, множество совещаний и встреч руководителей прикаспийских стран. К 2018 г. позиция сторон была примерно следующей.

Азербайджан в полном соответствии с п. 2 ст. 11 своей Конститу-

ции продолжал активно выступать за признание Каспийского моря пограничным озером с разделом на пять секторов. Что касается Казахстана, то Москва и Астана выработали общую позицию по статусу Каспия, что было зафиксировано в российско-казахстанских соглашениях от 6 июля 1998 г. и 9-10 октября 2000 г.

Основные положения современного подхода Казахстана к исследуемому вопросу таковы: Каспий не может быть признан ни «морем», ни «озером». В случае выбора варианта «озеро» будут чрезмерно затруднены судоходство и рыболовство, поскольку это связано с перенесением границ государств. Вариант «море» не будет признавать Россия, которая долгое время ратовала за 45-мильную зону национальной юрисдикции. С другой стороны, вариант «море» ставит все точки над «i», что явно не устраивает Россию, так как она не желает терять контроль над водной гладью Каспия. Не устраивает это и Иран.

Поэтому Казахстан продолжает выступать за разделение моря на специальные экономические зоны по срединной линии, равноудаленной от противоположных берегов соседних стран, и в пределах этих зон каждое государство соответственно будет иметь исключительное право на разработку природных ресурсов. Казахстан настаивает на разделе дна Каспия, ибо хочет сохранить за собой исключительное право на разработку энергоресурсов и выступает за общее использование толщи вод в сотрудничестве по судоходству, рыболовству и восстановлению биоресурсов.

Официальный Тегеран упорно отстаивает мнение о необходимости придать Каспию статус кондоминиума, так как именно в этом случае все страны бассейна смогут совместно владеть морем и использовать его ресурсы на равных правах, в соответствии с международно-правовым принципом справедливости.

Что касается Туркменистана, то он занял жесткую позицию: «Сначала статус Каспия, и лишь затем все остальные проблемы, включая раздел спорных месторождений». Это означает, что на современном этапе Ашхабад выступает против урегулирования проблем с Баку о нефтяных месторождениях, являющихся, по мнению обеих сторон, спорными¹.

В 2018 г. произошел прорыв, стороны пошли на компромисс, основой которого была формула: дно – морское, а толщина воды – озеро.

При этом с точки зрения принципов делимитации главными бенефициарами становятся Казахстан и Азербайджан. А Россия и Иран решили свои вопросы военно-стратегической безопасности.

12 августа 2018 года в г. Актау была заключена Конвенция о правовом статусе Каспийского моря. Все прикаспийские государ-

¹ См.: Мамедов Р. Формирование международно-правового статуса Каспийского моря в постсоветский период. https://www.ca-c.org/journal/2001/journal_rus/cac-02/10.mamru.shtml.

ства ратифицировали эту Конвенцию, за исключением Ирана. Поэтому пока она не вступила в силу.

В статье 7 Конвенции закрепляется:

«1. Каждая Сторона устанавливает территориальные воды, не превышающие по ширине 15 морских миль, отмеряемых от исходных линий, определенных в соответствии с настоящей Конвенцией.

2. Внешней границей территориальных вод является линия, каждая точка которой находится от ближайшей точки исходной линии на расстоянии, равном ширине территориальных вод.

Для целей определения внешней границы территориальных вод наиболее выдающиеся в море постоянные портовые сооружения, которые являются составной частью системы порта, рассматриваются как часть берега. Прибрежные установки и искусственные острова не считаются постоянными портовыми сооружениями.

Внешняя граница территориальных вод является государственной границей.

3. Разграничение внутренних и территориальных вод между государствами со смежными побережьями осуществляется по договоренности между ними с учетом принципов и норм международного права».

В статье 8 Конвенции устанавливается:

«1. Разграничение дна и недр Каспийского моря на секторы осуществляется по договоренности сопредельных и противоположащих государств с учетом общепризнанных принципов и норм международного права в целях реализации их суверенных прав на недропользование и на другую правомерную хозяйственно-экономическую деятельность, связанную с освоением ресурсов дна и недр.

2. Прибрежное государство имеет исключительное право сооружать, а также разрешать и регулировать создание, эксплуатацию и использование искусственных островов, установок и сооружений в пределах своего сектора. Прибрежное государство может устанавливать вокруг искусственных островов, установок и сооружений, где это будет признано необходимым, зоны в целях обеспечения безопасности как судоходства, так и искусственных островов, установок и сооружений. Ширина зон безопасности не будет простираться более чем на 500 метров, отмеряемых от каждой точки внешнего края таких искусственных островов, установок и сооружений.

Географические координаты таких сооружений и контуры зон безопасности должны быть сообщены всем Сторонам.

3. Все суда должны уважать эти зоны безопасности.

4. Осуществление суверенных прав прибрежного государства в соответствии с пунктом 1 настоящей статьи не должно приводить к ущемлению прав и свобод других Сторон, предусмотренных в на-

стоящей Конвенции, или приводить к неоправданным помехам их осуществлению».

Первые проекты нефтяного законодательства РК были направлены на то, чтобы закрепить за Казахстаном право на разработку нефтяных месторождений в казахстанском секторе Каспийского моря.

51.2. ПРОЕКТ ЗАКОНА «О НЕФТЯНЫХ ОПЕРАЦИЯХ НА МОРЕ И ВО ВНУТРЕННИХ ВОДОЕМАХ» 1993 г.

В 1993 г. была предпринята попытка подготовить Закон о шельфе Каспийского моря. Приведу этот проект полностью, тем более что он небольшой.

«ЗАКОН РК «О НЕФТЯНЫХ ОПЕРАЦИЯХ НА МОРЕ И ВНУТРЕННИХ ВОДОЕМАХ»

Настоящий Закон определяет особенности государственного регулирования правоотношений и контроля за деятельностью, связанной с проведением Нефтяных операций на море и во внутренних водоемах Республики Казахстан.

Закон содержит правила и процедуры, позволяющие проводить Нефтяные операции на море и во внутренних водоемах, не нанося ущерба окружающей среде при рациональном использовании природных ресурсов недр подводных районов.

СТАТЬЯ 1. СФЕРА ПРИМЕНЕНИЯ ЗАКОНА

1. Настоящий Закон применяется при проведении Нефтяных операций на море, морском дне и недрах подводных районов Каспийского и Аральского морей от исходной береговой линии на всем ее протяжении в пределах Республики Казахстан до ее внешних границ, установленных на основе соглашений между Республикой Казахстан и прибрежными государствами. Действие настоящего Закона распространяется также на проведение Нефтяных операций во внутренних водоемах Республики Казахстан.

2. Настоящий Закон применяется на основе и в сочетании с Законом Республики Казахстан «О нефти». Если в настоящем Законе специально не оговорено иное, к регулируемым им отношениям применяются определения, правила и процедуры, установленные Законом Республики Казахстан «О нефти».

3. Водные отношения, связанные с проведением нефтяных операций на море и во внутренних водоемах Республики Казахстан, регулируются в соответствии с водным законодательством Республики Казахстан.

СТАТЬЯ 2. ОСНОВНЫЕ ТЕРМИНЫ И ПОНЯТИЯ

В настоящем Законе применяются следующие термины и понятия:

1. «Море» – акватория, включая поверхность дна и недра, Каспийского и Аральского морей, находящаяся под юрисдикцией Республики Казахстан в соответствии со ст. 1 настоящего Закона.

2. «Внутренние водоемы» – озера и другие поверхностные водные ресурсы, находящиеся на территории Республики Казахстан.

3. «Нефтяные операции на море» – нефтяные операции на море, поверхности морского дна и в недрах подводных районов Каспийского и Аральского морей и во внутренних водоемах Республики Казахстан.

4. «Прибрежные государства» – прилегающие и противолежащие государства бассейна Каспийского и Аральского морей.

5. «Морские научные исследования» – научно-исследовательские работы, связанные с проведением нефтяных операций на море.

СТАТЬЯ 3. ПРАВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН ПРИ ПРОВЕДЕНИИ НЕФТЯНЫХ ОПЕРАЦИЙ НА МОРЕ

1. Республика Казахстан осуществляет суверенные права над территорией, определяемой в соответствии со ст. 1 настоящего Закона при проведении Нефтяных операций. Никто не может производить Нефтяные операции на указанной территории без согласия Республики Казахстан в лице Правительства Республики Казахстан.

2. Права Республики Казахстан, определенные настоящим Законом, не затрагивают правового статуса водной поверхности и воздушного пространства над данной территорией и не должны препятствовать осуществлению судоходства, полетов и реализации иных прав других государств, предусмотренных законодательством Республики Казахстан и международными договорами, заключенными или признанными Республикой Казахстан.

СТАТЬЯ 4. ПОРЯДОК ПРОВЕДЕНИЯ НЕФТЯНЫХ ОПЕРАЦИЙ НА МОРЕ

1. Нефтяные операции на море осуществляются на основании Контракта и Лицензии.

2. Неотъемлемой частью Контракта является обязательная программа работ по геологоразведке, обустройству и добыче нефти.

3. При предоставлении Лицензии на право проведения Нефтяных операций на море определяется площадь морского дна с указанием географических координат ее границ, в пределах которых разрешается деятельность, указанная в Лицензии.

4. Предоставление Лицензии на право проведения Нефтяных операций на море осуществляется одновременно с предоставлением права на обособленное водопользование на акватории, в пределах которой владелец Лицензии осуществляет свою деятельность.

СТАТЬЯ 5. ПРОВЕДЕНИЕ НЕФТЯНЫХ ОПЕРАЦИЙ НА МОРЕ В ЗАПОВЕДНОЙ ЗОНЕ

1. Предоставление права на проведение Нефтяных операций на море в заповедной зоне является исключительной компетенцией Правительства Республики Казахстан и оформляется постановлением Кабинета Министров Республики Казахстан.

2. Порядок и условия проведения Нефтяных операций на море в заповедной зоне устанавливаются Положением о порядке и условиях проведения Нефтяных операций на море в заповедных зонах Республики Казахстан, утверждаемым Кабинетом Министров Республики Казахстан.

СТАТЬЯ 6. ИСКУССТВЕННЫЕ ОСТРОВА, ДАМБЫ, СООРУЖЕНИЯ И УСТАНОВКИ

1. Республика Казахстан имеет исключительное право сооружать, разрешать и регулировать создание, эксплуатацию и использование искусственных островов, дамб, сооружений и установок, предназначенных для проведения Нефтяных операций на море, научных исследований и других целей при условии защиты и сохранения окружающей морской среды.

2. Вокруг таких искусственных островов, дамб, сооружений и установок устанавливаются зоны безопасности, которые простираются на расстояние 500 метров от каждой точки их наружного края.

Острова, дамбы, сооружения и установки, а также окружающие их зоны безопасности размещаются в местах, где они не могут стать помехой на обычных морских путях, имеющих существенное значение для международного судоходства.

Предприятия, ответственные за содержание и эксплуатацию искусственных островов, дамб, сооружений и установок, должны обеспечивать их охрану, поддержание постоянных средств предупреждения об их наличии.

3. Покинутые или неиспользуемые искусственные острова, дамбы, сооружения и установки должны быть демонтированы до такой степени, чтобы не создавать помех судоходству и рыболовству.

4. Монтаж, эксплуатация и использование искусственных островов, дамб, сооружений и установок производятся в соответствии с Положением о порядке и условиях выдачи разрешений на монтаж, эксплуатацию и использование искусственных островов, дамб, сооружений и установок, утверждаемым Кабинетом Министров Республики Казахстан.

СТАТЬЯ 7. СТРОИТЕЛЬСТВО, ПРОКЛАДКА И ЭКСПЛУАТАЦИЯ ПОДВОДНЫХ ТРУБОПРОВОДОВ И КАБЕЛЕЙ

Строительство, прокладка и эксплуатация подводных трубопроводов и кабелей осуществляются в соответствии с утвержденными Кабинетом Министров Республики Казахстан Правилами техниче-

ской эксплуатации, безопасности и охраны окружающей среды при строительстве, прокладке и эксплуатации подводных трубопроводов и кабелей.

СТАТЬЯ 8. СОБЛЮДЕНИЕ ПРАВИЛ ТЕХНИКИ БЕЗОПАСНОСТИ ПРИ НЕФТЯНЫХ ОПЕРАЦИЯХ НА МОРЕ

1. При проведении Нефтяных операций на море Подрядчик и субподрядчики в целях безопасного ведения работ обязаны обеспечить выполнение следующих основных требований:

- постоянную готовность всей системы ликвидации аварий, включая кадры, технические средства и оборудование;
- снабжение средствами оказания первой помощи, индивидуальной защиты, спасения жизни персонала морских буровых установок, платформ, искусственных сооружений и противопожарным оборудованием;
- безопасность лиц, занятых на подводных работах;
- безопасность при транспортировке, хранении и использовании Нефти, попутных компонентов и горюче-смазочных материалов;
- автоматизацию контроля и управления технологическими процессами при нормальном и аварийном режимах эксплуатации оборудования, коммуникаций и контрольно-измерительных приборов.

2. Правила безопасного ведения Нефтяных операций на море утверждаются Кабинетом Министров Республики Казахстан.

СТАТЬЯ 9. ПРИРОДООХРАННЫЕ МЕРОПРИЯТИЯ ПРИ ПРОВЕДЕНИИ НЕФТЯНЫХ ОПЕРАЦИЙ НА МОРЕ

1. Природоохранные мероприятия должны осуществляться в приоритетном порядке при выполнении Нефтяных операций на море.

2. Подрядчик до начала определенной Нефтяной операции на море предоставляет «Оценку воздействия на окружающую среду (ОВОС)» этой операции.

3. Разрешение на проведение Нефтяных операций на море выдается Кабинетом Министров Республики Казахстан только после выполнения государственной экологической экспертизы проекта и ОВОС этих операций, выполненной республиканским органом охраны природы.

4. До начала Нефтяных операций на море и на весь их период Подрядчиком создается система получения оперативной комплексной информации об изменениях, происходящих в природе и характере влияния на нее технической деятельности – мониторинг.

СТАТЬЯ 10. СБРОС И ЗАХОРОНЕНИЕ ОТХОДОВ И ДРУГИХ МАТЕРИАЛОВ

Сброс и захоронение отходов и других материалов на море осуществляется только с разрешения и под контролем специально

уполномоченных на то государственных органов Республики Казахстан. Порядок и условия сброса и захоронения на море и выдача таких разрешений определяются Кабинетом Министров Республики Казахстан.

СТАТЬЯ 11. МОРСКИЕ НАУЧНЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ

Морские научные исследования казахстанскими и иностранными физическими и юридическими лицами проводятся в соответствии с Порядком выдачи разрешения на проведение и прекращение морских научных исследований, утверждаемым Кабинетом Министров Республики Казахстан.

СТАТЬЯ 12. КОНТРОЛЬ И ОТВЕТСТВЕННОСТЬ

1. Органы государственного управления и контроля и их должностные лица в пределах своей компетенции осуществляют контроль за соблюдением настоящего Закона и принятых в соответствии с ним нормативных актов при проведении Нефтяных операций на море.

2. Указания этих органов и должностных лиц, в пределах предоставленных им полномочий, являются обязательными для всех юридических и физических лиц, в том числе иностранных, ведущих нефтяные операции на море.

3. В случае невыполнения указаний государственных органов и должностных лиц, сделанных в пределах их компетенции, или в случае грубого нарушения закона этими органами и лицами может быть принято решение о временном приостановлении работ, связанных с проведением Нефтяных операций на море, впредь до устранения допущенных нарушений.

4. Подрядчики обязаны возместить причиненный их неправомерными действиями ущерб в полном объеме в соответствии с законодательством Республики Казахстан.

5. Должностные лица и граждане, виновные в:

– проведении Нефтяных операций на море и морских научных исследований без соответствующего разрешения (лицензии);

– незаконном сбросе и захоронении отходов и других материалов;

– прокладке подводных кабелей и трубопроводов с нарушением установленного порядка;

– нарушении установленных правил и требований по защите морской среды и морских живых ресурсов;

– воспрепятствовании законной деятельности или выполнении предписаний должностных лиц, специально уполномоченных на то органов государственного управления и контроля; и

– в иных нарушениях настоящего Закона, несут административную и уголовную ответственность в соответствии с законодательством Республики Казахстан».

На этот проект был представлен **Меморандум американской**

юридической фирмы «Hogan and Hartison, US counsellors at law» от 17 сентября 1993 г.

Привожу основные положения этого Меморандума, адресованного г-ну Бадоеву Тамерлану Измайловичу – вице-президенту консалтинговой фирмы «Алау». Я, к сожалению, не помню всех деталей нашего сотрудничества. Судя по моим записям, мы с ним ездили в США, в Нью-Йорк, где обсуждали с юристами этой фирмы проект Закона о нефтяных операциях на море.

«По Вашей просьбе мы рассмотрели проект Закона РК «О нефтяных операциях на море» (Проект Закона). Рассматривая его в соответствии с проектом «Закона о нефти», мы считаем, что он нормальный и достаточно полный по многим основным пунктам. В связи с этим мы представили следующие комментарии, целью которых является помочь Вам в обработке проекта Закона и обдумывании нескольких дополнительных положений. Наши предложения находятся в соответствии с основными линиями государственной политики, которые указаны в проекте Закона:

1. Сохранение суверенной власти РК над морскими пространствами, подпадающими под закон.
2. Введение эффективной процедуры для лицензирования и регулирования морских операций по нефтегазовому исследованию, разработке и добыче.
3. Обеспечение соответствующего уровня охраны здоровья и безопасности относительно морских операций.
4. Защита окружающей среды, включая специальные морские «заповедники».
5. Действительное главенство закона.

Мы руководствовались Проектом Закона о Нефти относительно «Компетентного органа», т.е. министерства, которое должно быть ответственным за управление Проектом Закона, однако во избежание беспорядка мы твердо рекомендуем, чтобы ответственное министерство было определено еще до утверждения Проекта Закона.

Там, где даны общие комментарии, мы по Вашей просьбе можем представить предложения для специальных дополнительных или измененных положений. Наши комментарии пронумерованы в том же порядке, что и положения Проекта Закона».

Далее в Меморандуме излагались детальные замечания по отдельным статьям Проекта.

Это была первая попытка создания специального закона о нефтяных операциях на море. К сожалению, она закончилась ничем, так как было принято решение готовить один общий Закон о нефти, включающий в себя и проведение нефтяных операций на море. Однако этот опыт был бесценным, ибо он был использован при подготовке этого основного закона.

51.3. ПРОЕКТ ЗАКОНА О ШЕЛЬФЕ КАСПИЙСКОГО МОРЯ 2001 г.

Распоряжением Премьер-Министра Республики Казахстан от 25 января 2001 г. №5 была образована рабочая группа по разработке проектов законов Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты по вопросам недропользования» и «О шельфе Каспийского моря» во главе со В.С. Школьником (заместитель Премьер-Министра РК – Министр энергетики и минеральных ресурсов РК), в которую входили представители всех министерств, имеющих отношение к разработке нефтяных месторождений на море.

Вице-министр энергетики и минеральных ресурсов РК У. Карабалин письмом от 1 февраля 2001 г. обратился ко мне с просьбой сформировать подгруппу по подготовке проекта Закона РК «О шельфе Каспийского моря».

Ответным письмом от 8 февраля 2001 г. я сообщил Узакбаю Карабалину:

«В соответствии с Вашей просьбой направляю Вам список группы разработчиков проекта Закона «О шельфе Каспийского моря» и предложения по кандидатурам в рабочую подгруппу по разработке проекта Закона «О шельфе Каспийского моря».

Список группы разработчиков проекта Закона «О шельфе Каспийского моря»:

1. Сулейменов Майдан Кунтуарович, директор НИИ частного права Казахской государственной юридической академии, член-корреспондент НАН РК, д.ю.н., профессор.

2. Басин Юрий Григорьевич, главный научный сотрудник НИИ частного права Казахской государственной юридической академии, д.ю.н., профессор.

3. Осипов Ерлан Бекетович, научный сотрудник НИИ частного права Казахской государственной юридической академии, к.ю.н.

4. Покровский Борис Владимирович, ведущий научный сотрудник НИИ частного права Казахской государственной юридической академии, к.ю.н.

5. Клишкин Сергей Иванович, доцент кафедры гражданского права Казахской государственной юридической академии, к.ю.н.

По мере необходимости в ходе работы по подготовке проекта Закона «О шельфе Каспийского моря» в группу разработчиков могут привлекаться и иные специалисты в области разработки нормативных правовых актов по недрам.

В качестве представителей в рабочую подгруппу от группы разработчиков предлагаем следующие кандидатуры:

1. Сулейменов Майдан Кунтуарович, директор НИИ частного права КазГЮА, чл.-корр. НАН РК, д.ю.н., профессор.

2. Осипов Ерлан Бекетович, НС НИИ частного права КазГЮА, к.ю.н.

Предлагается также план работы группы разработчиков проекта Закона Республики Казахстан «О шельфе Каспийского моря»

№	Этапы работы	Период времени
1	Создание группы разработчиков проекта Закона Республики Казахстан «О шельфе Каспийского моря»	До 8 февраля 2001 года
2	Решение вопросов финансирования деятельности группы разработчиков	До 15 февраля 2001 года
3	Изучение проблемных вопросов, законодательства зарубежных стран, в том числе и посещение двух зарубежных стран, в которых наиболее удачно решаются вопросы использования недр морского шельфа (ориентировочно – Норвегия, Мексика или Венесуэла), заседания группы разработчиков с привлечением заинтересованных министерств и ведомств, подрядных организаций недропользователей Каспийского шельфа, разработка концепции законопроекта и подготовка проекта Закона.	С момента решения вопросов финансирования в течение 3 месяцев – ориентировочно до конца апреля-середины мая
4	Процедура согласования проекта Закона с министерствами и ведомствами в соответствии с регламентом Правительства и учет поступивших при процедуре согласования замечаний и предложений.	В течение 1-1,5 месяцев – ориентировочно с середины мая до конца июня
5	Представление окончательного варианта проекта Закона Республики Казахстан «О шельфе Каспийского моря» в Правительство.	К 1 июля 2001 года

План необходимых поездок для ознакомления с законодательством стран, где наиболее удачно решаются вопросы использования недр морского шельфа, и практикой его применения, а также список кандидатур для них.

Планируемые необходимые поездки:

1. Норвегия – ориентировочно март-апрель
2. Мексика (либо Венесуэла) – ориентировочно апрель-май

Состав делегации:

1. Сулейменов М.К. – руководитель группы разработчиков
2. Осипов Е.Б. – член группы разработчиков
3. Исаев М.И. – директор департамента нефти и газа Министерства энергетики и минеральных ресурсов РК.

4. Представитель рабочей подгруппы – юрист от ОКИОК».

К сожалению, проект закончился ничем. Хотя нам не удалось посетить Норвегию и Мексику, но проект закона мы подготовили. Однако к этому времени интерес у Правительства РК к этому проекту угас.

51.4. ЗАКОН РК «О СОГЛАШЕНИЯХ О РАЗДЕЛЕ ПРОДУКЦИИ ПРИ ПРОВЕДЕНИИ НЕФТЯНЫХ ОПЕРАЦИЙ НА МОРЕ»

51.4.1. Прежде всего я хочу привести **Приказ Министра энергетики и минеральных ресурсов РК В. Школьника от 24 июня 2003 г. №140 «О создании рабочей группы по разработке проекта Закона Республики Казахстан «О соглашениях о разделе продукции при разведке и добыче углеводородного сырья»** под руководством К.Б. Сафинова – управляющего директора по правому обеспечению ЗАО «НК «КазМунайГаз».

Помимо чиновников, в рабочую группу были включены также:

Сулейменов Майдан Кунтуарович	– директор Научно-исследовательского института частного права Казахского гуманитарно-юридического университета;
Басин Юрий Григорьевич	– главный научный сотрудник Научно-исследовательского института частного права Казахского гуманитарно-юридического университета;
Осипов Ерлан Бекетович	– научный сотрудник Научно-исследовательского института частного права Казахского гуманитарно-юридического университета;
Ченцова Ольга Ивановна	– управляющий партнер юридической фирмы «Эквитас».

Однако проект Закона был подготовлен без нашего участия. Нам была предоставлена роль экспертов проекта.

51.4.2. В соответствии с запросом Национальной компании «КазМунайГаз» от 23 августа 2003 г. группа ученых (М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин, Е.Б. Осипов, О.И. Ченцова) подготовила **Правовую экспертизу по проекту Закона РК «О соглашениях о разделе продукции при проведении нефтяных операций» от 12 и 16 сентября 2003 г.**

3) В **Ответном письме от 17 сентября 2003 г.** Управляющий директор НК «КазМунайГаз», руководитель Рабочей группы К. Сафинов сообщил следующее:

«Рассмотрев представленный Вами проект Правовой экспертизы (далее – Заключение) про проекту Закона Республики Казахстан

«О соглашениях о разделе продукции при проведении нефтяных операций» (далее – законопроект), сообщая следующее.

В первую очередь хотелось бы выразить благодарность за понимание ситуации и подготовку документа в сжатые сроки.

В целом по заключению необходимо отметить, что в задачу экспертов входил анализ законопроекта на предмет соответствия законодательным актам Республики Казахстан, и, соответственно, многие замечания о нецелесообразности или «неудачности», а также замечания, лишённые какого-либо правового обоснования, не могут быть приняты во внимание. Вместе с тем мы понимаем, что, возможно, для детальной проработки законопроекта отсутствовало достаточное количество времени.

Необходимо отметить, что Правительством Республики Казахстан вполне осознанно принято решение о срочной подготовке законопроекта, поскольку существует выбор либо начать широкомасштабную работу в казахстанском секторе Каспийского моря без специального законодательного акта, регламентирующего принципы заключения наиболее предпочтительного для инвесторов вида контракта на недропользование, либо принять закон, содержащий концептуальные подходы по разделу продукции и получению прав недропользования по данной модели, позволяющий решить максимальное количество вопросов с целью достижения баланса интересов государства и подрядчиков.

Законопроект был разработан в соответствии с Государственной программой освоения казахстанского сектора Каспийского моря, утвержденной Указом Президента Республики Казахстан от 16 мая 2003 года №1095, поручением Премьер-Министра Республики Казахстан и на основе Концепции данного законопроекта, которая была одобрена протокольным решением на совещании Премьер-Министра Республики Казахстан. В указанных документах уже нашли свое отражение многие положения, получившие развитие в законопроекте, например, размер доли национальной компании в проектах (не менее 50%), обязательства по использованию местных товаров, материалов и услуг, найма на работу и обучению казахстанских специалистов; обязательства недропользователей по выполнению социальных проектов; экологические стандарты при работах на море и др. В связи с чем, на наш взгляд, отсутствуют основания для обсуждения целесообразности или обоснованности таких положений.

Следует отметить, что в проекте Концепции предусматривалась возможность подготовки не отдельного законодательного акта, а соответствующих глав в Указах «О недрах и недропользовании» и «О нефти», однако впоследствии Правительством Республики Казахстан было принято решение о необходимости разработки отдельного закона.

По концептуальным замечаниям можно согласиться в части корректировки применяемой терминологии, что уже учтено разработчиком.

Относительно замечания об отсутствии внутренней концепции полагаю, что при проведении экспертизы законопроекта следовало более детально проанализировать имеющиеся статьи и их последовательность. Также вызывает вопрос утверждение о наличии множества норм, дублирующих Указы «О недрах и недропользовании» и «О нефти», что не подтверждается ссылками на конкретные положения этих Указов.

Совершенно верно поставлен вопрос о необходимости определения правовой природы СРП, что и было отражено в законопроекте, т.е. СРП является самостоятельным видом договоров, не относится к какому-либо виду гражданско-правовых договоров, и, соответственно, не может регулироваться только нормативными правовыми актами отрасли гражданского права.

В отличие от концессионного договора, согласно которому право собственности на добытую продукцию принадлежит недропользователю, в соответствии с соглашением о разделе продукции подрядчику принадлежит право собственности только на часть произведенной им продукции. Государству при этом поступает в собственность другая часть. Подрядчик по СРП получает компенсационную продукцию и долю в прибыльной продукции. Ни одна из указанных разновидностей продукции не известна концессионному договору.

Соглашение о разделе продукции является отдельным видом договора, не совпадающим ни с концессионным договором, ни с договором подряда.

Таким образом, система договорных отношений в недропользовании включает три основных вида между принимающей страной и инвестором:

Концессия (согласно действующему Налоговому кодексу Республики Казахстан первая модель налогообложения недропользователей);

Соглашение о разделе продукции;

Соглашение о предоставлении услуг (с риском или без риска, так называемые сервисные контракты).

Во внесенном Правительством Республики Казахстан на рассмотрение Мажилиса Парламента Республики Казахстан в соответствии с постановлением от 24 декабря 2002 года №1352 законопроекте «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам недропользования и проведения нефтяных операций в Республике Казахстан» пункт 1 статьи 25 законодательного акта «О нефти» Правительством дополняется частью второй следующего содержания:

«Контракты на проведение операций по недропользованию заключаются на условиях концессии, раздела продукции, подряда, возмездного оказания услуг (сервисного контракта). Порядок заключения, исполнения, изменения и прекращения контракта производится в соответствии с настоящим Законом («О нефти». – *примечание эксперта*) и Гражданским кодексом Республики Казахстан.

В процессе обсуждения норм законопроекта в головном комитете Мажилиса Парламента депутатами, Аппаратом Мажилиса и разработчиками указанного законопроекта принята следующая градация видов контрактов:

- о разделе продукции;
- концессии;
- о подряде и возмездном оказании услуг (сервисный контракт).

В зависимости от условий конкретных операций по недропользованию и других обстоятельств допускаются комбинированные и иные виды контрактов.

Необходимо отметить, что доктором юридических наук, профессором М.К. Сулейменовым принималось участие в работе над изложенными поправками, внесенными в Мажилис Парламента Республики Казахстан в декабре 2002 года, и им было поддержана указанная градация контрактов, предполагающая наличие такого отдельного вида, как соглашение о разделе продукции, не являющееся подрядным договором.

Таким образом, изложенное свидетельствует о наличии определенных подходов как у Правительства, так и у законодателей и ученых к юридической природе соглашений о разделе продукции. При разработке законопроекта о соглашениях о разделе продукции при проведении нефтяных операций на море было использовано данное концептуальное решение.

Вызывает большие сомнения отнесение государства как собственника к числу заказчиков, наличие которого предусматривается в главе 32 Гражданского кодекса Республики Казахстан (Особенная часть), заключающего договор на выполнение работ с передачей их результатов подрядчиком заказчику. Если исходить из главного признака – отношений собственности, то найти общее между подрядом и соглашением о разделе продукции сложно. отождествление соглашений о разделе продукции с подрядным договором стирает различия между сервисным контрактом и соглашением о разделе продукции. Данное разработчиком определение соглашения о разделе продукции не позволяет допускать его вольной трактовки. Столь важная отличительная экономическая основа расчетов между государством и подрядчиком-инвестором позволяет утверждать о наличии в данном случае особенного предмета регулирования – недропользование на условиях раздела продукции. Прибыльная продукция – это экономическая и юридическая кате-

гория, не известная ни подрядному, ни концессионному договору, ни договору о возмездном оказании услуг (глава 33 ГК).

В отношении места и роли национальной компании уже отмечалось, что вышеуказанной Государственной программой ей отведена ключевая роль при освоении казахстанского сектора Каспийского моря и предусмотрено право получения не менее 50% участия во всех проектах на условиях раздела продукции.

Предоставление приоритета собственной национальной компании государства является распространенной практикой в ряде стран (например, Норвегия, Малайзия). Более того, в ряде стран нацкомпаниям переданы функции по предоставлению от имени государства прав недропользования. Полагаем в целом некорректными высказывания о целесообразности ключевых вопросов, уже определенных актами Президента и Правительства Республики Казахстан.

В отношении полномочного органа, полагаем, вопрос урегулирован с учетом существующей практики его существования, а объемом выполняемых функций определился в ходе мониторинга двух крупных существующих СРП, и постановлением Правительства Республики Казахстан были установлены рамки работы полномочного органа. Представление государственных интересов в соглашениях о разделе продукции, осуществление коммерческого контроля за деятельностью подрядчиков при проведении совмещенной разведки и добычи или добычи углеводородов и другие функции выполняются полномочным органом с учетом имеющихся ограничений, в том числе запретов на выполнение контрольных и надзорных функций государственных органов».

51.4.3. В соответствии с письмом К. Сафинова нами (М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин, Е.Б. Осипов, О.И. Ченцова) 6 октября 2003 г. была подготовлена итоговая версия **Правовой экспертизы по проекту Закона Республики Казахстан «О соглашениях о разделе продукции при проведении нефтяных операций на море» (далее – Правовая экспертиза):**

«Настоящая Правовая экспертиза подготовлена в соответствии с запросом НК «КазМунайГаз» от 22 августа 2003 г., содержащим задание по оценке Проекта Закона Республики Казахстан «О соглашениях о разделе продукции при проведении нефтяных операций на море» (далее – Законопроект), а также по вопросам внесения соответствующих изменений и дополнений в законодательство Республики Казахстан по вопросам недропользования и нефти, включая увеличение использования при проведении нефтяных операций казахстанских товаров, работ и услуг.

Наше предварительное мнение по данным вопросам высказывалось в Проектах от 12 и 16 сентября 2003 г.

При подготовке настоящей итоговой версии Правовой эксперти-

зы мы учитывали, насколько это было возможно, встречное мнение и пояснения НК «КазМунайГаз» в ответ на подготовленный нами Проект Правовой экспертизы от 12 сентября 2003 года. К сожалению, мы не располагали обновленной версией Законопроекта, поэтому некоторые наши замечания могут быть неактуальными. Возможно, подготовленные изменения в Указ «О недрах» и Указ «О нефти», которые нам не известны, позволят снять ряд содержащихся в Правовой экспертизе замечаний.

Помимо анализа конкретных статей Законопроекта, мы считали необходимым высказать при подготовке Правовой экспертизы некоторые наиболее существенные концептуальные замечания по нему. С учетом сказанного Правовая экспертиза включает в себя следующие разделы:

I. Концептуальный подход к Соглашениям о разделе продукции в Казахстане и их правовому регулированию

II. Постатейные замечания по Законопроекту

III. Замечания по поправкам к проекту Закона РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам недропользования и проведения нефтяных операций»

IV. Ответы на вопросы, поставленные в Дополнительном запросе.

I. Концептуальный подход к Соглашениям о разделе продукции в Казахстане и их правовому регулированию.

1. История правового регулирования Контрактов на проведение нефтяных операций. Первым законом Республики Казахстан как независимого государства в сфере недропользования был Кодекс РК «О недрах переработке минерального сырья» от 30 мая 1992 г., который содержал общие указания на «договор на пользование недрами для добычи полезных ископаемых, переработки минерального сырья и в иных целях».

Указ Президента РК, имеющий силу Закона, «О нефти» от 28 июня 1995 года и Указ Президента РК, имеющий силу Закона, «О недрах» от 27 января 1996 года (далее – Указ «О нефти» и Указ «О недрах») уже содержали специальные статьи «Виды контрактов». Оба Указа называли (с небольшими редакционными отличиями) следующие виды контрактов: 1) о разделе продукции; 2) на предоставление услуг (сервисный контракт); 3) о совместной деятельности (с образованием и без образования юридического лица). В Указе «О недрах», кроме того, в список был включен контракт о концессии. Оба Указа допускали в зависимости от условий конкретных операций по недропользованию комбинированные и иные виды (по терминологии Указа «О нефти» – формы) контрактов.

После внесения изменений в Указы «О недрах» и «О нефти» Законом от 11 августа 1999 года первоначальные названия Контрак-

тов были отменены, и теперь в Указах названы Контракты: 1) на проведение работ по разведке; 2) на проведение работ по совместной разведке и добыче; 3) на строительство и (или) эксплуатацию подземных сооружений, не связанных с разведкой и (или) добычей (в Указе «О нефти» – подземных хранилищ и резервуаров нефти). Кроме того, Указ «О нефти», в отличие от Указа «О недрах», по-прежнему специально выделяет Контракт о разделе продукции. И вновь, в зависимости от условий конкретных операций по недропользованию и других обстоятельств, Указами предусматриваются комбинированные и иные виды Контрактов.

Очевидно, что классификационными критериями для выделения видов Контрактов в 1995–1996 и в 1999 годах послужили разные основания. Первоначально они были проклассифицированы по их юридическому содержанию; действующая классификация Контрактов исходит из деления контрактов в зависимости от вида операций на недропользование (хотя выделение Контракта о разделе продукции не основано на данном критерии). Проект изменений Указов (официальный вариант от декабря 1992 года) вновь возвращается к первоначальной классификации Контрактов – т.е. по их юридическому содержанию.

2. Актуальность законопроекта. Актуальность представленного на экспертизу проекта Закона Республики Казахстан «О соглашениях о разделе продукции при проведении нефтяных операций» (далее – Законопроект) не вызывает сомнения.

В первую очередь, такая актуальность обусловлена неразработанностью в Указах «О недрах» и «О нефти» правового режима Контрактов на недропользование и Контрактов на проведение нефтяных операций.

Во-вторых, актуальность Законопроекта обусловлена как увеличившимся числом Контрактов на проведение нефтяных операций, заключаемых в форме Соглашения о разделе продукции (СРП), так и стратегическими планами по более широкому применению данного вида договора при разработке нефтяных месторождений на Каспии.

Возможно, более целесообразно было бы внести дополнения и изменения в Указы «О недрах» и «О нефти» (в части особенностей проведения нефтяных операций на море и детализации правового регулирования отдельных видов Контрактов на недропользование либо Контрактов на проведение нефтяных операций), но, в принципе, принятие отдельного законодательного акта, предусматривающего особенности правового регулирования такого Контракта, как Соглашение о разделе продукции, не нарушает законодательной техники и является одним из путей совершенствования законодательства в области недропользования и проведения нефтяных операций.

3. Общая оценка Законопроекта. Представленный Законопроект может быть принят за основу, однако требует дальнейшей концептуальной и редакционной доработки.

4. Концепция Законопроекта. За основу Законопроекта был принят, как мы понимаем, Закон Российской Федерации «О соглашениях о разделе продукции». Необходимо отметить, что СРП по законодательству России является собирательной юридической конструкцией для Контракта на недропользование, так как по данному Закону под СРП понимается как проведение «инвестором» работ по поиску, разведке и добыче полезных ископаемых без всяких условий о разведке продукции (Концессия), так и проведение аналогичных работ с условиями раздела произведенной продукции (собственно СРП). Поэтому «СРП» по законодательству Российской Федерации не соответствует в полной мере понятию «СРП», применяемому в международном нефтяном бизнесе во многих других странах. Как известно, в самой России Соглашения о разделе продукции не получили широкого применения, и там преобладает лицензионный порядок предоставления недропользования.

Для Казахстана такая концепция не совсем приемлема, так как на основе концессионных отношений построены Указы «О недрах» и «О нефти», поэтому здесь следует более четко выделить специфические особенности Соглашения о разделе продукции, что пока сделано в Законопроекте недостаточно последовательно.

Законопроект использует в ряде случаев терминологию российского законодательства о недропользовании и об СРП, что создает коллизии с казахстанским законодательством о недропользовании и о нефти. Например, используются термины «пользование недрами», «пользование морскими блоками» и т.д., в то время как в казахстанском законодательстве используются термины «право недропользования», «право проведения нефтяных операций», «право проведения нефтяных операций на море» и т.д.

Вследствие этого Законопроект содержит несистемные нормы, регулирующие отношения по Соглашению о разделе продукции не в полном объеме. В Законопроекте отсутствуют нормы о существенных условиях Соглашения, нет четкого определения его правовой природы. Помимо этого, Законопроект содержит нормы, дублирующие нормы Указов «О недрах» и «О нефти», хотя в нем прямо предусмотрено, что по не урегулированным им отношениям применяются нормы законодательных актов о недрах и о нефти.

5. Правовая природа Соглашения о разделе продукции. Определение правовой природы Соглашения о разделе продукции имеет большое практическое значение, поэтому необходимо четко определиться, является ли оно самостоятельным видом договора или относится к какому-то типу гражданско-правовых договоров.

С учетом анализа существенных черт СРП, основными из кото-

рых является обязанность недропользователя за свой риск осуществлять добычу полезных ископаемых из недр, находящихся в собственности государства, при условии возмещения за счет добытой нефти понесенных расходов и получении в виде вознаграждения части добытой нефти, данное Соглашение объективно относится к разновидности гражданско-правового договора подряда. Это подтверждает и международная практика, так как в законодательстве большинства стран, где применяется СРП, оно рассматривается как разновидность подряда. Из этого вытекает, в частности, определение вопросов о праве собственности на добытую нефть, рисков при добыче и транспортировке нефти, правах на возмещение понесенных недропользователем расходов, порядке определения долей сторон при разделе нефти и их доходов (прибыли) и т.д.

Полагаем, что необходимо прямо обозначить в Законопроекте Соглашение о разделе продукции как разновидность договора подряда и определить субсидиарность применения к нему норм о подряде, содержащихся в ГК, что упорядочит разрешение многих вопросов о порядке заключения, исполнения, прекращения, расторжения СРП, которые не отражены в законопроекте, но содержатся в ГК.

6. Соотношение Соглашения о разделе продукции, Сервисных контрактов и Концессии. Необходимо в Законопроекте (и далее – в Указах «О недрах» и «О нефти») концептуально отделить СРП от концессионных соглашений, особенно в части налогообложения, а также от Сервисных контрактов.

Полагаем, что в Казахстане целесообразно применение двух основных видов Контрактов – Концессии и Соглашения о разделе продукции (редким случаем применения являются Сервисные контракты, по юридическим признакам схожие с СРП). Различия между ними заключаются в применении в основе этих Контрактов различных обязательств: при Концессии основой являются арендные отношения, при Соглашении о разделе продукции (и Сервисных контрактах) – подрядные отношения. При Концессии собственником добытой нефти является Подрядчик, при подрядных отношениях собственником добытой нефти до компенсации расходов Подрядчика и разделе продукции является Государство.

В настоящее время по законодательству Казахстана Подрядчику предоставляется на определенный срок участок недр (нефтяной блок) для осуществления операций по Разведке, Добыче или совмещенной Разведке и Добыче. При этом Подрядчик обязан выплачивать роялти, а добытая нефть является его собственностью. Такие отношения являются Концессией, хотя Указы «О недрах» и «О нефти» этот термин в настоящее время не используют.

При соглашении о разделе продукции Подрядчик обязуется за свой риск осуществлять операции по Добыче или Совмещенной

Разведке и Добыче при условии раздела добытых полезных ископаемых. Как правило, в СРП оговариваются условия о предоставлении возмещения Подрядчику понесенных для выполнения работ расходов за счет добытых полезных ископаемых (нефти) до раздела продукции. Однако условия о получении возмещения не являются определяющими для СРП, так как основополагающим правилом является получение Государством – собственником недр – так называемой «экономической ренты» в виде доли добытой нефти, а не роялти (права Государства) и налогов с доходов Подрядчика при Концессии.

В отличие от Соглашения о разделе продукции по Сервисному контракту Подрядчик осуществляет работы по Разведке и Добыче за свой риск, но за установленную плату в денежной форме, и получает, как правило, денежное возмещение за понесенные расходы. Никаких прав на полезные ископаемые (нефть) подрядчик не приобретает; собственником добытой нефти является Государство. Эти отношения также являются, по существу, разновидностью подряда.

Основная экономическая разница между Концессией и Соглашением о разделе продукции состоит в уровне возмещаемых затрат и порядке изъятия Государством своей части.

При Концессии изъятие происходит из валового дохода (добычи) и уровень возмещаемых затрат ниже; при этом Государство изначально получает прибыль от разработки, несмотря на «бесприбыльность» деятельности концессионера на первых этапах добычи; и прибыль Государства неизменна в период действия Контракта, а Подрядчик получает возмещение в виде вычетов при определении объекта налогообложения, а также амортизации фиксированных активов.

При СРП уровень возмещаемых затрат выше, Государство получает меньший доход при начальных этапах разработки месторождения до возмещения недропользователем – Подрядчиком своих затрат, при этом последний имеет возможность изначально или через меньший, чем при Концессии, срок получать прибыль в виде части «прибыльной» нефти (нефти после возмещения определенной части затрат). При СРП недропользователь получает прибыль равномерно и в меньшей зависимости от возмещения понесенных затрат, а доля Государства возрастает с уменьшением расходов на возмещение затрат недропользователя – Подрядчика.

Все это необходимо разграничить при определении налогового режима по Соглашению о разделе продукции. Определение Соглашения о разделе продукции в качестве разновидности подряда существенно облегчит работу по доработке его налоговой модели.

7. Особенности СРП с условиями прямого раздела продукции. По юридическому содержанию обязательства, лежащего в основе

Соглашения о разделе продукции с условиями о прямом разделе, каких-либо существенных особенностей, по нашему мнению, не имеется. В юридической основе такого Соглашения с условиями прямого раздела также присутствуют подрядные отношения: Подрядчик за свой риск производит добычу полезных ископаемых за плату в виде доли произведенной продукции.

Особенности этого вида СРП будут заключаться, по нашему мнению, в большей части в налоговом режиме и условиях налогообложения. Не вдаваясь углубленно в налоговые вопросы, хотелось бы отметить, что, вероятно, в связи с этим видом СРП (с прямым разделом) возникнет необходимость введения в Налоговый кодекс третьей модели налогообложения недропользователей, так как существующие две модели налогообложения недропользователей вряд ли полностью приемлемы при прямом разделе продукции.

8. Соотношение Законопроекта с Указом «О недрах» и «О нефти». Законопроект, как уже отмечалось, содержит прямое указание о применении к отношениям, не урегулированным Законом «О соглашениях о разделе продукции», норм законодательных актов о недрах и о нефти, что правильно. В то же время такая конструкция делает ненужным воспроизводство в Законопроекте норм, уже урегулированных Указами «О недрах» и «О нефти»), либо норм, которые по содержанию относятся к регулированию общих вопросов по недропользованию и по осуществлению нефтяных операций, в том числе на море. Законопроект должен содержать нормы, относящиеся непосредственно только к Соглашению о разделе продукции (условия договора, права и обязанности сторон и т.д.). Все иные вопросы, в том числе и определение места СРП в системе Контрактов на недропользование, вопросы особенностей правового регулирования Соглашения о разделе продукции по сравнению с общими нормами, определение прав собственности на добытую нефть по СРП, общие экологические вопросы проведения нефтяных операций на море и т.д., должны содержаться в общих законодательных актах, регулирующих сферу недропользования или сферу проведения нефтяных операций. Поэтому одновременно с подготовкой Законопроекта необходима разработка соответствующего проекта Закона о внесении изменений и дополнений в Указ «О недрах» и Указ «О нефти».

9. Доля государства в СРП. Законопроект не содержит в полной мере норм о регулировании Соглашения о разделе продукции в части урегулирования механизмов получения Государством экономической ренты, в том числе и по условиям раздела продукции.

Необходимо более детально разработать и закрепить в Законопроекте механизмы отчисления доли (экономической ренты) Государства при разделе продукции, а также детально разработать все иные сопутствующие обязанности Подрядчика по Соглашению о

разделе продукции. Существует, по крайней мере, четыре разных источника изъятия государством части добываемой нефти и части прибыли Подрядчика, соответственно, это – обязанности Подрядчика по отчислениям в пользу государства экономической ренты по использованию недр, что соответственно предполагает четыре блока вопросов, требующих урегулирования в законопроекте.

Это, во-первых, регулирование вопросов уплаты роялти (если оно будет) и бонусов, как доходов государства от валовой добычи нефти вне зависимости от прибыльности или убыточности недропользования.

Во-вторых, блок регулирования вопросов определения доли государства от обязательного участия в разработке Национальной компании (в законопроекте предусмотрено право Национальной компании на обязательное не менее 50% участие в Контракте).

В-третьих, регулирование вопросов определения доли прибыльной нефти (валового объема добычи нефти за исключением роялти и бонусов и доли нефти, передаваемой Подрядчику для возмещения понесенных затрат) и ее раздела.

В-четвертых, блок регулирования налогов Подрядчика от дохода, полученного за счет переданной ему доли прибыльной нефти и, возможно, компенсационной нефти.

Помимо этого, согласно международной практике применения Соглашения о разделе продукции, в СРП могут предусматриваться обязанности по обязательной реализации Подрядчиком части нефти из своей доли раздела на внутреннем рынке.

Необходимо определиться в принципе – какие формы изъятия Государством части валовой добычи нефти и прибыли Подрядчика необходимо установить в законопроекте с учетом сохранения инвестиционной привлекательности Казахстана, а также по возможности детализированно предусмотреть все вопросы регулирования этих форм изъятия.

Необходимо особенно пристально изучить целесообразность установления императивного правила о не менее 50% участия во всех Соглашениях о разделе продукции Национальной компании. Из буквального толкования норм представленного Законопроекта следует обязательное участие Национальной компании во всех СРП с долей не менее 50%, что может существенно снизить инвестиционную привлекательность нефтяных месторождений Казахстана, а также создаст на практике проблемы для предоставления нефтяных блоков, которые при данном условии не будут иметь интереса для потенциальных недропользователей. Как правило, в законодательстве стран, где применяется Соглашение о разделе продукции, присутствует конструкция установления максимального, а не минимального участия государства в Подрядных работах (не более 15% или даже четко установленная планка в 51%).

10. Национальная компания в СРП. Необходимо концептуально определиться с правами и обязанностями Национальной компании, когда она участвует в разработке участков недр в обязательном для себя порядке, либо когда она получает нефтяной блок на основе прямых переговоров.

При определении прав и обязанностей Национальной компании в этих случаях следует, по нашему мнению, исходить из того, что участие Национальной компании в разработке участка недр, пусть даже в обязательном для нее порядке, означает участие этой компании в качестве со-подрядчика (долевого подрядчика) с возложением на нее всех без исключения обязанностей, которые предусмотрены для Подрядчика, и участие Национальной компании в консорциональном соглашении с иными со-подрядчиками на равных условиях (в том числе и по уплате налогов, ответственности перед Компетентным органом и т.д.) Законопроект не в полной мере определяет эти вопросы и требует дальнейшей доработки в этой части.

Необходимо концептуально определиться с возможностью предоставления (согласно проекту Закона о внесении изменений и дополнений в Указы «О недрах» и «О нефти») участка недр Национальной компании, в отношении которого Национальной компании предоставляется право на самостоятельное привлечение «стратегического» партнера. Такая конструкция (поскольку Законопроект не содержит отсылку к статье 14 Закона «О недрах», а общая отсылка в ст. 2 Законопроекта к другому законодательству в данном случае недостаточна) позволяет фактически подменить государство Национальной компанией и противоречит принципу государственной собственности на недра Республики Казахстан. Таким образом, Национальная компания, получив участок недр, вправе уступить свое право недропользователя полностью или частично на общих условиях, установленных для недропользователей, но никак не в каком-то особом порядке, который по содержанию представляет собой передачу нефтяного блока в субаренду. Сделка по отчуждению права недропользования должна соответствовать всем предусмотренным Указами «О недрах» и «О нефти» требованиям, в том числе и правилам о регистрации изменения условий Контракта, а также требованиям, которые будут предусмотрены для Подрядчиков Законопроектом.

11. Полномочный орган в СРП. Необходимость создания особого органа, контролирующего деятельность Подрядчика, вызывает большие сомнения, особенно с учетом создания такого органа, как управляющий комитет.

Необходимо более пристально исследовать вопрос о возможности представления Национальной компанией Государства в Полномочном органе. С учетом обязательного участия Национальной

компании (не менее 51%) в разработке недр при применении Соглашения о разделе продукции усматривается явный конфликт интересов (i) между со-подрядчиками и Национальной компанией как со-подрядчиком и контролирующим Полномочным органом; (ii) между государством и Национальной компанией как Полномочным органом и со-подрядчиком по Контракту. Получается, Национальная компания как полномочный орган контролирует своих контрагентов по Договору о совместной деятельности, заключаемому между со-подрядчиками, а также Национальная компания, как полномочный орган, контролирует сама себя как со-подрядчика. Такая ситуация изначально создает неравные условия между со-подрядчиками, а также снижает контроль Государства за деятельностью Национальной компании и за деятельностью подрядчиков по Соглашению о разделе продукции.

Ситуации не меняет передача Национальной компании прав со-подрядчика своей дочерней организации, так как последняя все равно полностью контролируется Национальной компанией, которая таким образом сохраняет свои интересы в СРП. С нашей точки зрения, в Законопроекте необходимо концептуально определиться, нужен ли вообще Полномочный орган, либо установить, что Полномочным органом могут выступать только уполномоченные государственные органы или специально создаваемый орган из представителей государственных органов, не имеющих никакого собственного интереса в коммерческой деятельности по Соглашению о разделе продукции.

Перечень полномочий Полномочного органа довольно бессистемен и вызывает ряд вопросов об их необходимости (например, контроль за представлением отчетов в Минфин с учетом того, что Министерство само должно осуществлять такой контроль)).

Далее в Разделе II содержались постатейные замечания по проекту на 10 страницах, которые я опускаю.

«Раздел IV. Ответы на вопросы, поставленные в Дополнительном запросе

Согласно представленному Дополнительному запросу нами подготовлены в дополнение к правовому заключению ответы на поставленные вопросы.

1. Считаю целесообразным и необходимым разработку Закона «О соглашениях о разделе продукции», которым бы регулировался общий порядок заключения данного вида Контрактов на недропользование или Контрактов на проведение нефтяных операций с условиями о разделе продукции. Вопросы особенностей применения (если они только имеются) данного вида Соглашения при осуществлении нефтяных операций на море (на Каспии и Аральском море) наиболее уместно отразить в Указе «О нефти», в котором регулируется проведение нефтяных операций на море. Такие особен-

ности относятся, преимущественно, к экологическим вопросам. При этом, с точки зрения юридического оформления, существенных особенностей СРП на суше или на море не имеется.

2. Вопросы определения величины блоков не являются предметом регулирования ни Указов «О недрах» и «О нефти», ни представленного Законопроекта и могут определяться Правительством путем внесения необходимых изменений и дополнений в Положение о порядке проведения нефтяных операций на море и внутренних водоемах Республики Казахстан с учетом экономических интересов.

3. Вопросы переработки нефти не являются предметом регулирования Указов «О недрах» и «О нефти» и представленного Законопроекта. Такие вопросы регулируются специальным законодательным актом. В то же время условия переработки нефти могут быть определены условиями конкурса и Контракта как существенные для предоставления права на проведение нефтяных операций. Поэтому эти вопросы могут включаться в условия конкурса и контракта на проведение нефтяных операций, но они неуместны в содержании представленного Законопроекта.

4. Бухгалтерский учет и финансовая отчетность, а также валютное регулирование являются сферой регулирования специального законодательства и должны, соответственно, решаться в этом законодательстве с учетом экономических интересов Республики и денежно-валютной политики государства. Для правового регулирования СРП эти вопросы не имеют существенного значения, но они относятся к общим вопросам валютно-денежного регулирования и регулирования бухгалтерского учета и финансовой отчетности.

5. Для решения возможности продления СРП на более выгодных для Казахстана условиях в Законопроекте можно предусмотреть преимущественное право на его заключение без конкурса Подрядчиком по предыдущему СРП с внесением, соответственно, необходимых дополнений в нормы Указов «О недрах» и «О нефти», регулирующих вопросы предоставления права недропользования и права на проведение нефтяных операций без конкурса.

6. Целесообразность и обоснованность определения в Законопроекте статуса Полномочного органа весьма спорна, тем более выделения в качестве Полномочного органа Национальной компании, так как в этом случае возникает конфликт интересов как между со-подрядчиками, так и между Национальной компанией и Государством.

7. Считаю нецелесообразным закрепление в императивной форме порядка реализации нефти (реализация всей нефти Подрядчиком с перечислением Республике Казахстан стоимости ее доли, реализация своей доли республикой самостоятельно через Национальную компанию, реализация всей нефти «агентом» с последую-

щим взаиморасчетом с Республикой Казахстан и Подрядчиком) в Законопроекте (либо в Указах «О недрах» или «О нефти»), так как эти вопросы могут быть определены в Соглашении о разделе продукции. Тем более что перечисленные формы реализации не являются исключительными, существуют и иные способы реализации. В СРП может быть предусмотрен какой-то общий порядок реализации (например, реализация нефти Подрядчиком с перечислением стоимости Республике) с возможностью по заявлению Республики Казахстан получать в определенный период времени какую-то часть нефти в натуральной форме для ее реализации через Национальную компанию, в том числе и на внутреннем рынке, и т.д. Формы реализации могут зависеть от многих факторов, в том числе и от возможностей транспортировки, обязательств Республики по международным договорам, задачам удовлетворения потребностей внутреннего рынка и т.д.

8. Сроки Соглашения о разделе продукции могут устанавливаться с учетом экономической целесообразности, но и с учетом поддержания необходимого уровня инвестиционной привлекательности. Нет никаких юридических преград для установления сроков для СРП в 30 (или даже, по нашему мнению, в 25) лет для совмещенной разведки и добычи и 25 (или, по нашему мнению, 20) лет для добычи, если, конечно, это экономически выгодно для Казахстана и не ухудшает его инвестиционную привлекательность.

9. В Законопроекте необходимо урегулировать порядок и размеры компенсационной продукции с последующим развитием этих норм в Налоговом кодексе. С целью сохранения экономического баланса интересов Подрядчика и Республики считаем допустимым установление предельного размера компенсационной продукции, рассчитанного с учетом экономической целесообразности для Республики Казахстана и необходимости поддержания ее инвестиционной привлекательности.

10. Считаем допустимым и обоснованным предусмотреть в Законопроекте такую разновидность Соглашения о разделе продукции, которая устанавливает прямой раздел. Это возможно при разработке месторождений, геолого-экономическая оценка которых экономически не позволяет применять условия о предоставлении возмещения в виде передачи Подрядчику компенсационной продукции. Это, полагаем, повысит инвестиционную привлекательность упомянутых месторождений. Природа подобных Соглашений не имеет различий по сравнению с Соглашениями о разделе продукции с условиями предоставления Подрядчику компенсационной продукции. Особенности будут заключаться в налоговом режиме и условиях налогообложения, что обуславливает, возможно, введение в Налоговом кодексе третьей модели налогообложения недропользователей.

11. Целесообразным представляется введение в Законопроекте экономически обоснованных ограничений административных расходов Подрядчика с последующей детализацией этих вопросов в Налоговом кодексе при определении налоговой модели.

12. Считаю необоснованным и недопустимым финансирование подготовки СРП и содержания полномочного органа из каких-либо источников помимо финансирования из бюджета согласно порядку, установленному Законом РК «О бюджетной системе». Подготовка СРП относится к обязанностям Компетентного органа и должна финансироваться через бюджетные программы Министерства энергетики и минеральных ресурсов РК. Как мы уже отмечали, необходимость создания Полномочного органа весьма сомнительна и не обусловлена, по нашему мнению, какими-то объективными предпосылками. Тем более недопустимо, с нашей точки зрения, наделение Национальной компании функциями Полномочного органа в связи с возникновением конфликта интересов. Поэтому, если все же концепция создания Полномочного органа сохранится в Законопроекте, то это должен быть государственный орган, финансирование деятельности которого должно осуществляться через бюджетные программы в соответствии с Законом «О бюджетной системе». Само по себе финансирование подготовки СРП и содержание Полномочного органа 1) за счет возмещаемых затрат Подрядчика или 2) за счет финансирования Подрядчиком этих расходов согласно СРП снижают доходы бюджета, искажают истинные расходы государства и противоречат нормам и принципам Закона РК «О бюджетной системе».

13. Вопросы применимого права при проведении нефтяных операций и заключении Контракта с компетентным органом регулируются в ст. 53-1 Указа «О нефти», которая, безусловно, должна применяться и к СРП. Вопросы применимого права относятся к общим вопросам и не могут иметь особенностей при СРП, поэтому в Законопроекте нет необходимости регулировать этот вопрос. Необходимо также отметить, что проблемы разграничения частно-правовых и публично-правовых отношений государства намного шире, чем только СРП или даже Контракты на проведение нефтяных операций, и эти вопросы должны решаться в специальном законодательном акте о государственном иммунитете.

14. Вопросы сертификации пунктов учета производимой продукции должны решаться в соответствии с законодательством о сертификации, в том числе и путем внесения необходимых изменений и дополнений в Закон РК «О сертификации». Отражение вопросов сертификации пунктов учета в Законопроекте не требуется, так как это не является предметом его регулирования.

15. При определении ответственности Подрядчика за неисполнение или ненадлежащее исполнение условий Контрактов на не-

дропользование, Контрактов на проведение нефтяных операций, в том числе и Соглашения о разделе продукции, а также определения существенных нарушений обязательств по этим Контрактам необходимо применение общих норм ГК РК о нарушении обязательств, в том числе и по определению существенного нарушения обязательства.

16. Считаю допустимым и обоснованным принятие Модельного СРП с сохранением за ним функции примерной формы Контракта. В то же время считаю неудачным и не соответствующим юридической технике разработки законодательных актов определение примерной структуры СРП в Законопроекте.

17. С учетом того, что СРП является лишь одной из разновидностей Контрактов на проведение нефтяных операций, а осуществление деятельности по СРП – одной из разновидностей осуществления нефтяных операций, вопросы передачи прав по СРП должны решаться в соответствии с общими правилами, предусмотренными в ст. 14 Указа «О недрах и недропользовании». Разработки отдельного порядка передачи прав по СРП или какого-либо дублирования порядка передачи права недропользования, предусмотренного в Указе «О недрах», в Законопроекте не требуется.

18. Как мы отметили, Законопроект должен регулировать только особенности порядка заключения, исполнения, прекращения Соглашения о разделе продукции как одной из разновидностей Контракта на проведение нефтяных операций. По вопросам, не имеющим особенностей по сравнению с общими нормами о Контрактах на проведение нефтяных операций, о порядке предоставления права недропользования, о порядке расторжения Контрактов на проведение нефтяных операций, к отношениям по Соглашению о разделе продукции должны применяться нормы Указа «О недрах» и Указа «О нефти». Помимо этого, к СРП в субсидиарном порядке (в части, не урегулированной Указами «О недрах» и «О нефти», а также нормами представленного Законопроекта) должны также применяться общие нормы ГК РК об обязательствах, о договорах, а также нормы общих положений ГК РК о подряде.

19. Считаю, что вопросы огораживания месторождений не являются предметом регулирования данного Законопроекта (как более широкая, чем связанная с СРП, проблема). Возможно, эти вопросы должны решаться общими нормами, предусмотренными Указом «О недрах» или Указом «О нефти», то есть внесением необходимых изменений и дополнений в них (в частности, в порядок проведения конкурса, в правовом регулировании сервитутов и т.д.).

20. Считаю нецелесообразным разработку отдельного законодательного акта «О казахстанском секторе Каспийского моря» с

учетом того, что вопросы проведения нефтяных операций уже предусмотрены в Указе «О недрах» и, в особенности, в Указе «О нефти». Считаю желательным дополнение (либо внесение изменений) Указа «О нефти» необходимыми общими нормами о защите от загрязнения и об отходах, с одновременной разработкой нужных изменений и дополнений в специальное природоохранное законодательство и законодательство об охране здоровья граждан (Закон Республики Казахстан от 15 июля 1997 г. «Об охране окружающей среды»; Закон Республики Казахстан от 21 октября 1993 года «Об охране, воспроизводстве и использовании животного мира»; Закон Республики Казахстан от 15 июля 1997 г. «Об особо охраняемых природных территориях», Закон Республики Казахстан от 11 марта 2002 года «Об охране атмосферного воздуха» и некоторые другие).

51.4.4. Еще одно **Правовое заключение я подготовил 15 февраля 2005 г.**, непосредственно перед принятием законопроекта.

«Представленный на экспертизу проект Закона Республики Казахстан «О соглашениях о разделе продукции при проведении нефтяных операций на море» (далее – Законопроект) содержит в себе, по моему мнению, ряд концептуальных недостатков.

Наиболее значимым замечанием является то, что представленный законопроект содержит противоречия Закону Республики Казахстан от 27 января 1996 года «О недрах и недропользовании» (далее – Закон о недрах) и Закону Республики Казахстан от 28 июня 1995 года «О нефти» (далее – Закон о нефти). Законопроект разработан без учета положений указанных Законов о недрах и о нефти, в том числе и без учета последних изменений и дополнений, внесенных в указанные законодательные акты Законом Республики Казахстан от 1 декабря 2004 года «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам недропользования и проведения нефтяных операций в Республике Казахстан».

Мало того, законопроектом фактически разрушается сформированная за последние как минимум 8 лет государственная система управления недрами и порядок предоставления права недропользования и права на проведение нефтяных операций. В соответствии с Законами о недрах и о нефти предусмотрено, что единственным органом, уполномоченным предоставлять право недропользование или право на проведение нефтяных операций, проводить тендер на предоставление права недропользования или права на проведение нефтяных операций, заключать и регистрировать Контракт, а также осуществлять надзор и контроль за использованием права недропользования или права на проведение нефтяных операций, за выполнением недропользователями или подрядчиками контрактных условий является Компетентный ор-

ган. В соответствии с указанными законодательными актами определена компетенция Правительства, к которой не относится непосредственное участие в организации и проведении конкурса на предоставление права недропользования, участие в заключении контракта на недропользование. В то же время представленным законопроектом Правительство наделяется рядом оперативных функций по определению условий конкретных Контрактов, утверждению состава комиссии по проведению конкурса и т.д. Законопроект полностью игнорирует положения Закона о недрах (Закона о нефти), в соответствии с которым предусмотрены общие правила проведения конкурса и общий порядок заключения всех видов Контрактов на недропользование и не предусматривается возможность установления особенностей или особого порядка для каких-то контрактов, в том числе и для Соглашений о разделе продукции.

Кроме этого, на более ранний вариант законопроекта нами уже представлялась экспертиза, критические замечания которой на определенные положения законопроекта разработчиками по большей части были проигнорированы (копия экспертизы прилагается). Поэтому положения ранее проведенной экспертизы, по нашему мнению, не потеряли актуальности.

Далее мной излагались подробные постатейные замечания на представленный законопроект.

51.4.5. Закон РК №68– III ЗРК «О соглашениях (контрактах) о разделе продукции при проведении нефтяных операций на море» был принят 8 июля 2005 года и был признан утратившим силу в соответствии с Законом РК от 10 декабря 2008 г. №100 –IV. «О введении в действие Кодекса РК «О налогах и других обязательных платежах в бюджет» (Налоговый кодекс).

В одном из своих выступлений я говорил о проекте Закона о недрах и недропользовании 2010 г.:

«Как определена правовая природа контракта в проекте? А никак. Есть четыре вида контрактов – на разведку, на добычу, на строительство и/или эксплуатацию подземных сооружений, не связанных с разведкой и добычей, на государственное геологическое изучение недр. И все. Да еще поставили на отмену Закон «О соглашениях (контрактах) о разделе продукции при проведении нефтяных операций на море».

На самом деле ничего нового в этой позиции нет. Все это мы уже проходили. Если посмотреть историю законодательства о недрах независимого Казахстана, то получится следующая картина:

– Кодекс Республики Казахстан «О недрах и переработке минерального сырья» от 30 мая 1992 г. просто говорил о «договоре на пользование недрами для добычи полезных ископаемых, переработки минерального сырья и в иных целях». Понятно, что в то

время о видах договоров на недропользование было мало что известно;

– Законы о недрах и о нефти 1995–1996 гг. уже содержали специальные статьи о видах контрактов, причем в соответствии с их юридическим содержанием (о разделе продукции, сервисный контракт, о совместной деятельности);

– в 1999 г. все это было отменено, и деление контрактов проводилось по видам операций по недропользованию (контракты на разведку, на добычу, на совместную разведку и добычу, на строительство подземных сооружений, не связанных с добычей);

– однако в 2004 г. (Закон о внесении изменений и дополнений от 1 декабря 2004 г.) законодатель опять возвращается к первоначальной классификации контрактов, то есть по их юридическому содержанию и называет контракты: 1) о разделе продукции; 2) о концессии; 3) о подряде и возмездном оказании услуг (сервисный контракт). Допускаются и комбинированные контракты;

– теперь опять возвращаемся к тому, от чего отказались ввиду бессмысленности и бесперспективности.

Отмена Закона о соглашениях продукции не отменяет соглашений о разделе продукции, они были и до Закона, будут и после него. Отмена недавно принятого Закона об СРП свидетельствует только о шараханиях законодателя в разные стороны и об отсутствии четкой стратегии развития законодательства о недрах. В 2005 г. уже была ясна неэффективность и невыгодность для республики соглашений о разделе продукции. Мы несколько раз писали правовые заключения на проект Закона об СРП, и в них как раз писали о необходимости четко определить правовую природу СРП с точки зрения гражданского законодательства.

Тем не менее закон был принят. А через три года его ставят на отмену и вообще хотят, чтобы в законах не было даже упоминания об СРП. Я очень сильно подозреваю, что отказ от внятной и логичной классификации контрактов на недропользование связан именно с этим»¹.

Мне кажется теперь, что я заблуждался относительно причин отмены Закона. Теперь я думаю, что это было связано с тем, что отпала необходимость закреплять специально нефтяные операции на море. Достаточно было предусмотреть нормы об этих операциях в Законе о нефти.

¹ См.: Сулейменов М.К. Новое законодательство о недрах: достоинства и недостатки (заключение) // VII Международная Атырауская правовая конференция «Актуальные вопросы и анализ практики применения законодательства в сфере применения законодательства в нефтегазовой отрасли Республики Казахстан (г. Атырау). 3 апреля 2009 г.». (Атырау, 2009. С. 111-112). См. также: Сулейменов М.К. Проблемы применения законодательства в нефтегазовой отрасли РК: Материалы второго Атырауского правового семинара. Атырау, 2004. С. 11.

51.5. ОПРЕДЕЛЕНИЕ В ЗАКОНАХ РК НОРМ О ПРОВЕДЕНИИ НЕФТЯНЫХ ОПЕРАЦИЙ НА МОРЕ

В Указе Президента РК, имеющем силу Закона, от 18 апреля 1994 г. «О нефтяных операциях» закреплялось, что он принимается в целях упорядочения проведения нефтяных операций на суше, море и внутренних водоемах Республики Казахстан.

В статье 1 Указа о нефти были закреплены основные понятия, связанные с проведением нефтяных операций на море: море, морские научные исследования, нефтяные операции на море, морские охранные зоны, морские сооружения и т.п.

Была также включена статья 49 «Проведение нефтяных операций на море, внутренних водоемах, в зонах чрезвычайной экологической ситуации и на особо охраняемых объектах природы и культуры».

Законом от 11 августа 1999 г. Закон о нефти был дополнен главой 6-1 «Проведение нефтяных операций на море и внутренних водоемах» (статьи 36-1 – 36-7).

В Законе о недрах и недропользовании 2010 г. содержалась специальная Глава 9. Проведение нефтяных операций на море и внутренних водоемах (статьи 93-101).

В Кодекс о недрах и недропользовании от 27 декабря 2017 г. была включена Глава 21. Особенности проведения разведки и добычи метана угольных пластов, разведки и добычи углеводородов на море, внутренних водоемах и в предохранительной зоне, в которой статьи 154-159 были посвящены проведению нефтяных операций на море.

51.6. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Таким образом, Казахстан прошел долгий и сложный путь по созданию нефтяного законодательства. Путем проб и ошибок. Я, возможно, излишне подробно приводил тексты проектов и заключений, но в них отражаются те дискуссии, которые тогда велись, причем иногда весьма ожесточенно, и которые во многом определили направления дальнейшего развития законодательства. Это позволяет ощутить дыхание времени, увидеть тот длинный и тернистый путь, которым Казахстан продвигался к современному нефтяному законодательству.

52.1. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Система законодательства о недропользовании начала формироваться с момента приобретения Республикой Казахстан в 1991 году государственной независимости, когда наряду с развитием общегосударственного законодательства достаточно активно развивалось законодательство о недропользовании вообще, а также специальное законодательство о нефти и золоте.

В чем была необходимость в приоритетном создании специального Закона «О нефти»?

Одним из первых казахстанских законов в сфере недропользования был Кодекс о недрах и переработке минерального сырья от 30 мая 1992 г. Кодекс был построен на административных принципах предоставления недр в пользование, и хотя в нем предусматривалось заключение договора о недропользовании, он играл второстепенное значение и не был надлежащим образом урегулирован. Поэтому Казахстан был захвачен врасплох нашествием в республику нефтяных транснациональных корпораций («Шеврон», «Эльф-Акитен», «Бритиш газ», «Бритиш петролеум» и другие). Контракты с ними заключались без должной законодательной основы, с большими финансовыми, организационными и правовыми проблемами для Казахстана. В определенной степени отражением этой ситуации было принятие Указа Президента РК, имеющего силу Закона, от 18 апреля 1994 г. «О нефтяных операциях», которым давались большие полномочия сторонам нефтяного контракта, в частности, право на определение налогового режима. Это был первый опыт внедрения контрактной системы недропользования.

В Казахстане действовал Закон об иностранных инвестициях 1990 г. Однако он явно не справлялся с новыми обстоятельствами бурного развития разработки месторождений и, главным образом, – нефтяных.

Наличия общего законодательства об иностранных инвестициях было явно недостаточно. Нефть является стратегическим товаром, ее разведка и добыча – это весьма сложное и дорогостоящее дело, каждое месторождение не похоже ни на одно другое. Требовались специальные нормы, учитывающие специфику нефтяного производства.

Кроме того, иностранные подрядчики, которые рискуют крупными капиталами, хотели стабильного и ясного законодательства. Они никак не могли разобраться в многочисленных и противоречивых законах республики. Поэтому нужно было специальное нефтяное законодательство. Во всех нефтедобывающих странах такое законодательство, причем весьма обширное и разветвленное, существует.

Закон о нефти готовился более трех лет группой казахстанских юристов под моим руководством с участием практических работников Министерства геологии и Министерства энергетики и топливных ресурсов (затем Министерства нефтяной и газовой промышленности) Республики Казахстан.

В процессе работы было создано более 30 вариантов проекта, дважды он принимался Парламентом Республики в первом чтении, пока не был, наконец, принят в форме Указа Президента Республики Казахстан, имеющего силу Закона.

Поэтому на вопрос о том, кто конкретно написал проект Закона о нефти, я могу однозначно ответить: группа казахстанских юристов с помощью специалистов Министерства энергетики и Министерства геологии.

Я сейчас не помню деталей (я часто жалею, что не вел дневника, но мы же тогда не думали, что творим историю), но какую-то болванку проекта Закона о нефти предоставила нам одна из нефтяных компаний, по-моему, «Бритиш петролеум». Но этот проект нас совершенно не устроил, и мы стали создавать проект с нуля. Во всяком случае, я помню тот момент, когда я взял чистый лист бумаги и написал на нем: «Закон о нефти. Статья 1».

Основной проблемой при подготовке проекта был выбор системы предоставления недр в пользование.

В мире существуют в основном две системы предоставления недр в пользование: 1) лицензионная, когда все условия (главным образом, налоговые) предоставления недр оговариваются в лицензии, так что никакого контракта не требуется; и 2) контрактная, когда все условия оговариваются в контракте, заключаемом недропользователем с правительством или уполномоченным государственным органом.

Вначале в основу проекта Закона о нефти была положена чисто контрактная система. Однако, когда проект был почти завершен, меня пригласили на обед представители компании «Бритиш газ» и сказали, что они очень довольны нашим проектом, так как он максимально учитывает интересы и Республики Казахстан, и иностранных инвесторов. Так что замечаний по проекту у них больше нет.

Я пришел на заседание группы и говорю: мы что-то не то написали. Если у иностранных компаний нет замечаний, это значит, что интересы Казахстана недостаточно защищены проектом закона.

После длительных обсуждений решено было отказаться от кон-

трактной системы, хотя бы на первое время. В итоге в Казахстане была избрана смешанная система: лицензионно-контрактная. Это был шаг вынужденный, так как нельзя было отдавать все на усмотрение контракта в условиях, когда не было опыта в заключении таких контрактов и существовали огромные возможности для злоупотреблений со стороны государственных чиновников. В то же время нельзя было ввести и лицензионную систему в чистом виде, так как для ее введения необходимо было наличие мощной, хорошо разработанной налоговой системы, которой в то время у нас не было.

В определенной степени принятие такой системы было результатом своего рода компромисса между господствовавшими в то время ведомствами: Министерством геологии и охраны недр и Министерством нефтяной и газовой промышленности.

Сущность лицензионно-контрактной системы заключалась в том, что сначала правительство (рабочим органом которого являлось Министерство геологии и охраны недр) выдавало лицензию, затем на ее основе компетентный орган (Министерство энергетики и минеральных ресурсов) заключал контракт на проведение нефтяных операций (операций по недропользованию). Данная система являлась компромиссной и имела целью усилить контроль правительства за предоставлением недр в пользование.

В этой системе были существенные недостатки: она была достаточно громоздкой, кроме того, правительство имело право в одностороннем порядке отозвать лицензию, что приводило к автоматическому прекращению контракта. Такая система могла существовать как временная, поэтому вскоре встал вопрос о переходе либо к чисто лицензионной, либо к чисто контрактной системе. Особенно остро этот вопрос встал после ликвидации Министерства геологии и охраны недр и включения его в качестве Комитета геологии и охраны недр в Министерство энергетики и минеральных ресурсов. Получилось, что и лицензию выдает, и контракт заключает один и тот же государственный орган.

После некоторых колебаний правительство склонилось к контрактной системе. С 1999 г. в Казахстане лицензии были отменены. Контракт на недропользование заключался Министерством энергетики и минеральных ресурсов с инвестором, как правило, на основе проведения конкурса инвестиционных программ на получение права недропользования. Контрактная система означает расширение прав инвестора в его отношениях с государством, но тем не менее сохранилось право компетентного органа на одностороннее приостановление и прекращение контракта.

В нашем распоряжении были законы многих нефтедобывающих стран, но наиболее близким был соответствующий закон Норвегии. Изучалось также законодательство Англии, где была разработана лицензионная система предоставления недр в пользование, но эту си-

стему мы не могли использовать ввиду ее сложности и неразвитости налоговой системы Казахстана.

В многочисленных замечаниях на проекты закона (а этих проектов, я повторю, было около тридцати) иностранные фирмы и организации предлагали нам решения, которые существовали в самых различных странах.

Но я не скажу, что мы следовали законодательству какой-то конкретной страны. Тем более, что в итоге у нас была принята лицензионно-контрактная система предоставления нефтяных месторождений в пользование, которой нет нигде в мире. Так что получился свой, казахстанский закон.

Закон о нефти был принят в форме Указа Президента РК, имеющего силу Закона, от 28 июня 1995 г.

52.2. ПРИНЯТИЕ ЗАКОНА О НЕФТИ: ПОПЫТКА №1

1) Подготовленный нами проект Закона «О нефти» **Постановлением Кабинета Министров РК от 16 октября 1992 г. №4-898** был внесен в Верховный Совет РК.

В Справочном листе к Закону сообщалось, что инициатором законопроекта выступает Кабинет Министров Республики (п. 1) и что Президиумом Верховного Совета РК постановлением от 20 мая 1992 г. №1347– XII была утверждена рабочая группа (п. 2) в составе:

Байкенов Кадыр Каркабатович	– заместитель Премьер-министра Республики Казахстан, министр энергетики и топливных ресурсов, руководитель группы
Бекбосинов Нурлыхан Утеуович	– первый заместитель министра энергетики и топливных ресурсов Республики Казахстан
Ким Николай Николаевич	– народный депутат Республики Казахстан, заместитель председателя Комитета по вопросам развития промышленности, транспорта и связи Верховного Совета Республики Казахстан
Коньсбай Айтбай Мамышевич	– народный депутат Республики Казахстан, заместитель председателя Комитета по вопросам экономической реформы, бюджета и финансов Верховного Совета Республики Казахстан
Абдулин Айтмухамед Абдуллаевич	– вице-президент Академии наук Республики Казахстан

Азербает Есет Роватович	– председатель Правления концерна «Казахгазпром»
Алдамжаров Газиз Камашевич	– народный депутат Республики Казахстан, председатель Атырауского областного Совета народных депутатов
Бочков Михаил Иванович	– заместитель министра экологии и биоресурсов Республики Казахстан
Дербисов Еркешбай Жайлаубаевич	– начальник Государственной налоговой инспекции Республики Казахстан
Елеманов Булат Далдаевич	– президент национальной нефтяной компании «Казахстанмунайгаз»
Жансеитов Шакарим Фатихович	– заместитель председателя Совета по изучению производительных сил (СОПС) АН Республики Казахстан
Зверков Вадим Павлович	– второй секретарь Управления международных экономических отношений Министерства иностранных дел Республики Казахстан
Киинов Ляззат Кетебаевич	– народный депутат Республики Казахстан, генеральный директор ПО «Мангышлакнефть»
Куандыков Балтабек Муханович	– заместитель министра геологии и охраны недр Республики Казахстан
Мауленов Касым Сырбаевич	– президент юридической компании «Зан»
Мукашев Рахмет Желдыбаевич	– народный депутат Республики Казахстан, заместитель председателя Комитета по вопросам законодательства, законности и правопорядка Верховного Совета Республики Казахстан
Полхович Лев Георгиевич	– заместитель председателя Государственного комитета по надзору за безопасным ведением работ в промышленности и горному делу Республики Казахстан
Примкулов Керимкул Примкулович	– народный депутат Республики Казахстан, заместитель председателя Комитета по вопросам экологии и рациональному использованию природных ресурсов Верховного Совета Республики Казахстан

Сагингалиев Булекбай Сагингалиевич	– генеральный директор НПО «Казнефтебитум»
Сагадиев Кенжегали Абенович	– главный ученый секретарь Президиума Академии наук Республики Казахстан
Сазанов Сатыбалды Сазанович	– первый заместитель председателя Алем Банка Казахстан
Сарбуфин Темирхан Исенгалиевич	– заместитель генерального директора ПО «Мангышлакнефть»
Сарбуфин Каирхан Исенгалиевич	– заместитель министра внешнеэкономических связей Республики Казахстан
Соболев Виктор Васильевич	– первый заместитель министра финансов Республики Казахстан
Сулейменов Майдан Кунтуарович	– директор Института государства и права Академии наук Республики Казахстан
Шуховцов Анатолий Иванович	– народный депутат Республики Казахстан, заместитель председателя Комитета по аграрным вопросам и продовольствию Верховного Совета Республики Казахстан

Как видим, в составе рабочей группы кто угодно, кроме разработчиков проекта Закона. Включили только меня как руководителя группы разработчиков.

Далее в Справочном листе содержались следующие сведения:

3. Головной комитет (комиссия) по законопроекту – Комитет по вопросам развития промышленности, транспорта и связи Верховного Совета Республики Казахстан
4. Дата регистрации законопроекта в Президиуме Верховного Совета –
5. Заключение постоянных комитетов Верховного Совета Республики Казахстан по законопроекту – По вопросам законодательства, законности и правопорядка, экономической реформы, бюджета и финансов, аграрным вопросам и природопользованию.

6. Заключение по законопроекту Аппарата Президента и Кабинета Министров Республики Казахстан, министерств, государственных комитетов, ведомств Республики Казахстан, других государственных органов и общественных организаций – Получены предложения Отделов: государственно-правового, юридического, сводно-экономического, экологии и природопользованию, организационно-инспекторского и территориального развития, финансов и труда Аппарата Президента и Кабинета Министров Республики, Госкомитета по экономике, Главналогинспекции, Министерства внешнеэкономических связей, Министерства геологии и охраны недр, Министерства экологии и биоресурсов, Министерства финансов, Министерства юстиции, Госгортехнадзора, Таможенного комитета, Института права Академии наук Республики Казахстан
7. Научная экспертиза законопроекта – Получена от Казахского государственного университета (доктор юридических наук, профессор Ю.Г. Басин) от 3 октября 1992 г.
8. Кому поручено выступить с докладом по законопроекту – Байкенову К.К. – заместителю Премьер-министра – министру энергетики и топливных ресурсов.

2) 28 декабря 1992 г. в здании Верховного Совета состоялось заседание **комиссии по проекту Закона «О нефти»**, на котором с докладом выступил министр энергетики и топливных ресурсов К.К. Байкенов.

3) 27 января 1993 г. Председатель Верховного Совета РК С. Абдильдин подписал **Постановление Президиума Верховного Совета РК о внесении проекта Закона «О нефти»** на рассмотрение очередной девятой сессии Верховного Совета РК.

К сожалению, у меня не сохранились материалы заседания этой сессии, но сохранились мои записи выступлений депутатов в процессе обсуждения проекта.

В частности, С.Т. Такежанов говорил о необходимости четкого соотношения исключительной собственности государства и интересов территорий, об единой налоговой политике и единой налоговой службе. А.А. Абдулин – о разведке месторождений, о местных месторождениях, о том, какая часть роялти должна поступать местным органам, о необходимости более подробно расписать условия контрактов. Ю.М. Ильяшенко и Ю.А. Ключков указали на недостаточную проработанность регулирования земельных отношений в ст. 5 проекта Закона.

Были и другие выступления.

Завершая обсуждение, Председатель Верховного Совета С. Абдильдин констатировал, что с учетом доработки проект Закона «О нефти» можно принять в первом чтении, что и было сделано.

К сожалению, это было все, что успел сделать Верховный Совет до своего самороспуска 13 декабря 1993 г.

Проект Закона «О нефти» повис в воздухе.

52.3. ПРИНЯТИЕ ЗАКОНА О НЕФТИ: ПОПЫТКА №2

52.3.1. 22 января 1994 г. распоряжением Вице-президента Республики Казахстан Е.М. Асанбаева была создана рабочая группа под моим руководством, которая окончательно доработала проект Закона. Рабочей группе была поручена разработка трех документов: проектов законов о нефти и об иностранных инвестициях и проекта Договора к Энергетической Хартии. Это позволило использовать одни и те же идеи в трех взаимосвязанных проектах.

Состав рабочей группы по разработке проектов законов «Об иностранных инвестициях» и «О нефти» и Основного договора к Европейской Энергетической Хартии:

Сулейменов Майдан Кунтуарович	– Главный ученый секретарь Национальной Академии наук, руководитель группы
Арыстанов Аркен Кенисбекович	– начальник Управления Национального агентства по иностранным инвестициям, заместитель руководителя
Аймаков Бауржан Жанабекович	– заместитель министра финансов Республики Казахстан
Аманбаев Мурат Ермуханович	– начальник управления Министерства финансов
Бадоев Тамерлан Измайлович	– Вице-президент консалтинговой фирмы «Алау»
Баспаев Изтлеу	– старший референт Отдела органов государственного управления Аппарата Президента и Кабинета Министров
Басин Юрий Григорьевич	– профессор, доктор юридических наук
Белик Борис Дмитриевич	– народный депутат Республики Казахстан

Билалов Шарип Саямбекович	– директор по правовым вопросам Фонда культурного, социального и научного технического прогресса Республики Казахстан
Воцалевский Эдгарт Славомирович	– главный научный сотрудник Института геологии Национальной Академии наук
Досмухамедов Ержан Калиевич	– помощник Вице-президента Республики Казахстан
Ержанов Уразалы Сантаевич	– заместитель председателя Государственного приватизационного фонда
Жансеитов Шакарим Фатихович	– начальник управления Национального Агентства по иностранным инвестициям Республики Казахстан
Жусупов Ерланбек Бахиткереевич	– научный сотрудник Института государства и права НАН РК
Карабалин Узакбай Сулейменович	– начальник управления Минэнергоатома
Лебедь Валентина Ивановна	– консультант бывшего комитета по вопросам развития промышленности, транспорта и связи Верховного Совета
Марабаев Жакып Накыпкалиевич	– Вице-президент Национальной компании «Казахстанкаспийшельф»
Мурзатаев Йес Тулегенович	– начальник Управления налогообложения ВЭД и предприятий с иностранными инвестициями
Папафанасопуло Георгий Анастасович	– зам.начальника Главного управления по энергетике Минэнергоатома
Саттарова Гульнара Рахимовна	– начальник управления Министерства внешнеэкономических связей
Сейдуалиев Сакен Смаханович	– Советник министра юстиции
Сизова Светлана Игоревна	– работник Рабочего аппарата по подготовке первой сессии Верховного Совета
Темирбулатов Серик Габдуллаевич	– заместитель министра юстиции
Тукенов Ануар Акимжанович	– заместитель заведующего Отделом внешних связей Аппарата Президента и Кабинета Министров

Утегенова Гульмира Толубаевна	– научный сотрудник Института государства и права НАН
Учкемпирова Айгуль Маулетовна	– консультант бывшего Комитета по вопросам развития промышленности, транспорта и связи Верховного Совета
Фоменко Виктор Григорьевич	– консультант бывшего Комитета по экологии Верховного Совета
Худяков Алексей Иванович	– заведующий кафедрой юридического факультета КазГУ им. аль-Фараби
Ченцова Ольга Ивановна	– директор юридической фирмы «Эквигас», кандидат юридических наук
Роберт Лангер	– юридическая фирма «Чадборн и Парк» (Нью-Йорк, США)
Уильям Холланд	– юридическая фирма «Чадборн и Парк» (Нью-Йорк, США)

Рабочей группе было поручено подготовить проекты законодательных актов и основного договора и обеспечить их предоставление до 1 марта 1994 года Президенту Республики Казахстан.

Костяк рабочей группы составили юристы: проф. Ю.Г. Басин, проф. А.И. Худяков, к.ю.н. Б.В. Покровский, к.ю.н. О.И. Ченцова. Честно говоря, в основном именно этой группой мы и написали проект. Заседания проходили в кабинете помощника Э.М. Асанбаева Ержана Досмухамедова, поэтому все чиновники старались приходиться на заседания рабочей группы. Кроме того, по своей инициативе часто приходил министр геологии С.Ж. Даукеев, который, в отличие от других министров, прекрасно понимал значение этого закона и, надо сказать, добился немалых преимуществ для своего министерства.

52.3.2. Интересный документ я обнаружил в своем архиве. Без всяких комментариев приведу его полностью.

«ДОГОВОР ПОДРЯДА
на выполнение законопроектных работ

г. Алматы

10 ноября 1994 г.

Нефтяная компания «Казахстанмунайгаз» в лице президента Хасанова, именуемая в дальнейшем Заказчик, с одной стороны, и творческая группа в составе: Сулейменова М.К. (руководитель), Басина Ю.Г. (зам. руководителя), Худякова А.И., Воцалевского Э.С., Жусупова Е., Утегеновой Г., Бодоева Т., Билялова Ш., именуемая в даль-

нейшем Подрядчик, заключили настоящий договор о нижеследующем:

1. Предмет договора

1.1. Заказчик поручает, а Подрядчик обязуется:

1.1.1. Представить проект Закона Республики Казахстан «О нефти» и Постановление Верховного Совета Республики Казахстан «О введении в действие Закона Республики Казахстан «О нефти».

1.1.2. Перерабатывать проект с учетом вышеуказанных замечаний.

1.2. Заказчик обязуется:

1.2.1. Обеспечить Подрядчика материалами, необходимыми для исполнения договора, создавать условия для проведения заседаний творческой группы, организовывать распечатку и размножение подготовленных материалов.

1.2.2. Принять работу и оплатить ее в сумме 500 тысяч (пятьсот тысяч) тенге (20 тыс. долларов США по тогдашнему курсу. – *примечание мое*).

1.2.3. Выплату обусловленной договором суммы производить каждому участнику творческой группы поровну.

2. Действие договора и порядок разрешения споров

2.1. Договор действует со дня его подписания сторонами до окончательного выполнения ими своих обязательств по договору.

2.2. Споры по настоящему договору разрешаются в установленном порядке судом».

Я уже не помню деталей, но проект-то мы подготовили, однако по каким-то причинам обещанную сумму нам так и не заплатили.

52.3.3. Производственное объединение «Мангистаумунай-газ» 19 марта 1993 года направило в Верховный Совет РК подготовленный специалистами объединения доработанный проект Закона РК о нефти (31 статья).

18 августа 1994 г. я подготовил детальный и развернутый анализ этого проекта. Проект был признан не готовым для представления на сессию Верховного Совета.

52.3.4. 17 ноября 1994 г. состоялось заседание Комитета по промышленности, транспорту, энергетике и связи. Надо сказать, что это было бурное заседание, как, впрочем, и все другие, в которых я в то время участвовал.

На заседании я сделал краткое сообщение о работе над проектом. Потом было много вопросов и много выступлений.

Я приведу краткие выдержки из этих выступлений. Поскольку многие из этих депутатов стали впоследствии известными госу-

дарственными и общественными деятелями (например, Г.К. Алдамжаров, У.Б. Мухамеджанов, З.Л. Федотова и др.), я приведу для интереса их прежнее место работы, откуда они пришли в депутаты.

В.В. Киянский – заведующий кафедрой химии и экологии Западно-Казахстанского сельхозинститута – Четкое разграничение права собственности на нефть и на недра, четко определить ценовую политику, решить вопросы с совмещенной лицензией, определить соотношение с налоговым законодательством.

Г.К. Алдамжаров – депутат Верховного Совета РК 13-го созыва. Что будет иметь от прибыли за реализацию нефти население нефтяных регионов? Не до конца решены проблемы охраны окружающей природной среды. Закон очень ждут нефтяники.

В.И. Макалкин – специалист Совета Федерации профсоюзов Казахстана – Поменялась концепция Закона. Необходимо совершенствовать глоссарий. По статье 52. Налоги и платежи необходимо принимать после принятия Налогового кодекса, чтобы можно было их скорректировать.

З.А. Кобенев – главный врач больницы ст. Шубаркудук Западно-Казахстанской железной дороги – Нравится ст. 4 о гласности, главу о лицензировании прописать более четко, глава о контрактах написана хорошо, небольшие уточнения.

Э.Г. Габбасов, писатель, г. Уральск – Необходимо использовать опыт Канады по использованию нефтяных и природных ресурсов, нефтяные богатства необходимо использовать в шельфе Каспийского моря и в приграничных районах, а внутри страны сохранить как резерв.

Т.Л. Пилат, президент фирмы «Эйкос», Алма-Ата – Необходимо обеспечить защищенность подрядчиков, вкладывающих большие деньги в разработку нефтяных месторождений. При реализации закрепленного п. 2 ст. 24 проекта права на расторжение контракта кто будет возмещать убытки?

Ш.С. Смагулов, глава Жамбылской обл администрации – Лицензию кто дает? Необходимо конкретизировать гарантии инвесторам, прежде всего из России.

А.А. Беркенова, учитель Улендинской средней школы Наурузумского района Костанайской области – Текст на казахском языке никуда не годится. Необходимо переработать.

В.А. Гуляев, депутат Верховного Совета 12-го созыва – Уточнить ст. 3 проекта о праве собственности на нефть, ст. 49 о нефтяных операциях на море. Очень опасна транспортировка трубопроводами, недостаточно проработаны вопросы экологии. Ст. 52 о налогах и платежах в бюджет перенести в Налоговый кодекс.

М.С. Итегулов, директор Актюбинского отделения Фонда поддержки предпринимательства – В ст. 3 проекта уточнить положение

ние о праве собственности недропользователя в рамках, оговоренных контрактом. Ст. 7 проекта: относится ли к государственным органам прокуратура?

В.В. Киянский, заведующий кафедрой химии и экологии Западно-Казахстанского сельхозинститута – В проекте впервые разделили нефть в недрах и на поверхности. В проекте учтено 30 замечаний от Комитета по экологии.

Н.И. Баев, глава Атырауской областной администрации – Ст. 12 проекта о способах выдачи лицензии. Переговоры не нужны, только на основе конкурса. Ограничение сроков действия контрактов спорно. Должен быть люфт. Заявка на продление: какие критерии?

Б.Н. Нургазиев, заместитель главы Алматинской городской администрации – Уточнить критерии гарантий инвесторам.

Ж.М. Абылканов, директор по капитальному строительству производственного объединения «Балхашмедь» – В настоящее время недра безхозны. Упразднили Государственный комитет по запасам (ГКЗ) – необходимо восстановить ГКЗ при Кабинете Министров РК.

Ж.М. Абдильдин, вице-президент Академии наук РК – Усилить раздел об охране природы, привлечь других экспертов-специалистов.

М. Исаев, начальник Атырауского управления буровых работ научно-производственного объединения «Эмбанефть» – Увеличить сроки разведки. Атырау в настоящее время – дыра. Необходимо увеличить процент отчислений в местный бюджет. Создать Комитет по лицензированию и Государственный комитет по запасам. Необходимо разработать и принять Кодекс о недрах.

З.А. Набенов, главный врач Самарской больницы Восточно-Казахстанской области – Нефть – канцерогенное вещество, вопросы экологии должны быть на первом месте, усилить меры в статьях 46 и 47 проекта, связанные с рекультивацией, в ст. 7 в компетенцию Кабинета Министров записать вопросы экологии.

У.Б. Мухамеджанов, глава Амангельдинской районной администрации – Связать с выполнением Национальной программы освоения недр. В проекте не раскрыты вопросы о переработке и транспортировке нефти. Разработать ряд конкретных законов о переработке, лицензировании, газе и др.

К. Ермеков, заведующий кафедрой Атырауского педагогического института – Название Закона не соответствует содержанию, не охватывается переработка. Назвать «О нефтяных операциях».

Были и другие выступающие (А. Кежибаев, М.А. Жуланова, А.А. Жунусов, К.А. Аубакиров, Т. Абылханов и другие).

52.3.5. 22 ноября 1994 г. Верховный Совет уже тринадцатого созыва вновь вернулся к обсуждению проекта Закона о нефти.

Доклад делал недавно назначенный министром нефти и газа РК Нурлан Балгимбаев. Поскольку он понятия не имел о проекте Закона, пришлось мне вводить его в курс дела. Несколько дней подряд я провел в кабинете министра, последовательно, статью за статьей, объясняя ему смысл и содержание проекта.

И надо сказать, министр сделал неплохой доклад и вполне прилично ответил на вопросы депутатов.

Заседание шло два дня. Выступили в основном те же депутаты, что выступали на заседании Комитета (Э.Г. Габбасов, З.А. Кобенов, А.И. Скориков, В.А. Гуляев, Ш.С. Смагулов, К. Ермеков, А. Кагинбаев, У.Б. Мухамеджанов, А.Е. Гранкин, Ш.Я. Часников, Ж.М. Абдильдин, А.Г. Перегрин, М. Исаев, А.А. Жунисов, К.К. Ахметов, З.Л. Федотова, А.И. Скориков и другие) и с теми же замечаниями, что они высказывали там.

Закон «О нефти» 24 ноября 1994 г. в очередной раз был принят Верховным Советом РК в первом чтении подавляющим большинством голосов при одном голосе «против» и одном «воздержавшемся».

52.4. ПРИНЯТИЕ ЗАКОНА О НЕФТИ: ПОПЫТКА №3

Верховный Совет РК двенадцатого созыва досрочно прекратил свои полномочия 13 декабря 1993 г. Верховный Совет РК тринадцатого созыва был избран 7 марта 1994 г. и начал работу в апреле 1994 г., а 11 марта 1995 г. прекратил свое существование в связи с признанием его нелегитимным Конституционным Судом РК.

В период с 10 декабря 1993 г. по апрель 1994 г. и с марта 1995 г. по 30 января 1996 г., когда начал свою работу Парламент РК первого созыва, законы принимались Президентом РК в форме Указов Президента РК, имеющих силу Закона.

Указ Президента РК, имеющий силу Закона, был принят 28 июня 1995 г.

Для начала приведу несколько документов.

52.4.1. Письмо министра нефтяной и газовой промышленности Республики Казахстан Чердобаева Р.Т. от 01 октября 1994 г. Президенту Национальной Академии наук Республики Казахстан академику НАН РК Сагадиеву К.А.

«Уважаемый Кенжегали Абеневич!

Одним из наиболее важных направлений нового Министерства нефтяной и газовой промышленности Республики Казахстан является разработка законодательных актов о деятельности нефтяной и газовой промышленности. В настоящее время основное, чем зани-

мается Министерство в этом направлении, – это участие в разработке проекта Закона РК «О нефти».

Большую помощь в разработке этого проекта оказала и оказывает группа сотрудников Института государства и права НАН РК под руководством директора Института члена-корреспондента НАН РК Сулейменова М.К. Эта группа в течение двух лет занималась разработкой проекта Закона (в частности, Басин Ю.Г., Худяков А.И., Жусупов Е.Б., Утегенова К.Б. и другие.)

За активное участие в разработке проекта Министерство подготовило приказ о выдаче денежной премии Сулейменову М.К., Басину Ю.Г., Худякову А.И., а также главному научному сотруднику Института геологических наук НАН РК Воцалевскому Э.С.

Сотрудники Института государства и права оказывают помощь Министерству в правовой экспертизе нефтяных контрактов (с Шевроном, Эльф-Акитеном, о создании консорциума «Казахстан-каспийшельф» и др.), выступают с докладами и лекциями по нефтяному законодательству на проводимых Министерством конференциях и семинарах.

Министерство намерено заключить с Институтом государства и права НАН РК или его отдельными сотрудниками договор о юридическом консультировании деятельности Министерства и его подразделений.

Разрешите высказать Национальной Академии наук РК и, в частности, Институту государства и права, благодарность за оказываемую помощь в осуществлении деятельности Министерства и выразить уверенность в дальнейшем расширении нашего сотрудничества».

52.4.2. Министру нефтяной и газовой промышленности Республики Казахстан Чердобаеву Р.Т.

«Уважаемый Равиль Тажигереевич!

В соответствии с Вашим указанием от 18 сентября 1994 г. предлагаю примерный расчет вознаграждения группы разработчиков проекта Закона «О нефти»:

1. Сулейменов М.К. (руководитель группы)	30 тыс. тенге
2. Басин Ю.Г.	20 тыс. тенге
3. Худяков А.И.	20 тыс. тенге
4. Воцалевский Э.С.	20 тыс. тенге

Руководитель рабочей группы по разработке проекта Закона «О нефти», член-корреспондент Национальной Академии наук РК М. Сулейменов. 19.09.94.»

**52.4.3. Вице-президенту Республики Казахстан Асанбаеву Э.М.
30 мая 1995 г.**

«Проект Указа о нефти, который готовился созданной по Вашему распоряжению рабочей группой в течение полутора лет, в настоящее время находится на доработке в аппарате Президента Республики Казахстан. Однако в ходе подготовки проекта к подписи Президентом РК возникли проблемы, которые невозможно решить без Вашего вмешательства.

При окончательной подготовке к подписи проекта Указа о лицензировании аппаратом Кабинета Министров и Президента РК из него по неизвестным нам причинам было исключено положение, которое предусматривало регулирование лицензирования природных ресурсов специальным законодательством. Причем изменения в проект Указа о лицензировании (а их было сделано много, большинство из них, к сожалению, непродуманные и ухудшающие проект) были сделаны без согласия и даже без уведомления разработчиков проекта Закона под моим руководством.

В силу того, что лицензирование природных ресурсов резко и принципиально отличается от других видов лицензирования, исключение данного положения привело к необходимости коренной переделки проекта Указа о нефти. В этот раз работники аппарата Президента РК привлекли к переработке разработчиков проекта (в том числе меня и профессора Басина Ю.Г.), и мы совместно попытались привести проект в соответствие с Указом о лицензировании. Появилась новая глава «Конкурс инвестиционных программ», был переработан порядок выдачи лицензий. Однако выработанная в течение 3 лет и согласованная со множеством заинтересованных лиц стройная структура Закона о нефти нарушилась, что может привести к непредсказуемым последствиям.

Прошу Вашего согласия на внесение небольшого изменения в Указ о лицензировании с целью восстановить положение о возможности отдельного регулирования особенностей лицензирования природных ресурсов и в связи с этим возврат к прежнему варианту проекта Указа о нефти. Текст проекта Указа о внесении изменений в Указ о лицензировании прилагаю. Руководитель рабочей группы по подготовке проекта Закона о нефти, член-корреспондент НАН РК Сулейменов М.К.

УКАЗ

Президента Республики Казахстан, имеющий силу Закона

«Об изменениях и дополнениях Указа Президента Республики Казахстан, имеющего силу Закона, от 17 апреля 1995 г. «О лицензировании»

В соответствии со статьей 1 Закона от 10 декабря 1993 г. «О

временном делегировании Президенту Республики Казахстан и главам местных администраций дополнительных полномочий»

ПОСТАНОВЛЯЮ:

1. Дополнить статью Указа Президента Республики Казахстан, имеющего силу Закона, «О лицензировании» пунктом вторым следующего содержания:

«2. Особенности выдачи лицензий на разведку, добычу, производство, переработку полезных ископаемых могут устанавливаться специальным законодательством Республики Казахстан».

2. Текст статьи 9 считать пунктом первым.

ПРЕЗИДЕНТ
РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

Н. Назарбаев»

52.4.4. Вице-президенту РК Асанбаеву Э.М. 22 июня 1995 г.

«Глубокоуважаемый Эрик Магзумович!

После внесенного Вами проекта Указа Президента Республики Казахстан о внесении изменений в Указ Президента Республики Казахстан, имеющий силу Закона «О лицензировании», в аппарате Президента Республики Казахстан состоялся ряд совещаний, на которых было решено, как нам сообщили, внести на рассмотрение Президента Республики Казахстан два варианта:

1) представить новый проект Указа, имеющего силу Закона, «О нефти», переработанного в соответствии с Указом «О лицензировании» и

2) представить проект Указа о внесении изменений в Указ «О лицензировании», и вместе с ним прежний вариант проекта Указа «О нефти».

Хотя оба варианта проекта Указа «О нефти» готовились нами или с нашим участием, тем не менее мы, как основные разработчики проекта Указа «О нефти», считаем необходимым и настаиваем на втором варианте.

Дело в том, что из Указа «О лицензировании» было необоснованно исключена норма о регулировании особенностей лицензирования использования природных ресурсов специальным Законодательством. Из-за этого проект Закона «О нефти», который готовился три года и был тщательно отработан с учетом замечаний всех министерств и ведомств Республики Казахстан и многих нефтяных и юридических компаний мира, вошел в противоречие с Указом «О лицензировании». Пришлось переработать проект Указа «О нефти», изменив порядок выдачи лицензий.

Из-за этого порядок выдачи лицензий стал довольно запутан-

ным и сложным, что повлекло за собой нарушение стройной системы проекта Указа «О нефти». Гораздо лучшим способом является внесение одного небольшого изменения в Указ «О лицензировании» с тем, чтобы сохранить в неприкосновенности первоначальный вариант проекта Указа «О нефти».

Просим учесть наше мнение при окончательном решении вопроса о подписании Президентом Республики Казахстан проекта Указа, имеющего силу Закона, «О нефти».

Руководитель рабочей группы по подготовке проекта Закона «О нефти», член-корреспондент НАН Республики Казахстан Сулейменов М.К.

Член рабочей группы профессор Ю. Басин.»

52.4.5. Пояснительная записка к проекту Указа Президента Республики Казахстан, имеющего силу Закона, «О внесении изменений и дополнений в Указ Президента Республики Казахстан, имеющий силу Закона, «О нефти», подготовленная руководителем рабочей группы по подготовке проекта Закона «О нефти» М.К. Сулейменовым.

«Из проекта Указа Президента Республики Казахстан «О лицензировании», представленного рабочей группой в аппарате Президента, было исключено положение о том, что лицензирование пользования природными ресурсами регулируется специальным законодательством. В связи с этим уже готовый к подписанию проект Указа «О нефти» пришлось в спешном порядке переделывать. В частности, появилась новая глава «Конкурс инвестиционных программ». В целом эта работа, хотя и значительно ухудшила проект, была проделана.

Однако на самом последнем этапе работники аппарата Президента без согласования с рабочей группой внесли в проект изменения, которые вступили в противоречие с законодательством и существующей практикой предоставления недр в пользование. Это, в частности, касается статей 10 и 58.

Кроме того, некоторые статьи Указа вступили в противоречие друг с другом и нуждаются в корректировке (в частности, статьи 24 и 28).

1. В Указе «О нефти» предварительным условием получения лицензии является проведение конкурса инвестиционных программ на право осуществления нефтяных операций (глава 3).

Процедура проведения конкурса предполагает представление заявки на право участия в конкурсе (статья 10), затем всем лицам, чьи заявки приняты к участию в конкурсе, предоставляется пакет геологической информации (статья 12). После этого заявитель в сроки, установленные условиями конкурса, составляет конкурсное

предложение (статья 11). Из этого ясно, что заявка на участие в конкурсе и конкурсное предложение – это разные документы, отделенные друг от друга по времени.

В связи с этим непонятным выглядит пункт 2 статьи 10 Указа, гласящий: «К заявке прилагается конкурсное предложение». Выполнение этого требования технически невозможно, так как для того, чтобы сделать конкурсное предложение, участник конкурса должен как минимум изучить геологическую информацию и другие условия конкурса.

Необходимо:

1) исключить пункт 2 статьи 10;

2) в пунктах 3 и 4 статьи 11 слово «заявка» заменить на слова «конкурсное предложение», слово «должна» заменить на слово «должно».

3) поменять местами статьи 11 и 12;

4) в пункте 1 статьи 14 исключить ссылку на статью 11.

2. В статье 28 Указа одним из оснований признания контракта недействительным считается признание недействительной лицензии, выданной подрядчику. Однако в главе о лицензиях случаев признания лицензии недействительной нет.

В соответствии со статьей 24 отзыв лицензии влечет за собой расторжение контракта. Но если рассмотреть основания отзыва лицензии, предусмотренные в пункте 1 статьи 24, то следует признать разноплановость этих оснований, что должно влечь за собой и различные последствия.

Так отказ владельца лицензии устранить причины, вызвавшие принятие решения о приостановлении действия лицензии (подпункт 1), или непринятие подрядчиком мер, предусмотренных статьей 38 Указа (подпункт 4), должно влечь за собой расторжение контракта.

Но при установлении факта предоставления лицензионному органу заведомо ложной информации (подпункт 2) или при установлении в судебном порядке факта предоставления незаконных преимуществ претендентам или либерализации условий и снижении размера платежей в бюджет (подпункт 4) лицензия должна признаваться недействительной.

Предлагается включить в статью 24 пункт 2 в следующей редакции:

«2. Отзыв Лицензии по основаниям, предусмотренным подпунктами 2 и 3 пункта 1 настоящей статьи, влечет признание Лицензии недействительной».

Пункт 2 статьи 24 считать пунктом 3 и изложить его в следующей редакции:

«3. Отзыв Лицензии по основаниям, предусмотренным подпунктами 1 и 4 пункта 1 настоящей статьи, влечет расторжение Кон-

тракта, заключенного на ее основе, взыскание с Лицензиата убытков, причиненных досрочным расторжением Контракта».

3. Статья 58 проекта Указа, представленная рабочей группой, почти дословно воспроизводила статью 27 Закона об иностранных инвестициях. Пытаясь избежать дублирования, работники аппарата Президента сократили статью со ссылкой на Закон об иностранных инвестициях. Однако при этом были допущены ошибки, вследствие чего ст. 58 Указа о нефти стала противоречить ст. 27 Закона об иностранных инвестициях.

Если исходить из текста пункта 2 статьи 58, то любая из сторон может передать спор для разрешения в судебные органы Республики Казахстан или международные арбитражные органы, перечисленные в Законе «Об иностранных инвестициях». То есть Правительство или компетентный орган могут по своему усмотрению передать спор в судебные органы Республики Казахстан. Между тем наличие такого права у Правительства является одним из основных факторов, вызывающих опасения у иностранных инвесторов и сдерживающих инвестиции в Казахстан.

Более того, это прямо противоречит ст. 27 Закона об иностранных инвестициях, где сказано, что любая из сторон в споре может передать спор, при наличии письменного согласия инвестора, для разрешения в судебные органы Республики Казахстан или международные арбитражные органы.

Ключевой здесь является фраза: «при наличии письменного согласия инвестора», чего нет в ст. 58 Указа о нефти. Получается, что инвестор, вкладывающий средства в добычу нефти, ставится в худшее положение, чем инвесторы в других сферах экономики. Нельзя будет в данном случае применить и Закон об иностранных инвестициях, так как в пункте 3 статьи 2 Указа «О нефти» говорится, что в случае противоречия между настоящим Указом и другими законодательными актами Республики Казахстан в части регулирования нефтяных операций применяются нормы настоящего Указа».

Пункт 2 статьи 58 Указа о нефти противоречит также ратифицированным Казахстаном Договору к Европейской энергетической хартии, Договорам о поощрении и взаимной защите инвестиций с США, Турцией, Германией и другими странами.

Предлагается следующая редакция пункта 2 статьи 58 Указа:

«2. Если такие споры не могут быть разрешены в соответствии с положениями пункта 1 настоящей статьи, то споры разрешаются в соответствии с Законом Республики Казахстан «Об иностранных инвестициях».

К этому можно добавить, что почти все наши предложения, благодаря активной поддержке Вице-президента РК Эрика Магзумовича Асанбаева, были приняты.

52.5. УКАЗ О НЕФТЯНЫХ ОПЕРАЦИЯХ

В связи с тем, что работа над Законом о нефти слишком затянулась и возникли вопросы, требующие немедленного разрешения, в 1994 г. был принят Указ Президента РК «О нефтяных операциях». Мы с проф. Ю.Г. Басиным приняли участие в подготовке проекта этого Указа. Указ был принят 18 апреля 1994 г.

В Указе были определены все виды налогов и другие платежи в бюджет, которые могут быть определены в контракте с подрядчиками (контракторами). Было также закреплено, что подрядчик (контрактор) не подлежит налогообложению новыми видами налогов, введенными после подписания контракта. Практически это первый случай применения в законодательстве Казахстана «дедушкиной оговорки», которая затем получила развернутое закрепление в знаменитой ст. 6 Закона об иностранных инвестициях.

В ст. 6 Указа было закреплено, что «настоящий Указ имеет силу Закона и действует до принятия Закона «О нефти». В то время еще не было термина «Указ, имеющий силу Закона». Этот термин впоследствии придумал Н.А. Шайкенов при разработке проекта Конституции РК 1995 года.

Приведу полностью текст Указа.

«УКАЗ ПРЕЗИДЕНТА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

О нефтяных операциях

На основании Закона Республики Казахстан «О временном делегировании Президенту Республики Казахстан и главам местных администраций дополнительных полномочий» и в целях упорядочения проведения нефтяных операций на суше, море и внутренних водоемах Республики Казахстан

ПОСТАНОВЛЯЮ:

1. Определить Кабинет Министров Республики Казахстан в качестве полномочного государственного органа, представляющего Республику Казахстан при заключении и исполнении контрактов на проведение нефтяных операций. Предоставить Кабинету Министров право определять государственный орган, которому могут быть делегированы полномочия по заключению и исполнению контрактов на проведение нефтяных операций. 2. Установить, что при проведении нефтяных операций подрядчик (контрактор) в обязательном порядке является плательщиком:

– налога на прибыль, ставка которого определяется контрактом, но не может быть ниже ставки, установленной законодательством Республики Казахстан;

– арендной платы за землю, размер которой определяется в кон-

тракте не ниже размера земельного налога, установленного законодательством Республики Казахстан;

2. Установить, что подрядчик (контрактор) в соответствии с условиями контракта также уплачивает:

– бонусы, роялти, налог на дополнительную прибыль, размер, сроки и порядок выплаты которых определяются контрактом;

– другие предусмотренные законодательством Республики Казахстан налоги и платежи, перечень которых определяется по соглашению сторон в контракте.

3. Установить, что:

– ставки налога на прибыль и на дополнительную прибыль, установленные в соответствии с контрактом, не подлежат изменению в течение всего срока действия контракта;

– подрядчик (контрактор) не подлежит налогообложению новыми видами налогов, введенными после подписания контракта, кроме случаев, когда такие виды налогов вводятся взамен действующих, подлежащих уплате подрядчиком (контрактором) в соответствии с контрактом.

4. Считать страхование нефтяных операций обязательным видом страхования.

5. Настоящий Указ имеет силу Закона и действует до принятия Закона Республики Казахстан «О нефти».

6. Кабинету Министров Республики Казахстан внести на рассмотрение вновь избранного Верховного Совета Республики Казахстан соответствующие изменения и дополнения в законодательство Республики Казахстан.

7. Указ вступает в силу со дня опубликования».

Указ утратил силу в соответствии с Указом Президента РК от 18 июля 1995 г. №2367 «О признании утратившими силу некоторых законодательных актов и Указов Президента РК, имеющих силу Закона, регулирующих налоговые отношения в Республике Казахстан» (вступил в силу 29 июля 1995 г.).

52.6. ЗАКОН О ГОСУДАРСТВЕННОМ РЕГУЛИРОВАНИИ ПРОИЗВОДСТВА И ОБОРОТА НЕФТЕПРОДУКТОВ

Я хочу несколько слов сказать еще об одном законе, который мы разрабатывали в те годы.

7 апреля 2003 года принят Закон РК «О государственном регулировании производства и оборота отдельных видов нефтепродуктов».

Вначале проект этого закона готовился рабочей группой под моим руководством под эгидой Министерства энергетики и минеральных ресурсов, но затем проект был передан Министерству фи-

нансов. В результате было резко усилено государственное вмешательство в производственную деятельность нефтепереработчиков. Уполномоченным органом определено Министерство финансов. Министерство энергетики отнесено к иным государственным органам.

Введено лицензирование производства нефтепродуктов. Вводится установление минимальных объемов производства нефтепродуктов при условии утверждения Министерством нефти и газа объемов поставок сырой нефти и (или) газового конденсата на внутренний рынок Казахстана. Вводится единая электронная база данных по производству и обороту нефтепродуктов (с 1 января 2004 года).

Реализация нефтепродуктов с автозаправочных станций и баз нефтепродуктов с 1.01.04 г. будет допускаться при наличии компьютерной системы учета с передачей уполномоченному органу информации об объемах приобретения и реализации нефтепродуктов. Вводятся и другие меры, направленные на усиление государственного регулирования производства и оборота нефтепродуктов.

Политика усиления государственного регулирования коснулась и производства и оборота нефти. Одновременно с основным законом был принят Закон РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам государственного регулирования производства и оборота отдельных видов нефтепродуктов». В числе прочих были внесены изменения в Закон о нефти.

Статья 1 Закона о нефти была дополнена понятием единой базы данных об объемах добычи и (или) оборота нефти, формируемой на основе информации, предоставляемой подрядчиком в порядке, установленном Правительством Республики Казахстан.

Расширена компетенция Правительства РК. Статья 5 дополнена четырьмя новыми подпунктами. В соответствии с новыми пунктами Правительство Республики Казахстан:

6-1) регулирует экспорт нефти, в том числе путем утверждения (изменения) ставок акцизов, таможенных, защитных, антидемпинговых и компенсационных пошлин, квот на экспорт нефти;

6-2) устанавливает количественные ограничения (квоты) на транспортировку нефти различными видами транспорта;

6-3) определяет порядок ведения единой базы данных добычи и оборота нефти;

6-4) организует систему контроля за соблюдением требований безопасности к технологическому процессу добычи, хранения и оборота нефти.

Добавлены также полномочия компетентного органа (Министерства нефти и газа). Теперь министерство осуществляет государственное регулирование добычи нефти в соответствии с проектом разработки мероприятия, а также ее оборота.

Внесенные дополнения в ст. 5 Закона «О нефти» подпунктами 6-1) – 6-4) противоречат целям и задачам Закона о нефти, не относятся к предмету регулирования данного законодательного акта, а в ряде случаев редакционно неудачны.

Например, вопросы экспорта и импорта относятся к предмету регулирования Закона о лицензировании, ничем не обусловленное квотирование нарушает правила Закона о лицензировании и Договора к Энергетической хартии, согласно которым такие ограничения допускаются только по соображениям государственной безопасности, реализации государственной монополии, обеспечения правопорядка, защиты окружающей среды, собственности, жизни и здоровья граждан.

То же самое можно сказать о квотах на транспортировку. Это противоречит принципам свободного распоряжения имуществом, недопущения необоснованного ограничения перемещения товаров, работ и услуг (п. 3 ст. 2 ГК, п. 3 ст. 13 Закона «О защите и поддержке частного предпринимательства»).

То же самое можно сказать о регулировании оборота нефти.

Принятием данных изменений в Закон о нефти создаются условия для вмешательства государственных органов в хозяйственную деятельность недропользователей, осуществляющих нефтяные операции, путем определения количественных и ценовых вопросов по реализации добытой нефти на внутреннем и внешнем рынке, определения маршрутов транспортировки добытой нефти и видов транспорта, которым осуществляется транспортировка нефти, а также путем регулирования деятельности недропользователя, не связанной с нефтяными операциями, по реализации и (или) переработке нефти.

Закон также создает основу для лоббирования интересов отдельных транспортных организаций, которые смогут загрузить свои транспортные мощности через установление ограничений государственными органами для недропользователей по транспортировке нефти другими видами транспорта (например, ограничение транспортировки трубопроводным и железнодорожным транспортом приведет к загрузке автомобильного транспорта, хотя, он, возможно, будет для недропользователя менее выгодным). Данный ведомственный и групповой интерес государственных органов по вмешательству в хозяйственную деятельность подрядчика, осуществляющего нефтяные операции, обуславливается благой целью загрузки сырьем нефтеперерабатывающих заводов Казахстана. Но это прямо противоречит п. 3 ст. 13 Закона «О защите и поддержке частного предпринимательства», которым запрещается органам государственной власти и управления давать указания частным предпринимателям (в том числе и лицам, осуществляющим нефтяные операции) о поставке товаров (выполнении работ, оказании услуг)

определенным потребителям (в том числе и определенным нефтеперерабатывающим заводам).

Закон от 7 апреля 2003 г. был отменен в связи с принятием Закона РК от 20 июля 2011 г. «О государственном регулировании производства оборота отдельных видов нефтепродуктов». Новый закон был значительно расширен. В нем было уже 26 статей вместо 16 статей в старом законе. Но основные положения, которые мы заложили в него в 2003 г., остались.

52.7. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Таким образом, Закон о нефти прошел длинный и сложный путь от момента начала разработки его проекта и до принятия. Было два готовых проекта, которые принимались Парламентом в первом чтении, но Парламент распускался, и проект начинал разрабатываться и обсуждаться заново. Хорошо, что при принятии его Указом Президента, имеющим силу Закона, особого обсуждения не было, и наш проект практически без изменений пошел на подпись. Сыграло роль и вмешательство Вице-президента РК Э.М. Асанбаева, который замкнул разработку проекта на группе юристов, что позволило создать юридически почти безупречный проект. Удалось заблокировать вмешательство экономистов и государственных чиновников, у которых было большое сомнение, но нулевое знание правил и принципов законотворчества.

Я считаю, что мы приняли закон, в котором удалось найти разумный компромисс между требованиями иностранных инвесторов и национальными интересами Казахстана. Закон о нефти сыграл свою роль в становлении экономической и правовой систем Казахстана.

53.1. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Вступая в независимость, мы вступили в эпоху нефтяных контрактов и необходимости разработки Закона о нефти. И при этом мы имели весьма **смутное представление о нефтяном законодательстве, о нефтяных контрактах и транснациональных корпорациях**. Я помню, как в начале девяностых ко мне впервые попал на заключение проект нефтяного контракта, и я не знал, что означает термин «Production Sherring Agreement». Пришлось обратиться за советом к моему другу, кадровому дипломату Болатхану Тайжану, который знал все на свете. Теперь-то мы эти контракты о разделе продукции можем сами писать, но в то время это было большой проблемой. Я помню еще, как случайно попавшая в Казахстан большая статья А.А. Конопляника о нефтяных контрактах ходила по рукам среди нефтяников и зачитывалась до дыр. Мне она попала уже в десятикратно воспроизведенной копии, трудно различимой, но я читал ее как захватывающий детектив.

Поэтому, естественно, без помощи юридических консультантов обойтись было невозможно. Задача заключалась в том, чтобы, используя их опыт и знания, все же создать законодательство, отвечающее интересам Казахстана.

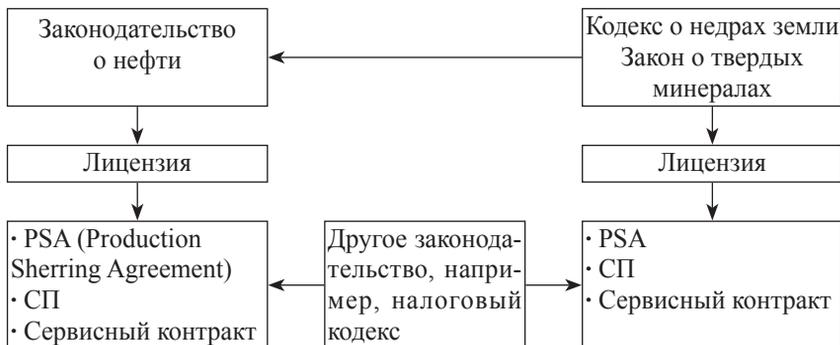
Несомненно, лично мне сильно помогло **участие в качестве юридического советника Правительства РК по нефтяным контрактам** с такими гигантами, как «Шеврон», «Эльф-Акитен», «Бритиш Газ», «Бритиш Петролеум» и другие. Например, переговоры с Шевроном проходили обычно в Лондоне, и я всегда добрым словом вспоминаю нашего юридического консультанта – английскую юридическую фирму «Слотер энд Мэй». Сколько она с нами провела отдельных встреч, детально разясняя все аспекты нефтяного законодательства и заключения нефтяных контрактов! И как все это пригодилось впоследствии при подготовке Закона о нефти!

Консультации от юридических и консалтинговых фирм мы получали и в процессе работы над проектом Закона о нефти.

Например, **в марте 1994 г. мы работали в Лондоне с английской юридической фирмой Arthur D. Little** над ее предложениями по законодательству о недропользовании. Я уже не помню, кто был в составе нашей группы, но, как обычно, в основном это были чиновники. Называлась рабочая группа: Лондонская рабочая груп-

па «Разработка системы лицензирования по нефти, газу и твердым минералам в Республике Казахстан».

Мы договорились, что структура законодательства должна быть следующей:



Окончательный перечень представляемых позиций:

- Проект Кодекса о недрах земли
- Проект Закона о разработке полезных ископаемых (включен в кодекс о недрах земли)
- Проект законодательства по нефти
- Проект лицензии
- Проект модели соглашения о долевом распределении продукции
- Проект соглашения о совместном предприятии
- Проект модели сервисного контракта
- Дополнения к фискальному законодательству
- Рекомендации по проведению тендеров
- Комментарии по поводу административной структуры

В процессе работы над проектом Закона о нефти было создано более 30 вариантов проекта, дважды он принимался Парламентом Республики в первом чтении, пока не был, наконец, принят в форме Указа Президента Республики Казахстан, имеющего силу Закона.

На проект Закона было получено более ста отзывов и комментариев. В комментировании проекта принимали участие консалтинговые и юридические фирмы «Артур Д. Литтл», «Эрнст энд Янг», «Пеппер, Хэмилтон энд Шиц», «Дебейоис энд Плимптон», «Шерман энд Стерлинг», Американская ассоциация юристов, отдел по транснациональным корпорациям и инвестициям ООН (ЮНКТАД).

В комментировании приняли участие почти все крупные нефтяные компании, имеющие интересы в Казахстане. Прежде всего, это «Бритиш газ», «Бритиш петролеум» и «Орикс». Это также «Аджип», «Мобил», «Тоталь», «Амоко», «Шеврон» (и совместное предприятие «Тенгизшевройл»), «Эксон», «Пан Канадиен» и другие.

Теперь, что касается **иностранной помощи** в подготовке проекта Закона о нефти.

В Казахстане существуют те же проблемы, что и в других странах СНГ: нередко приезжают недостаточно квалифицированные специалисты, не разбирающиеся в правовой системе Казахстана, пытающиеся навязать нам проекты законов, которые или по содержанию, или по стилю изложения неприемлемы для Казахстана. К сожалению, на эти поездки и проекты тратились колоссальные суммы денег, нередко за счет кредитов, предоставленных Казахстану (техническая помощь).

В качестве примера можно привести тот же Закон о нефти. Среди более чем 100 комментариев от иностранных фирм и организаций были и **замечания от Всемирного банка**, которые рабочей группой были рассмотрены и учтены.

Однако, когда я в 1996 г. был в Вашингтоне и имел визит по другим делам во Всемирный банк, я с изумлением узнал, что, оказывается, Всемирный банк написал для Казахстана Закон о нефти. Я попросил чиновника, который мне об этом сообщил, показать мне этот Закон, и он достал проект Закона о нефти, причем не последний, готовый к принятию, а 8-й или 9-й вариант из тех тридцати, что мы подготовили. Это значит, что группа юристов, приезжавшая в Казахстан за счет кредитов Всемирного банка Казахстану в рамках технической помощи, представила Всемирному банку проект нашей рабочей группы, выдав его за свой собственный.

В качестве честной эффективной помощи можно привести пример с **американской юридической фирмой «Чадборн и Парк»**. В частности, для получения квалифицированной помощи в разработке проекта закона Институтом государства и права АН РК по поручению Кабинета Министров РК 21 апреля 1992 г. с фирмой «Чадборн и Парк» был заключен Договор об оказании юридической помощи в разработке проекта Закона «О нефти». Юристы этой фирмы У. Холланд и Р. Лангер были включены распоряжением Вице-президента Республики Казахстан в состав рабочей группы. Тем не менее юридическая фирма «Чадборн и Парк» не претендовала на авторство в написании закона, хотя комментарии ею давались квалифицированные и полезные.

У меня в архиве сохранилось несколько многостраничных писем фирмы «Чадборн и Парк» на имя К.К. Байкенова:

1) Письмо от 11 августа 1992 г., в котором сообщается об изменениях в переработанном юристами фирмы проекте Закона о нефти (порядок рассмотрения споров (в арбитражном суде РК), гарантии инвесторам (национализация и реквизиция не допускаются), применимое право (законодательство РК) и т.п.);

2) Письмо от 15 октября 1992 г. – комментарии к проекту Закона о нефти и газе;

3) Письмо от 30 октября 1992 г. – меморандум по поводу последних изменений в проекте Закона.

Я приведу **неполный список организаций**, приславших свои отзывы и замечания на проект Закона о нефти:

1. Pepper Hamilton and Scheetz (Вильям Б. Саймонс, Ричард Б. Нэш), по заказу Министерства юстиции РК подробный комментарий (23 стр.);

2. Правовая инициатива стран Центральной и Восточной Европы при Американской Ассоциации юристов (проф. Липтон) – Казахстан. Дискуссионный проект Закона о нефти. – 12 ноября 1993 г.;

3. Arthur D. Little (Великобритания) – июнь 1994 г.;

4. Еххон (8 стр) – 6 июля 1994 г.;

5. Отдел по транснациональным корпорациям и инвестициям ООН (ЮНКТАД), Джон У. Хара, 25-30 июля 1994 г.;

6. Орикс, 24 августа 1994 г.; 21 октября 1994 г., 11 ноября 1994 г., 8 декабря 1994 г.;

7. Эрнст энд Янг, 20 сентября 1994 г.;

8. Бритиш газ, 1 ноября 1994 г.;

9. Бритиш петролеум, 11 ноября 1994 г.;

10. Участники Каспийского консорциума, 11 ноября 1994 г., 9 декабря 1994 г.;

11. Мобил, 11 ноября 1994 г.;

12. Тоталь, 11 ноября 1994 г.;

13. Аджип, 11 ноября 1994 г.;

14. Шелл, 11 ноября 1994 г.;

15. Тенгизшевройл, 2 ноября 1994 г.;

16. Шерман энд Стерлинг, 23 ноября 1994 г., 8 декабря 1994 г.;

17. Вестерн Атлас, 19 декабря 1994 г.;

18. Амоко, 23 января 1995 г.;

19. Американская ассоциация юристов;

20. Чадборн и Парк;

21. Дебойс и Плимитон;

22. Эксперт Всемирного банка Чарльз Липтон.

Встречи у Даукеева 8 октября 1994 г.: Орикс, Пан Канадиен, Тюркиш Петролеум Оксиндентл, Экссон.

53.2. ОТДЕЛЬНЫЕ ЗАКЛЮЧЕНИЯ ИНОСТРАННЫХ ФИРМ И ОРГАНИЗАЦИЙ НА ПРОЕКТ ЗАКОНА О НЕФТИ

53.2.1. От Всемирного Банка мы получили только одно заключение, датированное 14 августа 1992 г.

5 августа 1992 г. консультанты, приглашенные Всемирным Банком для оказания содействия правительству Казахстана в выработке проекта Закона о нефти, получили новый вариант законопроекта, который был подготовлен рабочей группой, возглавляемой г-ном Карабалиным из Министерства энергетики и топливных ресурсов. Консультантов настоятельно попросили представить в

письменном виде предварительные замечания к новому законопроекту, а именно – не позднее 15 августа 1992 г.

Несмотря на жесткий график, установленный правительством, и тот факт, что целью нашего визита в Алма-Ату вначале было задумано проведение дискуссии по широкому кругу вопросов, поднятых в наших замечаниях к законопроекту, который был вручен нам в июне, мы тем не менее смогли приготовить предварительный перевод на английский язык законопроекта с тем, чтобы предоставить настоящие предварительные замечания. Нам также удалось в это время провести две встречи с членами рабочей группы г-на Карабалина¹, которая подготовила этот законопроект. Эти две встречи были очень плодотворными, и та информация, которую мы получили, помогла нам в составлении последующих замечаний. Эти встречи также указали на необходимость установления дальнейших широких контактов между рабочей группой и группой консультантов. Однако встречи эти должны заранее планироваться, чтобы они были в наивысшей степени продуктивными.

«Нам хотелось бы отметить, что настоящие предварительные замечания нельзя считать окончательными, т.к. у авторов в действительности не было достаточного времени для проведения необходимого детального анализа.

Вначале мы представим несколько общих замечаний по основным проблемам, а затем остановимся на конкретных моментах законопроекта.

1. Правительство своим решением по новому законопроекту в отношении концепции «Компетентный Орган» несет большую ответственность по отношению к нефтяным инвесторам. Новый законопроект значительно лучше предыдущего, но очень важные вопросы остаются, такие как:

– Кто будет Компетентным Органом? Будет ли это какое-то Министерство, или вновь созданное агентство, подчиняющееся другому Органу как Президент, Верховный Совет или Кабинет Министров?

– Будет ли этот Компетентный Орган заниматься проблемами контрактов или у него также будут полномочия для регулирования и контроля относительно Нефтяных Операций?

2. Статья 2.2. настоящего Закона о Нефти гласит: что контроль за Нефтяными Операциями будет осуществляться не только положениями Закона о Нефти, но также решениями Закона о Недрах, исключая один момент, вызывающий конфликт, где говорится, что положения Закона о Нефти имеют превалярующее значение. Это может вызывать значительные трудности в интерпретировании обоих законов, особенно, когда явного конфликта между двумя законами вроде бы и нет. Чтобы преодолеть эти трудности, имеются два пути:

¹ Это были встречи, проведенные с членами рабочей группы под моим руководством.

– предусмотреть (предписать), что только Закон о Нефти применяется к Нефтяным Операциям;

– подтвердить принцип, оговоренный в Статье 2.2., но после детального анализа всех положений Закона о Недрах во избежание несоответствий, и разрешить их в пользу регулирования или одним законом, или другим, но не двумя сразу. Ваши консультанты возьмут на себя эту задачу как часть своей работы в подготовке окончательных замечаний.

3. Введение дополнительной обязанности в получении Лицензии после подписания Контракта создает ненужную путаницу и наверняка не вызовет заинтересованности у потенциальных инвесторов в проведении Нефтяных Операций на территории Республики Казахстан.

Мы рекомендуем убрать все ссылки на Лицензии, за исключением тех, которые по своей сути являются административными формальностями.

4. Понятия о земельном и горном отводах, речь о которых идет в Статье 1.1. Раздела 4, остаются слишком расплывчатыми и их необходимо конкретизировать (пояснить) для того, чтобы избежать возможности появления одного из основных препятствий для иностранного инвестирования. В отношении земельных отводов – слишком преждевременно требовать получения такого отвода, когда местонахождение скважин и установок еще не известно.

5. Хотя мы согласны с положением о предоставлении Правительству гибкости в решении положений по Нефтяным Соглашениям, мы полагаем, что это будет в лучших интересах Казахстана, если в Законе о Земле будут особо оговорены максимальные сроки для осуществления разведки и добычи по Контракту.

6. Мы рекомендуем ввести специальный раздел в Закон о Нефти относительно трубопроводов, т.к. транспортировка нефти является неотъемлемой частью Нефтяных Операций. Однако многие детали настоящего Раздела 7 необходимо убрать и включить в Закон о трубопроводах (подзакон о трубопроводах).

7. В настоящем законопроекте очень слабо разработаны положения относительно налогообложения Нефтяных Операций. Это является очень важной статьей как для правительства, так и для потенциальных инвесторов. Мы рекомендуем разработать отдельный закон о налогах с Нефти для решения таких проблем.

Ваши консультанты готовы предоставить рабочую программу для вынесения такого закона, а также предоставить необходимую в этом отношении информацию Рабочей Группе. Если вы желаете, мы можем сразу приступить к составлению такой программы.

8. Мы согласны с мнением Рабочей Группы, что Закон о Нефти должен применяться и к иностранным, и к казахстанским инвесторам. Однако необходимо ввести положение, затрагивающее суще-

ствующую деятельность, выполняемую местными компаниями и организациями в отношении разведки и добычи нефти.

Как вопрос политики, необходимо способствовать развитию казахстанских предприятий, особенно частных предприятий. Например, местные компании должны пользоваться выгодой от беспошлинного ввоза оборудования и материалов в той же степени, что и иностранные компании.

9. В преддверии принятия Закона о Нефти необходимо принять решение о статусе существующих (подписанных) нефтяных контрактов.

Вы можете, например, рассмотреть такое положение, чтобы подрядчик таких нефтяных контрактов не пользовался преимуществами Закона о Нефти, пока они не будут готовы принять бремя этого Закона и на себя.

10. Существуют другие положения в законе такого рода, которых нет в данном законопроекте. Необходимые предложения будут внесены после более детального изучения этого законопроекта.

11. В заключение мы хотим выразить нашу большую озабоченность по поводу того графика работы, который нам был предложен, который не оставляет консультантам достаточного времени для выполнения предварительной работы и для проведения встреч с Рабочей Группой. Обе встречи с Рабочей Группой, которые состоялись на прошлой неделе в Алма-Ате, были плодотворными. Но мы надеемся, что было бы удобнее, если бы участники этой миссии проводили оставшееся время в одном месте, где могли бы все свободное время посвятить выполнению необходимой задачи и не было бы бесконечных проволочек, отвлекающих моментов.

Мы предлагаем провести новую встречу во второй половине сентября, возможно, в Париже (надлежит утверждению Всемирным Банком). Стоимость проезда, проживание, суточные и другие расходы будут оплачены Банком, как часть безвозмездного дара Казахстану с целью подготовки лучшего возможного варианта Закона о Нефти для этой страны.

Члены Всемирного Банка, группа консультантов: Онорэ Лелех – Париж, Кари Янг – Даллас.

Отсутствующие члены группы: Теодор Гортон – Вашингтон, Уильям Батлер – Лондон».

К этому письму были приложены конкретные замечания по проекту Закона на 15 страницах.

Кроме того, Кари Янг принимала участие в обсуждении проекта Закона членом рабочей группы под моим руководством с представителями нефтяных компаний 26 октября 1994 г.

53.2.2. Компания British Gaz 14 января 1994 г. прислала письмо на имя министра энергетики и топливных ресурсов К.К. Байкенова следующего содержания.

«Вы помните, что в письме Вам от 24 марта 1993 г. мы изложи-

ли наши взгляды на предлагаемый Закон о Нефти. С того времени мы продолжали следить за развитием работы над проектом Закона и обсуждали предлагаемые положения с различными должностными лицами в Республики Казахстан.

Мы знаем, что вслед за роспуском Верховного Совета Президенту были даны дополнительные полномочия принимать законы в период до марта 1994 г., пока не будет избран новый Верховный Совет. Следовательно, возможно, что Закон о Нефти может быть принят в ближайшие месяцы.

Как Вы помните, мы указали в нашем Коммерческом Предложении, что подписание Окончательного Соглашения по Карачаганаку потребует законодательства, которое сделает положения и условия нашего Соглашения полностью юридически осуществимыми. Одним из конкретных вопросов является налогообложение, и последний виденный нами проект Закона о Нефти обеспечил бы требуемую юридическую силу для осуществления большинства налоговых договоренностей, но не для освобождения от таможенных сборов и тарифов.

Мы благодарны за внимание, обращенное на комментарии по предыдущим проектам Закона о Нефти, которые мы Вам передавали ранее. Однако остается ряд неразрешенных вопросов, которые важны для нас и, мы уверены, для других потенциальных иностранных инвесторов.

Если Вам будет угодно, мы предлагаем, чтобы наши представители встретились в ближайшее время с Вами или с назначенными Вами лицами для обсуждения различных вопросов. Чтобы помочь Вам понять, что нас беспокоит, мы прилагаем к этому письму краткое изложение тех вопросов, которые хотели бы обсудить. Будем ждать от Вас ответа вскоре, как только это будет для Вас удобно.

С уважением,
Джон Верко Массимо Николацци

Приложение: КОММЕНТАРИИ К ПРЕДЛАГАЕМОМУ ПРОЕКТУ «ЗАКОНА О НЕФТИ» (постатейные)»

53.2.3. 12 марта 1993 г. поступил Сводный обзор комментариев по поводу проекта «Закона о нефти» Республики Казахстан. Обзор был подготовлен рецензентами из США, Бангладеш, Шотландии, Тринидада и Индонезии.

«I. Введение

Рецензенты обратили внимание на то, что в проекте Закона о Нефти предпринимается попытка учесть цель Республики Казахстан, состоящую в привлечении иностранных компаний к инвестициям, разведке и освоению нефтегазовых запасов Казахстана, а также цель, заключающуюся в защите законных интересов Правительства Казахстана. Рецензенты высоко оценивают усилия разработчиков проекта, которые привели к созданию проекта закона, являющегося важным шагом в предоставлении иностранным нефтегазовым компаниям опре-

деленной степени уверенности в то время, когда они предполагают выполнить инвестиции в Республике Казахстан. Хотя проект Закона о Нефти создает правовую базу для заключения Правительством контрактов на разведку, разработку и добычу нефти, он, однако, не предусматривает конкретного порядка достижения этих целей. Как отметил один из рецензентов, этот проект закона мог бы послужить путеводителем для иностранных инвесторов. Рецензенты осознают тот факт, что некоторые погрешности проекта закона могут быть отнесены на счет перевода. Отмечая также, что Кодекс законов о недрах и переработке минерального сырья («Кодекс»), упоминаемый в Законе о Нефти, не был представлен на изучение, комментирующие лица представили нижеизложенные предложения по уточнению предлагаемого Закона о Нефти. Рецензенты представят дополнительные замечания по Кодексу сразу после того, как он будет переведен. Рецензентами являются эксперты по нефти и газу из Соединенных Штатов Америки, Бангладеш, Шотландии, Тринидада и Индонезии.

II. Недостаточная конкретность

Рецензенты отметили, что в проекте Закона о Нефти приводится недостаточно деталей в отношении определенных ключевых вопросов. Например, точный порядок предоставления контрактов в данном проекте закона конкретно не описывается. Из Статьи 7.1 можно заключить, что эта функция будет выполняться путем введения в действие другого закона, так как Статью 4 можно понять так, что эти обязанности будут возложены на ведомство, обладающее большой свободой действий и широкими законодательными полномочиями. Оставление этих деталей в ожидании очередного нового закона приведет к задержкам; однако передача этих деталей на усмотрение другого ведомства также приведет к проблемам. Следовательно, рецензенты рекомендовали предусмотреть более четкий и более детальный порядок в самом проекте Закона о Нефти.

С другой стороны, один из рецензентов высоко оценил гибкость, допускаемую проектом закона. Он считает, что гибкость, включая делегирование полномочий, предпочтительнее, чем жесткое и полное изложение закона в самом проекте. Однако он признает, что такая структура закона будет работоспособной только в том случае, если будут незамедлительно опубликованы правовые нормы и соглашения, уточняющие порядок действия закона.

Несколько рецензентов также указали на отсутствие определенности в понятии «компетентный орган». Один из рецензентов считает, что определение «компетентного органа» дает возможность любому ведомству с любым объемом делегированных полномочий представлять собой «компетентный орган». Представляется, что полномочия компетентного органа могут частично совпадать с полномочиями местных органов власти. Проект закона должен уточнить распределение полномочий между общегосударственными и местными органами власти. Например, если предполагается учредить Министерство неф-

ти и газа или Государственную нефтяную компанию, то это должно быть предусмотрено проектом Закона о Нефти. Рецензенты предлагают облечь полномочиями единственный орган управления, что позволит избежать частичного совпадения юрисдикций. В альтернативном варианте один из рецензентов предложил либо опустить Статью 5 (устанавливающую полномочия местных органов государственной власти), либо включить ее в Статью 4, чтобы четко указать на вышестоящее положение «компетентного органа».

Один из рецензентов подчеркнул необходимость четкого уточнения вопросов о том, кто имеет право собственности, кто имеет право на проведение переговоров, каковым может быть юридическое содержание договора, а также о том, что Правительство Казахстана будет связано такими соглашениями. Этот же рецензент также считает, что поскольку проект закона перегружен положениями, введенными с благими намерениями, такими как, например, положения о согласовании освоения с Правительством, о коррупции и лицензировании, такие положения в потенциале могут нанести ущерб правоспособности правовых титулов (прав собственности), полученных в Казахстане. Этот рецензент рассматривает это как препятствие на пути к рыночной экономике и как помеху целям частных инвестиций.

В дополнение к конкретным вопросам, которые должны быть охвачены законом, один из рецензентов настаивает на введении перечня общих принципов (испытанная практика, окружающая среда, прерогативы Правительства, уважение к закону и т.п.), которые могли бы служить в качестве руководящих указаний для типового соглашения и для последующих правовых норм, а также для целей местной политики.

III. Совместные предприятия

Как уже упоминалось, в проекте Закона о Нефти в явном виде не предусмотрена государственная нефтяная компания, которая при желании могла бы участвовать в разработке нефти. Один из рецензентов отметил, что иностранные нефтяные компании могут быть обязаны уступить часть своей лицензии на разработку государственной нефтяной компании при приобретении лицензии, или государственная нефтяная компания может иметь право на участие на различных последующих стадиях развития предприятия. При этом структура будет напоминать совместное предприятие между иностранной компанией и государственной компанией, хотя риск, принимаемый на себя государственной компанией, будет минимальным. Этот рецензент предположил, что формирование государственной компании даст Правительству Казахстана определенные преимущества в долгосрочном плане, такие как прямое участие в использовании новых технологий, развитие управленческих и технических навыков, а также позволит повысить степень контроля в отношении темпов эксплуатации нефтегазовых ресурсов республики. Разработчики проекта могут рассмотреть возмож-

ность участия государственной компании, но отсрочить реализацию такого участия до определенного времени в будущем, чтобы привлечь иностранный капитал в ближайшее время.

IV. Типовое соглашение

Настоящий проект закона предусматривает индивидуальный подход к нефтегазовым инвестиционным соглашениям, которые должны согласовываться посредством прямых переговоров. Проект закона устанавливает основы проведения таких переговоров, но оставляет значительное количество деталей на разрешение в ходе переговоров. При этом государству придаются достаточно широкие полномочия, но это может приводить к очень сложным соглашениям, которые могут значительно отличаться друг от друга. Некоторые рецензенты предложили включить в закон типовую форму соглашения, отмечая, однако, что это форма не должна быть настолько жесткой, чтобы исключать возможность гибких действий Правительства с учетом меняющихся обстоятельств и национальных интересов. Другой рецензент предложил, чтобы Правительство применяло торги или аукционы для использования тех преимуществ, которые дает конкуренция. Этот же рецензент также согласился с тем, что Правительству было бы полезно использовать форму типового контракта, если оно в действительности будет применять аукционы и торги.

V. Дата вступления в силу

Один из рецензентов предложил видоизменить преамбулу так, чтобы указать дату введения закона в силу, и далее указать, что контракты и лицензии, заключенные и предоставленные до вступления закона в силу, не подлежат действию данного закона, кроме как в объеме, относящемся к поправкам, внесенным после даты введения закона в силу».

Далее были приложены комментарии по отдельным статьям проекта на 10 страницах.

53.2.4. 24 марта 1993 г. был получен Меморандум от Майкла Д. Грэя, помощника Директора «Новая Независимая Государственная программа, Законодательная Инициатива в Центральной и Восточной Европе» о соотношении проекта Закона о нефти и действующего Кодекса о недрах и переработке минерального сырья. К письму было приложено также заключение Эрнста Э. Смита ((Университет Данди, Центр законодательства и политики в области нефти и полезных ископаемых) от 23 марта 1993 г.

Интересно заключение, сделанное **Университетом Данди.**

«Заключение

К нам не обращались, да и не могли бы обратиться с целью глубокого анализа и пересмотра Закона о недрах. Этому закону, в котором обнаруживаются многочисленные проблемы и недостатки, место, скорее, на свалке истории переходного периода, и он не может использоваться в качестве практического применения юридического документа. В настоящее время приоритетной задачей явля-

ется полное освобождение нефтяных и газовых операций, а впоследствии любых значительных операций по эксплуатации месторождений, в которых участвуют иностранные компании, от регулирования со стороны Кодекса, для того чтобы гарантировать беспорный приоритет инвестиционных контрактов; они должны иметь преимущественную силу над Кодексом и другими законами, однако, право на такой приоритет как на особый закон, вероятно, должно четко определяться в законе о нефти и газе. Если соглашения будут заключены после принятия этого закона, тогда правительство получит неограниченную возможность бюрократического вмешательства, и я посоветовал бы любому осторожному и предусмотрительному инвестору не рисковать значительными средствами для инвестирования в области нефти и газа в Казахстане».

**53.2.5. «ОТЧЕТ ПО РЕЗУЛЬТАТАМ ПОЕЗДКИ ДЕЛЕГАЦИИ
ОТДЕЛА ПО ТРАНСНАЦИОНАЛЬНЫМ КОРПОРАЦИЯМ И
ИНВЕСТИЦИЯМ (ОТКИ) ЮНКТАД
от 25-30 июня, 1994 г.**

**(Составитель: Джон У.К. Гара, советник по юридическим
вопросам, ОТКИ, ЮНКТАД)**

Обзор Казахстанского законопроекта по нефти

Введение

Правительство Казахстана обратилось в Отдел по транснациональным корпорациям и инвестициям (ОТКИ) при Конференции ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД) с просьбой рассмотреть выработанный им проект закона по нефти. С целью изучения взглядов официальных представителей Правительства Казахстана, а также для оценки их вклада в законопроект, по инициативе гос-на Джона Гара, который является юридическим консультантом ОТКИ при ЮНКТАД, была организована поездка делегации, которая проходила с 25 по 30 июня 1994 г.

Гос-н Гара провел встречи со следующими официальными представителями правительства:

- гос-н Е.К. Досмухамедов, личный помощник вице-президента, кабинет вице-президента
- гос-н М.К. Сулейменов, директор Института государственного права, председатель рабочей группы по выработке законопроекта в области нефти
- гос-н С.Ж. Даукеев, министр, Министерство геологии
- гос-н Б.Н. Москаленко, замминистра, Министерство геологии
- гос-н М.И. Бочков, замминистра, министерство экологии и биоресурсов
- гос-н У.С. Карабалин, замминистра, Министерство нефтяной и газовой промышленности

– гос-н М.С. Мусабетов, начальник отдела нефтяных операций, Министерство финансов.

Встреча с представителями правительства предшествовал брифинг, который был организован для членов делегации гос-ном Бенгтом Мессингом, заместителем постоянного представителя Программы развития ООН в Казахстане (ПРООН). (Постоянный представитель находился в зарубежной поездке). Гос-н Мессинг оказал большую помощь не только в предоставлении полезной и существенной информации о ситуации на местах, но также обеспечил организационную поддержку для проведения запланированной программы делегации. Действительно, каждый из сотрудников алматинского представительства ПРООН оказал чрезвычайно существенную помощь и услуги. В частности, двое из сотрудников, сопровождавшие гос-на Гара на всех его встречах (и замечательно справившиеся с задачами устного перевода), приложили максимум усилий для обеспечения конкретных результатов поездки делегации.

Структура настоящего рабочего доклада соответствует основным вопросам, которые были подняты представителями правительства Казахстана во время встреч. Большая часть встреч была проведена с гос-ми Е.К. Досмухамедовым и М.К. Сулейменовым. Именно они подняли большую часть актуальных вопросов, которые, вероятно, будут рассматриваться во время принятия законопроекта. В общем виде основные вопросы, которые были подняты на встречах, сводятся к следующему:

** Взаимосвязь между законодательством, предоставляемыми лицензиями и контрактами, по которым ведутся переговоры:

– Каково должно быть количественное соотношение между этими тремя составляющими?

– Какова принятая международная практика в этой области?

– Что определяет основные интересы Казахстана?

– Правительство склоняется к тому, чтобы выдача лицензий предшествовала контрактным переговорам – насколько такая практика обоснована и следует ли ее рекомендовать?

– Насколько успешно разработчики законопроекта сумели отразить склонность правительства к системе лицензирования?

– Роль различных правительственных организаций, упомянутых в законопроекте, и взаимоотношения между ними – достаточно ли адекватно они отражены?

** Тип системы лицензирования, которую следует принять:

– Должны ли быть различные лицензии на разведочные работы и добычу?

– Какие права по разработке и эксплуатации месторождения должны предоставляться лицензией на добычу?

– Каким образом должны решаться споры и разногласия по таким правам?

** Наиболее эффективные пути учета природоохранных аспектов.

****** Льготы и стимулы для инвестиций капиталов нефтяных компаний в площади, выгодные для арендодателя в Казахстане.

В дополнение к вышеуказанному, был проявлен большой интерес к получению рекомендаций по режиму финансового учета. Представитель Министерства финансов, с которым делегация провела встречу, выразил заинтересованность в получении консультаций по методам бухучета в нефтяной и газовой промышленности. Это министерство ранее передало список тех вопросов, рекомендации по которым их особенно интересуют. Рассмотрение этих вопросов позволяет говорить о том, что им требуется экспертная консультация экономиста в области нефти и газа. Большая часть этих вопросов не касается непосредственно самого законопроекта, и, следовательно, дальнейшее их рассмотрение не должно сказываться на сроках опубликования законопроекта. Тем не менее значимость этих вопросов станет решающей во время подготовки типовых образцов лицензий и контрактов. Делегация ОТКИ настоятельно рекомендовала правительству Казахстана обратиться в ООН с просьбой о дальнейшей помощи по этому вопросу».

Далее были приложены комментарии на 20 страницах и сделано Заключение.

«Заключение

Очевидно, что много интеллектуальных и других усилий было вложено в казахстанский законопроект. Делегация ОТКИ высоко оценивает усилия составителей, а также их желание и готовность получить последующие рекомендации и консультации даже на такой поздней стадии. После небольшой корректировки и шлифовки проект закона может послужить хорошей основой для разработки общей законодательной базы. Стоит тем не менее заметить, что если, вопреки ожиданиям, не дополнить законопроект положениями о лицензиях, соглашениях и финансово-учетном режиме, все эти усилия могут быть сведены к нулю. Поэтому предстоит еще много работы в этом направлении».

53.2.6. Письмо юридической фирмы «Пеппер, Хэмилтон и Шиц» от 20 августа 1994 г. Министру Юстиции Республики Казахстан Н.А. Шайкенову:

«Уважаемый господин Шайкенов!

От имени Пеппер, Хэмилтон и Шиц мы сообщаем, что с удовольствием подготовили комментарий к проекту Закона о Нефти по Вашей просьбе. Здесь прилагаются русский и английский варианты комментария. Мы очень рады столь раннему началу работы с Министерством Юстиции.

Главным составителем комментария является Джонатан Кан, партнер нашей фирмы Пеппер, Хэмилтон и Шиц, который работает в Вашингтоне.

Господин Кан имеет большой опыт работы в секторе, связанном с

нефтяными операциями, включая подготовку и ведение переговоров по контрактам на разработку и переработку нефти. Он являлся консультантом по ряду законопроектов по нефти в разных странах, а также помогал обучать персонал ведомств по нефти и газу. Господин Кан знаком с работой в Советском Союзе, где он не раз принимал участие в проектах приватизации. Недавно он консультировал правительство Латвии по ряду коммерческих и законодательных вопросов в процессе разработки законодательства по приватизации, землепользованию, акционированию и иностранным инвестициям, а также помогал правительству определить приоритетные отрасли для приватизации. Американские и казахстанские юристы нашего Алматынского офиса также внесли дополнения в замечания господина Кана.

Мы будем рады и в дальнейшем оказывать поддержку при разработке и изучении законодательства в нефтяной области. Мы также готовы ответить на любые специфические вопросы Министерства Юстиции, Кабинета Министров, Верховного Совета и других министерств. Кроме того, мы бы хотели по возможности изучать и дополнять комментарии, которые были получены Правительством от других фирм или юристов».

53.2.7. Прочитую еще одно письмо от 29 августа 1994 г. от Пан Канадиен, Тюркиш Петролеум, Оксидентал Эксон, Консорциума «Казахстанкаспийшельф»:

«Дорогие господа Премьер-Министр Терещенко,
Министр Чердабаев и Министр Даукеев!

Подписавшиеся компании, каждая из которых намеревается стать инвестором или является потенциальным инвестором в секторе нефти и газа казахстанской экономики, обращаются к Вам в связи с предложенным законодательством по вопросам нефти, последний проект которого стал недавно нам известен.

Как инвесторы мы приветствуем намерения, подтвержденные Указом Президента относительно Нефтяных Разработок и признание необходимости быстрого создания всеобъемлющего закона по нефти. Является очевидным тот факт, что были приложены значительные усилия при создании проекта закона, который содержит много замечательных и позитивных положений с точки зрения инвестора. Наряду с этим в этом проекте остается несколько неразрешенных вопросов, которые нас серьезно беспокоят. Мы полагаем, что если этот проект закона будет принят в настоящей форме, то вместо того, чтобы создавать условия, способствующие вкладу инвестиций в эту ключевую отрасль экономики, закон будет отпугивать инвесторов. Более того, в том виде, как это записано сейчас, этот проект закона может стать причиной значительных задержек в исполнении проектов, переговоры по которым ведутся в настоящее время, так как вынудит инвесторов утвердить специальные условия путем индивидуальной ратификации Президентским указом

уже согласованных статей соглашений, которые не соответствуют новым законодательным положениям и процедурам.

Инвестиции в нефтяных проектах требуют вовлечения значительных финансовых и технических ресурсов и управленческих кадров на долгосрочной основе. По этой причине инвесторы нуждаются в подтверждении стабильной, долгосрочной и предсказуемой юридической структуры, на которую они могут положиться, чтобы гарантировать свои инвестиции. Для того чтобы привлечь частных инвесторов, закон должен содержать в себе абсолютно однозначно интерпретируемые положения, исключающие вероятность неожиданных дополнительных изменений и произвольного толкования положений.

Мы понимаем стремление Казахстана как можно быстрее привлечь инвестируемый капитал. Большинство источников такого капитала в секторе нефти и газа связано с иностранными компаниями, такие инвестиции характеризуются высокой степенью риска. В настоящих условиях низких цен на рынке наблюдается дефицит иностранных инвестиций, и Казахстан должен конкурировать с другими странами за получение этих инвестиций.

Принимая решение об инвестициях, наши компании имеют юридические обязанности по отношению к своим владельцам и владельцам акций этих компаний по обеспечению расчетливого инвестирования этих дефицитных источников для достижения приемлемого уровня прибыли, пропорционального принятому риску. Источники капитала распределяются согласно осознанному риску в получении приемлемой прибыли от вложенного капитала, особенно в ситуации, которая наблюдается в настоящее время, когда спрос на иностранные инвестиции превышает предложения.

Проект закона признает некоторые из интересующих инвестора положений, например, защиту инвестора от будущих законодательных изменений, которые могут нанести ущерб исполнению контрактов соглашений.

Однако остаются фундаментальные проблемы, которые порождают серьезные сомнения в отношении получения приемлемой прибыли и, следовательно, приведут к принятию решений об инвестициях в пользу других стран. Эти проблемы включают:

- отсутствие четко сформулированного положения, которое бы однозначно утверждало, что подписанные контракты будут строго соблюдаться и что право на владение количеством добытой нефти, указанным в контракте, будет неоспоримым;
- указание, что экспорт нефти будет проводиться согласно квоте;
- не имеющие под собой почвы ограничение и подгонка сроков лицензий (в первую очередь, лицензий по добыче нефти) под особые обстоятельства (например, отсутствие экспортной инфраструктуры);
- указание, что объем добычи нефти и производительность могут быть ограничены;

– нас особенно беспокоит разделение обязательств по инвестициям от права на получение прибыли, что является результатом выдачи отдельных лицензий на разведку и лицензий на добычу, из которых только последняя будет создавать коммерческие условия для получения прибыли.

Концептуальная основа механизма по выдаче прав выходит на проверку сверхбюрократической, так как использует два разных механизма: по выдаче лицензии и составлению контракта, каждый из которых содержит детальные условия и управляется двумя отдельными организациями, и сопровождается требованиями множества экспертных проверок и согласований на разных стадиях процесса рассмотрения и утверждения. Очень трудно представить себе, как это будет осуществляться на практике, особенно когда речь идет о таком чувствительном процессе, как получение лицензии с привлечением иностранного инвестора или составление контракта по совместной добыче (по сути, договорным документом, признаваемым проектом закона).

Разработка газа и нефти имеет для Казахстана потенциал служить двигателем в продвижении страны к экономическому благосостоянию. Здоровая нефтегазовая промышленность будет стимулировать другие иностранные инвестиции. В результате в Казахстане будут созданы дополнительные рабочие места и отрасли промышленности, предоставляя при этом казахам возможность ознакомиться с западными деловыми процессами и пройти техническое обучение. Работая совместно и обучая друг друга, мы сможем предоставить новые возможности для компаний обеих сторон и их служащих.

Иностранные вложения капитала процветают в условиях стабильных юридических и деловых отношений. Инвесторы должны верить, что законы будут стабильными и контракты будут соблюдаться как на законных основаниях, так и на практике. Хорошо составленный Нефтяной закон будет действовать как фундамент, на котором будет строиться экономическое развитие.

Мы бы очень приветствовали возможность встречи небольшой группы наших представителей с Вашими должностными лицами, которым наши представители могли бы объяснить более детально эти и другие вопросы, которые нас волнуют. Мы полагаем, что в результате таких встреч можно было бы оговорить те дополнения к проекту закона, которые бы свели к минимуму сомнения инвесторов, в то же время соблюдая законные интересы Казахстана в обеспечении соответствия проводимых работ требованиям международных стандартов по безопасности и охране окружающей среды, а также разумным методам управления нефтеносным районом.

Мы уверены, что такая встреча будет служить конструктивным шагом по созданию законодательного фундамента, который бы в большей степени поощрял привлечение инвестируемого капитала,

ведущего к разработке и добыче углеводородного потенциала Казахстана.

Мы надеемся, что Вы примете наше предложение и будем очень признательны, если ответ на это письмо будет отправлен на имя господина Эндрю Б. Дермана (Энергетическая компания «Орикс»), который любезно согласился быть представителем всех подписавшихся компаний.»

53.2.8. 18 сентября 1994 г. я получил письмо от главного представителя группы иностранных нефтяных фирм юриста компании «Oryx Kazakhstan Energy Company» г-на Стива Вагнера следующего содержания:

«Уважаемый господин Сулейменов!

Я был очень рад встретиться с Вами у господина Даукеева. Как обещал, присылаю Вам копию английского перевода проекта Закона о Нефти от 12 сентября 1994 года. Согласно нашей договоренности юристы иностранных фирм приедут для обсуждения этого проекта. Надеемся, что Вы сможете встретиться с ними.

Мы дополнительно еще свяжемся с Вами, чтобы договориться о встречах».

53.2.9. Еще одно письмо от иностранных участников Консорциума поступило в Министерство геологии и охраны недр РК 5 октября 1994 г.

Министр Даукеев наложил визу: «Пригласить на субботу 8 октября 1994 г., 10 ч. утра, в том числе Майдана Сулейменова».

8 октября 1994 г. состоялась встреча у Даукеева с представителями нефтяных компаний.

Основное обсуждение касалось лицензионно-контрактной системы. Иностранные фирмы очень беспокоило, что лицензия выдается одним органом, контракт подписывается другим органом. Беспокойство, как будет работать этот процесс. Выразили готовность помочь подготовить Модельный контракт.

53.2.10. 26 октября 1994 г. состоялось обсуждение проекта Закона о нефти с представителями нефтяных компаний с членами рабочей группы под моим председательством. Присутствовали Эндрю Б. Дерман из Orix, Джеймс М. Долл из EXXON, Кэри Янг и другие.

Назову некоторые вопросы, которые обсуждались на встрече.

1. Нефтедобыча на море. Понятие моря. Разные типы работ на мелководье и в глубоководных районах. Определить координаты Консорциума «Казахстанкаспийшельф».

2. Статья 3.3 – роялти накладывается на нефть, поднятую на поверхность. Если нефть вернется в недра, будет ли платить.

3. Должны быть четкие различия между добычей и хранением.

4. Все положения о земельном и горном отводах желательно сосредоточить в одном месте.

5. Регистрация контракта – очень длительный процесс, много ненужных деталей. В Законе оговорить упрощенный порядок регистрации. Выработать Типовой контракт. Готовы помочь в составлении. После контракта огромное количество разрешений на любые операции.

6. Не охвачен процесс заявки на совмещенные лицензии. Необходимо оговорить срок действия совмещенной лицензии.

7. Типовой контракт – обязательный или нет? Лучше назвать Модельный контракт.

8. Много статей, где как-то ущемляются права недропользователей, предлагалось просто исключить.

53.2.11. Письмо от 11 ноября 1994 г. Председателю Редакционной группы проекта Закона о нефти Республики Казахстан и Председателю Комиссии Верховного Совета по промышленности, энергии, транспорту и связи

«Уважаемые г-да!

Иностранные Участники Консорциума по Каспийскому морю желают выразить Вам свою благодарность за организацию встречи с нами, со столь кратким упреждением, в прошлую пятницу, 5 ноября.

Как упоминалось во время этой встречи, мы теперь подготовили документ, в котором более детально приводятся вопросы, вызывающие озабоченность у Иностранных Участников.

Насколько мы понимаем, Верховный Совет в настоящее время рассматривает закон, и мы, поэтому, попытались помочь быстрому анализу наших замечаний, предложив, где нужно, новые формулировки, которые, по нашему мнению, необходимы для решения заботящих нас проблем.

Иностранные Участники благодарны за время, уделяемое Вами рассмотрению их предложений.

Аджип С. П.А., Бритиш Газ Эксплорейшн энд Продакшн Лтд., Би-Пи Казахстан Лимитед, Мобил Ойл Казахстан Инк., Шелл Казахстан Девелопмент Б.В., Тотал Эксплорейшн Продакшн Казахстан

Приложение: ЗАМЕЧАНИЯ ПО ПРОЕКТУ ЗАКОНА О НЕФТИ И ПОСТАНОВЛЕНИЮ О ПОРЯДКЕ ВВЕДЕНИЯ ЕГО В ДЕЙСТВИЕ.

Общая информация

3 декабря 1993 года Иностранные участники заключили Соглашение о Консорциуме с Правительством, Министерством энергетики и топливных ресурсов (как оно тогда называлось) и ККШ по вопросу финансирования и полнообъемного сейсмического и экологического изучения Каспийского моря. Эта деятельность также включает подготовку карты для лицензирования шельфовых блоков.

Вознаграждением за указанные обязательства Иностранных Участников является предоставление им разведочных блоков в первом раунде шельфового лицензирования на условиях Соглашения

о Разделе Добычи (СРД), по которому в процессе работы будут вестись переговоры. СРД должен будет базироваться на изложенных в Соглашении о Консорциуме принципах.

Главное опасение Иностранных участников заключается в том, что после принятия Закона о нефти в нем случайно могут оказаться положения, противоречащие их правам, уже предоставленным им в Соглашении о Консорциуме, а также тем, что будут включены в СРД, по которому в настоящий момент ведутся переговоры.

В связи с проектами Закона о нефти в редакции от 12 сентября и 12 октября у Иностранных Участников возникло несколько конкретных вопросов, вызывающих их опасения.

Вопросы, вызывающие опасения Иностранных Участников в связи с проектами Закона о нефти и Постановлением о введении его в действие.

Указанные вопросы более детально приводятся ниже, вместе с изменениями, предлагаемыми для устранения противоречий. Ссылки относятся к проекту Закона в редакции от 12 октября.

А. Постановление Верховного Совета Республики Казахстан «О порядке введения в действие Закона Республики Казахстан о нефти»

Т.н. «дедушкино» положение (принятое среди американских юристов профессионально-жаргонное выражение, описывающее положение, согласно которому те или иные условия, существовавшие до принятия определенного закона, остаются в силе и после его принятия).

Пункт 2 Постановления предназначен для защиты инвесторов, уже заключивших с Правительством Контракт. Иностранные Участники предпочли бы, чтобы подобное положение имелось в самом проекте Закона, так как оно охватывает существенные упомянутые в Законе вопросы.

Поскольку для придания полной силы правам, предоставленным Иностранным Участникам по Соглашению о Консорциуме, в нем требуется, чтобы Правительство заключило СРД, то должно быть четко сказано, что СРД и иные Контракты, которые Правительство согласилось заключить, также охватываются пунктом 2. Для большей ясности по указанному вопросу, мы предлагаем, чтобы существующие после «Закона» слова были заменены следующей формулировкой: «и Контрактов, заключенных впоследствии в связи с любым таким Контрактом, будут иметь полную силу и действие в соответствии со своими условиями».

Б. Закон Республики Казахстан о нефти (приводятся детальные замечания по отдельным статьям проекта)».

53.2.12. Письмо от 9 декабря 1994 г. Председателю Редакционной группы проекта Закона о нефти Республики Казахстан и Председателю Комиссии Верховного Совета по промышленности, энергии, транспорту и связи.

«Уважаемые господа!

Иностранные Участники Консорциума по Каспийскому морю рассмотрели новый проект Закона о нефти от 24 ноября, который, насколько нам известно, прошел первое слушание в Верховном Совете.

Мы очень признательны за ваше внимание к замечаниям, которые вы проявили на наших встречах и впоследствии в нашем документе от 11 ноября. И чрезвычайно рады видеть, что многие из замечаний были приняты во внимание в этом позднейшем варианте проекта.

Насколько мы знаем, окончательные изменения будут рассматриваться вами 12 и 13 декабря, и мы просили бы вас рассмотреть некоторые наши замечания, которые не были приняты, но которые, по нашему мнению, являются очень важными для достижения необходимой юридической базы для введения принципов, которые уже были согласованы в Соглашении о Консорциуме по Каспийскому морю.

С наилучшими пожеланиями,

От лица Иностранных Участников: Аджип С. П.А., Бритиш Газ Эксплорейшн энд Продакшн Лтд., Би-Пи Казахстан Лимитед, Мобил Ойл Казахстан Инк., Шелл Казахстан Девелопмент Б.В., Тотал Эксплорейшн Продакшн Казахстан».

53.2.13. 8 декабря 1994 г. нефтяная компания «Orix» представила письмо следующего содержания.

«Республика Казахстан

Премьер-министру Господину Акежану Кажегельдину
Министру Геологии и Охраны недр Господину Серикбеку Даукееву

Министру Нефти и Газа Господину Нурлану Балгимбаеву

Министру Юстиции Господину Нагашбаю Шайкенову

Заместителю Председателя Верховного Совета,

Председателю Комиссии по производству, энергетике,

транспорту и связи Господину Азимжану Ахметову

Заместителю Председателя Верховного Совета,

Председателю Комиссии по Энергетике и Топливным Ресурсам

Господину Мусабеку Исаеву

Директору Института Государства и права,

Председателю Комиссии по разработке нефтяного закона,

Профессору Майдану Сулейменову

Уважаемые господа!

Настоящий проект Нефтяного Закона очень близок к тому закону, который создаст в Казахстане необходимый фундамент для процветания нефтяной и газовой отрасли.

Ранее мы предоставляли Республике Казахстан обширные комментарии по предыдущему проекту Нефтяного Закона (копия прилагается). Многие из наших замечаний были приняты во внимание при подготовке недавней версии от 24 ноября 1994 года и внесенные поправки отмечены.

Этот анализ подготовлен в ответ на просьбу, высказанную депутатами Ахметовым и Исаевым Джеймсу Долу из фирмы Эксон 2 декабря во время визита казахстанской делегации в Хьюстон. Мы выбрали 8 вопросов, которые заслуживают дальнейшего рассмотрения. Наши замечания, по проекту Нефтяного Закона от 24 ноября подчеркивают наиболее важные вопросы для Вашего рассмотрения.

При возникновении каких-либо вопросов, пожалуйста, обращайтесь ко мне в любое время.

Эндрю Дерман

Приложение к письму: ПРОЕКТ НЕФТЯНОГО ЗАКОНА ОТ 24 НОЯБРЯ 1994 ГОДА

Восемь наиболее важных вопросов для обсуждения:

1. Статья 1. Определение понятия «море». Неясен термин «исходная береговая линия». Необходимо рассмотреть этот вопрос, используя координаты Казахстанкаспийшельфа по Каспийскому морю и аналогичные координаты по Аральскому морю.

2. Статья 2.5. Включение четкого положения по поводу признания законными ранее заключенных контрактов является абсолютно критическим. Инвесторы не будут чувствовать себя уверенно, так как из редакции последнего варианта проекта неясно, будут ли признаны все положения контрактов. Для того чтобы удовлетворить инвесторов и привлечь максимум инвестиций по самой низкой возможной цене в Казахстан, мы рекомендуем утвердить следующую формулировку:

«Контракты и все положения таковых, подписанные Республикой Казахстан или от имени Республики Казахстан до принятия Закона о Нефти, остаются в полной силе и действии».

3. Статья 7.5. По этой статье обязательны выплаты за аренду земли, подписной бонус, бонус добычи и роялти. Это бремя может быть просто непосильным для многих проектов. Такие положения могут оттолкнуть инвесторов от инвестирования нерентабельных отраслей. Хотя это и не является целью данного положения, но оно может быть так истолковано. Необходимо разъяснить, что все эти выплаты будут делаться в той степени, в которой подрядчик обязуется делать какие-либо из этих или все выплаты.

4. Статья 19.2. Не пускаясь в рассуждения о том, какие недостатки влечет за собой ограничение периода до 25 лет, предлагаем рассмотреть формулировку по поводу продления контрактов с тем, чтобы инвестор и правительство имели возможность согласовать

период продления ранее, чем за два года до истечения срока действия контракта. В обратном случае проекты по вторичному инвестированию не могут быть осуществлены, так как инвестор не будет уверен, что время действия контракта позволит ему покрыть свои инвестиции и заработать адекватные деньги для возврата этих инвестиций до тех пор, пока он не может быть уверен, что ему будет гарантировано продление контракта.

5. Статьи 35.1, 35.2 и 36.2. Термин «Местный Недропользователь, не находящийся во владении государства», неясен. Иностраный инвестор, участвующий в местном совместном предприятии, не должен находиться в худшем положении. Хотя это и не является целью настоящего положения, но оно может быть интерпретировано таким образом. Это критический вопрос. Должно быть четко определено в Статье 25.1, что цены мирового рынка должны выплачиваться и «Иностранному Недропользователю и иностранным инвесторам, работающим вместе с местными Недропользователями». Статья 35.2 должна применяться к местным Недропользователям со 100% государственной собственностью». Аналогичные изменения должны быть сделаны в Статье 36.2.

6. Статья 50. Это положение ликвидирует предыдущие положения о валюте, которые предлагали инвесторам значительную защиту. Пока эти положения еще не включены в другие законы, для Республики Казахстан было бы целесообразно включить их в Закон о Нефти для стимулирования развития нефтяной отрасли, так как эти концепции являются критическими для привлечения инвестиций.

7. Это положение необходимо пересмотреть с тем, чтобы четко определить, что изменения в налоговом режиме не повлекут за собой увеличение налоговых выплат. Для того чтобы достичь этого результата, это предложение может быть дополнено следующим образом: «...налоги, вводимые взамен существовавших, не превышают тех, что в текущий момент выплачиваются подрядчиком...». Мы предполагаем, что к этому стремились и разработчики Закона о Нефти. Почему бы не избежать недопонимания, которое может вызвать сомнения у инвесторов по поводу проведения здесь деловой активности».

8. Статья 52.6. Для чего ограничивать возможность Правительства уменьшить налоги и финансовое бремя компаний с целью стимулирования экономической деятельности? Правительство имеет полный контроль над изменением законодательства, если это необходимо. Мы предлагаем следующую формулировку: «В случае ухудшения положения...».

К письму была приложена копия Анализа Закона о нефти от 12 сентября 1994 г. на 16 страницах.

53.3. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Я привел здесь только некоторые из более чем ста писем и заключений иностранных фирм и международных организаций. Ясно, что столь значительный интерес к проекту Закона о нефти, аналогичного которому не наблюдалось ни до, ни после, был вызван чисто финансовыми интересами нефтедобывающих компаний, которые собирались вложить миллиарды долларов в экономику Казахстана и хотели, во-первых, обезопасить себя от произвола властей, и, во-вторых, если получится, извлечь необоснованные преимущества, которые позволили бы им заработать лишний миллиард в ущерб интересам Казахстана.

Поэтому члены рабочей группы по разработке проекта Закона о нефти находились в сложном положении. С одной стороны, необходимо было поумерить аппетиты иностранных инвесторов и не позволить им безнаказанно грабить природные богатства Казахстана. С другой стороны, приходилось противостоять нападкам государственных чиновников, которые иногда смешивали ведомственные и личные интересы с государственными.

При разработке Закона о нефти нам приходилось решать двуединую задачу: создать гарантии для иностранных инвесторов, в инвестициях которых Казахстан в то время отчаянно нуждался, и обеспечить соблюдение интересов Казахстана. Я смею надеяться, что эти задачи Закон о нефти выполнил, о чем свидетельствует хотя бы его существование вплоть до 2010 года, когда был принят единый Закон о недрах и недропользовании, поглотивший Закон о нефти. Но и в составе этого Закона, как и в содержании принятого в 2017 году и действующего в настоящее время Кодекса РК «О недрах и недропользовании», сохранились основные положения Закона о нефти, разработанные Рабочей группой под моим руководством.

Заключение в последующем нефтяных контрактов, невыгодных для Казахстана, ни в коей мере нельзя приписывать недостаткам Закона о нефти. Закон о нефти регулировал только юридические аспекты реализации права недропользования. Экономические, финансовые и налоговые вопросы он регулировать не мог. Размеры платежей, доля Казахстана в добытой нефти, порядок взимания налогов и прочие финансовые вопросы решались в конкретных контрактах, заключаемых Правительством Республики Казахстан. И если эти контракты невыгодны для Казахстана, в этом нет вины Закона о нефти. Здесь могли сыграть роль некомпетентность, недобросовестность или коррумпированность конкретных чиновников, занимающихся разработкой и подписанием контрактов.

54.1. Предпосылки

Минерально-сырьевой комплекс является одной из приоритетных отраслей экономики, обеспечивающих развитие Республики Казахстан. Это обусловлено тем, что Казахстан является страной, обладающей огромным минерально-сырьевым потенциалом. В недрах республики выявлены, за малым исключением, все элементы периодической системы Менделеева. Помимо богатых природных ресурсов, Казахстан занимает выгодное геополитическое положение между Западом и Востоком.

Решить задачу правового обеспечения отношений по недропользованию был призван Закон о недрах и недропользовании.

Разработка проекта этого Закона отличалась большим своеобразием.

Дело в том, что почти все экономические законы писались в рамках двух проектов: проекта Всемирного Банка «Развитие правовой базы в Казахстане» (май 1994 г. – август 1996 г.) и проекта Агентства Соединенных Штатов Америки по международному развитию (USAID) «Проект развития коммерческого права для Центральной Азии» (сентябрь 1996–1998 гг.).

Надо сказать, что реализация проекта Всемирного банка была очень грамотно организована. Министерство юстиции РК объявило конкурс на участие в проекте среди иностранных юридических фирм. На конкурс подали заявки 8 фирм, выиграла тендер американская фирма «Пеппер, Хэмилтон и Шиц». Первое, что сделала по настоянию Министерства юстиции эта фирма, – пригласила для работы над проектами законов местных специалистов, причем только ученых-цивилистов. Была создана рабочая группа, которую я возглавил.

В Казахстане сложилась уникальная ситуация. Всемирный банк давал деньги, на которые фирма «Пеппер, Хэмилтон и Шиц» проводила семинары, приглашала ведущих иностранных юристов, организовывала перевод законодательных актов ведущих стран мира. Группа ведущих ученых-цивилистов готовила проекты законов. Министерство юстиции осуществляло жесткий контроль и экспертизу проектов. Это было сделать тем более легко, т.к. министром юстиции в то время был Нагашбай Шайкенов, который лично читал все проекты законов, передаваемые из Правительства в Парламент. Конкретное руководство проектом осуществляла в то время вице-министр Е.Н. Нурғалиева.

За время своей работы (1994–1996 гг.) по проекту Всемирного Банка рабочей группой было разработано свыше 40 законопроектов. Я считаю, что проект «Развитие правовой базы в Казахстане» – это один из самых удачных и эффективных проектов Всемирного банка не только в нашей республике, но и в постсоветских странах.

54.2. Указ Президента РК, имеющий силу Закона, от 27 января 1996 г. «О недрах и недропользовании», который впоследствии был переименован в Закон «О недрах и недропользовании».

Подготовка законопроекта осуществлялась в очень сжатые сроки. 21 ноября 1995 г. фирмой «Пеппер, Хэмилтон и Шиц» был получен заказ на его подготовку.

22 ноября 1995 г. министром юстиции К.А. Колпаковым была утверждена рабочая группа в составе:

1. Сулейменов Майдан Кунтуарович – профессор, д.ю.н., член-корреспондент Национальной академии наук Республики Казахстан, Директор Центра частного права Казахского государственного юридического института;

2. Басин Юрий Григорьевич – профессор, д.ю.н.;

3. Худяков Алексей Иванович – к.ю.н., зав. кафедрой Казахского государственного национального университета им. аль-Фараби;

4. Покровский Борис Владимирович – к.ю.н., старший научный сотрудник Института государства и права Национальной Академии наук Республики Казахстан;

5. Жакенов Валерий Алимханович – к.ю.н., директор частной адвокатской фирмы «Инсайт-зан»;

6. Мукашева Кульгайша Вахитовна – к.ю.н., юрист фирмы «Пеппер, Хэмилтон и Шиц»;

7. Новикова Елена Владимировна – к.ю.н., юрист фирмы «Пеппер, Хэмилтон и Шиц», координатор проекта;

8. Маметова Рана Азатовна – к.ю.н., юрист фирмы «Пеппер, Хэмилтон и Шиц»;

9. Утегенова Гульмира Толобаевна – юрист фирмы «Пеппер, Хэмилтон и Шиц»;

10. Воцалевский Эдгар Славомирович – доктор геологических наук, профессор, Казахский институт минерального сырья;

11. Джон Кэррол, юрист фирмы «Пеппер, Хэмилтон и Шиц»;

12. Джонатан Канн, юрист фирмы «Пеппер, Хэмилтон и Шиц».

20 декабря проект был представлен в Министерство юстиции. В последующем рабочая группа приняла участие в согласовании проекта с министерствами и ведомствами, а также в его доработке в Правительстве Республики Казахстан. 27 января 1996 года зако-

нопроект был принят в виде Указа Президента, имеющего силу Закона (далее – Указ, Указ о недрах).

Проект был подготовлен по инициативе Министерства юстиции, непосредственным заказчиком являлось Министерство геологии и охраны недр. Разработчиками стали юристы рабочей группы, а также специалисты Министерства геологии, Института геологических наук и специалисты Главного управления государственной экологической экспертизы и радиационной экологии Министерства экологии и биоресурсов.

Указ был призван заменить Кодекс «О недрах и переработке минерального сырья» от 30 мая 1992 г., который в значительной своей части устарел и не создавал надлежащих правовых условий для привлечения иностранных инвесторов. Указ «О недрах» основывался на Указе Президента РК, имеющего силу Закона, от 28 июня 1995 г. «О нефти», который уже применялся на практике и получил неплохие оценки. В частности, в основу предоставления недр в пользование была положена лицензионно-контрактная система, при которой лицензионным органом выступает Правительство Республики Казахстан, а контракт заключает компетентный орган. В данном Указе использованы также положения Закона «О земле». По аналогии с правом землепользования было сформировано право недропользования, которое предоставляется недропользователю на основе лицензии и контракта и которое может в определенных случаях и с разрешения лицензионного органа передаваться другому лицу, в том числе в залог, без выдачи новой лицензии.

Таким образом, были использованы гражданско-правовые институты, соответствующие требованиям рыночной экономики, ибо без права залога и продажи права землепользования иностранные инвесторы не могли бы получать кредиты на разработку месторождений.

В Указе определялись особенности предоставления в пользование общераспространенных полезных ископаемых и подземных вод, строительства и эксплуатации подземных сооружений, не связанных с добычей полезных ископаемых, переработки техногенных минеральных образований. В качестве специальной стадии выделялось государственное геологическое изучение недр.

Особое внимание в Указе уделялось охране окружающей среды при недропользовании, безопасности населения и персонала, учету состояния государственного фонда недр. При этом были приняты во внимание замечания представителей Министерства экологии и биоресурсов Республики Казахстан.

Основные положения Указа о нефти сохранились в Указе о недрах и недропользовании. В то же время были добавлены общие положения о недропользовании, расширены положения о контрактах на недропользование, существенно расширены нормы об охра-

не недр и окружающей среды. Реакция нефтяников на новый закон была в целом положительной.

Однако возникла проблема соотношения двух законов, поэтому впоследствии были предприняты усилия по сближению двух законов. В конце концов Закон о нефти в 2010 г. вообще был упразднен с включением положений о нефтяных операциях в единый Закон о недрах и недропользовании.

До принятия Указа о недрах весьма важным было положение о том, что в случае противоречия между Указом о нефти и другими законодательными актами Республики Казахстан в части регулирования нефтяных операций применяются нормы Указа о нефти (п. 3 ст. 2 Указа о нефти). Включение такой нормы было вызвано, во-первых, стремлением законодателя предоставить определенные гарантии иностранным инвесторам, которые могли быть уверенными, что нормы Указа о нефти не будут опровергнуты другими законами. Во-вторых, это было связано с тем, что Кодекс о недрах и переработке минерального сырья 1992 года, который был до 1996 года основным по отношению к Указу о нефти, безнадежно устарел, и придание ему приоритета парализовало бы применение Указа о нефти.

Однако с принятием Указа о недрах и недропользовании вопрос о соотношении Указа о недрах и Указа о нефти встает совсем с другой стороны. Дело в том, что в Указе о недрах есть ряд положений, которые улучшают положение недропользователей. В первую очередь, это норма о возможности отчуждения и залога права недропользования. Если дословно применять положения п. 3 ст. 2 Указа о нефти, можно сделать вывод о том, что здесь должны действовать нормы Указа о нефти, то есть отчуждение и залог права недропользования при проведении нефтяных операций не могут иметь места. Однако противоречий здесь усмотреть нельзя, так как вопрос о продаже и залоге лицензий в Указе о нефти не решен совсем, в Указе о недрах фактически включено новое положение, не противоречащее Указу о нефти.

Тем не менее эти вопросы неизбежно вставали бы, потому что в Указе о недрах многие положения изложены совсем иначе, чем в Указе о нефти, причем изменения в большинстве случаев в Указе о недрах сделаны в направлении создания условий, более благоприятных для инвесторов. Поэтому целесообразно было бы п. 3 ст. 2 из Указа о нефти исключить.

Это тем более справедливо, если учесть, что Указ о недрах закрепил право устанавливать в законодательных актах об отдельных видах полезных ископаемых особенности, которые могут расходиться с положениями, установленными в Указе о недрах (п. 1 ст. 4 Указа о недрах). Следовательно, если в Указе о нефти будут установлены положения, отличающиеся от норм Указа о недрах, противоречий между двумя законодательными актами не возникнет.

54.3. Закон «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам недропользования и проведения нефтяных операций в Республике Казахстан» от 11 августа 1999 г.

Разработка проекта Закона от 11 августа 1999 г. имеет долгую и сложную историю. Впервые законопроект о внесении изменений и дополнений был разработан Национальной юридической службой. Однако он не удовлетворил Правительство и Министерство энергетики и минеральных ресурсов РК. По их поручению при НИИ частного права была создана рабочая группа в следующем составе: Сулейменов М.К. (руководитель), Басин Ю.Г., Осипов Е.Б., Покровский Б.В., Ченцова О.И., – которая и подготовила новый проект закона. Данный проект много раз обсуждался в министерстве и в правительстве, много раз переделывался. К сожалению, в законодательной части проект получился не очень удачный, причем во многих недостатках нашей вины нет, во-первых, потому что наше мнение не всегда учитывалось («пока что Вы у нас консультанты, а не мы у Вас», – слова вице-министра энергетики и минеральных ресурсов); во-вторых, на последнем этапе нас вообще отстранили от проекта.

Я выделяю этот Закон, потому что это был очень большой закон, внесший изменения практически в каждую статью Указов о недрах и о нефти. По ширине и глубине изменений это был практически новый закон. Были отменены лицензии, введено казахстанское содержание, резко расширены права национальных компаний, и прочее и прочее.

54.4. Наша группа приняла также участие в разработке проекта Закона РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам недропользования и проведения нефтяных операций в Республике Казахстан» от 1 декабря 2004 г.

Это тоже был очень объемный закон, которым были внесены значительные изменения практически в каждую или во многие статьи Указа о недрах. В частности, этим законом термин «Указ, имеющий силу Закона» заменен на термин «Закон», включена статья о геологическом и горном отводах, внесены изменения в порядок проведения конкурса на предоставление права недропользования, введены понятия рабочей программы и годовых программ, внесены изменения в порядок заключения, изменения и прекращения контракта на недропользование, введены нормы о ликвидационном фонде и о приобретении товаров, работ и услуг при проведении операций по недропользованию и многое другое.

54.5. Разработка проекта Закона РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам недропользования и проведения нефтяных операций в Республике Казахстан» 2005 года.

54.5.1. 12 сентября 2005 г. Управляющий директор Национальной компании «КазМунайГаз» К.Б. Сафинов обратился ко мне со следующим письмом.

Уважаемый Майдан Кунтуарович!

В настоящий момент остро встает вопрос усиления государственного контроля над стратегически важными объектами, относящимися к национальным интересам Республики Казахстан. Причиной этому является усиливающаяся практика отчуждения крупными компаниями – недропользователями активов, представляющих стратегическое значение для экономики страны.

Так, компания «PetroKazakhstan Inc.» владеет значительными нефтяными активами в Южном Казахстане, которые она предполагает продать. Однако у республики нет самых реальных правовых механизмов влияния на совершаемую сделку, поскольку данная компания не является казахстанским недропользователем, а ее бизнес строится в данной области деятельности, через его аффилированные организации.

В рамках принятия мер по сохранению инвестиционного климата и защиты интересов государства Правительством Республики Казахстан внесен в Мажилис Парламента Республики Казахстан проект Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам недропользования и проведения нефтяных операций в Республике Казахстан» (прилагается).

Законопроект предусматривает внесение дополнений в статью 71 Закона Республики Казахстан, согласно которой государство имеет приоритетное право выкупа продаваемого актива недропользователя, которое распространяется и на материнские компании недропользователя, а именно на юридические лица, которые имеют возможность прямо и (или) косвенно определять решения и (или) оказывать влияние на принимаемые недропользователем решения, если у данного юридического лица основная деятельность связана с недропользованием в Республике Казахстан.

Однако вносимые поправки в законодательство не вселяют достаточной уверенности в их действенность в правовом урегулировании указанных вопросов.

Особенно уязвимым во вносимых поправках является декларирование того, что республика может приобрести отчуждаемые активы «на условиях не хуже, чем предложенные другими покупате-

лями». Данная поправка может явиться поводом для спекуляции на цене отчуждаемого права недропользования, пакета акций (доли участия) юридических лиц, основная деятельность которых связана с недропользованием в Республике Казахстан.

Если обратиться к международному опыту в части контроля за стратегическими ресурсами, наиболее **примечательным является опыт США**. Так, в государственной системе управления США для обеспечения соблюдения национальных интересов в экономической сфере, в том числе правил приобретения различных объектов иностранными субъектами, существует межведомственная комиссия по иностранным инвестициям Министерства финансов (CFIUS).

Данная структура рассматривает вопросы покупки собственности на территории США иностранными инвесторами. В связи с наделенными полномочиями она призвана требовать согласия иностранной стороны на значительные ограничения с целью обеспечения американских интересов в области национальной безопасности.

Кроме того, данные вопросы могут также быть вынесены на рассмотрение Конгресса.

Приведенный пример, безусловно, является привлекательным и может быть использован в создании в нашей стране аналогично механизма защиты его экономических интересов.

В соответствии с этим будет правильным более полно использовать положение подпункта 8) статьи 9 Конституционного Закона Республики Казахстан «О Правительстве Республики Казахстан» о том, что Правительство Республики Казахстан «организует управление государственной собственностью, вырабатывает и осуществляет меры по ее использованию, обеспечивает **защиту права государственной собственности**». Согласно статье 6 Конституции Республики Казахстан недра находятся в государственной собственности.

Исходя из предмета рассматриваемого вопроса, следовало бы внести соответствующие коррективы в Закон Республики Казахстан «О национальной безопасности Республики Казахстан», предусматривающие полномочия Правительства принимать решения о возможности заключения сделок, связанных с недропользованием, руководствуясь мотивами защиты стратегических интересов и собственности государства.

В целях практической реализации решений Правительства полагали бы целесообразным внести дополнение в статью 45-2 Закона «О недрах и недропользовании», предусматривающее право Компетентного органа расторгнуть контракт на недропользование либо инициировать отзыв лицензии в случае совершения недропользователем или иным лицом, имеющим право на долю участия (пакет акций) в юридическом лице, обладающем правом недропользования, сделки вопреки решению Правительства РК о невоз-

возможности отчуждения активов в целях защиты стратегических интересов страны.

С учетом Вашего личного опыта и значительных наработок в указанной области, просим Вас внести предложения по законодательному закреплению защиты стратегических интересов государства при отчуждении недропользователями своих активов.

54.5.2. Без каких бы то ни было комментариев я приведу мой ответ.

Управляющему директору
Национальной компании «КазМунайГаз»
г-ну Сафинову К.Б.

Уважаемый Канатбек Бейсенбекович!

Согласно Вашему запросу от 12 сентября 2005 года на правовую оценку был представлен проект Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам недропользования и проведения нефтяных операций в Республике Казахстан» (далее – Законопроект) и представлена просьба разработки законодательных предложений защиты стратегических интересов государства при отчуждении недропользователями своих активов.

До проведения юридического анализа по существу необходимо отметить, что мы выступали и выступаем против необоснованного государственного вмешательства в инвестиционную деятельность, в том числе и инвестиционную деятельность иностранных инвесторов в сфере недропользования, так как такие действия безусловно подрывают имидж Казахстана, ухудшают инвестиционный климат и способствуют оттоку инвестиций, уходу иностранных инвесторов из Казахстана. В то же время мы допускаем, что в исключительных случаях, когда затрагивается национальная безопасность Республики Казахстан, государство вправе предпринимать защитные меры. В сфере обеспечения экономической безопасности, в особенности по вопросам обеспечения экономической независимости Казахстана, сохранения и укрепления ресурсно-энергетической основы экономики страны, наиболее обоснованным механизмом защиты национальных интересов является процедура национализации. Поэтому, по нашему мнению, в связи с увеличением угроз экономической безопасности страны назрела необходимость разработки и принятия Закона Республики Казахстан о национализации. Подобные законы используются в мировой практике, и национализация является общепринятым механизмом защиты национальных интересов государства. Проблемы угрозы экономической безопасности возникают и могут возникнуть в дальнейшем в любых стратегических отраслях экономики Республики Казахстан, в том числе в энергетической, транспортной (в связи с приватизацией предприятий данной отрасли), телекоммуникацион-

ной и т.д. Закон о национализации должен стать механизмом защиты экономических, социальных, экологических и иных интересов государства. При разработке данного закона необходимо, безусловно, разработать экономически обоснованный, гласный, демократический способ принятия решения о национализации для предотвращения возможного отрицательного результата в связи с принятием такого закона для инвестиционного климата Казахстана. По нашему глубокому убеждению, создание механизма национализации является единственно правильным способом защиты экономических интересов Казахстана.

В связи с этим необходимо отметить, что, по нашему мнению, любое изъятие имущества по основаниям обеспечения национальной безопасности, в том числе и расторжение контракта на недропользование, может трактоваться с точки зрения международного частного права как случаи национализации. При отсутствии законодательства о национализации к этим отношениям будут применяться общие принципы о национализации, сформированные в международном частном праве, в частности, принцип справедливой компенсации стоимости национализируемого имущества.

В то же время мы понимаем, что разработка и принятие закона о национализации является длительным и непростым процессом. По нашему опыту разработка и принятие подобного закона может занять не менее двух лет в связи отсутствием единой общественно-правовой концепции национализации в Казахстане. А с учетом того, что подобный закон затронет интересы многих национальных и иностранных инвесторов различных отраслей экономики Казахстана и потребуются дополнительное время для достижения определенного согласования и компромисса между интересами государства и предпринимательства Казахстана, процесс разработки и принятия закона о национализации может затянуться на более длительный срок. Поэтому мы можем допустить, как исключительную, временную меру в сложившейся ситуации в виде разработки механизма защиты стратегических интересов государства при отчуждении недропользователем своих активов до разработки и принятия закона о национализации. Так как изъятие имущества по основаниям защиты национальной безопасности по своей сущности относится, по нашему мнению, к случаям национализации, то, с нашей точки зрения, необходима разработка таких изменений и дополнений в действующее законодательство о национальной безопасности, которые бы конкретно определяли либо какой случай безусловно является угрозой национальной безопасности, либо какой орган и в каком порядке принимает решение о возникновении угрозы национальной безопасности, а также конкретные последствия, наступающие при возникновении угрозы национальной безопасности (в том числе: при наступлении предусмотренного обстоятельства или принятии определенного решения уполномоченным

на это государственным органом). В случае, если для предотвращения угрозы безопасности требуется расторжение Контракта на недропользование, то необходимо проработать вопрос последствий такого расторжения, в том числе вопросы компенсации и порядка определения размера компенсации.

По представленному законопроекту необходимо отметить, что предложенный механизм, основанный, как мы понимаем, на ограничении концентрации права недропользования по одному или нескольким контрактам у одного лица или определенной группы лиц из одной страны, представляется возможным, но при условии, если в законе будет четко прописан предельный уровень концентрации прав в рамках одного контракта и прав на проведение нефтяных операций в определенной области недропользования у одного или группы лиц либо будет предусмотрен более конкретно порядок определения предельного уровня или орган, по решению которого определяется такой уровень. В противном случае по любому отказу в выдаче разрешения возможен спор в соответствии с правилами рассмотрения спора по Контракту на недропользование. Как правило, контракты на недропользование с иностранными недропользователями предусматривают арбитражный порядок рассмотрения споров. При анализе законодательства Республики Казахстан (даже с учетом изменений, предполагаемых в связи с предложенным законопроектом) арбитраж, не найдя критерии определения уровня концентрации, будет вправе, в лучшем случае, сам определить этот уровень либо вообще проигнорировать нормы права Казахстана об ограничении концентрации прав по недропользованию и вынести в соответствии с этим свое решение. К тому же в предложенном законопроекте ничего не предусматривается по поводу того, какой орган вправе принимать решение о возникновении угрозы национальной безопасности и какие последствия могут возникнуть в связи с возникновением такой угрозы. Без четкого определения уровня концентрации или хотя бы законодательного порядка определения этого уровня либо органа, определяющего его, без определения того, наступление какого обстоятельства означает возникновение угрозы национальной безопасности, либо какой орган и в каком порядке принимает решение о возникновении угрозы национальной безопасности, какие последствия могут возникнуть при возникновении угрозы национальной безопасности, арбитраж может отклонить все доводы Республики Казахстан об угрозе национальной безопасности, а также какие-либо возражения против рассмотрения спора в арбитраже в связи с суверенным правом Республики Казахстан принимать решения о защите национальной безопасности на том только основании, что Республика Казахстан при заключении Контракта на недропользование выступает в качестве участника имущественных (гражданских, торговых, коммерческих и т.д.) отношений и не вправе без

каких-либо законодательно закрепленных полномочий принимать решение по поводу отказа в выдаче разрешения на передачу права недропользования или на отчуждение доли участия (пакета акций).

К тому же эффективность механизма ограничения концентрации права недропользования по одному или нескольким контрактам у одного лица или определенной группы лиц из одной страны довольно сомнительна с точки зрения правоприменения. В настоящее время не представляет никаких сложностей зарегистрировать несколько предприятий в разных странах, которые могут выступить в качестве учредителей недропользователя по законодательству Республики Казахстан или материнской компании такого недропользователя. В этой ситуации довольно сложно отследить концентрацию права недропользования у какого-либо лица, не владеющего напрямую долей участия (пакетом акций) в уставном капитале недропользователя, но осуществляющего контроль за таким недропользователем путем владения долей участия (пакетом акций) материнской или нескольких иных «родственных» компаний «по восходящей линии». Кроме того, путем создания цепочки взаимосвязанных компаний в разных странах на практике можно будет обойти ограничение на концентрацию права недропользования как у одного лица по одному Контракту, так и ограничение на концентрацию права недропользования у компаний из одной страны.

Помимо этого, также необходимо отметить, что предложенный новой редакцией ст. 53 Закона «О нефти» представленного законопроекта механизм выдачи разрешения на передачу права недропользования от одного лица другому или отчуждения доли участия (пакета акций) недропользователя и аффилированных ему лиц может быть эффективным только в отношении: 1) передачи права недропользования; или 2) отчуждения доли участия (пакета акций) недропользователя, являющегося юридическим лицом Республики Казахстан.

Это обусловлено тем, что: (1) передача права недропользования может считаться совершенной только после регистрации соответствующих изменений и дополнений в контракт на недропользование в Компетентном органе, который откажет в регистрации в связи с нарушением императивных требований законодательства Республики Казахстан о получении предварительного разрешения на передачу права недропользования или по иным основаниям, предусмотренным законодательством Казахстана, и (2) при отчуждении доли участия (пакета акций) недропользователя, являющегося юридическим лицом Республики Казахстан, передача доли в юридическом лице или купля-продажа акций предполагает перерегистрацию юридического лица в органах юстиции или регистрацию сделок с акциями у независимого регистратора по законодательству Республики Казахстан, которые откажут в перерегистрации юридического лица или регистрации сделки с акциями при нару-

шении требований законодательства Казахстана о получении разрешения на такие действия.

В случае же, если вопреки требованиям законодательства все же право недропользования будет переоформлено либо юридическое лицо будет перерегистрировано или зарегистрирована сделка с акциями, то государственные органы будут иметь возможность оспорить это в судах Казахстана. Необходимо в связи с этим отметить и то, что для передачи права недропользования внесение дополнений или изменений в законодательство не требуется, так как действующее законодательство уже предусматривает возможность предотвращения такой передачи без предварительного разрешения Компетентного органа.

В то же время предложенный механизм может не действовать в отношении отчуждения доли участия (пакета акций) недропользователя или аффилированных ему лиц (в особенности материнских и других по восходящей линии аффилированных лиц), являющихся иностранными юридическими лицами. В связи с распространением права Казахстана на иностранное юридическое лицо или сделку, совершенную иностранными юридическими лицами, может возникнуть ряд проблем правоприменительного характера.

Во-первых, в соответствии с принципами международного частного права сделка подчиняется праву места ее совершения или праву страны, выбранному сторонами, либо, при наличии императивных норм в отношении определенных видов сделок или определенного вида имущества – праву страны, где совершается эта сделка или находится это имущество. Как правило, при заключении сделки по итогам конкурса такая сделка подчиняется праву страны, где проводился конкурс. Помимо этого, право собственности на имущество, в том числе и акции, также определяется, по общему правилу, по праву страны, где это имущество находится, а возникновение вещных прав на имущество, являющееся предметом сделки, определяется по праву, которому подчинена сделка. Аналогичные нормы содержатся в ст. ст. 1104-1108, 1112, 1113 ГК.

При отчуждении доли участия (пакета акций) недропользователя или аффилированного ему лица, являющихся иностранными юридическими лицами, сделка по отчуждению может быть подчинена иностранному праву продавца, покупателя или места совершения сделки. При применении иностранного права императивные нормы Казахстана, в частности, ст. 53 Закона «О нефти», могут быть не учтены. Правовым способом защиты интересов Республики Казахстан в этом случае является иск о признании недействительной такой сделки в компетентный иностранный суд по месту совершения сделки либо по иному месту (месту нахождения продавца, покупателя) в соответствии с применимым к такой сделке праву. Такой иск будет относиться к иску третьего лица, чьи законные интересы нарушает заключенная сделка. Прогнозировать ре-

зультаты рассмотрения иска в иностранном компетентном суде довольно проблематично.

Во-вторых, возможность распространения права Казахстана, в том числе и нормы ст. 71 Закона «О недрах и недропользовании», на иностранное юридическое лицо, в особенности – на правоспособность иностранного юридического лица, довольно дискуссионна и проблематична. В соответствии с принципами международного частного права законом иностранного юридического лица считается право страны, где это юридическое лицо учреждено. Гражданская правоспособность юридического лица определяется законом юридического лица. Аналогичные правила, в частности, предусмотрены ст. ст. 1100, 1101 ГК. В понятие правоспособности входят вопросы, связанные с отчуждением доли участия или пакета акций, изменение учредителя (участника) юридического лица.

Поэтому императивные нормы законодательства Республики Казахстан, предусмотренные, в частности, ст. 53 Закона «О нефти» (в новой предложенной редакции), не могут действовать в отношении вопросов правоспособности иностранного юридического лица. В то же время эти императивные нормы могут рассматриваться как обязательные требования, предписанные законом для Контракта по недропользованию в соответствии с правилами ст. ст. 383, 383 ГК, и на этом основании Республика Казахстан может попытаться расторгнуть контракт с недропользователем в соответствии с условиями Контракта на недропользование. Как правило, Контракты на недропользование предусматривают арбитражную оговорку, и в этих случаях спор о расторжении контракта, соответственно, должен рассматриваться в арбитраже согласно условиям Контракта. Если контракт на недропользование не содержит арбитражной оговорки, то спор о расторжении контракта может рассматриваться компетентным судом Казахстана.

Так как сама позиция, что императивные нормы по порядку отчуждения доли участия (пакета акций) недропользователя или аффилированного его лица, являющиеся иностранными юридическими лицами, необходимо отнести согласно ст. 382 ГК к условиям Контракта, предписанным законодательством, а не к вопросам правоспособности юридического лица, то проблематично прогнозирование результатов рассмотрения спора, в особенности в арбитраже, так как результат рассмотрения во многом зависит от процессуального поведения сторон спора, внутреннего убеждения судьи (арбитра) и способов толкования норм законодательства.

Безусловно, можно предусмотреть дополнительное основание расторжения Контракта в одностороннем порядке Компетентным органом для случая нарушения недропользователем или аффилированным ему лицом, являющимся иностранным юридическим лицом, разрешительного порядка, установленного нормами ст. 53 Закона «О нефти», отчуждения доли участия (пакета акций). Например, можно

дополнить п.1 ст. 45-2 Закона «О недрах и недропользовании» подпунктом 2-1), в котором предусмотреть такое основание расторжения Компетентным органом Контракта в одностороннем порядке, как нарушение недропользователем требований ст. 53 Закона «О нефти» при отчуждении доли участия (пакета акций). Аналогично можно предусмотреть и иные основания расторжения Контракта в одностороннем порядке, основанные на требованиях законодательства о национальной безопасности. При этом необходимо четко определиться, какие обстоятельства являются нарушением национальной безопасности, либо как и кем будет приниматься решение, что осуществление недропользования отдельным недропользователем содержит в себе угрозу национальной безопасности и требует расторжения Контракта с ним. Соответственно этому необходимо будет и формулировать новое основание расторжения Контракта.

Но в связи с введением новых оснований расторжения Контракта в одностороннем порядке Компетентным органом необходимо отметить, что такое расторжение не будет препятствовать обращению недропользователя за защитой своих прав и предъявлению им иска в соответствии с условиями Контракта. Так как большинство Контрактов с недропользователями, являющимися иностранными юридическими лицами, содержит арбитражную оговорку, то такие иски против Республики Казахстан будут рассматриваться арбитражами, и результат такого рассмотрения зависит во многом от процессуального поведения сторон спора. Вряд ли недропользователь добьется восстановления действия Контракта, но он, по всей вероятности, сможет удовлетворить свои требования по возмещению убытков, в том числе и упущенной выгоды (за все время действия расторгнутого контракта). При этом, безусловно, одним из доводов истца будет утверждение, что одностороннее расторжение Контракта Республики Казахстан является национализацией, требующей справедливой компенсации за национализируемое имущество.

Директор Научно-исследовательского
института частного права Казахского
гуманитарно-юридического университета,
академик Национальной Академии наук
Республики Казахстан,

доктор юридических наук, профессор _____ /Сулейменов М.К./

20.09.05

54.6. Закон Республики Казахстан от 14 октября 2005 г. 379-III «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам недропользования и проведения нефтяных операций в Республике Казахстан» был принят в том же виде, что и проект.

В Закон о нефти была включена:

«Статья 53. Передача прав и обязанностей по контракту, долей (пакетов) акций

1. Передача подрядчиком другому физическому или юридическому лицу всех или части своих прав и обязанностей по контракту, а также отчуждение доли участия (пакета акций) в юридическом лице, являющемся подрядчиком по контракту на проведение нефтяных операций, может проводиться только с письменного разрешения компетентного органа. Компетентный орган вправе отказать в установленном Правительством Республики Казахстан порядке подрядчику в выдаче разрешения на передачу прав и обязанностей по контракту, а также не разрешить отчуждение доли участия (пакета акций) в уставном капитале лица, являющегося подрядчиком по основаниям, предусмотренным законами Республики Казахстан.

Соблюдение данного условия обязательно и в отношении сделок с аффилированными лицами».

В Законе о недрах и недропользовании часть третья статьи 71 была изложена в следующей редакции:

«Для сохранения и укрепления ресурсно-энергетической основы экономики страны во вновь заключаемых, а также ранее заключенных контрактах на недропользование, за исключением контрактов по подземным водам и общераспространенным полезным ископаемым, государство имеет приоритетное право перед другой стороной контракта или участниками юридического лица, обладающего правом недропользования, и другими лицами на приобретение отчуждаемого права недропользования (его части) и (или) доли участия (пакета акций) в юридическом лице, обладающем правом недропользования, а также в юридическом лице, которое имеет возможность прямо и (или) косвенно определять решения и (или) оказывать влияние на принимаемые недропользователем решения, если у данного юридического лица основная деятельность связана с недропользованием в Республике Казахстан, на условиях не хуже, чем предложенные другими покупателями».

54.7. Различные подходы к отношениям между государством и недропользователем

Различные подходы к решению этого вопроса вылились в ожесточенную дискуссию между цивилистами (М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин) и представителями публичного права (академик С.З. Зиманов), причем Управляющий директор АО «Холдинг Самрук» К. Сафинов выставил нас сторонниками иностранных инвесторов, а академика С.З. Зиманова – радетелем государственных интересов.

Он пишет буквально следующее:

«В работе С. Зиманова «Государство и контракты в сфере нефтяных операций» отразился главный аспект дискуссии между юристами, представляющими интересы государства, и недропользователями в лице иностранных инвесторов. Так получилось, что специалисты в области гражданского права стали активными сторонниками концепции равных партнерских отношений государства и недропользователей в контрактах в сфере недропользования. С другой стороны, академик С. Зиманов на основе глубокого анализа всех исторических и теоретических аспектов законодательства по этому вопросу дал четкое и обоснованное понимание роли государства в контрактах на недропользование в современных условиях.

Важно подчеркнуть: несмотря на то, что иногда его оппоненты переходили рамки цивилизованного научного спора, позволяя себе тенденциозные высказывания и сравнения, у них не нашлось более или менее серьезного аргумента, кроме как защита прав иностранных инвесторов»¹.

Я не буду здесь приводить те аргументы, которые приводили мы с Ю.Г. Басиным в ходе этой дискуссии. Хочу только отметить, что те многочисленные арбитражные и судебные процессы против Республики Казахстан по искам иностранных инвесторов, в том числе скандально знаменитые процессы по искам братьев Стати, во многом вытекают из ложного понимания, что в гражданско-правовом контракте на недропользование государство выше контрагента и может безнаказанно нарушать основополагающий принцип равенства сторон.

54.8. Закон «О недрах и недропользовании» от 24 июня 2010 г.

Мы встретили проект этого Закона очень критически. 14 сентября 2009 г. главный научный сотрудник НИИ частного права профессор К.М. Ильясова написала критический отзыв на законопроект на 37 страницах.

У меня сохранилось мое заключение по этому проекту от 9 марта 2010 г. Приведу общую часть этого Заключения.

Правовое заключение на проект Закона Республики Казахстан «О недрах и недропользовании» от 9 марта 2010 г.

Представленный на заключение проект Закона Республики Казахстан «О недрах и недропользовании» требует существенной концептуальной и редакционной доработки.

Концепция законопроекта. Изучив законопроект, можно сделать однозначный вывод, что все, что сделали авторы законопроекта – это объединили два закона – Закон Республики Казахстан от 28

¹ См. об этом: *Зиманов С.З.* Государство и контракты в сфере нефтяных операций: Научно-практическое пособие. Алматы: Жеті жарғы, 2007. 176 с.

июня 1995 г. «О нефти» и Закон Республики Казахстан от 27 января 1996 года «О недрах и недропользовании» – в один, причем довольно механически. Новых норм не очень много, и их вполне можно было включить в порядке изменений и дополнений, как это было сделано в 1999 году.

Не совсем понятно, зачем надо было трогать Закон о нефти. Казахстан является одной из немногих нефтедобывающих стран, доходы от нефти являются основным источником бюджетных поступлений. Это специфика нашей страны. Когда я был руководителем переговорной группы от Казахстана по Договору к Энергетической хартии (Брюссель, 1992–2000 гг.), из 50 стран – участниц Договора к Энергетической хартии (ДЭХ) только 4 страны были нефтедобывающие – Азербайджан, Казахстан, Норвегия, Россия – и на переговорах мы всегда выступали единым фронтом.

Следовательно, политически важно для Казахстана как нефтедобывающей страны иметь отдельный закон о нефти. Поэтому после обретения независимости одним из первых законов, которые начали разрабатываться, был закон о нефти. И в этих условиях мы написали Закон о нефти. За два года было подготовлено 30 вариантов проекта, мы получали комментарии от всех нефтяных компаний, всех международных организаций, всех ведущих юристов в сфере нефтяного права. Более 100 организаций прислали свои комментарии по проекту закона.

Закон о нефти получился вполне приемлемым. Недаром он просуществовал 15 лет, не вызывая существенных нареканий.

Чтобы ликвидировать существующий закон о нефти в нефтедобывающей стране, нужны очень серьезные основания.

Одним из таких оснований может быть соблюдение юридической чистоты. В самом деле, в законе о недрах и законе о нефти много повторов, многие нефтяные проблемы регулируются Законом о недрах, а не о нефти. Однако добыча нефти – только один из видов добычи полезных ископаемых. Если нормы Закона о недрах носят общий характер, то при включении в него раздела о нефти как одним из видов полезных ископаемых сразу встает вопрос: а как обстоит дело с другими видами? Главное – это, конечно, добыча твердых ископаемых, и основной целью нового закона, если он объединяет два новых закона, должна быть разработка норм о твердых ископаемых, которые законодательно никак не урегулированы. И это несмотря на то, что добыча угля и разработка горно-рудных месторождений являлась и является одним из развитых направлений недропользования в Казахстане, имеющих большое значение для экономики Казахстана, в том числе и в перспективе его дальнейшего развития. Когда-то был у нас закон о добыче золота, но и его отменили. В свое время разрабатывался проект Закона «Об угле», и можно спорить о целесообразности принятия такого закона, но нельзя отрицать существования специфики добычи угля,

требующей закрепления в законодательстве о недрах и недропользовании.

Между тем и в добыче твердых ископаемых очень много специфики, одной из которых является переработка руды как один из элементов добычи полезного ископаемого. Аналогичные трудности наблюдаются и при добыче угля, где обогащение или деятельность обогатительных фабрик представляет собой технологическую цепочку добычи угля. Трудно определить, где кончается добыча и где начинается переработка, и эти вопросы требуют тщательной проработки при разработке нового Закона о недрах. В ряде стран есть прекрасные Горные кодексы, посвященные исключительно добыче твердых полезных ископаемых. Очень хороший закон был в царской России. Поэтому при разработке нового Закона о недрах необходимо было разработать отдельные разделы о добыче нефти и добыче твердых полезных ископаемых. Требовалось определение в глоссарии закона понятия твердых полезных ископаемых наряду с определением нефти. Кроме того, необходимо четкое разграничение нефти и угля, так как в ряде норм законопроекта содержится ссылка на углеводородное сырье без учета того, что уголь также является углеводородным сырьем (углеводородным соединением) в твердом виде.

Сохранение в проекте Закона устаревших норм. Разработчики механически переносят в проект нормы Законов о нефти и о недрах, не задумываясь о том, что многие из них нуждаются в переработке или исключении. Это относится, например, к важной статье 2 «Законодательство о недрах и недропользовании».

В п.1 ст. 2 проекта закрепляется, что законодательство о недрах и недропользовании состоит из настоящего Закона и иных нормативных правовых актов, принимаемых в соответствии с настоящим Законом. Пункт 2 определяет, что в случае противоречий между настоящим Законом и иными нормативными правовыми актами РК, содержащими нормы, регулирующие отношения в области недропользования, применяются положения настоящего Закона.

Положения обоих пунктов бессмысленны и противоречат Закону о нормативных правовых актах (НПА). Если речь идет об НПА низшего уровня, чем закон (указ Президента, постановление Правительства и др.), они, естественно, должны применяться в соответствии с ним и не могут ему противоречить. Если же имеются в виду законы, то есть НПА одного уровня, то другие законы не обязательно должны применяться в соответствии с Законом о недрах, а в случае противоречий между законами применяются, в соответствии с Законом об НПА, нормы Закона, принятого позднее.

Действующие Закон о недрах и Закон о нефти были приняты в 1995 году, когда еще не было Закона об НПА. Сейчас же включение таких норм в Закон юридически безграмотно и недопустимо.

Нормы ст. 2 вообще надо исключить из проекта или привести в соответствие с Законом о нормативных правовых актах.

То же можно сказать о других нормах проекта. Например, разработчики выделили главу 14 «Ответственность за нарушение требований в области использования и охраны недр и разрешения споров». Однако две статьи этой главы об ответственности юридически бессмысленны и в какой-то части противоречат Гражданскому кодексу. Их надо исключить. Ради одной статьи о разрешении споров делать главу нет смысла. Кроме того, из этой статьи исключили арбитражный порядок разрешения споров, что является грубейшим ущемлением прав недропользователей.

Требует концептуального определения целесообразность отнесения к операциям по недропользованию работ по государственному геологическому изучению недр в случаях, когда государственное геологическое изучение недр является заказом со стороны государства – собственника недр. По своей природе выполнение работ по государственному геологическому изучению недр является обязанностью лица, осуществляющего выполнение этих работ, и никаких прав на недра такое лицо не приобретает. Выполнение работ по государственному геологическому изучению недр не контролируется Компетентным органом, и использование недр в этом случае осуществляется со стороны государства – собственника недр, которое, как правило, финансирует государственное геологическое изучение недр. Было бы наиболее правильным выделить работы по государственному геологическому изучению недр из операций по недропользованию и признать их работами, хотя и связанными с недропользованием, но не относящимися к операциям по недропользованию.

Преимущественное и приоритетное право Республики Казахстан. При попытке включить в проект некоторые новые понятия, появившиеся в последнее время, разработчики допускают, на мой взгляд, теоретические ошибки. Это касается как понятия преимущественного права, так и понятия приоритетного права Республики Казахстан.

Статья 12 проекта называется «Преимущественное и приоритетное права Республики Казахстан в сфере недропользования». В пункте 1 говорится о преимущественном перед другими лицами праве на приобретение полезных ископаемых, в пункте 2 – о приоритетном праве на приобретение права недропользования или доли участия (пакета акций) в юридическом лице, обладающем правом недропользования.

Получается смешение двух терминов: «преимущественное право» и «приоритетное право». Из такой каши понятий вытекает также попытка привязать приоритетное право к преимущественному праву покупки доли в товариществе с ограниченной ответственностью (ТОО).

Мне кажется, что сравнение с преимущественным правом покупки доли здесь неуместно. Преимущественное право покупки вытекает из правовой природы ТОО, где, в отличие от акционерного общества, очень силен личностный акцент, поэтому участники ТОО не заинтересованы в появлении среди участников посторонних лиц. Преимущественное право покупки – это субъективное гражданское право, вытекающее из корпоративных гражданско-правовых отношений.

Приоритетное право государства – это не субъективное гражданское право. Это право закреплено нормами публичного права и находится вне гражданско-правовых отношений между участниками. Государство закрепило законодательно свое право вторгаться в гражданско-правовые отношения. Причем это касается не только ТОО и АО, но и любого контракта на недропользование. И, разумеется, это принудительное отчуждение имущества. Воли продавца на отчуждение здесь нет. Продавец хотел бы продать долю в ТОО или право недропользования кому он хочет, но не может этого сделать, так как государство имеет «право первой ночи». Здесь вопрос надо ставить так: что будет, если владелец доли в ТОО или права недропользования откажется продавать долю или права государству? Ответ однозначен: государство принудительно заберет это право (разумеется, выплатив компенсацию по реальной рыночной стоимости). Но эти же принципы применяются и при национализации имущества. В настоящее время в Мажилисе идет обсуждение законопроекта о государственном имуществе, предусматривающем раздел о национализации.

Преимущественное перед другими лицами право Республики Казахстан на приобретение полезных ископаемых недропользователя – это то же самое приоритетное право, закрепленное нормами публичного права и не имеющего ничего общего с гражданско-правовым преимущественным правом. Это право реализуется помимо воли недропользователя и означает принудительное отчуждение имущества (В действующем Законе о нефти аналогичное право называется «первоочередное»). Я понимаю, что точки зрения на правовую природу приоритетного права могут быть разные, и в юридической литературе каждый может высказать любую точку зрения. Но недопустимо устраивать в законе, которым будут руководствоваться и недропользователи, и государство, мешанину из правовых понятий. Это тем более опасно, что в статье 3 проекта закреплено, что гражданско-правовые отношения, связанные с правом недропользования, регулируются гражданским законодательством, если они не урегулированы нормами настоящего Закона.

Рассматриваемые в ст. 12 проекта отношения толком не урегулированы в проекте, что может повлечь попытки применить нормы гражданского законодательства к отношениям, которые по своей

правовой природе принципиально не могут быть отнесены к гражданско-правовым.

Поэтому содержание статьи 12 проекта необходимо разделить и рассмотреть положения о преимущественном (первоочередном) праве государства на приобретение полезных ископаемых (пункт статьи 12 законопроекта), если это необходимо, в разделе о контрактах на недропользование (особенно с учетом положений, что предельный объем приобретаемых полезных ископаемых и вид оплаты определяются (контрактом), в частности, статьей 59 законопроекта, предусматривающей условия контракта на недропользование.

Может ли государство реализовать приоритетное право через национальную компанию? В статье 13 проекта закреплено, что в случае намерения лица, обладающего правом недропользования и (или) объектом, связанным с правом недропользования, произвести отчуждение права недропользователя (его части) и (или) связанного с ним объекта, государство через национальную компанию или уполномоченный государственный орган обладает приоритетным правом приобретения права недропользования (его части) и (или) связанного с ним объекта.

Приоритетное право принадлежит государству, реализация приоритетного права – это реализация публичных функций государства. От имени государства приоритетное право реализует Правительство. Причем здесь национальная компания – акционерное общество, созданное Правительством? Выступление национальной компании от имени государства при осуществлении публичных функций противоречит пункту 3 статьи 3 Конституции РК, где закреплено: «Правительство Республики и иные государственные органы выступают от имени государства в пределах делегированных полномочий». Национальная компания – это не государственный орган, это акционерное общество, пусть даже со стопроцентным участием государства. Все равно это частная форма собственности, и АО не может при осуществлении публичных функций выступать от имени государства.

Контракты на недропользование. В силу того, что проект основан, так же, как и действующие законы, на контрактной (а не лицензионно– контрактной, как было до 1999 г.) модели осуществления операций по недропользованию, нормы о контрактах занимают если не центральное, то, во всяком случае, определяющее место в законе.

Ценность этих норм во многом вытекает из того, как в них определена правовая природа контрактов на недропользование и их место в системе гражданско-правовых договоров. Ибо тот факт, что контракт на недропользование – это гражданско-правовой договор, по-моему, отрицать никто прямо не решается.

К сожалению, в решении этого вопроса проект построен на не-

домолвках, недосказанности и затуманивании в общем-то ясных вещей.

Во-первых, каково соотношение контракта на недропользование и гражданско-правового договора? В действующих Законах (п.1 ст. 42 Закона о недрах, п.1 ст. 25 Закона о нефти) закреплено ясное принципиально важное положение о том, что «порядок заключения, исполнения, изменения или прекращения контракта производится в соответствии с настоящим Законом и гражданским законодательством».

А что в проекте? То же самое, только исключены слова «и гражданским законодательством».

И что из этого следует? Что гражданское законодательство не применяется? Да нет же, ведь есть в этом же проекте норма о том, что «гражданско-правовые отношения, связанные с правом недропользования, регулируются нормами гражданского законодательства, если они не урегулированы нормами настоящего Закона» (ст. 2 проекта).

Я повторю, контракт на недропользование не чем иным, кроме как гражданско-правовым договором, быть не может. И то, что не урегулировано в Законе, может регулироваться Гражданским кодексом (оферта, акцепт, принцип надлежащего исполнения договоров, возмещение убытков и прочее, и прочее).

Во-вторых, как определена правовая природа контракта в проекте? А никак. Есть четыре вида контрактов – на разведку, на добычу, на строительство и/или эксплуатацию подземных сооружений, не связанных с разведкой и добычей, на государственное геологическое изучение недр. И все. Да, еще поставили на отмену Закон «О соглашениях (контрактах) о разделе продукции при проведении нефтяных операций на море».

На самом деле ничего нового в этой позиции нет. Все это мы уже проходили.

Если посмотреть историю законодательства о недрах независимого Казахстана, то получится следующая картина:

1) Кодекс Республики Казахстан «О недрах и переработке минерального сырья» от 30 мая 1992 г. просто говорил о «договоре на пользование недрами для добычи полезных ископаемых, переработки минерального сырья и в иных целях». Понятно, что в то время о видах договоров на недропользование было мало что известно.

2) Законы о недрах и о нефти 1995–96 гг. уже содержали специальные статьи о видах контрактов, причем в соответствии с их юридическим содержанием (о разделе продукции, сервисный контракт, о совместной деятельности).

3) В 1999 г. все это было отменено, и деление контрактов проводилось по видам операций по недропользованию (контракты на разведку, на добычу, на совместную разведку и добычу, на строительство подземных сооружений, не связанных с добычей).

4) Однако в 2004 г. (Закон о внесении изменений и дополнений от 1 декабря 2004 г.) законодатель опять возвращается к первоначальной классификации контрактов, то есть по их юридическому содержанию и называет контракты: 1) о разделе продукции; 2) о концессии; 3) о подряде и возмездном оказании услуг (сервисный контракт). Допускаются и комбинированные контракты.

5) Теперь опять возвращаемся к тому, от чего отказались ввиду бессмысленности и бесперспективности.

Отмена Закона о соглашениях продукции не отменяет соглашений о разделе продукции, они были и до Закона, будут и после него. Отмена недавно принятого Закона об СРП свидетельствует только о шараханьях законодателя в разные стороны и об отсутствии четкой стратегии развития законодательства о недрах. В 2005 г. уже была ясна неэффективность и невыгодность для республики соглашений о разделе продукции. Мы несколько раз писали правовые заключения на проект Закона об СРП, и в них как раз писали о необходимости четко определить правовую природу СРП с точки зрения гражданского законодательства.

Тем не менее закон был принят. А через три года его ставят на отмену и вообще хотят, чтобы в законах не было даже упоминания об СРП. Я очень сильно подозреваю, что отказ от внятной и логичной классификации контрактов на недропользование связан именно с этим.

Как бы мы ни называли контракт, по своей правовой природе он может быть и должен быть отнесен к определенному типу контракта. Обозначение в самом названии конкретного контракта его типа (концессии, соглашения о разделе продукции и др.) означает применение к нему того или иного правового режима: существенных условий договора, основных прав и обязанностей сторон и т.д. Установление для контрактов на недропользование ясного и понятного законодательного режима существенно облегчает недропользователю выход на внешний рынок, в частности, возможность привлечения займов (обеспечение финансирования) и инвестиций.

При всем многообразии критериев деления контрактов на те или иные виды можно выделить два основных типа контрактов на недропользование с подразделением на виды:

1. арендного типа, к которому относятся:
 - 1) концессионные контракты и
 - 2) контракты на строительство и эксплуатацию различных подземных сооружений;
2. подрядного типа, к которому относятся:
 - 1) контракт подряда на геологическое изучение недр;
 - 2) контракт (соглашение) о разделе продукции;
 - 3) сервисный контракт.

Основные различия необходимо проводить, конечно, между концессионным контрактом и СРП.

Концессионный контракт – это договор арендного типа, по которому недропользователь получает участок недр на определенный срок с правом добычи полезных ископаемых. Право собственности на добытую нефть принадлежит недропользователю. Государство получает свою часть дохода в основном в виде роялти и различных бонусов и налогов.

СРП – договор подрядного типа, по которому подрядчик за свой риск осуществляет добычу полезных ископаемых при условии возмещения за счет добытой нефти понесенных расходов (кост-ойл). Добытая нефть принадлежит на праве собственности государству как собственнику недр. Подрядчик приобретает право собственности на долю полезных ископаемых, полученную при разделе (профит-ойл), а также на полезные ископаемые, переданные ему для возмещения расходов. Государство получает свою часть дохода в основном в виде роялти и различных бонусов и налогов.

Развитие горного дела во всем мире, международная практика осуществления нефтегазовых операций показывает, что в отношении разработки недр и месторождений полезных ископаемых повсеместно применяется либо концессионная система, либо контрактная, предусматривающая раздел продукции.

Присутствует еще одна система разработки нефтегазовых месторождений – так называемые сервисные контракты с риском и без риска, предусматривающие плату подрядчику за выполнение работ по добыче и освоению месторождения с сохранением за собственником недр – государством права собственности на полезные ископаемые. По своей сущности сервисные контракты можно отнести к однопорядковым договорам с соглашениями о разделе продукции, от которых они отличаются только лишь источником возмещения своих затрат и получения дохода от проведения операций по недропользованию. Если в соглашениях о разделе продукции прибыльная часть подрядчика формируется за счет части добытой продукции, то в сервисных контрактах прибыльная часть формируется за счет платы со стороны заказчика-собственника недр, которая также возмещается собственником за счет добытой продукции. В любом случае какой-то новой системы проведения нефтяных операций, кроме как концессионной или контрактной (основанной на соглашениях по разделу продукции или сервисном контракте), быть не может. Различия, безусловно, могут быть в каких-то отдельных условиях, в частности, налогообложения, порядка возмещения затрат и т.д., но по сущности отношения между государством-собственником недр и недропользователем будут представлены либо концессионными отношениями, либо контрактными отношениями по разделу продукции или оказанию возмездных услуг.

При этом в самом проекте нового Закона о недрах и недропользовании Контракт на проведение операций по недропользованию

закреплен как преимущественно концессионный, если только иное не предусмотрено в нем. Это следует из определения права собственности на минеральное сырье, то есть извлеченная на поверхность часть недр, содержащая полезные ископаемые. Согласно пункту 2 статьи 10 Проекта, если иное не предусмотрено контрактом, минеральное сырье принадлежит недропользователю на праве собственности, что характерно для концессионных отношений. В отношении же того, что же понимать под «если иное не предусмотрено контрактом», напрашивается один вывод – контрактом может быть предусмотрено, что право собственности контрактом может быть сохранено за собственником недр – государством, что характерно для отношений по соглашению о разделе продукции. Поэтому вне зависимости от условий налогообложения контракта, контракт на недропользование по проекту Закона о недрах и недропользовании предполагается концессионным, если иное не будет предусмотрено самим контрактом. Такой порядок присутствует в законодательстве Казахстана со времен принятия Кодекса о недрах 1992 года. При этом Законами о недрах и о нефти также всегда допускалось заключение как концессионного контракта, так и контракта о разделе продукции или сервисного контракта.

Поэтому одним из концептуальных замечаний к разделу о контрактах на недропользование является необходимость определения их с точки зрения гражданского права и закрепления особенностей концессионных и подрядных контрактов на недропользование.

Рассмотрение споров. Существенным ухудшением положения недропользователей является установленный в проекте порядок рассмотрения споров только в суде в соответствии с законодательными актами Республики Казахстан. Таким образом, арбитражный порядок рассмотрения споров, возможность установления которого предусмотрена в действующих законах, с принятием нового Закона становится, по мнению разработчиков, неприменимым. Но при этом не учитывается, что условия арбитражного рассмотрения споров между иностранными инвесторами и государством, в том числе и в области недропользования, предусмотрены как во многочисленных двусторонних соглашениях о защите инвестиций, так и в ряде международных многосторонних договоров, к которым Республика Казахстан присоединилась и ратифицировала.

Проект Закона о недрах и недропользовании не учитывает того простого факта, что законы РК не могут противоречить международным соглашениям.

На сегодняшний день Казахстаном подписано более 40 межправительственных соглашений о поощрении и взаимной защите инвестиций, из которых ратифицировано не менее 37. Примерно с 16 странами проекты соответствующих соглашений находятся в процессе рассмотрения.

Одними из первых были заключены и ратифицированы договоры между Республикой Казахстан и США о поощрении и взаимной защите капиталовложений, между Республикой Казахстан и Турецкой Республикой о взаимном содействии и защите инвестиций, между Республикой Казахстан и Федеративной Республикой Германии о поощрении и взаимной защите капиталовложений, между Республикой Казахстан и Китайской Народной Республикой о поощрении и взаимной защите инвестиций. Все эти соглашения содержат раздел о разрешении споров между одной из договаривающихся сторон и инвестором другой договаривающейся стороны, предполагающим арбитражный порядок рассмотрения спора.

Кроме того, Казахстан в декабре 1994 г. подписал и одним из первых ратифицировал Договор к Энергетической Хартии (далее: ДЭХ).

Договор к Энергетической Хартии охватывает, помимо прочего, вопросы международного арбитража для разрешения споров. Участие государства в Договоре к Энергетической Хартии означает, что каждая Договаривающаяся Сторона выражает согласие на передачу спора в соответствии с любой применимой, предварительно согласованной процедурой разрешения спора; или в соответствии со статьей 26 Договора к Энергетической Хартии, предполагающей арбитражное рассмотрение спора. Подписав и ратифицировав ДЭХ, Казахстан пошел на ограничение суверенитета, в частности, на отказ от судебного иммунитета.

Поэтому в случае противоречия норм законов РК двусторонним договорам о защите инвестиций или многосторонним соглашениям об инвестициях, в частности, в энергетическом секторе экономики (Договор к Энергетической Хартии), будут действовать эти соглашения как ратифицированные Республикой Казахстан и имеющие приоритет перед законодательством Казахстана.

В связи с этим необходимо предусмотреть в Законе о недрах и недропользовании арбитражный порядок рассмотрения споров, так как закрепление в законопроекте положений якобы исключительно судебном порядке рассмотрения споров противоречит международно-правовым обязательствам Казахстана и приведет лишь к путанице и проблемам в правоприменении. Кроме того, исключив арбитражное рассмотрение споров, законопроект устанавливает дискриминацию по национальному происхождению недропользователя: иностранные инвесторы в сфере недропользования в силу международных договоров сохранили право на арбитраж, в то время как национальные инвесторы лишены этой возможности.

Кроме этих общих замечаний, в правовом заключении содержались конкретные замечания по отдельным статьям проекта на 8 страницах.

54.9. Заключение

И, наконец, 27 декабря 2017 г. был принят Кодекс РК «О недрах и недропользовании», в который за эти несколько лет уже был внесен ряд изменений и дополнений (анализ Кодекса см. в Главе 50.3).

Из приведенного материала видно, что Закон о недрах и недропользовании прошел долгий и сложный путь в процессе своего становления и превращения в современное и эффективное законодательство. И на всем протяжении этого пути шла жесткая борьба между представителями публичного и частного права. Я считаю, что Казахстану крупно повезло, что первые законы о нефти и о недрах писали только цивилисты. За все это время ни одного представителя горного и нефтяного права в составе рабочих групп не было. Главной задачей независимого Казахстана было избавиться от тех административных напластований, которыми был напичкан Кодекс о недрах и переработке минерального сырья 1992 г., который был как раз написан представителями горного и нефтяного права.

Первые Указы о нефти и о недрах были написаны по модели гражданско-правового контракта и права собственности в его гражданско-правовом понимании. Это и только это позволило привлечь иностранных инвесторов, в капиталах и технологиях которых Казахстан в то время так отчаянно нуждался. Позднее, когда окрепла экономика Казахстана и разбогатела национальная буржуазия, усилилось административное давление на иностранных инвесторов, что получило немедленное закрепление в законодательстве о недрах. Цивилистов стали оттеснять от непосредственного законотворчества, что иногда выливалось в жесткое противостояние. Один из таких довольно многочисленных эпизодов показан в настоящей статье.

Медленно, долгим и трудным путем продвигался Казахстан по пути создания законодательства о недрах. Не все удалось сделать, но то, что удалось, во многом благодаря поддержке немногих представителей казахстанского истеблишмента. Я хочу здесь добрым словом помянуть Вице-президента РК Эрика Магзумовича Асанбаева и Министра юстиции РК Нагашбая Амангалеевича Шайкенова.

Я считаю, что законы получились неплохие, вполне соответствующие мировым стандартам. Тот факт, что многие нефтяные богатства и другие природные ресурсы оказались в руках иностранцев, прежде всего Китая, никак не связан с правовым регулированием недропользования. Контракты заключаются государственными чиновниками на основе законов о недрах. Но экономические условия в них определяются только сторонами контракта. К сожалению, коррупционная составляющая в этих контрактах составляет очень большой процент.

МАЙДАН СУЛЕЙМЕНОВ

**ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО
РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН:
ОПЫТ ТЕОРЕТИЧЕСКОГО
ИССЛЕДОВАНИЯ**

Том 5

Часть третья. ПРАКТИЧЕСКАЯ

Раздел 4

Цифровизация и гражданское право

Раздел 5

**Предпринимательство, инвестиции и
недропользование**

Редактор *А.Б. Баирова*

Техн. редактор *К.К. Мухамедин*

Подписано в печать 10.05.21. Формат 60×90^{1/16}.

Гарнитура «Times New Roman». Печ.л. 24,0.

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.