

Исследования и Анализ Studies & Analyses

*Центр социально-
экономических исследований*



*Center for Social
and Economic Research*

3 2 9

*Шишкин Сергей Анатольевич, Дробышев Павел
Юрьевич*

**ГРАЖДАНСКИЙ И ХОЗЯЙСТВЕННЫЙ КОДЕКСЫ УКРАИНЫ:
АНАЛИЗ ТЕКУЩЕГО СОСТОЯНИЯ И РЕКОМЕНДАЦИИ ПО
СОВЕРШЕНСТВОВАНИЮ**

Варшава, Июнь 2006

Материалы, публикуемые в настоящей серии, имеют рабочий характер и могут быть включены в будущие издания. Авторы высказывают свои собственные мнения и взгляды, которые не обязательно совпадают с точкой зрения Фонда CASE

Материалы, используемые в этой публикации, были наработаны в ходе проекта, финансируемого ПРООН Украина. Однако, анализ и рекомендации, содержащиеся в этой публикации, не обязательно отражают взгляды ПРООН Украина. Эта публикация является плодом совместного творчества группы указанных авторов. ПРООН Украина не несет ответственности за взгляды, высказанные в публикации, и за ошибки и неточности, содержащиеся в ней.



Данная публикация финансируется WestLB Bank Polska S.A.

Ключевые слова: гражданское законодательство, хозяйственное законодательство, Украина, систематизация, кодификация, правовая реформа.

© CASE . Центр социально-экономических исследований, Варшава 2006 г.

ISBN 978-83-7178-412-5

EAN 9788371784125

Издатель:

CASE. Центр социально-экономических исследований

Польша, 00-010 Warszawa, ul. Sienkiewicza 12

тел.: (48-22) 622-66-27, 828-61-33

факс: (48-22) 828-60-69

e-mail: case@case.com.pl

<http://www.case.com.pl/>

Содержание

Резюме	5
Введение.....	6
I. Обзор современного состояния и тенденций развития гражданского и коммерческого законодательства в развитых странах	7
II. Анализ украинского законодательства: Общая часть.....	13
1. Дуализм Гражданского и Хозяйственного Кодексов и его влияние на обеспечение прав собственности и контрактных прав	16
2. Формализм в регулировании и его влияние на экономическую деятельность	19
2.1. Формализм в области договорного права	20
2.2. Формализм в регулировании юридических лиц	21
III. Анализ законодательства: Специальная часть.....	27
3. Регулирование компаний и корпоративное управление: насколько существующие нормы ГК экономически эффективны?.....	27
4. Государственные предприятия. Участие государства в гражданских отношениях	31
5. Классификация имущества	34
6. Право собственности и иные вещные права. Защита права собственности	36
6.1. Собственность и владение	36
6.2. Вещные права. Право хозяйственного ведения и право оперативного управления	38
6.3. Доверительная собственность	41
6.4. Защита права собственности – статус добросовестного приобретателя	42
7. Гражданский Кодекс и развитие рынков капитала.....	43
8. Гражданский Кодекс и защита прав кредиторов	45
IV. Рекомендации по внесению изменений в Гражданский Кодекс Украины	47
V. Анализ текущего состояния работы по развитию и совершенствованию гражданского и хозяйственного (предпринимательского) законодательства Украины	50
Выводы.....	55

Шишкин Сергей Анатольевич, окончил Московский государственный университет, кандидат юридических наук. В течение ряда лет участвовал в реализации правовой реформы в России, создании рынка капитала, корпоративного законодательства. Также является специалистом по вопросам гражданского и арбитражного процесса. Занимается адвокатской и частной юридической практикой.

Дробышев Павел Юрьевич, окончил Ленинградский (Санкт-Петербургский) государственный университет, кандидат юридических наук. Длительное время является юридическим экспертом и членом рабочих групп по вопросам реформирования корпоративного законодательства, законодательства о защите прав инвесторов, законодательства о рынке ценных бумаг и о несостоятельности в Государственной Думе Российской Федерации.

Резюме

Работа содержит обзор современного гражданского законодательства Украины, представленного Гражданским и Хозяйственным кодексами. В результате анализа проблемы дуализма законодательства, регулирующего, по сути, одни и те же отношения, авторы пришли к выводу о принципиальном отличии украинского Хозяйственного кодекса от торговых, коммерческих и предпринимательских кодексов экономически развитых государств. Украинский Хозяйственный кодекс является, в первую очередь, административным законом, консервирующим совершенно отсталую административно-разрешительную систему в экономике страны, что само по себе служит препятствием в дальнейшем продвижении экономической и правовой реформ. С другой стороны идея кодификации или систематизации разнообразных и разрозненных сегодня многочисленных норм коммерческого законодательства является прогрессивной. По этому пути следует большинство стран мира, желающих обеспечить стабильность и привлекательность своих экономики и социально-политических систем и режимов.

В работе также анализируются более частные вопросы усиления принципов защиты права собственности предпринимателей и граждан, вопросы совершенствования корпоративного законодательства.

Введение

Современная Украина находится на пути системных реформ в экономике, политической и социальных сферах. Одним из важнейших направлений такой реформы является глубокий содержательный анализ накопленного за постсоветские годы законодательного материала, в первую очередь, в области регулирования предпринимательской деятельности, и его осмысления с позиции приоритетности встраивания Украины в ряд современных и развитых европейских государств.

Украина пытается последовательно решить для себя, в том числе с привлечением зарубежных экспертов в области права, несколько приоритетных проблем дальнейшего развития и совершенствования гражданского и хозяйственного законодательства. Во-первых, определить вектор дальнейшего движения, исходя из наличия Гражданского и Хозяйственного кодексов, а также потребности кодифицировать или иным образом систематизировать основные блоки правовых норм, регулирующих отношения по поводу страхования, финансовой деятельности, привлечения капиталов, оборота объектов интеллектуальной собственности. В данной работе указанная задача рассматривается с позиции существующих в мире примеров и аналогов систематизации гражданского законодательства.

Второй задачей является осмысление необходимости раздвоения целостного гражданского законодательства на собственно гражданское и хозяйственное. При этом должны быть проанализированы аргументы за и против, определены случаи коллизии норм Гражданского и Хозяйственного кодексов, выявлены те вопросы и темы, которые одинаково остались обойдены молчанием в обоих кодексах. В настоящей работе сделана попытка хотя бы в первом приближении решить эту задачу, но не отвлеченно и умозрительно, а исходя из реальных потребностей экономики, нуждающейся в предоставлении строгих правовых гарантий защиты права собственности, облегчении перемещения капиталов, защиты владения продуктами интеллектуального труда. Соответствующие рекомендации сформулированы по отдельным группам вопросов и обобщены в специальном разделе работы.

I. Обзор современного состояния и тенденций развития гражданского и коммерческого законодательства в развитых странах

Традиционно считается, что гражданское право западной цивилизации делится на две основные системы: англо-американскую (систему общего права – The Common Law System) и континентальную, т.е. собственно гражданскую (The Civil Law System). Этот взгляд, бывший обоснованным еще 30 – 40 лет назад сегодня уже не может считаться до конца правильным. Вхождение западной цивилизации и некоторых государств Дальнего Востока в постиндустриальную эпоху, развитие процессов мировой глобализации самым прямым образом отразились и на систематизации гражданского законодательства, представляющего сегодня исключительно пеструю картину.

Широко известно три основные формы систематизации гражданско-правового нормативного материала: кодификация, инкорпорация и компиляция. По пути кодификации путем составления единого гражданского кодекса или двух родственных кодексов (гражданского и торгового, хозяйственного) следуют почти все европейские государства (Германия, Франция, Италия, Нидерланды). Эта же концепция кодификации воспринята и в современной Украине.

Наиболее ярким современным примером инкорпорации служит гражданское (частное – Private Law) законодательство Соединенных Штатов Америки.

Возникновение компилятивного гражданского законодательства является тенденцией самых последних десятилетий и непосредственно вызвано усиливающимися процессами межгосударственного товарно-экономического обмена: развитием идей свободного перемещения труда, товаров и капитала. Основной характеристикой компилятивного законодательства является его космополитичность, когда наравне с традиционными актами гражданского законодательства, например, Гражданскими кодексами, соседствуют законодательные акты, обеспечивающие функционирование совершенно нетрадиционных институтов. Наиболее распространены подобные компиляции в Западном полушарии. Значительное число стран Латинской Америки отслеживают историю своего гражданского законодательства со времен Кодекса Наполеона и сформированного на его основе Гражданского кодекса 1889 года. Например, в Мексике, Чили, Венесуэле действуют гражданские кодексы, но одновременно с ними приняты и многие англо-американские

по своему типу законы об отдельных институтах частного права. В Восточном полушарии по пути создания компилятивного гражданского законодательства уверенно движется Китайская Народная Республика. Резоны и выгоды такого подхода очевидны: привлечение иностранного капитала, в том числе капитала, представляющего англо-американский мир, невозможно без создания благоприятной правовой среды. Американский, австралийский, канадский инвесторы должны чувствовать себя юридически комфортно. Такой комфорт достигается тем, что в стране – реципиенте инвестиций капиталу могут быть предложены любые практикуемые в мире формы организации бизнеса независимо от правовой традиции. Конечно, при таком подходе гражданское законодательство становится особо эклектичным, с трудом поддающимся какой-либо строгой систематизации, но цель оправдывает средства.

Наконец, нельзя не отметить еще один опыт построения гражданского законодательства в западном мире, разительно отличающийся от всего, о чем было сказано выше. Это опыт представлен Великобританией. Частное законодательство этого государства продолжает сохранять свою самобытность, не относясь ни к кодифицированным, ни к инкорпорированным, ни к компилятивным системам.

Германия. Являет собой классический пример кодификации гражданского и торгового права, которому по сию пору следуют гражданские законодательства всех стран Восточной Европы, включая Украину. Германское гражданское и Германское торговое уложение сегодня для внешнего наблюдателя в гораздо большей степени являются памятниками юридической мысли нежели актуальными в нынешнем постиндустриальном обществе документами. С другой стороны, именно германская модель накопления и систематизации гражданского законодательства лежит в основе гражданского законодательства Украины, и есть много аргументов в пользу того, что именно в этой модели украинское законодательство и развивалось далее.

Что именно характеризует германскую модель? Во-первых, наличие двух кодексов частного законодательства – гражданского и торгового. Во-вторых, обеспечение нормами указанных кодексов регулирования лишь традиционных и наиболее общих комплексов отношений между лицами по поводу вещей и имущественных прав на вещи. В третьих, наличие отдельных от кодексов важнейших актов гражданского и предпринимательского законодательства, регулирующих крупнейшие сегменты экономики: рынок ценных бумаг, рынок коллективных инвестиций, рынок банковских услуг, страховой рынок и т.п. В четвертых, прямое влияние на законодательную среду, правоприменительную практику и практическую частно-предпринимательскую деятельность нормативных документов Евросоюза.

Очевидно, что именно по такому вектору развивается и украинское гражданское законодательство сегодня.

Соединенные Штаты Америки. Частное законодательство этого государства является самым сложным по своей структуре и самым большим по объему среди всех известных внутренних частно-правовых законодательных систем.

Во-первых, частное законодательства США составляют акты двух уровней – акты федерального законодательства и акты местного законодательства каждого из 50 штатов и, дополнительно, каждой ассоциированной территории (в частности, Пуэрто-Рико и тихоокеанских союзнических республик). Подобная система законодательства уже свидетельствует об объективных трудностях ее рецепции на Украине, являющейся федеративным государством только условно, благодаря наличию Автономной Республики Крым, не имеющей, тем не менее, автономного гражданского законодательства.

Гражданские законы США федерального уровня включены в огромный по своему объему Кодекс Соединенных Штатов Америки, представляющий тематический сборник актов федерального законодательства. Частные отношения в этом сборнике в том или ином объеме регулируются нормами Раздела 9 «Об арбитраже», Раздела 11 «О несостоятельности», Раздела 12 «О банках и банковской деятельности», Раздела 15 «О предпринимательстве и торговле», Раздела 17 «Об авторских правах» и некоторых других.

Еще более мощный пласт законодательства представляют собой тематические сборники отдельных штатов, также традиционно именуемые кодексами. Например, штата Калифорния, являющегося самым богатым и густонаселенным штатом Америки.

С точки зрения опыта систематизации частного законодательства наибольший интерес имеют Гражданский кодекс Калифорнии, Коммерческий кодекс, Корпоративный кодекс, Финансовый кодекс, Кодекс законов о страховании, Наследственный и Семейный кодексы. Каждый из указанных кодексов, за исключением Коммерческого кодекса, представляет из себя огромный по объему сборник, постоянно насыщаемый новыми законодательными актами, принимаемые Законодательным собранием (Конгрессом) штата.

Система Гражданского кодекса Калифорнии в значительной степени напоминает традиционную континентальную систему аналогичных актов. Разделами кодекса являются нормы правовой регламентации, объединенные по темам «О лицах», «О вещах» и «Об обязательствах». Нетрадиционным для нас является помещение в Гражданский кодекс норм правового регулирования отдельных видов предпринимательской деятельности. В частности, «О коммиссионной торговле

предметами искусства», «О выпуске и обращении пластиковых карт», «О правах потребителей», «О потребительском кредитовании», «Об обязательствах, связанных с предоставлением коммунальных услуг» и некоторые другие.

Коммерческий кодекс Калифорнии сформирован на базе широко известного Единообразного коммерческого кодекса США (Uniform Commercial Code), которые как известно сильно отличается от торговых (коммерческих, хозяйственных, предпринимательских) кодексов континентальных государств, включая Украину. Темами правового регулирования Коммерческого кодекса являются лишь некоторые, хотя и весьма важные, секторы предпринимательской деятельности: сфера обращения векселей и чеков, складских свидетельств, коносаментов, инвестиционных ценных бумаг, аренды движимого имущества и обращения товаров посредством совершения сделок купли-продажи.

Коммерческий кодекс дополняется кодексами корпоративным, финансовым и страховым. Все вместе они представляют ту самую, почти исчерпывающую систематизацию частного законодательства, которая в Европе и на Украине представлена торговыми (хозяйственными) кодексами и отдельными актами законодательства, имеющими предметом своего регулирования предпринимательские и связанные с ними некоммерческие отношения.

Великобритания. Совершенно выделяется из общей картины систематизированного гражданского законодательства Великобритании. Выделяется полным отсутствием какой бы то ни было систематизации. Только в какой-то мере, с большой натяжкой системными актами частного законодательства можно считать основополагающий The Law of Property Act (Закон о правах на имущество) 1925 года, а также Company Act (Закон о компаниях) 1985 года, Insolvency Act (Закон о несостоятельности) 1986 года, Finance Act (Финансовый акт) 2000 года, Financial Services and Markets Act (Закон о финансовых услугах и рынках) 2000 года. Интересно, что объем каждого из указанных законов сравним или даже превышает объем гражданских или торговых кодексов в некоторых странах.

Конечно, развитость экономических отношений, правовая защищенность предпринимателя и частного лица не зависит от формы выражения актов гражданского законодательства, от наличия или отсутствия того или иного кодекса, но от качества законодательства, а также качества правоприменения.

Проведенные в рамках проекта в январе 2006 года в Киеве встречи с представителями украинской юридической общественности, а также лицами, в той или иной мере ответственными за развитие украинского гражданского и предпринимательского законодательства, показали, что во властных структурах Украины пока еще не сформирована единая позиция по поводу обсуждаемого

предмета. Более того, обострение политической борьбы, связанной со сменой Президента, проведением конституционной реформы, а также намеченными на март 2006 года выборами в Верховную Раду отодвинули реформу гражданского законодательства за предел остро актуальных на сегодня проблем.

Несомненно, что интенсификация процессов реформирования законодательства может начаться и иметь место только после того, как реализуются существующие национальные конституционные и политические проекты. После того, когда станет понятным институционализация власти, содержание полномочий всех ответственных за формирование законодательства и правоприменительную практику органов. Иными словами, реформа гражданского и предпринимательского законодательства нуждается в политической стабильности или, по крайней мере, в том, чтобы процесс политической стабилизации начался. До этого можно предлагать только самые общие концепции и конструкции реформирования с заделом на будущую работу.

Из бесед в рамках проекта в Киеве стало также очевидными два фактора:

1) Наличие сильной традиции в отстаивании единого кодификационного принципа.

2) Наличие серьезной идейной оппозиции Хозяйственному кодексу Украины, по крайней мере, в том его виде, в котором этот Кодекс существует сейчас.

В том, что юристы и политики Украины разделяют традиционный взгляд на гражданское законодательство, как на подлежащее неперменной кодификации, нет ничего удивительного. Аналогичный взгляд бытует и во всех прочих государствах бывшего Восточного блока. Этой традиции уже много лет. Она старше и самого Восточного блока и бывшего Советского Союза.

Мнение о необходимости Гражданского кодекса разделяется многими и означает бесперспективность борьбы за его отмену в процессе законодательной реформы. Да это и не нужно. Существующий Гражданский кодекс является весьма «молодым» по возрасту законодательным актом, составленным с весьма приемлемым уровнем качества законодательной техники. Он может и должен совершенствоваться дальше, как совершенствуются со временем любые кодексы и прочие законодательные акты.

Реализовывать реформу гражданского законодательства революционным способом, например, путем создания грандиозной инкорпорации частного законодательства по примеру Соединенных Штатов Америки, невозможно. Это потребует выделения очень серьезных человеческих и финансовых ресурсов и займет не годы, но десятилетия.

При наличии достаточно качественного Гражданского кодекса также лишено смысла восприятие английского опыта. Отказ от Кодекса и составление множества законодательных актов по отдельным вопросам, темам правового регулирования также потребует выделения существенных ресурсов, займет много времени, да к тому же еще и будет означать напрасность проделанной совсем недавно большой работы по подготовке и принятию Гражданского кодекса.

Подобно тому, как существенные аргументы имеются в пользу сохранения и дальнейшего развития Гражданского кодекса, присутствуют и такие же существенные аргументы в пользу устранения из законодательного поля Украины Хозяйственного кодекса.

Хозяйственный кодекс Украины лишь в малой степени напоминает традиционные торговые или коммерческие кодексы зарубежных государств. Хозяйственный кодекс Украины на самом деле является Хозяйственно-административным кодексом. Этот кодекс не есть свод правил свободного предпринимательства, но представляет из себя свод правил администрирования экономики, а точнее отдельных ее субъектов и секторов. В этом очевидно видится его антипрогрессивная роль.

Для того, чтобы вытеснить Хозяйственный кодекс за пределы правового и экономического пространства вовсе не обязательно принимать волевое решение о его отмене. По мере развития законодательства об отдельных институтах частного права – о компаниях, о ценных бумагах, о коллективном инвестировании и т.п. – Хозяйственный кодекс сам по себе утратит свою актуальность, перестанет являться предметом дискуссий, станет посторонним нормативным документом для частных лиц и предпринимателей.

Из бесед, проведенных в рамках реализации проекта в Киеве также стало очевидным, что существует еще один важный вектор развития внутреннего украинского гражданского и предпринимательского законодательства. Этот вектор связан с политическим курсом на интеграцию Украины в экономическое и политическое пространство Европы. С позиции законодательной реформы это означает придание первостепенного значения общеевропейским нормативным актам путем рецепции их норм во внутреннее законодательство Украины или прямого распространения их действия на территорию Украины.

Следует, однако, иметь в виду, что ни Директивы, ни Регуляции Евросоюза сами по себе не являются формулами систематизации и развития гражданского законодательства во всем многообразии его институтов. Указанные нормативные акты задают лишь общие принципы деятельности субъектов предпринимательства и частных лиц в граничных, стыковых сферах экономики и социальной активности,

существование которых обеспечивает единство европейского экономического и социально-культурного пространства. Акты Евросоюза также отличаются известным лаконизмом. Они не могут заменять собой внутреннее законодательство как таковое, но только дополняют его и служат ориентирами. В этих актах нельзя найти формул защиты права собственности, формул соблюдения значительного числа корпоративных прав, формул реализации идей коллективного инвестирования, функционирования рынка ценных бумаг и финансовых инструментов. Это тем более означает, что курс на интеграцию в Европейское Сообщество наций требует тщательной разработки внутреннего законодательства, процессу чего акты Евросоюза могут только помочь, но не могут заменить само законодательство.

Результатом проведенного в рамках настоящего проекта анализа Гражданского и Хозяйственного кодексов являются изложенные ниже конкретные рекомендации по совершенствованию отдельных правовых норм и законодательных институтов, включенных в указанные кодексы. Предметом приоритетного внимания при этом, конечно, являлся Гражданский кодекс Украины.

Постепенное совершенствование кодекса, проводимое одновременно с разработкой и принятием основополагающих законов экономического блока (об акционерных обществах, нового закона о рынке ценных бумаг, о коллективных инвестициях и т.п.), а также движением в сторону соблюдения рекомендаций и директив Европейского союза, безусловно позволит Украине выйти на новый уровень регулирования частных предпринимательских и межличностных отношений.

II. Анализ украинского законодательства: Общая часть

С момента обретения Украиной государственной независимости были предприняты серьезные шаги для создания законодательства, соответствующего потребностям рыночной экономики, и слома старых правовых институтов, характерных для эпохи планового распределения. С формальной точки зрения, Украина по многим позициям имеет набор вполне современных правовых институтов. Однако, эффективная правовая база, обеспечивающая развитие рыночной экономики, привлечение инвестиций и экономический рост, пока еще не создана. Во-первых, не доведен до конца процесс ликвидации старых правовых институтов. Так, например, до сих пор еще сохраняются право хозяйственного ведения и право оперативного управления, широко применявшиеся в плановой экономике. Во-вторых, новое законодательство зачастую принималось без единой концепции и учета системного подхода к регулированию, в силу чего содержащиеся в разных законодательных актах

правовые нормы могли вступать в противоречие между собой. Пример, который далее будет рассмотрен в настоящей записке – дуализм Гражданского и Хозяйственного кодексов, которые могут давать различное регулирование по одному и тому же кругу вопросов. В-третьих, некоторые новые институты оказались в действительности неэффективными из-за «технического» несовершенства регулирования, отсутствия внимания законодателя к реальным потребностям практики. Отчасти данная ситуация явилась следствием того, что принимаемое законодательство отражало краткосрочные интересы различных экономических и политических групп, а реализация в законодательстве узких групповых интересов, как правило, увеличивает риск эрозии правовой системы. В-четвертых, новое законодательство часто не работает на практике из-за отсутствия эффективных механизмов применения новых норм, в частности, работающей судебной системы и современных механизмов исполнительного производства.

На сегодняшний день Украине необходим новый этап правовой реформы в экономической сфере, в ходе которого должны быть решены две основные задачи: (а) построение концептуально единой, систематизированной правовой базы регулирования экономических отношений, реально работающей на практике, обеспечивающей стимулирование инвестиций и экономический рост, а также (б) начало гармонизации экономического законодательства Украины с мировыми правовыми стандартами, прежде всего европейскими.

Ключевая проблема обеспечения экономического роста и стимулирования притока инвестиций – защита прав собственности и контрактных прав. От того, насколько действующая правовая система обеспечивает эффективность такой защиты, зависит успех политики экономических реформ. Следует также отдельно выделить проблему правового регулирования финансовых рынков, так как их развитие выступает катализатором экономического роста. Решение указанных проблем зависит, в частности, от комплексного развития следующих направлений:

- (1) корпоративное законодательство и защита прав инвесторов,
- (2) законодательство о банкротстве и создание эффективной системы защиты прав кредиторов,
- (3) дерегулирование и дебюрократизация предпринимательской деятельности,
- (4) создание эффективных механизмов правоприменения.

Развитие данных направлений требует создания целого блока специализированного законодательства в области регулирования экономической деятельности. Но работа по развитию специализированного законодательства не

может быть начата без изменения законодательных актов базового характера. Речь идет в первую очередь о Гражданском кодексе Украины.

В целом, сама по себе идея кодификации в переходный период выглядит достаточно спорной, так как переходный период требует как раз гибкости законодательства, чего кодификация обеспечить не может. Однако здесь следует учитывать традиционную роль, которую играют акты кодифицированного законодательства в правовых системах стран континентальной Европы. Вместе с тем Гражданский кодекс в современных условиях не способен полностью регулировать все сферы экономической жизни (особенно такие, которые однозначно требуют специального регулирования, как, например, рынок капиталов). В этой связи по многим вопросам кодекс должен содержать базовые положения, которые могут служить основой для развития специализированного законодательства. Проблема, однако, в том, что, как это будет показано ниже, действующий Гражданский кодекс содержит: (1) неэффективные нормы в области корпоративного права; (2) неэффективные нормы, касающиеся защиты прав третьих лиц (в частности, кредиторов); (3) чрезмерно детализированное регулирование по целому ряду вопросов, что может стать барьером для развития специализированного законодательства; (4) нормы, которые в дальнейшем могут стать препятствием для дерегулирования и де бюрократизации экономической деятельности.

В данной ситуации развитие специализированного законодательства в определенный момент времени неизбежно придет в противоречие с нормами Гражданского кодекса. В итоге мы будем иметь в качестве результата противоречивость и запутанность судебной практики, рост издержек участников рынка, которые будут вынуждены строить свою деятельность на основе противоречивых правил, а также создание питательных условий для коррупции, так как в отсутствие четких правовых норм ключевую роль в процессе правоприменения начинает играть чиновник.

Таким образом, на сегодняшний день должен быть найден разумный баланс между нормами Гражданского кодекса и регулированием, содержащемся в законодательстве специального характера. Там, где предмет регулирования требует развития специальных норм, кодекс должен закреплять общие положения, обеспечивающие возможность гибкого подхода, соответствующего изменяющимся потребностям практики. Это позволит, с одной стороны, сохранить ключевое значение кодекса как своего рода «экономической конституции», не подверженной частым изменениям, а с другой стороны, развивать на базе принципов и общих положений Гражданского кодекса специальные нормы. На практике это означает, что процессы внесения изменений в Гражданский кодекс и развития специализированного законодательства

должны быть скоординированы. Только таким образом можно обеспечить единую концептуальную основу и системность правовой реформы.

Кроме того, важнейший аспект, подлежащий учету в ходе реформы – правоприменение. Законодательные реформы должны учитывать существующее состояние и перспективы развития механизмов исполнения законодательства (в частности, ход судебной и административной реформ). При отсутствии таких эффективных механизмов параллельно с законодательными реформами должны быть разработаны и реализованы необходимые реформы (законодательные и институциональные) в области правоприменения.

Таким образом, одно лишь внесение изменений в Гражданский кодекс не решает всех проблем. Для создания эффективной правовой базы рыночной экономики должен быть реализован подход, заключающийся в системной работе над (1) реформой актов кодифицированного законодательства, прежде всего Гражданского кодекса, (2) развитием специального законодательства по ключевым направлениям, (3) созданием эффективных механизмов правоприменения новых норм и институтов.

Однако роль и функции Гражданского кодекса в регулировании экономической жизни страны делают его отправной точкой реформы и самостоятельным важнейшим объектом исследования.

1. Дуализм Гражданского и Хозяйственного Кодексов и его влияние на обеспечение прав собственности и контрактных прав

Гражданские отношения на Украине являются предметом регулирования не только Гражданского Кодекса (ГК). Одновременного с ГК, с 1 января 2004 года был введен в действие Хозяйственный Кодекс (ХК). Согласно статье 4 ХК, имущественные и личные неимущественные отношения, регулируемые Гражданским Кодексом, не являются предметом регулирования со стороны Хозяйственного Кодекса, но в действительности это не так. В частности, ХК устанавливает важные положения, касающиеся статуса юридических лиц – государственных унитарных предприятий, а также вещных прав – права хозяйственного ведения и права оперативного управления. А между тем юридические лица и вещные права – прямой предмет регулирования ГК. Более того, согласно ГК (часть 2 статьи 9), законом могут быть установлены особенности регулирования имущественных отношений в сфере хозяйствования, то есть Хозяйственным Кодексом могут быть введены специальные нормы. Однако помимо особенностей, ХК в значительной степени дублирует нормы ГК о юридических лицах, праве собственности и обязательствах. Существующий дуализм ГК и ХК не является концептуально обоснованным в силу следующих причин:

(а) Действительно, в ряде стран (Австрия, Германия, Франция) исторически сложилась дуалистическая система, заключающаяся в существовании наряду с Гражданским Кодексом также Кодекса Торгового. Дуализм означает, что для коммерсантов, а также операций, объективно носящих коммерческий характер, применяются специальные нормы. Однако все последние крупнейшие кодификации 20 века (в частности, Италия и Нидерланды) основаны на едином подходе, предполагающем принятие только Гражданского Кодекса. Вызвано это, в частности, тем обстоятельством, что с течением времени традиционное различие между собственно гражданскими и коммерческими операциями теряет свое различие, при одновременной тенденции к разграничению общих и потребительских операций, с выделением для последних специального регулирования. Этой же линии придерживаются и документы унифицированного международного права. Так, Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров устанавливает, что гражданская или коммерческая природа участников договора не принимается во внимание при определении сферы применения Конвенции, однако ясно исключает из предмета регулирования договоры, носящие потребительский характер. Отметим также, что и Единообразный Торговый Кодекс США (ЕТК) не является в реальности «торговым» кодексом, и не только по причине отсутствия в США гражданского кодекса. ЕТК устанавливает нормы общего действия, делая исключения опять же в основном для потребительских операций.

(б) Хозяйственный Кодекс Украины не является «торговым» кодексом в традиционном понимании. Во-первых, согласно его положениям, он регулирует также и некоммерческую хозяйственную деятельность. Во-вторых, ХК основан во многом на теоретических построениях, характерных скорее не для торговых кодексов западных стран, а для правоведения советской эпохи (те же положения о хозяйственном ведении и оперативном управлении, да и сам термин «хозяйственный» является концептуальным наследием плановой экономики). В-третьих, ХК является комплексным актом, регулирующим, помимо статуса субъектов хозяйствования и хозяйственных обязательств, также общие вопросы банковской деятельности, рынка ценных бумаг, внешнеэкономической деятельности, иностранных инвестиций и т.п., то есть вопросы, подлежащие специальному регулированию. По сути, ХК занимает промежуточное место между Гражданским Кодексом и актами специального законодательства, а в наличии такого промежуточного звена вряд ли есть необходимость.

Кроме отсутствия концептуальной основы, дуализм ГК и ХК, имеющих во многом сходный предмет регулирования, ведет к ряду негативных практических последствий для обеспечения прав собственности и контрактных прав:

(а) **Коллизии.** В ряде случаев ГК и ХК устанавливают нормы, не согласующиеся друг с другом, а иногда и находящиеся в прямом противоречии. Так, согласно статье 197 ГК ценные бумаги классифицируются на: ценные бумаги не предъявителя, именные и ордерные ценные бумаги. При этом права, удостоверенные именной ценной бумагой, передаются в порядке, установленном для уступок права требования (цессии), для передачи прав по ордерной ценной бумаге необходимо совершение передаточной надписи (индоссамента). ХК предлагает другой подход. Согласно статье 163 ХК, существуют только ценные бумаги на предъявителя и именные ценные бумаги. При этом именные ценные бумаги передаются путем «полного индоссамента», если иное не предусмотрено законом или в них специально не указано, что они не подлежат передаче. Как в данных условиях должна осуществляться передача именных ценных бумаг участниками рынка? Очевидно, любая передача будет нарушать либо положения Гражданского Кодекса, либо нормы Хозяйственного Кодекса. Либо придется одновременно с уступкой права требования совершать индоссамент на ценной бумаге. А как совершать индоссамент, если именная ценная бумага выпущена в бездокументарной форме? Кроме того, приведенные выше положения устанавливают совершенно непонятные ориентиры для судебной практики. Проблема заключается в том, что в случае коллизии неясно, какой из Кодексов будет иметь приоритет. Например, в России ГК устанавливает, что нормы гражданского законодательства, содержащиеся в других законах, должны соответствовать ГК, но украинский Гражданский Кодекс такого положения не содержит. В конечном счете, пострадавшим в такой ситуации окажется рынок, участники которого будут сталкиваться с повышенными рисками и издержками из-за коллизий в регулировании.

(б) **Дублирование.** Как отмечалось, из-за сходства предмета регулирования нормы ХК во многом дублируют соответствующие положения ГК. Так, общие нормы о хозяйственных обязательствах (понятие, обеспечение, исполнение), а также положения о конкретных видах хозяйственных договоров (поставка, контрактация, перевозка, страхование, факторинг, кредит и пр.) по сути являются повторением норм ГК. Обязательство стало называться хозяйственным обязательством, договор – хозяйственным договором, но содержательно ничего не изменилось. Отметим, что ГК не исключает из сферы своего действия предпринимательские отношения, а это значит, что предприниматели могут использовать в своей деятельности, в том числе и при заключении договоров, как нормы ХК, так и нормы ГК. В целом же, дуализм ведет просто к перегруженности регулирования. Те же нормы об обязательствах вполне могли бы существовать в рамках только Гражданского Кодекса, с выделением в

необходимых случаях специальных положений, касающихся предпринимателей и предпринимательской деятельности.

Рекомендации: Простая отмена Хозяйственного Кодекса не является удачным решением в сложившейся ситуации, поскольку неясно, какими нормами будет регулироваться, например, статус государственных предприятий. Наилучшим вариантом решения проблемы дуализма мог бы стать перенос части норм Хозяйственного Кодекса в Гражданский Кодекс (например, о государственных предприятиях и праве оперативного управления), с одновременным пересмотром ряда положений самого ГК. Что касается Хозяйственного Кодекса, то его необходимо либо отменить одновременно с изменением ГК, либо использовать в качестве базы для создания свода законов о дерегулировании/дебюрократизации хозяйственной деятельности (государственная регистрация юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, лицензирование, проведение проверок хозяйственной деятельности и пр.).

2. Формализм в регулировании и его влияние на экономическую деятельность

Общий вопрос заключается в том, насколько детальные правила должны содержаться в Гражданском Кодексе. Очевидно, что в условиях реформ перегруженность ГК детальными нормами способна сыграть негативную сдерживающую роль в развитии специального законодательства и обеспечении его гибкости применительно к изменяющейся экономической ситуации. Согласно статье 4 ГК, если субъект законодательной инициативы представляет проект закона, регулирующий гражданские отношения иначе, чем регулирует ГК, он обязан одновременно представить проект закона о внесении соответствующих изменений в ГК. Кодекс, безусловно, можно менять, однако, его неформальный статус как базового экономического закона страны будет препятствовать частым изменениям. На сегодняшний день ситуация осложняется также наличием Хозяйственного Кодекса. Получается, что один и тот же вопрос может быть предметом регулирования ГК, ХК и специального законодательства. Например, правовой статус хозяйственных обществ определяется ГК. Во многом аналогичные (а иногда и коллизионные) положения о хозяйственных обществах содержатся в ХК. Кроме того, хозяйственным обществам посвящен отдельный закон. Другой пример – страхование. Есть нормы в ГК, в ХК, кроме того, действует отдельный закон о страховании. Подобная перегруженность

регулирования вряд ли имеет смысл. Кроме того, она, как отмечалось, чревата рисками возникновения коллизий. Возможно, формализм преследует цель создания работающих механизмов правоприменения в отсутствие эффективной судебной системы – детальные правила помогают судам формировать единообразную практику их применения. Однако, это возможно при условии, что применяемые правила являются четкими и непротиворечивыми, что далеко не всегда так. ГК содержит достаточное количество пробелов и неясностей, а также коллизий (особенно в отношениях с нормами ХК), препятствующих его эффективному применению. В качестве примеров приведем нормы ГК, касающиеся договоров и регулирования статуса юридических лиц.

2.1. Формализм в области договорного права

В части, касающейся регулирования договоров, формализм имеет несколько последствий, влекущих несоответствие положений ГК современному западному законодательству.

(а) **Толкование договора.** Статья 213 ГК исходит из приоритетности буквального толкования условий сделки. Между тем западное законодательство в большей степени обращает внимание на намерения или действия сторон. Первой целью договора должно быть установление общей воли сторон - данные положения содержатся, например, в ГК Германии, Италии, а также в ряде международных документов, например, Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров. Так, Принципы международных торговых договоров, разработанные ЮНИДРУА, устанавливают следующее: 1. Договор должен толковаться исходя из общей воли сторон, если таковая может быть выяснена. 2. Если такая общая воля не может быть выяснена, договор должен быть истолкован в соответствии со значением, которое было бы дано разумными лицами, имеющими сходное со сторонами положение, и в сходных обстоятельствах. При этом во внимание принимаются все обстоятельства, включая (а) предшествующие договору переговоры между сторонами, (б) практику, установившуюся во взаимных отношениях сторон, (в) последующее за заключением контракта поведение сторон, (г) характер и цель договора, (д) значение, придаваемое обычно в рассматриваемой отрасли терминам и выражениям, (е) обычаи. Возможно, условие о буквальном толковании договора, установленное в ГК, видится целесообразным в условиях неэффективной судебной системы, однако, во-первых, толкование применяется не только судами, а во-вторых, не факт, что слабая

судебная система будет способна эффективно решить и задачу буквального толкования.

(б) **Заключение договора.** Требование о том, что акцепт должен быть полным и безусловным («зеркальность» акцепта относительно оферты), содержащееся в статье 642 ГК, не соответствует ни зарубежным стандартам, ни реальной хозяйственной практике. Несущественные расхождения между офертой и акцептом могут впоследствии быть использованы недобросовестной стороной для того, чтобы подвергнуть сомнению факт существования договора. В свою очередь, Принципы международных торговых договоров ЮНИДРУА основываются на следующем: ответ на оферту, который содержит цель являться акцептом, но содержит дополнительные или отличные от предложенных в оферте условия, которые не изменяют существенно условий оферты, признается акцептом, за исключением случаев, когда лицо, направившее оферту, без необоснованного промедления заявит о своем несогласии с различиями. Если же лицо, направившее оферту, не заявляет о своем несогласии, условия договора признаются условиями оферты с теми изменениями, которые содержатся в акцепте. Аналогичные положения можно найти, например, в ГК Нидерландов. Необходимо допускать возможность расхождений между офертой и акцептом в несущественных вопросах.

В качестве общего замечания следует также отметить, что регулирование отдельных видов обязательств в ГК выглядит слишком детализированным; складывается ощущение, что за детальным регулированием стоит стремление авторов ГК придать дополнительную степень «правомерности» определенным типам договоров, а не обеспечить реальное действие принципа свободы договора.

2.2. Формализм в регулировании юридических лиц

Правила ГК относительно юридических лиц выглядят слишком детализированными, регулирование перегружено нормами, которые по логике должны находиться в специальном законодательстве. Более того, правила ГК внутренне противоречивы, в них зачастую смешиваются юридические лица вообще, общества как одна из организационно-правовых форм юридических лиц, а также отдельные формы предпринимательских обществ (например, общества с ограниченной ответственностью или акционерные общества). К тому же нормы ГК часто находятся в коллизии с нормами Хозяйственного Кодекса, регулирующими сходные вопросы.

ГК в статье 81 устанавливает в качестве одной из возможных классификаций юридических лиц деление на объединения лиц и объединения капиталов («юридическое лицо может быть создано путем объединения лиц и/или имущества»).

Это деление выглядит довольно теоретическим и не всегда последовательно выдерживается в самом Кодексе. Так, статья 83 ГК определяет общество как организацию, созданную путем объединения лиц, и ничего не говорит об объединении имущества (хотя очевидно, что общества с ограниченной ответственностью и акционерные общества основаны на вкладах участников).

В качестве организационно-правовых форм юридических лиц ГК (статья 83) называет общества и учреждения. Допускается также создание юридических лиц в других организационно-правовых формах, установленных законом. Возникает вопрос – почему не дать в ГК перечисление всех возможных организационно-правовых форм юридических лиц или хотя бы большинства из них и не установить общие положения, касающиеся той или иной формы? Отсылка к другим законам играет в данном случае плохую службу в силу существования Хозяйственного Кодекса со своими правилами.

Общества делятся на предпринимательские и непредпринимательские. Учреждения, по смыслу ГК, являются непредпринимательскими организациями, создаваемыми путем выделения определенного имущества для достижения какой-либо цели (конструкция учреждения близка к немецкому аналогу). Исчерпывают ли непредпринимательские общества и учреждения все организационно-правовые формы юридических лиц, которые могут существовать в некоммерческом секторе? Нормы ГК не дают четкого ответа. В свою очередь, в Хозяйственном Кодексе упоминаются торгово-промышленные палаты, объединения работодателей, потребительские кооперативы. Эти юридические лица существуют как непредпринимательские общества или они являются самостоятельными организационно-правовыми формами юридических лиц, предусмотренными законом, в данном случае Хозяйственным Кодексом? В ГК целесообразно было бы уделить больше внимания юридическим лицам некоммерческого сектора, дав общее регулирование их возможных организационно-правовых форм (либо принять для этих целей единый закон об организациях некоммерческого сектора).

В противоположность организациям некоммерческого сектора, регулирование в ГК предпринимательских обществ является излишне подробным (особенно в части акционерных обществ). Согласно ГК (статья 84) предпринимательские общества могут создаваться только как хозяйственные общества (полное, коммандитное, с ограниченной или дополнительной ответственностью, акционерное общество) или производственный кооператив. Однако Хозяйственный Кодекс существенно расширяет круг юридических лиц, используемых в предпринимательской деятельности, по сравнению с ГК. Согласно ХК, могут существовать такие юридические лица как частные предприятия, предприятия коллективной собственности, предприятия смешанной формы собственности, арендные предприятия, крестьянские (фермерские)

хозяйства, предприятия общественных и религиозных организаций (статья 112 ХК), ассоциации, корпорации, консорциумы, концерны (статья 120 ХК), товарные биржи и пр. Как и в случае с некоммерческим сектором, возникает вопрос: это организации, существующие в форме предпринимательских обществ или самостоятельные организационно-правовые формы юридических лиц, предусмотренные законом? Если это самостоятельные организационно-правовые формы юридических лиц, то необходимо определение их статуса, в частности, правового режима имущества и ответственности по их долгам, но ХК эти вопросы не регулирует. Подобные коллизии между ГК и ХК приводят к существенной правовой неопределенности относительно юридических лиц и являются дополнительным аргументом в пользу создания единой системы регулирования юридических лиц в рамках Гражданского Кодекса.

Статья 98 ГК устанавливает компетенцию общего собрания участников общества (любого – как предпринимательского, так и непредпринимательского). Согласно ее положениям, общее собрание вправе принимать решения по любым вопросам деятельности общества, в том числе и по тем, которые переданы общим собранием в компетенцию исполнительного органа. Очевидно, что в отношении предпринимательских обществ, в частности, обществ с ограниченной ответственностью и акционерных обществ, где должно быть эффективное разделение компетенции между органами управления, такая норма не должна применяться, однако она установлена в качестве общей, не допускающей исключений (исключение не сделано и в более специальных нормах, например, в статье 145, регулирующей вопросы управления в ООО, и в статье 159, касающейся вопросов компетенции общего собрания акционеров). Наличие такой общей нормы способно привести к серьезным проблемам в деятельности хозяйственных обществ. В этом, как отмечалось, и состоит одна из проблем ГК – смешивание общих положений, применяющихся ко всем юридическим лицам, и специальных норм, относящихся к отдельным организационно-правовым формам юридических лиц.

Другие примеры смешивания общих и специальных положений при регулировании юридических лиц:

(а) решения общего собрания общества принимаются простым большинством голосов от числа присутствующих участников, если иное не установлено учредительными документами и законом (статья 98 ГК). Во-первых, в статье не установлены принципы определения кворума для принятия решений. Во-вторых, допускать возможность изменения «планки» для принятия решений учредительными документами (причем, согласно формулировке, в любую сторону: как повышения, так и понижения) в качестве общей нормы, применимой ко всем обществам, не представляется правильным.

(б) участник общества имеет право выйти из общества либо может быть исключен из общества в случаях, предусмотренных законом и учредительными документами. Опять же очевидно, что данная общая норма не может применяться, например, к деятельности акционерных обществ, однако, исключений не сделано.

Регулирование вопросов правового статуса акционерных обществ является излишне детализированным. Причем такая детализация не всегда является оправданной с практической точки зрения. Например, статья 159 ГК, регулируя компетенцию общего собрания акционеров, устанавливает всего 4 позиции, относящиеся к исключительной компетенции, допуская расширение круга вопросов исключительной компетенции законом либо уставом общества. Однако допускать возможность расширения исключительной компетенции общего собрания акционеров в уставе является крайне рискованным. Исключительность компетенции должна работать в «обе» стороны. Далее, в той же статье 159 устанавливается, что решение общего собрания акционеров принимается большинством не менее чем $\frac{3}{4}$ акционеров, участвующих в собрании, по вопросам внесения изменений в устав или ликвидации общества; для решения всех других вопросов достаточно простого большинства голосов. Таким образом, в круг вопросов, требующих квалифицированного большинства голосов, не попали, например, вопросы прекращения деятельности общества через слияние или присоединение, определенные типы сделок (например, некоторые сделки с заинтересованностью), что на практике способно привести к многочисленным нарушениям прав акционеров. Детализация имеет смысл при условии, что регулирование является полным. Фрагментарная же детализация смысла не имеет, поэтому очевидно, что соответствующие положения ГК должны быть пересмотрены с целью развития специального законодательства (однозначно – в отношении акционерных обществ, возможно - в отношении обществ с ограниченной ответственностью).¹

Коллизии, неясности и пробелы в регулировании юридических лиц:

(а) ГК не проводит деления акционерных обществ по типам, в то время как ХК устанавливает классификацию на закрытые и открытые акционерные общества.

(б) Согласно статье 114 ГК участниками хозяйственных обществ могут быть физические и юридические лица. Означает ли это, что участниками хозяйственных обществ могут быть государственные органы как юридические лица публичного права?

¹ Соответственно, необходимо будет пересмотреть положения закона о хозяйственных обществах. Акционерные общества должны стать предметом отдельного закона. Что касается полного и командитного обществ, то положения о них либо могут быть сохранены в рамках существующего закона, либо могут быть перенесены в ГК (как в России). Регулирование обществ с ограниченной ответственностью может быть осуществлено в рамках общего для всех хозяйственных обществ законодательства, но предпочтительным все же является принятие отдельного закона.

Представляется, в ГК должен быть установлен запрет на такое участие (это не касается участия в хозяйственных обществах государства как субъекта права в лице соответствующих государственных органов).

(в) Статья 81 ГК, регулируя вопросы создания юридических лиц, устанавливает, что юридическое лицо может быть создано через принудительное разделение (выделение) в случаях, установленных законом. Однако ничего не сказано, в частности, о возможности создания юридического лица в результате слияния. Отметим, что Хозяйственный Кодекс самостоятельно регулирует вопросы создания и государственной регистрации юридических лиц, во многом дублируя нормы ГК.

(г) Статья 89 ГК устанавливает в качестве оснований для отказа в государственной регистрации юридического лица нарушение установленного порядка создания юридического лица или несоответствие учредительных документов закону. Последнее основание создает основу для неконтролируемого бюрократического контроля и коррупции в процессе регистрации юридических лиц (так как взгляды чиновника на соответствие учредительных документов закону в условиях неясностей и пробелов в законодательстве могут «не совпадать» со взглядами заинтересованных лиц). Необходимо оставить только формальные основания для отказа в регистрации юридического лица. Вообще же данная норма должна находиться не в ГК, а в отдельном законе о государственной регистрации юридических лиц.

(д) Прекращение юридического лица (статья 104 ГК). ГК в силу непонятных причин не использует термин «реорганизация», оперируя термином «прекращение». Случаи прекращения – ликвидация, слияние, разделение, присоединение и преобразование. Отдельно регулируется выдел (к которому по аналогии применяются нормы о прекращении юридического лица не в форме ликвидации). Эта новелла приводит к двум последствиям – с одной стороны, отсутствует единое регулирование различных типов реорганизационных процедур. С другой стороны, смешиваются положения о ликвидации и реорганизации – например, статья 105 ГК говорит о создании комиссии по прекращению деятельности юридического лица, о порядке и сроках заявления претензий кредиторами, в то время как в случае, например, слияния или присоединения ключевое значение имеет установление четких и понятных корпоративных процедур. Отметим, что Хозяйственный Кодекс сохраняет термин «реорганизация».

(е) По смыслу статьи 91 ГК гражданская правоспособность юридического лица является универсальной – юридическое лицо может иметь те же гражданские права и обязанности, что и физическое лицо, кроме тех, которые по природе могут принадлежать только человеку. То есть юридические лица могут иметь гражданские права и обязанности, необходимые для осуществления любых видов деятельности

(лицензируемых – только после получения лицензии). Распространять данный универсальный принцип на все юридические лица вряд ли целесообразно. Например, следует предусмотреть возможность ограничений для государственных предприятий. Кроме того, учреждения могут быть ограничены в видах деятельности учредительным актом или завещанием, хозяйственные общества – уставом (эту возможность нельзя закрывать). Опять же, Хозяйственный Кодекс находится в определенной коллизии с ГК, требуя указывать в уставе хозяйственной организации цели и предмет ее деятельности (статья 57 ХК).

(ж) Согласно статье 92 ГК, если члены органа юридического лица и прочие лица, выступающие в соответствии с законом или учредительными документами от имени юридического лица, нарушают свои обязанности представительства, они несут солидарную ответственность за убытки, причиненные им юридическому лицу - данная норма устанавливает весьма размытый стандарт ответственности менеджмента (необходима ли в данном случае вина, только ли нарушение обязанностей представительства является основанием ответственности) и потому вряд ли является работоспособной.

(з) Согласно статье 100 ГК право участия в обществе (по смыслу – любом) является «личным неимущественным правом» и не может отдельно (от чего?) передаваться другому лицу. Очевидно, что данная норма вступает в противоречие с правами участников хозяйственных обществ, например, акционеров. Возможно, имеется в виду, что право участия, например в АО, не может передаваться отдельно от передачи акций, но из приведенного выше положения это не следует.

Рекомендации: Решение проблемы формализма в регулировании могло бы заключаться в упрощении структуры ГК по ряду позиций, например, по вопросам правового статуса юридических лиц, где должны быть сохранены в основном общие положения, а также положения, которые не будут являться предметом специального законодательства, детальное же регулирование следует перенести на уровень конкретных законов. То же касается и обязательственного права: чем более подробными будут общие положения об обязательствах и договорах, тем меньше необходимости устанавливать детальное регулирование отдельных видов договоров, отдавая больше свободы сторонам.

Более конкретно:

- привести нормы о толковании договора, а также об отношении оферты и акцепта в соответствие с нормами западного законодательства;
- создать в рамках ГК основу для единой системы регулирования юридических лиц – дать общее перечисление всех возможных форм юридических лиц, а также

определить правовой режим их имущества и ответственность по долгам (это касается и государственных предприятий);

- упростить регулирование юридических лиц, более четко выделить положения, относящиеся ко всем юридическим лицам вообще, организациям коммерческого и некоммерческого сектора, отдельным организационно-правовым формам юридических лиц; сократить регулирование по акционерным обществам и обществам с ограниченной ответственностью в пользу специального законодательства;

- сохранить только формальные основания для отказа в государственной регистрации юридического лица;

- установить более четкие основания и стандарты ответственности менеджеров.

III. Анализ законодательства: Специальная часть

3. Регулирование компаний и корпоративное управление: насколько существующие нормы ГК экономически эффективны?

В области регулирования деятельности компаний украинский ГК во многом идет по пути повторения неэффективных положений российского Гражданского кодекса. В первую очередь речь идет об определении уставного капитала как минимального размера имущества, гарантирующего интересы кредиторов общества с ограниченной ответственностью и акционерного общества (статьи 144 и 155 ГК). Как показывает российская практика, уставный капитал практически никогда не выполняет подобной функции. Согласно части 4 статьи 144 и части 3 статьи 155 ГК, если по окончании второго и каждого последующего финансового года стоимость чистых активов ООО или АО окажется меньше его уставного капитала, общество должно принять решение об уменьшении уставного капитала и зарегистрировать такое уменьшение в установленном порядке. При этом согласно части 5 статьи 144 и части 1 статьи 157 ГК уменьшение уставного капитала допускается только после уведомления кредиторов общества, которые в этом случае могут потребовать прекращения или досрочного исполнения обязательств.

В результате применения подобных норм успешная компания, испытывающая временные операционные трудности, вполне может стать банкротом, если кредиторы по каким-то причинам захотят предъявить свои обязательства к исполнению. С другой стороны, недобросовестная компания может продать в середине года значительную часть своих активов аффилированным лицам по заниженной цене. Уведомлять

кредиторов об этой сделке не нужно, и хотя стоимость чистых активов компании в результате данной операции станет меньше уставного капитала, это приведет к юридическим последствиям лишь по окончании финансового года, когда в действительности кредиторы уже ничего не смогут сделать. Таким образом, данное положение практически не защищает кредиторов, а для компаний создает дополнительные риски. Кроме того, согласно ГК, если стоимость чистых активов общества окажется меньше минимального размера уставного капитала, определенного законом, общество ликвидируется. Следствие применения подобных норм – компании будут создаваться с маленькими уставными капиталами с тем, чтобы избежать риска уменьшения стоимости чистых активов ниже размера уставного капитала, а это значит, что уставный капитал не будет выполнять свою функцию защиты интересов кредиторов.

Согласно статье 156 ГК акционерному обществу запрещается увеличивать уставный капитал для покрытия убытков. Эта норма экономически бессмысленна – почему перспективная компания, испытывающая временные финансовые затруднения, лишена возможности привлекать источники финансирования через использование механизмов фондового рынка? В частности, это касается компаний, занимающимися инновациями и высокими технологиями, которые могут продолжительное время нести убытки, пока идет разработка продукта, но испытывают потребности в финансировании. К тому же соблюдение данной нормы, как показывает российская практика, практически не может контролироваться на операционном уровне.

В соответствии со статьей 158 ГК акционерное общество не вправе выпускать облигации на сумму, превышающую размер его уставного капитала или размер обеспечения, предоставленного третьими лицами. Однако из-за упомянутых выше требований к соотношению между стоимостью чистых активов и размером уставного капитала стимулом для компаний будет как раз небольшой размер уставного капитала. В результате получается замкнутый круг и компаниям ставится формальный барьер для доступа на рынок капитала.

Социально-экономические последствия подобных норм – (а) жесткие формальные процедуры и требования к капиталу не обеспечат экономике необходимого динамизма. Они объективно играют на руку тем экономическим агентам, кто уже сосредоточил в своих руках значительные экономические ресурсы, позволяющие им обеспечивать высокий уровень уставного капитала и чистых активов, а также самостоятельное покрытие временных операционных убытков. В то же время создание и развитие новых компаний в условиях применения данных норм сильно

затруднены; (б) компаниям существенно затрудняется выход на фондовый рынок, а это значит, что основное финансирование будет идти через банковский сектор.

Указанные нормы, как отмечалось, не защищают интересы кредиторов. В действительности, для защиты кредиторов необходимо принятие специальных положений - в частности, аналогичных *fraudulent conveyance laws* (законы о мошенническом отчуждении имущества, направленного на обман кредиторов). Не защищают они и интересы инвесторов, которые также должны быть предметом специального регулирования.

Другие примеры неэффективных норм, касающихся юридических лиц:

(а) **Ограничения на участие в обществах.** Согласно ГК, лицо может быть участником только одного полного общества (статья 119) и полным участником только в одном коммандитном обществе (статья 135). Аналогичные ограничения установлены также для акционерных обществ и обществ с ограниченной ответственностью. Так, согласно статье 141 ГК общество с ограниченной ответственностью не может иметь в качестве участника другое общество, состоящее из одного лица; лицо может быть участником лишь одного ООО, которое имеет одного участника (то есть, например, физическое лицо может учредить не более одного ООО, где оно является единственным участником). В соответствии со статьей 153 ГК акционерное общество не может иметь одним участником другое предпринимательское общество, состоящее из одного лица. Экономический смысл подобных ограничений неясен. Они существенным образом ограничивают предпринимательскую активность и права инвесторов, в том числе иностранных. В частности, исключается возможность сосредоточения у одного лица пула капиталов, предназначенного для инвестирования в различные проекты через использование разных юридических лиц. Если цель таких ограничений в защите интересов кредиторов, то реальная защита достигается путем создания эффективных механизмов раскрытия информации и обеспечении преследования за мошенничество. Формальные ограничения никого не защищают, и к тому же они, как показывает российский опыт, сравнительно легко обходятся на практике. В итоге – только рост издержек экономических агентов в связи с необходимостью «обхода» таких норм.

(б) **Определений оснований для отстранения менеджеров.** Согласно статье 99 ГК члены исполнительного органа общества могут быть в любое время устранены от выполнения своих обязанностей, если в учредительных документах не определены основания устранения их от выполнения своих обязанностей. Формулировка данной нормы способна создать коллизии с законодательством о труде и ограничить права участников общества на безусловное отстранение менеджеров, особенно если в учредительных документах в качестве основания для устранения будет ссылка на

законодательство о труде. Ситуация осложняется наличием Хозяйственного Кодекса. Согласно статье 65 ХК при найме руководителя предприятия (а ХК относит предпринимательские общества к предприятиям) с ним заключается контракт, в котором указываются условия освобождения его от должности. Руководитель предприятия может быть освобожден от должности по основаниям, предусмотренным контрактом в соответствии с законом. Отметим, что российская практика с момента принятия в 1995 году закона «Об акционерных обществах», впервые установившего право акционеров на безусловное увольнение менеджеров, прошла долгий путь, прежде чем данное право было окончательно подтверждено судебными инстанциями (в частности, постановлением Конституционного суда), а коллизии с законодательством о труде были устранены. Чем более ясно будет записано право участников общества на отстранение членов исполнительного органа общества в безусловном порядке, тем лучше для практики. По крайней мере, суды получают четкий ориентир для разрешения споров. Что касается требования наличия оснований для увольнения, возможно, его надо сохранить для руководителей государственных предприятий, хотя с практической точки зрения этого также не следует делать.

Отметим, что часть 9 статьи 65 ХК устанавливает норму, согласно которой решения по социально-экономическим вопросам, касающимся деятельности предприятия, вырабатываются и принимаются его органами управления при участии трудового коллектива или уполномоченных им органов. Поскольку с точки зрения ХК предпринимательские общества являются предприятиями, получается, что данное положение распространяется и на них. Абсурдность данной нормы в применении к предприятиям, не относящимся к государственным, очевидна (хотя и применительно к государственным предприятиям существование такой нормы под вопросом) – это является лишним подтверждением негативного эффекта, вызванного дуализмом ГК и ХК.

(в) нивелирование принципа ограниченной ответственности. Согласно статье 126 Хозяйственного Кодекса, если по вине контролирующего предприятия дочерним предприятием были заключены невыгодные для него сделки или операции, то контролирующее предприятие должно компенсировать дочернему предприятию причиненные этим убытки; если же дочернее предприятие по вине контролирующего предприятия будет признано банкротом, контролирующее предприятие несет субсидиарную ответственность по его долгам. Данная норма, во-первых, устанавливает весьма размытые стандарты ответственности – в частности, что можно считать «виной» или «невыгодной сделкой», во-вторых, фактически минимизирует действие принципа ограниченной ответственности, установленного ГК (опять же негативное последствие дуализма). Одно из следствий существования данной нормы

– риск для инвесторов при весьма размытых стандартах ответственности и соответственно, неясности судебной практики. Другое следствие – обход этих схем на практике, например, через создание «буферных» компаний, и рост издержек экономических агентов.

Рекомендации: В области регулирования деятельности компаний следует упразднить неэффективные нормы, касающиеся:

- соотношения уставного капитала и чистых активов,
- запрета на выпуск акций для покрытия убытков,
- ограничения на выпуск облигаций размерами уставного капитала.

Следует также:

- исключить нормы, устанавливающие необоснованные ограничения на участие в компаниях,
- установить четкую норму, предоставляющую участникам компании безусловное право на увольнение менеджеров (членов исполнительного органа),
- исключить любые нивелирования принципа ограниченной ответственности.

4. Государственные предприятия. Участие государства в гражданских отношениях

Статья 81 ГК проводит классификацию юридических лиц в зависимости от порядка их создания на юридические лица частного права и юридические лица публичного права. Первые создаются на основании учредительных документов, вторые – на основании распорядительного акта. ГК, как указано в той же статье 81, регулирует только юридические лица частного права. Однако заключается ли различие между юридическими лицами частного и публичного права только в порядке создания? Очевидно, что нет, так как ГК в статье 81 устанавливает, что порядок образования и правовой статус (то есть и статус тоже) юридических лиц публичного права устанавливается Конституцией Украины и законами. ГК не дает перечисления юридических лиц публичного права, оставляя этот вопрос для решения в специальном законодательстве. В связи с этим возникает вопрос о правовом статусе государственных предприятий. Они не входят в число юридических лиц частного права, перечисленных в ГК. Статья же 167 ГК, посвященная участию государства в гражданских отношениях, наделяет его правом создавать юридические лица публичного права, указывая в их числе государственные предприятия. Таким образом, государственные предприятия относятся к числу юридических лиц публичного права. Но имеет ли смысл абсолютно все государственные предприятия относить к числу юридических лиц публичного права, что в их деятельности «публичного»? Данный термин скорее применим к государственным органам, участвующим в гражданских

отношениях в предусмотренных законом случаях. Реальная проблема заключается в том, что согласно статье 82 ГК на юридические лица публичного права положения ГК распространяются, если иное не установлено законом. Таким образом, Кодекс закладывает фундамент для возможного неравенства государственных предприятий и компаний частного сектора, возможных изъятий из общего правового режима для государственных предприятий. Как представляется, государственные предприятия должны быть (возможно, за редкими исключениями) отнесены к юридическим лицам частного права и регулироваться в рамках Гражданского Кодекса, наравне с другими юридическими лицами (сейчас государственным предприятиям посвящены некоторые положения Хозяйственного Кодекса). Изъятия из общего правового режима юридических лиц для государственных предприятий должны быть максимально определены в ГК. Очевидно, что в ряде случаев такие изъятия вполне целесообразны. Например, статья 91 ГК говорит о том, что любое юридическое лицо (по смыслу – и лицо публичного права) может иметь те же права и обязанности, что и физическое лицо, кроме тех, которые по природе могут принадлежать только человеку. Такая универсальная правоспособность вряд ли должна принадлежать государственным предприятиям и юридическим лицам публичного права. Возможность для государственного предприятия и юридического лица публичного права осуществлять любые виды деятельности скорее является свидетельством интервенционистской экономической модели, чем модели, где экономические функции государства ограничены. В связи с этим правоспособность государственных предприятий и юридических лиц публичного права должна носить специальный характер.

Отметим также, что отсутствует ясность в отношении правового режима имущества государственных предприятий. Статья 73 Хозяйственного Кодекса устанавливает, что имущество государственных предприятий находится в государственной собственности и закрепляется за ним на праве хозяйственного ведения или праве оперативного управления, которые являются вещными правами. Право хозяйственного ведения и право оперативного управления практически аналогичны существующим в российском законодательстве, предоставляя государственным предприятиям ограниченные полномочия собственника в отношении закрепленного за ними имущества (с ограничением по отдельным видам сделок и пр.). Однако статья 329 ГК определяет, что юридическое лицо публичного права приобретает право собственности на имущество, переданное ему в собственность, и на имущество, приобретенное им в собственность на основаниях, не запрещенных законом. Получается, что государственное предприятие (юридическое лицо публичного права в действующей классификации) может иметь имущество на разных правовых режимах: часть имущества – в собственности, часть – в хозяйственном

ведении? Куда в таком случае относить имущество, произведенное или приобретенное им при осуществлении хозяйственной деятельности? Данная ситуация является лишним подтверждением существующей неопределенности в отношении правового статуса государственных предприятий и необходимости его детализации в рамках Гражданского Кодекса.

Согласно статье 167 ГК государство выступает в гражданских отношениях на равных правах с участниками этих отношений. Означает ли это, что государство может приобретать любые гражданские права и обязанности, также как другие участники гражданских отношений? Никаких ограничений ГК на этот счет не устанавливает. Очевидно, участие государства в гражданских отношениях должно ограничиваться выполняемыми им функциями, что и следовало бы отразить в соответствующих положениях ГК. Например, включить положение о том, что государство приобретает гражданские права и обязанности только в случаях, предусмотренных законом.

Отдельно следует рассмотреть проблему создания юридических лиц с участием государства. Согласно статье 167 ГК государство может создавать юридические лица публичного права (в том числе государственные предприятия) в случаях и в порядке, определенных Конституцией Украины и законами. Таким образом, возможность создания государственных предприятий на сегодня ограничена предусмотренными законом случаями. Однако в отношении юридических лиц частного права ситуация обратная – государство, согласно положениям той же статьи 167, может создавать юридические лица частного права и принимать участие в их деятельности на общих основаниях, если иное не установлено законом. Таким образом, не устанавливается никаких ограничений на создание компаний с государственным участием, нет никакой связи между созданием такой компании и выполняемыми государством функциями. Представляется, формула в отношении возможности государства создавать юридические лица частного права должна быть такой же, как и в отношении юридических лиц публичного права.

С проблемой участия государства в гражданских отношениях связан также вопрос о недействительности сделок. Согласно статье 207 Хозяйственного Кодекса хозяйственное обязательство, совершенное с целью, заведомо противоречащей интересам государства и общества, может быть по требованию одной из сторон, или соответствующего органа государственной власти признано судом недействительным полностью или в части. В соответствии же со статьей 208 ХК если хозяйственное обязательство признано недействительным как такое, которое совершено с целью, заведомо противоречащей интересам государства и общества, то при наличии намерения у обеих сторон все полученное ими по обязательству взыскивается в доход государства, при наличии же намерения только у одной стороны – взыскивается

полученное или причитающееся по обязательству с данной стороны. Данная норма представляется крайне жесткой, более того, по указанному вопросу существует коллизия между ГК и ХК. Гражданский Кодекс не предусматривает в качестве основания недействительности сделки совершение ее с целью, заведомо противоречащей интересам государства и общества. Необходимо, чтобы данная норма была отменена либо ее применение было ограничено (например, только случаями совершения преступлений).

Отметим также, что Гражданский Кодекс (статья 203) устанавливает, что содержание сделки, помимо актов гражданского законодательства, не должно противоречить моральным принципам общества. Противоречие моральным принципам выступает в качестве одного из оснований для признания сделки недействительной (статья 215 ГК). Данная норма сама по себе не является проблемной, однако все зависит от практики ее применения. Так, один из недавних украинских законопроектов, направленных на деприватизацию, пытался использовать для достижения своих целей юридическую конструкцию ничтожности сделки по мотивам противоречия моральным принципам общества. Широта формулировки данной нормы ставит вопрос о границах ее применения. По крайней мере, необходимо исключить возможность ее использования в политических целях.

Рекомендации: в отношении государственных предприятий следует:

- придать государственным предприятиям статус юридических лиц частного права и перенести их регулирование в рамки Гражданского Кодекса,
- урегулировать вопросы правового режима имущества государственных предприятий.

Что касается законодательного регулирования участия государства в экономике, то представляется целесообразным ограничить участие государства в гражданских отношениях (включая создание компаний с участием государства) только предусмотренными законом случаями.

Следует также ограничить возможности для признания сделок недействительными по мотивам публично-правового характера.

5. Классификация имущества

Согласно статье 177 ГК объектами гражданских прав являются вещи, в том числе деньги и ценные бумаги, иное имущество, имущественные права, результаты работ, услуги, результаты интеллектуальной, творческой деятельности, информация, а также материальные и нематериальные блага. Данное перечисление является само по себе достаточно бессистемным и не имеющим смысла. Более принципиальным является выделение категории «имущество». Согласно статье 180 ГК, имуществом как

особым объектом считаются отдельная вещь, совокупность вещей, а также имущественные права и обязанности. Данное определение ближе к понятиям современного гражданского права западных стран, однако, все же является недостаточно четким. Почему имущество является особым объектом? Напротив, в европейских гражданских кодексах имущество выступает как исходное понятие для последующей классификации собственности. Так, ГК Нидерландов относит к имуществу вещи и патримониальные (наследуемые) права. Ключевым моментом здесь выступает то, что имущество не сводится только к вещам, к нему относятся также имущественные права. Выделение имущественных прав в отдельную категорию имеет принципиальное значение для определения различных способов передачи права собственности, определения прав собственника на виндикацию и пр. Кроме того, имущественные права выступают в качестве одной из центральных категорий для законодательного описания различных типов финансовых активов и операций с ними. Отметим также, что Хозяйственный Кодекс дает свое определение имущества (статья 139 ХК) – совокупность вещей и других ценностей (включая нематериальные активы).

Несмотря на то, что ГК включает имущественные права в состав имущества, он не содержит концептуального аппарата, предназначенного для работы с правами, в отличие от вещей. «Вещизм» ГК проявляется, в частности, в определении ценной бумаги как вещи, «документа, удостоверяющего денежное или иное имущественное право» (статья 194 ГК). Статья 334 ГК, посвященная моменту возникновения права собственности у приобретателя по договору, связывает его с моментом передачи имущества (в том числе и прав). Однако передача имущества описывается только через вещные характеристики, такие как «вручение» имущества приобретателю. Что понимать под вручением вещи, очевидно. Но что является вручением прав, бездокументарных ценных бумаг, иных типов финансовых активов? ГК умалчивает. Статья 334 ГК должна быть пересмотрена с тем, чтобы были установлены правила передачи права собственности применительно к различным видам имущества. Наконец, предоставляя собственнику, как отмечалось выше, широкие права по истребованию имущества (а значит и прав) у добросовестного приобретателя, ГК не учитывает, что данное имущество может быть представлено в виде записей на счетах финансового посредника и не быть индивидуализированным объектом (в отличие от индивидуально-определенных вещей). Отметим также, что Хозяйственный Кодекс (статья 342), описывая отношения сторон по договору банковского счета, использует термин «хранение», что является принципиально неправильным. Банк не является хранителем денежных средств клиента, денежные средства становятся активом банка, клиент же приобретает право требования к банку право требования.

Одной из наиболее спорных концепций, закрепленных в ГК, является предприятие как недвижимая вещь. Данная концепция не известна современному законодательству Европы и США (но закреплена в российском ГК). Статья 191 ГК определяет предприятие как единый имущественный комплекс, включающий, в том числе, и долги (хотя очевидно, что долги принадлежат юридическому лицу – собственнику имущественного комплекса). Данный имущественный комплекс является недвижимой вещью, может быть предметом сделок (купли-продажи, залога, аренды), подлежащих, как и все сделки с недвижимостью, нотариальному удостоверению и государственной регистрации. Отметим, что Хозяйственный Кодекс определяет предприятие как самостоятельный субъект хозяйствования, являющийся юридическим лицом. В итоге мы имеем коллизию субъекта и объекта, формы и содержания. К тому же данная концепция трудно реализуема на практике. Как осуществить залог предприятия, если в его состав включаются долги? На что в итоге будет иметь право залоговый кредитор? Часть стоимости чистых активов? Очевидно, что в действительности передача предприятия происходит через передачу отдельных видов активов, без долгов. Возникающая здесь проблема защиты участников юридического лица, то есть инвесторов, решается через правила о крупных сделках. Проблема защиты кредиторов может быть решена через разработку норм, аналогичных содержащимся во fraudulent conveyance laws.

Рекомендации: установить в ГК более четкую классификацию имущества, соответствующую современным нормам западного законодательства.

Создать в ГК концептуальную и терминологическую основу для работы с имуществом, не относящемся к вещам, в частности, с финансовыми активами.

Упразднить концепции, не отражающие реальную экономическую практику:

- ценная бумага как документ,
- предприятие как недвижимая вещь,
- банковский счет как хранение банком денежных средств клиента.

6. Право собственности и иные вещные права. Защита права собственности

6.1. Собственность и владение

Весьма проблематичная концепция, закрепленная в Гражданском Кодексе – владение как вещное право. В современном западном законодательстве нет подобных аналогов. Нет и в России, где владение выступает как одно из правомочий

собственника, наряду с пользованием и распоряжением, но никак не в качестве самостоятельного вещного права. Владение в западном законодательстве выступает как факт, имеющий отношение ко всем видам собственности и влекущий за собой определенные правовые последствия, наиболее важные из которых: возможность предъявления исков о защите владения и возможность приобретения имущества по приобретательной давности.

Концепция владения как вещного права выглядит достаточно непоследовательной. С одной стороны, владельцем чужого имущества признается лицо, которое фактически держит его у себя (часть 1 статьи 397 ГК), то есть говорится о факте. С другой стороны, владение определяется как право. Очевидна попытка авторов ГК вписать институт владения в систему законодательства, но при этом не выходить за рамки традиционной советской школы, которая не признавала владение как факт. В итоге – попытка включить владение в существующую классификацию прав, а не сделать его отправной точкой для рассмотрения права собственности, смешение факта и права. Однако данное смешение приводит к ряду практических проблем. Так, лицо, получившее движимую вещь по договору хранения или перевозки, будет рассматриваться как обладатель вещного права владения на него, имеющее возможность защищать это право, в том числе от действий собственника (то есть помимо средств защиты от собственника, предусмотренных договором, лицо получит и владельческую защиту). Лицо, которому предоставлен земельный участок на вещном праве застройки, также будет рассматриваться как обладатель вещного права владения. То есть одному лицу будут принадлежать в отношении одного и того же имущества два различных вещных права – какие нормы ГК будут подлежать применению в этом случае? В соответствии со статьей 397 ГК право владения чужим имуществом может принадлежать одновременно двум или более лицам – как такое возможно, если владельцем имущества признается лицо, фактически держащее его у себя, согласно определению части 1 той же статьи? Статья 334 ГК устанавливает право владельца на предъявление иска по истребованию имущества (владельческий иск). Но какие могут быть основания предъявления данного иска к лицу, которое имеет право владения имуществом наряду с владельцем? Какие правовые отношения существуют между указанными лицами?

Представляется, что концепция владения должна быть изменена в сторону соответствия нормам западного законодательства (один из последних образцов изложения концепции владения – ГК Нидерландов):

(а) Владение есть факт обладания имуществом от своего имени и в своих интересах.

(б) Лица, обладающие имуществом в интересах другого лица (в нашем примере хранители, перевозчики), не являются владельцами.

(в) Предполагается, что владелец имущества является его собственником, пока не доказано обратное.

(г) Владелец имеет право на защиту своего владения путем предъявления владельческих исков.

(д) Далее – различие между добросовестным и недобросовестным владельцем и т.п.

Другой возможный вариант – отказ от концепции владения вообще и сохранение владения как одного из правомочий собственника (как было в советском законодательстве и как есть сейчас, например, в России).

Некоторые замечания по приобретательной давности (статья 334 ГК):

(а) ГК устанавливает возможность приобретения имущества по приобретательной давности только в собственность. Необходимо распространить эту возможность и на другие вещные права (например, в США таким образом может быть приобретен сервитут).

(б) Положение о том, что приобретение права собственности на земельный участок по приобретательной давности регулируется специальным законом – вряд ли необходимо установление специальных норм в отношении земли, режим для различных видов недвижимости должен быть в принципе одинаковым.

(в) в интересах оборота целесообразно было бы установить положение, что в случае предъявления собственником иска об истребовании имущества и отказа в этом иске, владелец становится собственником с момента вступления в законную силу соответствующего решения суда (или существенно сократить сроки приобретательной давности в этом случае).

6.2. Вещные права. Право хозяйственного ведения и право оперативного управления

Предлагаемая ГК система вещных прав: право владения, сервитут (включая личный сервитут – право проживания), право пользования земельным участком для сельскохозяйственных нужд (эмфитевзис) и право застройки земельного участка (суперфиций), за исключением права владения, в целом соответствует современным нормам гражданского законодательства. Однако она не является полной. Во-первых, отсутствует право залога (ипотеки). Залог (ипотека) в ГК Украины, также как и в российском ГК, выступает в качестве одного из способов обеспечения исполнения обязательств, между тем как практически все существующие современные

гражданские кодексы рассматривают залог как вещное право. Подход к залог, использованный в ГК, может рассматриваться как дань советской правовой традиции. Между тем включение залога (ипотеки) в систему вещных прав обеспечило бы единство регулирования (включая вопросы добросовестного приобретения), в связи с чем отпала бы необходимость устанавливать отдельные правила в отношении залога. Во-вторых, согласно части 2 статьи 395 ГК законом могут быть установлены иные вещные права на чужое имущество. К числу таких прав, не вошедших в ГК и регулирующихся другими актами законодательства, относятся:

(а) право бессрочного постоянного пользования земельными участками (закреплено в Земельном Кодексе),

(б) право хозяйственного ведения и право оперативного управления (закреплены в Хозяйственном Кодексе).

(в) право оперативно-хозяйственного использования имущества (закреплено в Хозяйственном Кодексе).

Что касается права бессрочного постоянного пользования земельными участками, то оно выступает как переходное звено к более цивилизованным формам земельных отношений и с течением времени должно быть трансформировано в собственность или аренду. Сложнее обстоит дело с правом хозяйственного ведения и правом оперативного управления. В лице государственных предприятий мы имеем смешение организационно-правовой формы с принципами имущественных отношений. Являясь по сути квази-собственностью, концепции хозяйственного ведения и оперативного управления, как показывает российский опыт, являются питательным источником для коррупции и ведут практически к бесконтрольному расхищению государственной собственности со стороны директоров предприятий и контролирующих их чиновников. Проблема, однако, заключается в том, что с точки зрения Хозяйственного Кодекса право хозяйственного ведения и право оперативного управления не ограничены рамками государственного сектора, они применимы и в отношении других юридических лиц. Так, согласно статье 136 ХК право хозяйственного ведения определяется в целом как право субъекта предпринимательства, а не только государственных предприятий. Например, предприятия общественных и религиозных организаций действуют на основе права хозяйственного ведения или права оперативного управления (статья 112 ХК). Получается, учредители имеют возможность выбора, каким правом предприятие наделить. То же самое касается объединений предприятий – имущество передается им в хозяйственное ведение или оперативное управление (статья 123 ХК). Более того, согласно статье 123 ХК объединение предприятий само может создать унитарное предприятие – какое право на имущество оно в этом случае ему передает? Хозяйственного ведения? В итоге мы получаем

умножение прав хозяйственного ведения и наличие одного и того же права у нескольких лиц на одно и то же имущество – некий современный аналог средневековой концепции разделенной собственности.

Проблема также и в том, что если для государственных предприятий содержание права хозяйственного ведения и права оперативного управления описано более или менее полно (включая полномочия собственника по контролю за распоряжением имущества), то для остальных юридических лиц, которым данное право может быть предоставлено, аналогичные нормы отсутствуют. Как устанавливать в данном случае содержание права, ХК умалчивает.

Право хозяйственного ведения, по ХК, налагает на предприятие ограничения по распоряжению недвижимостью без согласия министерства (в ХК используется термин «основные фонды» и «целостные имущественные комплексы» - очень сомнительные с юридической точки зрения термины). А что делать, например, с выдачей поручительств и гарантий за третьих лиц, заинтересованными сделками и пр.? ХК это не запрещает (отметим, что в России есть отдельный закон о государственных унитарных предприятиях, где число ограничений по сравнению с ГК существенно больше). То же и для казенных предприятий – ограничения установлены еще более жесткие, чем для хозяйственного ведения, но все равно их перечень далеко не полон, а между тем субсидиарную ответственность по долгам казенного предприятия несет государство.

Безусловно, число ограничений для государственных предприятий по распоряжению имуществом надо увеличить. Однако сомнительно, чтобы даже в этом случае государство смогло осуществлять эффективный контроль. Как, например, проконтролировать искусственное создание кредиторской задолженности в пользу аффилированных с директором компаний и последующее банкротство унитарного предприятия? По опыту России, все равно сохраняются воровство и коррупция (в том числе взятки чиновникам за согласование сделок по распоряжению имуществом и «прикрытие» низкой продажной цены активов). В итоге все равно нужны акционирование государственных предприятий и их продажа (или ликвидация и продажа имущественных комплексов). Необходимые государству предприятия остаются в форме казенных предприятий с ограниченным правом оперативного управления.

Отметим, что ХК также говорит еще об одном вещном праве – праве оперативно-хозяйственного использования имущества, которым обладают обособленные подразделения - филиалы и представительства, а также структурные единицы юридических лиц. Поскольку обособленные подразделения и структурные единицы не являются самостоятельными субъектами гражданского оборота и в

лучшем случае действуют от имени создавшего их юридического лица, конструкция подобного вещного права представляется просто юридически абсурдной.

Необходимо, чтобы право хозяйственного ведения было ограничено только рамками государственного сектора и, возможно, существовало ограниченный период времени, до проведения реформы государственных предприятий. Что касается права оперативного управления, то его вещный характер не столь очевиден, поэтому оно может быть сохранено, в частности, для государственных казенных предприятий. Кроме того, как и в случае с юридическими лицами, система регулирования вещных прав должна быть максимально перенесена в рамки Гражданского Кодекса.

6.3. Доверительная собственность

Согласно части 2 статья 316 ГК особым видом права собственности является право доверительной собственности, возникающее вследствие закона или договора управления имуществом. Таким образом, создается возможность введения траста в гражданское законодательство Украины. Вместе с тем, если траст – вид права собственности, положения о нем должны содержаться в разделе ГК о праве собственности и иных вещных правах, так как режим права собственности устанавливается законом. Но в соответствующем разделе ГК указанные положения отсутствуют. Определенные нормы о трасте содержатся в правилах, посвященных договору управления имуществом. Так, согласно статье 1029 ГК договор управления имуществом может свидетельствовать о возникновении у управляющего права доверительной собственности на это имущество. Согласно статье 1033 ГК, если это определено договором, управляющий является доверительным собственником имущества, переданного в управление. Однако траст – не договор. В чем различие между обычным режимом управления имуществом по договору и случаем, когда у управляющего возникает право доверительной собственности? Делится ли в последнем случае титул собственника между управляющим и выгодоприобретателем, как это имеет место в трастовых отношениях? Каковы в данном случае отношения сторон, особенности распоряжения имуществом, отношения с третьими лицами (включая защиту прав третьих лиц, не знающих о существовании траста)? Ответов на эти вопросы ГК не содержит. Все это позволяет предположить, что доверительная собственность введена в ГК в качестве института, подлежащего дальнейшему развитию. Наличие кодифицированного законодательства и следование романо-германской правовой традиции, как свидетельствует мировая практика, не являются препятствиями для введения траста. Об этом, в частности, свидетельствует опыт Луизианы и Квебека – стран с кодифицированным законодательством, но при этом

успешно имплантировавших институт траста в свои правовые системы. Однако траст в них имеет свои особенности, отличающие его от аналогичного института стран общего права. Принципиальный же вопрос, который необходимо решить – какие цели преследует введение института доверительной собственности, какие социально-экономические задачи он решает (опека над имуществом несовершеннолетних, благотворительность, организационная форма предпринимательства и т.д.), и не могут ли эти задачи быть решены традиционными институтами, существующими в ГК. От ответа на этот вопрос будет зависеть необходимость дальнейшего развития института доверительной собственности, а также конкретные параметры такого развития.

6.4. Защита права собственности – статус добросовестного приобретателя

Закрепленная в ГК концепция добросовестного приобретателя предоставляет собственнику очень широкие полномочия по истребованию имущества. Так, в случае приобретения имущества по возмездным сделкам собственник может истребовать имущество от добросовестного приобретателя², если оно было утеряно собственником или лицом, которому он передал имущество во владение, похищено у них либо выбыло из их владения иным путем помимо воли. Такое тройное исключение представляется необоснованным, особенном в том, что касается «выбытия из владения иным путем помимо воли» (можно ли относить сюда, например, потерю, причиной которой явилась небрежность собственника?). Современное западное законодательство идет по пути ограничения полномочий собственника по истребованию имущества у добросовестного приобретателя. Например, ГК Нидерландов говорит только о случаях кражи (включая вымогательство и ограбление). Кроме того, существуют ограничения на истребование имущества, если оно было приобретено добросовестным приобретателем на торгах. ГК дает приобретателю защиту в случае, если имущество было продано в порядке, установленном для исполнения судебных решений. Но ведь речь может идти и о биржевых торгах. Вопрос об истребовании возникает и применительно к отдельным видам имущества – например, если речь идет о финансовых активах, таких как бездокументарные ценные бумаги. Так, статья 8 ЕТК США предоставляет практически абсолютную защиту

² ГК не говорит о том, на какой момент должна устанавливаться добросовестность. Между тем это важный вопрос, который имеет серьезные практические последствия. Достаточно ли лицу быть добросовестным в момент приобретения имущества или добросовестность должна существовать в течение всего времени владения имуществом? Отметим, что современное западное законодательство основывается на первом подходе.

добросовестному приобретателю ценных бумаг. ГК же не делает различий между отдельными видами имущества.

Таким образом, современное европейское и американское законодательство исходит из необходимости предоставления повышенной правовой защиты добросовестному приобретателю имущества, защищая тем самым интересы рынка. С этой точки зрения соответствующие положения ГК не соответствуют международным стандартам.

Кроме того, необходимо расширить концепцию добросовестного приобретателя - применять ее не только к приобретению права собственности, но и к приобретению других прав на имущество (например, права залога), а также урегулировать ситуации с правами третьих лиц на имущество при его добросовестном приобретении, как это имеет место в современном законодательстве Европы и США.

Рекомендации: для установления более современного регулирования права собственности и вещных прав необходимо:

- ликвидировать существующую в ГК концепцию владения как вещного права и привести владение в соответствие с аналогами, содержащимися в западном законодательстве;
- расширить применение института приобретательной давности;
- максимально унифицировать систему различных видов вещных прав в рамках ГК, включив в их число, в частности, право залога (ипотеки) и право оперативного управления;
- ограничить применение права хозяйственного ведения и права оперативного управления только рамками государственного сектора и, возможно (в отношении права хозяйственного ведения), определенным периодом времени;
- сделать содержащуюся в ГК концепцию доверительной собственности более определенной (в первую очередь необходимо определить, имеет ли место доверительная собственность или договор управления имуществом);
- изменить концепцию добросовестного приобретателя в сторону предоставления последнему более высокой степени правовой защиты, урегулировать вопрос о правах третьих лиц на имущество при его добросовестном приобретении.

7. Гражданский Кодекс и развитие рынков капитала

ГК, как это видно из предшествующего анализа норм, касающихся, в частности, корпоративного права и классификации имущества, не создает концептуальной правовой основы для работы с финансовыми активами. Ценная бумага классифицируется как вещь, документ, а выпуск ценных бумаг рассматривается скорее

как выпуск документов, а не как возникновение требований и обязательств. Безусловно, создание такой основы - сложная задача, которая не решена до сих пор во многих странах с развитыми рынками капитала (хотя опыт США, Франции, Нидерландов может быть в определенной степени использован как образец для решения). Проблема в том, что финансовые активы находятся на стыке вещного и обязательственного права: с одной стороны, они представляют собой совокупность прав, в том числе прав требования к конкретным лицам; с другой стороны, эти права зафиксированы в такой форме, которая позволяет применять к описанию операций с ними понятия и институты права собственности. ГК отражает данную ситуацию, закрепляя коллизию норм по вопросу о передаче ценных бумаг. С одной стороны, он устанавливает, что права, удостоверенные именными ценными бумагами, передаются в порядке, установленном для уступки требования (статья 195). С другой стороны, статья 656 ГК распространяет на передачу ценных бумаг общие правила о купле-продаже вещей. Получается, что «права на» ценную бумагу как документ передаются по правилам купли-продажи, а «права по» ценной бумаге передаются путем цессии. Между тем очевидно, что процесс передачи обоих видов прав на практике совпадает, поэтому правила должны быть едиными.

Также, положения ГК, регулирующие договор займа, не указывают на то, какие последствия наступают в случае, если заем опосредован выдачей векселя или выпуском облигаций, в частности, какие правила должны в этом случае применяться: общие положения о договоре займа или нормы, регулирующие обращение векселей и облигаций.

Статья 195 ГК говорит о возможности выпуска ценных бумаг в бездокументарной форме. Однако каких-либо общих положений, касающихся дематериализации (передача, фиксация прав и пр.) он не устанавливает. Безусловно, бездокументарные ценные бумаги должны являться предметом специального законодательства, как и регулирование других типов финансовых активов. Однако в отсутствие общего концептуального инструментария, предлагаемого ГК, специальные законы неизбежно будут основываться на собственных концепциях, которые могут находиться в коллизии с общими нормами ГК, создавая дополнительные риски для участников рынка (как это имеет место, в частности, в российской практике).

Отметим также, что существующие нормы ГК об общей собственности могут существенно затруднить развитие законодательства о коллективных инвестициях. В частности, нормы о преимущественном праве покупки доли при ее продаже (статья 362), о праве каждого сособственника на получение во владение и пользование части общего имущества в натуре (статья 358) и на раздел имущества, о праве на выдел доли в натуре (статья 364) не допускают исключений и тем самым не обеспечивают

возможность создания институтов коллективных инвестиций (инвестиционные фонды и пр.), основанных на общей собственности и одновременном использовании инструментов фондового рынка (выпуск инвестиционных ценных бумаг).

Рекомендации: создать в рамках ГК концептуальный и терминологический инструментарий для работы с финансовыми активами, в частности, в случае их дематериализации. Установить единые правила для передачи ценных бумаг. Сделать режим общей собственности более гибким для развития институтов коллективных инвестиций.

8. Гражданский Кодекс и защита прав кредиторов

Проблема обеспечения прав кредиторов в Гражданском Кодексе тесно связана с вопросом, касающимся защиты интересов третьих лиц. Вопрос о защите интересов третьих лиц, не являющихся сторонами сделки, является одним из центральных во многих современных актах гражданского и коммерческого законодательства, как европейского, так и американского. Так, статья 9 ЕТК США, касающаяся обеспеченных сделок, в большей степени касается интересов третьих лиц, чем, например, интересов залогодателя и залогодержателя. Цель подобных норм очевидна – обеспечить коммерческую стабильность через создание соответствующих механизмов и концепций, например, концепции добросовестного приобретателя. Таким образом, регулирование должно основываться на концептуальной основе, включающей в себя как (а) интересы сторон сделки, так и (б) интересы третьих лиц.

В ГК Украины упор в большей степени делается на детальное регулирование отношений сторон в сделке, а не на определение ее последствий, в частности, разрешение конфликтов между интересами различных лиц (в этом он похож на российский ГК). Так, если движимое имущество было передано приобретателю по сделке, далее приобретатель передал это имущество в залог, а первоначальная сделка передачи была затем признана недействительной – что происходит с правами добросовестного залогодержателя? Что происходит с залоговыми правами, если заложенное движимое имущество было отчуждено залогодателем без согласия залогодержателя, но приобретатель является добросовестным? ГК не дает ответа на этот вопрос. Каким образом вообще защищаются права третьих лиц на имущество в случае признания сделки недействительной? Проблема не имеет ясного законодательного решения.

Отметим, что в тех случаях, где нормы существуют, конфликт между интересами сторон в сделке и интересами оборота (то есть третьих лиц) решается в пользу сторон. Ситуация в современном западном законодательстве в большинстве

случаев выглядит обратным образом – права третьих лиц на имущество, о которых добросовестный приобретатель не знал и не мог знать в момент приобретения, как правило, прекращаются (например, ГК Нидерландов).

Очевидно, что задача создания эффективного режима защиты прав кредиторов носит комплексный характер. В частности, невозможно считать, что данная задача может быть решена внесением изменений в ГК либо принятием одного или нескольких законодательных актов, например, закона об обеспеченных сделках. Эффективность защиты кредиторов неразрывно связана с нормами корпоративного права и законодательства о банкротстве, процессуальным правом и законодательством об исполнительном производстве, а также вопросами регистрации прав, аудита и оценки, раскрытия информации. Кроме того, проблема не только в наличии законодательных норм, но главным образом – в наличии институтов и механизмов, обеспечивающих их реализацию на практике. Отсутствие соответствующих институтов и механизмов или их неэффективность может существенным образом девальвировать значение норм законодательства. К числу таких институтов и механизмов, в частности, относятся:

- действующая система регистрации прав,
- действующая система раскрытия информации,
- процессуальные механизмы защиты прав кредиторов.

В силу комплексного характера проблемы ее решение также должно носить комплексный характер – в частности, учитывать современное состояние судебной системы и системы исполнения судебных актов. Однако если говорить о законодательном аспекте, необходимо отметить следующее. Целый ряд норм ГК, направленных на защиту кредиторов, в действительности являются неэффективными и не достигают своей цели. К таковым, в частности, относятся нормы, касающиеся уставного капитала и чистых активов. Как уже было сказано, по сути данные нормы не защищают права кредиторов, являясь лишь формальным барьером для развития компаний. Вместе с тем очевидно, что в ГК отсутствует ряд норм, действительно необходимых для обеспечения прав кредиторов. В частности, желательно создать правовую основу защиты кредиторов при мошеннических действиях (аналог *fraudulent conveyance laws*), принять правила, позволяющие оспаривать сделки, совершенные с намерением причинить ущерб одному или нескольким кредиторам не только в процессе банкротства, но и в общем порядке (по аналогии с *actio Pauliana* в Гражданском кодексе Нидерландов). Кроме того, необходимы правила, касающиеся определения приоритетности требований при конкуренции кредиторов (если речь не идет о ликвидации и банкротстве), а также как отмечалось, правила, регулирующие защиту интересов третьих лиц, в частности, добросовестных приобретателей.

Отметим также неясность в регулировании вопроса о возникновении прав на недвижимое имущество. Согласно статье 331 ГК право собственности на вновь создаваемое недвижимое имущество возникает с момента его создания (завершения строительства). Если же договором или законом установлено принятие имущества в эксплуатацию, право собственности возникает с момента такой приемки. Наконец, если право подлежит государственной регистрации, то оно возникает с момента регистрации. Таким образом, ГК в одной статье устанавливает три (!) разных момента времени возникновения прав на недвижимость. Какую определенность получит в данной ситуации кредитор, рассматривающий вопрос о предоставлении займа под залог недвижимости, если, например, моменты государственной регистрации недвижимости и приемки в ее эксплуатацию не совпадают? Ситуация выглядит крайне проблематично.

Рекомендации: создать в ГК современную систему правил, направленную на обеспечение интересов третьих лиц, не являющихся сторонами сделки, в том числе в случае признания сделки недействительной.

Исключить неэффективные нормы, регулирующие деятельность компаний, не защищающие в действительности права кредиторов.

Создать правовую основу защиты кредиторов при мошеннических действиях, возможность оспаривания сделок, совершенных с намерением причинить ущерб одному или нескольким кредиторам.

Установить определенность в вопросе времени возникновения прав на вновь создаваемое недвижимое имущество.

IV. Рекомендации по внесению изменений в Гражданский Кодекс Украины

(сводный перечень)

- Простая отмена Хозяйственного Кодекса не является удачным решением проблемы дуализма. Наилучшим вариантом решения мог бы стать перенос части норм Хозяйственного Кодекса в Гражданский Кодекс (например, о государственных предприятиях и праве оперативного управления), с одновременным пересмотром ряда положений самого ГК. Что касается Хозяйственного Кодекса, то его необходимо либо отменить одновременно с изменением ГК, либо использовать в качестве базы для создания свода законов о дерегулировании/дебюрократизации хозяйственной деятельности;

- Упростить структуру ГК по ряду позиций, например, по вопросам правового статуса юридических лиц, где должны быть сохранены в основном общие положения, а также положения, которые не будут являться предметом специального законодательства. В области обязательственного права: чем более подробными будут общие положения об обязательствах и договорах, тем меньше необходимости устанавливать детальное регулирование отдельных видов договоров, отдавая больше свободы сторонам;

- Привести нормы о толковании договора, а также об отношении оферты и акцепта в соответствие с нормами западного законодательства;

- Создать в рамках ГК основу для единой системы регулирования юридических лиц: дать общее перечисление всех возможных форм юридических лиц, а также определить правовой режим их имущества и ответственность по долгам (это касается и государственных предприятий);

- Сократить регулирование по акционерным обществам и обществам с ограниченной ответственностью в пользу специального законодательства;

- Сохранить только формальные основания для отказа в государственной регистрации юридического лица;

- Установить более четкие основания и стандарты ответственности менеджеров;

- Упразднить неэффективные нормы в области регулирования компаний, касающиеся:

- соотношения уставного капитала и чистых активов,

- запрета на выпуск акций для покрытия убытков,

- ограничения на выпуск облигаций размерами уставного капитала;

- Исключить нормы, устанавливающие необоснованные ограничения на участие в компаниях;

- Установить четкую норму, предоставляющую участникам компании безусловное право на увольнение менеджеров (членов исполнительного органа);

- Исключить любые нивелирования принципа ограниченной ответственности;

- Придать государственным предприятиям статус юридических лиц частного права и перенести их регулирование в рамки Гражданского Кодекса;

- Урегулировать вопросы правового режима имущества государственных предприятий;

- Ограничить участие государства в гражданских отношениях (включая создание компаний с участием государства) только предусмотренными законом случаями;

- Ограничить возможности для признания сделок недействительными по мотивам публично-правового характера;
- Установить в ГК более четкую классификацию имущества, соответствующую современным нормам западного законодательства;
- Создать в ГК концептуальную и терминологическую основу для работы с имуществом, не относящемся к вещам, в частности, с финансовыми активами;
- Упразднить концепции, не отражающие реальную экономическую практику:
 - ценная бумага как документ,
 - предприятие как недвижимая вещь,
 - банковский счет как хранение банком денежных средств клиента;
- Ликвидировать существующую в ГК концепцию владения как вещного права и привести владение в соответствие с аналогами, содержащимися в западном законодательстве;
- Расширить применение института приобретательной давности;
- Максимально унифицировать систему различных видов вещных прав в рамках ГК, включив в их число, в частности, право залога (ипотеки) и право оперативного управления;
- Ограничить применение права хозяйственного ведения и права оперативного управления только рамками государственного сектора и, возможно (в отношении права хозяйственного ведения), определенным периодом времени;
- Сделать содержащуюся в ГК концепцию доверительной собственности более определенной (в первую очередь необходимо определить, имеет ли место доверительная собственность или договор управления имуществом);
- Изменить концепцию добросовестного приобретателя в сторону предоставления последнему более высокой степени правовой защиты, урегулировать вопрос о правах третьих лиц на имущество при его добросовестном приобретении;
- Установить единые правила для передачи ценных бумаг;
- Сделать режим общей собственности более гибким для развития институтов коллективных инвестиций;
- Создать в ГК современную систему правил, направленную на обеспечение интересов третьих лиц, не являющихся сторонами сделки, в том числе в случае признания сделки недействительной;
- Исключить неэффективные нормы, регулирующие деятельность компаний, не защищающие в действительности права кредиторов;
- Создать правовую основу защиты кредиторов при мошеннических действиях, возможность оспаривания сделок, совершенных с намерением причинить ущерб одному или нескольким кредиторам;

- Установить определенность в вопросе времени возникновения прав на вновь создаваемое недвижимое имущество.

V. Анализ текущего состояния работы по развитию и совершенствованию гражданского и хозяйственного (предпринимательского) законодательства Украины

Нынешнее состояние работы по развитию и совершенствованию гражданского и хозяйственного (предпринимательского) законодательства Украины характеризуется двумя основными тенденциями:

во-первых, существенную активность имеет процесс внесения в Гражданский и Хозяйственный кодекс изменений и дополнений;

во-вторых, серьезную актуальность сохраняет проблема дальнейшей кодификации законодательства.

Статистика процесса совершенствования Гражданского и Хозяйственного кодексов такова: за период, прошедший с момента вступления каждого кодекса в действие по настоящее время на рассмотрении в Верховной Раде находятся:

30 проектов законов о внесении изменений (дополнений) в Гражданский кодекс Украины, и

9 проектов законов о внесении изменений (дополнений) в Хозяйственный кодекс Украины.

Предлагаемые изменения в Гражданский кодекс не являются системными в том смысле, что не направлены на решение сколько-нибудь существенных задач улучшения отдельных нормативных институтов, продвижения кодекса в сторону дальнейшей либерализации, способствования решению крупных задач в экономике и социальной сфере. Проекты изменений носят локальный характер, отвечая различным единичным, действительно актуальным или кажущимся актуальными целям.

Из наиболее интересных с правовой точки зрения можно отметить следующие проекты:

1) Расширение перечня оснований и случаев возникновения у граждан права на возмещение морального вреда вплоть до душевных страданий, причиненных действиями должностных лиц органов государственной власти и муниципальных органов при осуществлении ими управленческих функций.

Предложение подобной нормы можно расценивать в качестве серьезного и смелого шага. Известно, какое количество жалоб и нареканий вызывает у граждан именно деятельность различных государственных, правоохранительных и т.п. органов,

с должностными лицами которых им приходится сталкиваться при решении своих социально-бытовых и иных проблем.

Представление о том количестве исков, которые могут обрушиться на государственные органы, делает весьма проблематичным принятие данной поправки к статье 23 Гражданского кодекса. Однако, законопроект пока не снят с рассмотрения. И уж во всяком случае он содержит в себе хороший посыл к тому, чтобы можно было говорить о попытках приближения украинского гражданского законодательства к лучшим европейским и мировым стандартам.

2) Введение нормы об истребовании в государственную собственность имущества, ранее безвозмездно переданного в коммунальную собственность и отчужденного затем третьему лицу любым неправомерным способом.

В данном случае речь, скорее всего, идет о вызванном известной ранее политической активностью процессе деприватизации имущества.

Предлагаемая норма очевидно ставит под сомнение всеобщность закрепленного статьей 330 принципа добросовестного приобретения имущества, и ставит государство в приоритетное по сравнению с любыми прочими участниками гражданского оборота положение.

3) Предложение о применении альтернативного или дополнительного метода наделения юридического лица гражданской дееспособностью.

Традиционным методом наделения юридического лица гражданской дееспособностью в момент или сразу после момента его создания является государственная регистрация.

Предлагаемая поправка содержит новое понятие – легализации юридического лица.

К сожалению, предлагаемый законопроект не содержит никаких указаний относительно того, в каком взаимном положении относительно друг друга находятся государственная регистрация и легализация, а также не раскрывает само понятие легализации.

Если, однако, речь идет о либерализации и упрощении процедуры создания юридического лица, то подобное дополнение можно приветствовать, что, однако, не устраняет проблемы необходимости дальнейшей проработки законопроекта.

4) Актуальной, хотя и имеющей частное значение, является проблема определения места нахождения юридического лица.

Украинский Гражданский кодекс сегодня предлагает считать таким местом место его государственной регистрации, что, конечно, является фактически неправильным, поскольку юридическое лицо регистрируется по месту нахождения государственного регистрирующего органа.

Авторы законопроекта предлагают вернуться к существовавшей в прежнем Гражданском кодексе 1963 года норме, согласно которой местонахождение юридического лица определяется местом постоянного нахождения его высшего исполнительного органа. Предложение вполне здоровое, поскольку фактически в учредительных документах в качестве места нахождения юридического лица указывается именно место нахождения его постоянно действующего исполнительного органа, а вовсе не конкретное место государственной регистрации.

Предлагаемые изменения и дополнения в Хозяйственный кодекс также не носят системного характера, и, аналогично предлагаемым изменениям в Гражданский кодекс, направлены на решение некоторых актуальных текущих задач правового регулирования хозяйственной деятельности. К сожалению, такие изменения не предполагают устранения существующих противоречий между двумя кодексами, что значительно снижает ценность законодательных инициатив и требует продолжения работы в направлении устранения указанных противоречий.

Из наиболее интересных по своему экономическому и правовому смыслу проектов изменений в Хозяйственный кодекс можно отметить следующие:

1) Предложения, касающиеся реформирования законодательства о конкуренции и ограничении монополистической деятельности.

В действующем Хозяйственном кодексе правила защиты конкуренции на товарных рынках отведена 3 глава. Поправками предлагается сократить существующее в кодексе число норм о конкуренции путем отсылки к специальному законодательству, которое должно быть разработано и принято по данному вопросу.

Законопроект, в частности, предлагает исключить из кодекса целый ряд принципиально важных статей, определяющих понятия ограничения конкуренции, ограничения монополизма.

В целом подобный подход является шагом в направлении к снижению влияния Хозяйственного кодекса на экономики государства, т.е. к постепенному устранению Хозяйственного кодекса из числа законодательных актов, значимых для субъектов предпринимательской деятельности.

Однако, следует обратить внимание, что подобные реформаторские законопроекты должны разрабатываться и приниматься только пакетным способом. Иными словами, одновременно с законопроектом, устраняющим из кодекса наиболее важные нормы о конкуренции и ограничении монополистической деятельности, должен быть разработан и представлен на рассмотрение Верховной Рады проект закона, регулирующий исключенные из Кодекса вопросы. В противном случае в законодательстве образуется существенный пробел.

2) Несомненно положительным образом можно оценить поправку, предлагающую исключить обязательный характер применения условий «ИНКОТЕРМС» к договорам поставки, заключаемым субъектами предпринимательской деятельности на внутреннем рынке Украины.

Нынешний Хозяйственный кодекс содержит более чем странное положение в пункте 4 статьи 265, обязывающим стороны договора поставки излагать его условия в соответствии с правилами толкования терминов «ИНКОТЕРМС». И это при том, что сами такие правила являются сугубо рекомендательными.

Предлагаемая поправка переводит правила «ИНКОТЕРМС» из разряда обязательных для применения в разряд рекомендательных, диспозитивных, что соответствует самому духу и букве указанных правил, и, одновременно, поддерживает принцип свободы договора.

3) Наоборот, отрицательно можно отнести к поправке к статье 77 Хозяйственного кодекса, предлагающей устранить субсидиарную ответственность государства по обязательствам казенного предприятия. Подобная поправка ставит казенные предприятия в совершенно особенное, привилегированное положение по отношению к любым прочим субъектам хозяйствования. Более того, поправка может значительно ухудшить предпринимательскую деятельность и самих казенных предприятий, поскольку заключать договоры с таким предприятием станет чрезвычайно рискованно. Кредиторы казенного предприятия не знают и не должны знать, сколько именно денег находится на счетах и в кассе предприятия, ориентируясь на принцип субсидиарной ответственности государства.

Предлагаемая поправка никак не отвечает задачам либерализации предпринимательского законодательства и создания здоровой экономической атмосферы.

Все существующие законопроекты с поправками к Гражданскому и Хозяйственному кодексам демонстрируют одну из наиболее традиционных тенденций развития и совершенствования гражданского и предпринимательского законодательства: путем точечных изменений и дополнений, отвечающих наиболее актуальным потребностям гражданского оборота, приводить акты гражданского законодательства в соответствие с потребностями практики. По такому же эволюционному пути развития следуют все прочие государства бывшего СССР, включая Россию.

В связи с разговором о путях и направлениях развития гражданского законодательства Украины следует отметить гораздо более интересную тенденцию. А именно, появление значительного числа проектов новых кодифицирующих актов, в том

числе имеющих непосредственное отношение к гражданским и предпринимательским отношениям.

В настоящее время на рассмотрение Верховной Радой предложены следующие проекты кодексов Украины:

- 1) Кодекс о культуре.
- 2) Социальный кодекс.
- 3) Кодекс об интеллектуальной собственности.
- 4) Кодекс о недрах.
- 5) Страховой кодекс.

Из всех названных проектов наибольшее отношение к вопросу реформирования гражданского законодательства имеют, конечно, кодексы о недрах, об интеллектуальной собственности и страховой кодекс.

Появление проектов данных кодексов позволяет предположить, что их составители считают возможным воспользоваться американским опытом построения гражданского законодательства. В США на уровне отдельных штатов также приняты и действуют страховые и патентные кодексы.

Тенденция кодификации отдельных крупных блоков нормативного материала заслуживает самого активного одобрения и поддержки. Тем более если речь идет о таком сложном материале, как страхование, отношения недропользования, патентное и авторское право. Ни в одном государстве кодифицированной системы законодательства гражданские кодексы не являются достаточными для регулирования страховых, патентных и недропользовательских отношений. Эти отношения слишком сложны и комплексны для того, что соответствующие им нормы исчерпывающим образом можно было бы разместить в гражданском кодексе. Поскольку гражданский кодекс не может полностью вместить в себя такие нормы, традиционно используется путь принятия различных специальных (отраслевых, тематических) законов о страховом деле, патентных законов, законов об авторских правах, законов о недрах, о горном деле и т.п. Вслед за такими законами разрабатываются и принимаются многочисленные подзаконные регулятивы – постановления правительства, ведомственные нормативные акты в виде инструкций, писем и указаний профильных министерств. В результате любая подотрасль гражданского законодательства в части объема включаемого в нее нормативного материала разбухает до степени, затрудняющей даже простое ознакомление с ней. Плюс к этому в таком процессе всегда присутствуют внутренние противоречия, пробелы и неувязки.

Имея в виду подобные трудности, подход украинских законодателей к составлению отдельных тематических кодексов по страхованию, о недрах и об интеллектуальной собственности можно всячески приветствовать. Причем в работе по

кодификации данного законодательного материала важно добиться того, чтобы как можно меньше места осталось для подзаконного нормотворчества со стороны правительства, отдельных министерств и ведомств. К сожалению, практика показывает, что добиться этого очень сложно.

Дополнительно к сказанному, серьезные трудности процессу кодификации тематического законодательства придает существующая оппозиция. В частности, в открытом доступе в материалах Верховной Рады присутствуют заключения Главного научно-экспертного управления на проекты Страхового кодекса и Кодекса об интеллектуальной собственности.

Главное научно-экспертное управление считает, что острой необходимости в кодификации норм страхового законодательства не существует. Управление не считает страхование тем сектором экономической жизни государства, который подлежит кодификации. Страхование, по мнению авторов заключения, есть только некий частный вопрос, который не следует переносить на уровень такого серьезного и всеобъемлющего акта, как Кодекс.

С позицией управления нельзя согласиться. Если не будет страхового кодекса, вбирающего в себя в максимальном объеме, все нормы правового регулирования отношений в связи со страхованием жизни, имущества, предпринимательских рисков и ответственности, значит, должны будут составляться, рассматриваться и приниматься многочисленные отдельные законы по этим же вопросам, что никак не облегчит правоприменение.

Аналогичное отрицательное заключение подготовлено Управлением и в отношении проекта Кодекса об интеллектуальной собственности.

Действительно, в каждом из проектов могут иметь место существенные недоработки, пробелы. Однако, устранение их есть вопрос времени и последовательной работы над проектами. Этот вопрос не имеет концептуального значения. Концептуальным является вопрос кодификации или инкорпорации как таковой. Представленные проекты кодексов на самом деле представляют из себя попытку инкорпорировать в отдельных, объемный нормативный акт большинство тематических норм. Эта попытка концептуально правильна, но такой взгляд не разделяется управлением.

Выводы

1. Процесс развития гражданского и предпринимательского законодательства в части совершенствования Гражданского и Хозяйственного кодексов в настоящее время носит бессистемный характер. Находящиеся на рассмотрении в Верховной

Раде проекты законов о внесении изменений или дополнений в названные кодексы не предполагают реформирования законодательства, устранения противоречий между обоими кодексами или вообще ликвидации двойного регулирования одних и тех же отношений каждым из кодексов. Представленные изменения и дополнения носят частный характер, затрагивают отдельные нормы кодексов. Они отражают не тенденцию, но кратковременный интерес в изменении тех или иных правил в соответствии с запросами предпринимательского сообщества или собственными представлениями депутатов и гражданской справедливости.

2. Значительно интереснее и важнее выглядит другая современная тенденция, а именно, попытка создания крупных тематических законодательных инкорпораций отдельных подотраслей (институтов) гражданского и предпринимательского законодательства. Такие попытки выражены в составлении и представлении на рассмотрение Верховной Рады проектов Страхового кодекса, Кодекса о недрах и Кодекса об интеллектуальной собственности.

Используемый авторами данных проектов подход можно считать правильным и отражающим современные европейские и мировые тенденции развития законодательства, исповедующие отход от создания многочисленных специальных законов в пользу разработки единых крупных нормативных актов в виде кодексов и собраний законодательства (инкорпораций).

К сожалению, данная прогрессивная, нацеленная на улучшение процесса и условий правоприменения тенденция имеет серьезных оппонентов, придерживающихся традиционного, фактически, советского взгляда на форму законодательного регулирования отдельных крупных блоков гражданских отношений.

В отрицательных заключениях Главного научно-экспертного управления на проекты Страхового кодекса и Кодекса об интеллектуальной собственности нарушена логика. Управление объявляет страховые отношения и отношения по авторскому и изобретательскому (патентному) праву слишком специальными, а потому недостойными кодификации. При этом управление упускает из виду, что кодификации заслуживают и уже заслужили еще меньшие и еще более специальные массивы законодательства, например, водного, воздушного или торгового мореплавания. С точки зрения важности для регулирования общественных и предпринимательских отношений трудно сравнивать для Украины значение водного законодательства и страхового. Последнее очевидно важнее для общества в целом, но по мысли Управления все-таки не заслуживает собственной кодификации или инкорпорации.

Конечно, отдельное мнение научно-экспертного управления не должно и не может служить препятствием на пути реформирования законодательства на основе наиболее прогрессивных европейских и мировых образцов. В большей части



экономически и социально развитых государств взята на вооружение идея создания тематических кодексов и инкорпораций, заменяющих собой десятки и сотни разрозненных специальных законов. При этом речь вовсе не идет об умалении роли и значения гражданских и (или) торговых кодексов. Последние в принципе не могут вобрать в себя нормы такого специального законодательства, как страховое, о недрах, об авторском праве.

Думается, что работа именно в таком направлении создания крупных инкорпораций гражданского законодательства, соответствующего европейским стандартам правового регулирования, может являться основной рекомендацией по итогам ознакомления с текущим состоянием процесса развития гражданского и предпринимательского законодательства Украины.